

Los pliegos de condiciones tipo: entre los eslabones de la autonomía de la voluntad contractual

JOHN FREDY SILVA TENORIO¹

RESUMEN

Han pasado algunos años desde la expedición de la Ley 1882 de 2018 y demás documentos normativos que regularizaron la adopción en el ordenamiento jurídico colombiano de lo que se ha venido acuñando bajo el epígrafe de "pliego de condiciones tipo", los cuales en términos normativos están definidos como aquellos documentos que contienen parámetros obligatorios para las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que adelantan procesos de selección competitivos, especialmente para la celebración de contratos de obra pública y consultorías de infraestructura de transporte. En este horizonte de la cuestión, el presente estudio busca ahondar en aquella institución y cómo estos pliegos han impactado la actividad material e interna de la Administración de hacer contratos. Este análisis permitirá determinar luego su alcance sobre la autonomía de la Administración al momento de establecer las condiciones de tiempo, modo y lugar del futuro contrato estatal.

Palabras clave: contratos estatales, pliego de condiciones tipo, autonomía contractual, contratos de obra pública, planeación.

¹ Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Consultor en temas de derecho administrativo y contratación estatal en el sector privado, Bogotá, Colombia. Correo-e: johnfredysilva@hotmail.com. Enlace Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0671-0591>. Fecha de recepción: 5 de noviembre de 2024. Fecha de modificación: 12 de mayo de 2025. Fecha de aceptación: 14 de mayo de 2025. Para citar el artículo: Silva Tenorio, John Fredy, "Los pliegos de condiciones tipo: entre los eslabones de la autonomía de la voluntad contractual", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 34, 2025, pp. 119-143. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n34.05>.

Standard Contract Specifications: Among the Links of Contractual Freedom of Will

ABSTRACT

It has been a few years since the enactment of Law 1882 of 2018 and other regulatory documents that formalized the adoption, within the Colombian legal system, of what has been coined under the epigraph "standard contract specifications". In regulatory terms, these are defined as documents containing mandatory parameters for state entities subject to the General Procurement Statute of the Public Administration, which conduct competitive selection processes, particularly for entering into public works contracts and transport infrastructure consultancy agreements. In this context, the present study aims to explore this legal institution and how it has impacted the substantive and internal activities of the Administration in the contracting process. This analysis will subsequently allow for an assessment of the extent to which these standard contract specifications affect the Administration's autonomy in establishing the conditions of time, manner, and place of the future state contract.

Keywords: State Contracts, Standard Bidding Specifications, Public Work Contracts, Freedom of Contract, Planning.

INTRODUCCIÓN

Los pliegos de condiciones tipo en el ordenamiento jurídico colombiano ya cumplen un poco más de media década²⁻³, lo cual hace reflexionar sobre su concepto, delimitación, contornos y límites, no solo en sede teórica, sino también aplicativa. En ese orden de ideas, este trabajo ahonda en la institución, partiendo de la noción básica y clásica –al menos en el derecho continental–, de los pliegos de condiciones tradicionales, recordando su naturaleza, contenido y efectos en sede doctrinal, jurisprudencial y legal. Con lo dicho, se avanza en la delimitación de los denominados aquí "pliegos de condiciones tipo", mostrando para esos efectos sus características

- 2 La Ley 1882 de 2018 fue modificada por el Decreto Legislativo 575 de 2020 y la Ley 1955 de 2019. Igualmente se reglamentó y adicionó por medio de los decretos 1082 de 2015, 342 de 2019, 2096 de 2019 y 594 de 2020, respectivamente.
- 3 Esta definición se encuentra acorde con lo señalado en los artículos 2.2.1.2.5.2., 2.2.1.2.6.1.2., 2.2.1.2.6.1.3., 2.2.1.2.6.1.4., 2.2.1.2.6.2.1., 2.2.1.2.6.2.2., 2.2.1.2.6.3.1., 2.2.1.2.6.3.2., 2.2.1.2.6.3.3. y 2.2.1.2.6.3.4. del Decreto 1082 de 2015.

normativas y reglamentarias, y cómo ellos resultan, hoy por hoy, obligatorios para las entidades sometidas al estatuto contractual.

En línea con estos aspectos, también se trata –a nuestro modo de ver– un asunto que parece ser una leyenda urbana en el devenir de la Administración⁴ y que se encuentra asociado con la idea incompleta de considerar que la utilización y aplicación de los denominados “pliegos de condiciones tipo” implica *per se* la automatización de la confección de contratos estatales o, si se quiere, en otros términos, la ausencia de autonomía de la voluntad de la Administración en esa tarea. Así las cosas, lo que se muestra y se propone es que, en la confección de contratos estatales, cuando se hace uso y aplicación de los denominados pliegos, lo que sucede en sede aplicativa realmente es que el margen de autonomía asignada a la Administración se reduce por límites externos contenidos en aquellos instrumentos de gestión administrativa⁵ y que como es bien conocido, se concretizan en la fase de planificación de las condiciones de tiempo, modo y lugar de la futura contratación.

Con todo lo anterior, este estudio considera que en sede aplicativa la Administración por conducto del régimen jurídico aplicable posee autonomía para decidir aspectos de tiempo, modo y lugar del procedimiento administrativo de selección y del mismo contrato estatal, la cual –en el caso de los pliegos de condiciones tipo– se encuentra delimitada por los límites externos fijados en el ordenamiento, con lo cual el tema de la autonomía en materia contractual es un asunto de densidad y no de ausencia, como podría considerarse en sede aplicativa.

En consonancia con lo expuesto, a través de este estudio se pretende demostrar que la Administración, al momento de hacer uso de los denominado “pliego de condiciones tipo”, tiene la capacidad de establecer las condiciones de tiempo, modo y lugar del futuro contrato estatal, limitada aquella por los límites externos que impone aquel instrumento estandarizado. Con ello, al final del estudio quedará visto que lo que existe realmente es una reducción de la autonomía de la voluntad contractual en sede aplicativa, más no una eliminación de la misma. Respecto a la metodología utilizada, se aborda el estudio de la cuestión a partir de los presupuestos legales que posee la temática, para posteriormente analizar sus particularidades en sede jurisprudencial y doctrinal, y finalmente, por medio de un estudio casuístico,

4 El concepto de “administración” es utilizado en este estudio para referirnos a las entidades que de conformidad con el artículo 2.º de la Ley 80 de 1993 se encuentran sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (ECCAP).

5 A similar posición en lo que respecta a la autonomía territorial en el ordenamiento jurídico local y su interrelación con la aplicación de los denominados “pliego de condiciones tipo” o “documentos tipo”, expuso la Corte Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad 199 del 15 de abril de 2020, Exp. D-12637, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

se analiza la aplicación de los documentos estandarizados en sede aplicativa por parte de la Administración, con lo cual se demuestra la hipótesis desarrollada, la cual no es una diferente a considerar que, a pesar de la utilización de los "pliego de condiciones tipo", la Administración posee autonomía de la voluntad contractual en la confección de los contratos estatales sometidos a aquellos instrumentos.

1. BREVE RECAPITULACIÓN DE LA NOCIÓN DE PLIEGOS DE CONDICIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL: DE VUELTA A LA CUESTIÓN

Previo al abordaje del núcleo central de este estudio, se hace necesario hacer algunas consideraciones en torno a la textura y naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones en materia contractual, pues en gran parte las discusiones en sede doctrinal y, sobre todo, en sede aplicativa respecto de los documentos estandarizados giran en torno a su concepción. De forma genérica ha puntualizado la Corte Constitucional colombiana que estos son actos jurídicos prenegociados con vocación negocial, rectores de la contratación pública que, al ser expedidos unilateralmente en ejercicio de funciones administrativas y prever normas jurídicas impersonales, constituyen actos administrativos de contenido general y con fuerza vinculante⁶.

En consistencia con lo que viene de tratarse, en la doctrina especializada se pueden caracterizar tres posturas, a saber: (1) la primera indica que los pliegos de condiciones o documentos equivalentes son contractuales, (2) la segunda indica que aquellos instrumentos de gestión administrativa son auténticos reglamentos⁷, y (3) la tercera indica que estos instrumentos poseen una naturaleza mixta, tanto como actos administrativos como reglamentos, tanto generales como particulares⁸.

La primera de estas posiciones tiene a la cabeza a los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, quienes consideraron que el pliego de condiciones carecer de toda sustantividad normativa en sentido propio, en cuanto simples piezas integrantes del contenido de un contrato estatal, que extraen su fuerza, precisamente, de su inclusión en el

6 *Ibid.*

7 Enrique Rivero Ysern, *El proceso de formación de la voluntad de la Administración en los contratos de las administraciones públicas*, Buenos Aires: Hammurabi, 2006, pp. 632-634.

8 Severiano Fernández Ramos, *Preparación de los contratos por la Administraciones públicas. Comentarios a la ley de contratos del sector público*, Madrid: Bosch, 2009, pp. 896-940.

mismo por las partes contratantes⁹⁻¹⁰⁻¹¹. En línea con lo que viene de exponerse, para una parte de la doctrina especializada, los pliegos de condiciones son un conjunto de cláusulas redactado por la Administración, en el que se especifica el suministro, la obra o el servicio que se licita, se establecen las condiciones del contrato a celebrar y se determina el trámite a seguir en el procedimiento de licitación, el cual es preparado unilateralmente por la Administración; es decir, en los pliegos de condiciones se establecen las condiciones del contrato y el trámite para la adjudicación, describiendo el suministro o servicio que se licita, y las condiciones del contrato¹².

La segunda de las posiciones ubica el pliego de condiciones o documentos equivalentes como un acto administrativo y, con ello, la posibilidad de que constituya autónomamente un reglamento¹³. En esta posición se ubica el profesor Carlos Aymerich Cano, quien sostiene el carácter normativo, dado, entre otros aspectos, por cuanto: (1) la naturaleza normativa de los pliegos explicaría convincentemente su carácter vinculante durante el procedimiento de selección y antes de que ambas partes hayan dado su consentimiento en el contrato, (2) el hecho de que la normativa se refiera a que los pliegos "se considerarán parte integrante de los respectivos contratos" se debe, no a que sean parte del contrato, sino a que, no siéndolo, se deben considerar como tales, y (3) no tiene un contenido meramente contractual cuando regula aspectos como la elección de un determinado procedimiento de contratación o la forma de selección entre los licitadores¹⁴⁻¹⁵. Por su parte, el profesor Pedro Durão expone que el pliego de condiciones es un acto

9 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo*, 14.^a ed., Navarra: Thomson-Civitas, 1998, p. 757.

10 En similar sentido puede encontrarse lo expresado por el profesor Meilán Gil, quien efectúa un recuento de las posiciones doctrinarias aquí mencionadas. José Luis Meilán Gil, *La estructura de los contratos públicos. Norma, acto y contrato*, Madrid: Iustel, 2008, pp. 185-197.

11 En similar sentido lo expone el profesor Luis Ángel Ballesteros Moffa, *La adjudicación de contratos en el sector público*, Madrid: Thomson-Civitas, 2010, p. 69.

12 Ernesto Matallana Camacho, *La licitación pública. Aplicación del principio de proporcionalidad a la selección objetiva de contratistas*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021, pp. 136-137.

13 Son partidarios de esta posición los siguientes autores: Rodolfo Carlos Barra, *Contrato de obra pública. Procedimiento de selección. Ejecución del contrato*, Texas: Abaco, 1984, p. 485; y José María Boquera Oliver, *La selección de contratistas*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963, p. 45.

14 Carlos Aymerich Cano, *Acerca de la naturaleza normativa de los pliegos de cláusulas administrativas particulares. El derecho administrativo en el umbral del siglo XIII. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

15 En similar línea argumentativa Javier García Luengo, *Los pliegos de cláusulas administrativas particulares*, Madrid: Iustel Portal Derecho, 2022, pp. 31-33.

administrativo unilateral elaborado con cierto grado de autonomía en el que se incluyen las condiciones tanto jurídicas, como técnicas o administrativas de la licitación que deben cumplir los oferentes¹⁶⁻¹⁷.

En la literatura nacional, el profesor Édgar González López menciona que el pliego de condiciones corresponde a un acto administrativo de carácter general, mediante el cual la Administración, en forma previa y unilateral, establece las reglas para determinar la necesidad de servicio público que pretende satisfacer, en ejercicio de una planeación debida, y el procedimiento para que las personas interesadas, en desarrollo de los principios de libertad de concurrencia, publicidad, transparencia e igualdad, presenten sus ofertas y pueda la Administración seleccionar en forma objetiva la oferta más favorable. Esto, según criterios expresos de evaluación y ponderación, adecuados, razonables y proporcionales¹⁸. Para el profesor Julio Rodolfo Comadira, en términos muy sencillos, el pliego de bases y condiciones, genéricamente, es el documento elaborado por la Administración en el cual esta regula el procedimiento de selección de su futuro contratista y, asimismo, el régimen de ejecución del contrato de que se trate¹⁹.

En una tercera posición doctrinal se ubica lo expresado por el profesor Hugo Marín –posición a la cual nos adherimos–, quien indica que la naturaleza del pliego de condiciones en materia contractual resulta mixta, dado que en determinados aspectos y hasta cierto momento dentro del procedimiento administrativo de selección de contratistas, se trata de un acto administrativo general, y en otros extremos y a partir de la celebración del contrato, pasa a formar parte del clausulado del mismo²⁰. Desde esta perspectiva, como lo sostiene el autor en referencia, la confección de pliegos de condiciones constituye un muy ilustrativo ejemplo sobre la dinámica

16 Pedro Durão, *Licitación pública. Parámetro y supranacionalidad*, Lisboa: Juruá, 2016, pp. 42-46.

17 Ernesto Matallana Camacho, *La licitación pública*, op. cit., 2021, p. 137.

18 Édgar González López, *El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 43-44 y 79-81.

19 Julio Roberto Comadira, *Algunas consecuencias de la aplicación del principio de juridicidad de la Administración en la formación y ejecución de la contratación administrativa*, Buenos Aires: Hammurabi, 2007, pp. 638-643.

20 Hugo Alberto Marín Hernández, "Naturaleza jurídica de las facultades de la administración para confeccionar pliegos de condiciones", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 1, 2007, pp. 1-18.

decisoria, argumentativa y de razonamiento que implica la concepción de la discrecionalidad administrativa²¹⁻²² inmersa en la confección de los pliegos de condiciones.

Esta posición también ha sido asumida en sede jurisprudencial por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado colombiano, la cual ha explicado mayoritariamente que los pliegos de condiciones o documentos equivalentes en palabras de la normatividad aplicable constituyen un acto administrativo de contenido general y, particular, es decir de naturaleza mixta. Así, por ejemplo –resalta aquella corporación—, la aplicación sucesiva de las condiciones previstas en el pliego, es decir, en la medida en que avanza el procedimiento de licitación o de contratación directa, desaparecen por agotamiento. En ese sentido, son propias de esta etapa las condiciones de participación, evaluación y desempate, las causales de rechazo de las ofertas, los plazos internos que rigen el proceso de licitación, apertura y cierre, y la presentación de ofertas, evaluación, adjudicación, entre otras condiciones. Estos aspectos hacen parte del pliego de condiciones en tanto "acto administrativo"²³.

Con lo anterior, para aquella corporación, las ideas expuestas en el párrafo precedente reflejan que si bien el pliego, en su origen, es un típico acto administrativo, en el camino que recorre el proceso de selección y posterior ejecución contractual cambia su naturaleza, para convertir una buena parte de su contenido en cláusula contractual, pues múltiples condiciones perviven y se incrustan en el contrato mismo, rigiendo exclusivamente la relación Administración-contratista²⁴, con lo cual –a nuestro modo de ver– pasa a convertirse en un acto de contenido particular. En este orden de ideas –y

21 *Ibid.*

22 Similar posición es la asumida por el profesor José María Boquera Oliver, quien menciona que los pliegos de condiciones tienen dos partes perfectamente diferenciables; la primera, asociada con el pliego de condiciones que contiene las reglas y condiciones del procedimiento de selección, y la segunda, aquella que contiene las condiciones de tiempo, modo y lugar del contrato. Así, la primera es un reglamento y la segunda anticipa futuras cláusulas contractuales. José María Boquera Oliver, *La selección de contratistas*, *op. cit.*, p. 45.

23 Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de noviembre de 2006, Exp. 18.059.

24 Respecto a la noción en sede jurisprudencial de los pliegos de condiciones o documentos equivalentes en materia de contratación estatal, puede confrontarse los siguientes pronunciamientos del Consejo de Estado: Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de noviembre de 2006, Exp. 18.059; Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp. 24.059; Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, sentencia del 24 de julio de 2013, Exp. 25.642; Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2015, Exp. 31.918; Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, sentencia

a nuestro modo de ver–, el pliego de condiciones en materia contractual resulta ser un acto mixto, el cual, para su configuración, cuenta por conducto del ordenamiento jurídico aplicable con instrucciones para su construcción, pero con matices genéricos e inacabados que exige su completitud y concreción por parte de los gerentes de la cosa pública en sede aplicativa²⁵⁻²⁶, pero que posteriormente y luego de la celebración del pacto estatal, se convierte en parte integral del contrato.

En cuanto a su contenido, la Corte Constitucional colombiana ha resaltado que aquellos se encuentran determinados por su triple función de disciplinar tanto la escogencia del contratista, como la ejecución contractual y regir la interpretación del contrato sobre el cual priman, en caso de incompatibilidad. Es por esto que –continúa aquella corporación– los pliegos de condiciones contienen dos grupos de normas: por una parte, aquellas relativas a la selección del contratista, cuya igualdad de oportunidades constituye la regla de oro del procedimiento competitivo donde se especifican, entre otros aspectos, tanto los requisitos que habilitan para la presentación de ofertas, como los factores de evaluación y selección que, en el momento de la evaluación deben determinar objetivamente cuál es la mejor oferta. Por otra parte, los pliegos contienen normas relativas al contenido concreto y específico del contrato que se celebrará, en particular los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y las obligaciones de las partes²⁷. De este modo, aquel instrumento contiene dos clases de regulaciones, a saber: (1) las condiciones contractuales, donde se reseñan las cláusulas que se aplicarán en la ejecución del contrato que pretende formalizarse, como su objeto y especificaciones, los límites a su cuantía contenidos en el presupuesto oficial de la entidad, la forma de pago, el plazo de entrega, las revisiones o actualizaciones de precios y, en general, los derechos y obligaciones de las partes; y (2) las reglas y condiciones del proceso de selección objetiva, considerado de naturaleza normativa (reglamentaria o de acto administrativo) o contractual, donde se señalan las etapas y las distintas fases y fechas del proceso de selección, como son, entre otras, la publicación de los avisos, la etapa de aclaraciones y eventuales modificaciones al pliego de condiciones, el plazo para presentar las ofertas, la etapa de su evaluación y de eventuales aclaraciones o solicitudes de subsanación de requisitos de la oferta, la etapa

del 18 de mayo de 2017, Exp. 54.480; y Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, sentencia del 1.º de junio de 2022, Exp. 60.248.

25 Al respecto, puede confrontarse, Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 26 de septiembre de 1996, Exp. 9.963.

26 Rafael Domínguez Olivera, *Código anotado de contratación pública*, Pamplona: Aranzadi, 2011, pp. 432-437.

27 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia de constitucionalidad 199 del 15 de abril de 2020, Exp. D-12637.

de audiencia de apertura del sobre económico en el concurso de méritos, la etapa propia de selección y adjudicación a la oferta más favorable y la etapa de perfeccionamiento del contrato²⁸⁻²⁹.

Respecto a sus efectos, también ha resaltado la Corte Constitucional que aquellos constituyen una invitación pública a ofrecer, en los que la Administración ejerce su facultad de autosujeción, por lo que su respeto no solo se predica de quienes pretendan plegarse a dichos términos para participar en el procedimiento administrativo de selección del contratista, sino de la entidad misma que los profirió, la que, en principio, carece de competencia para modificarlos³⁰. Bajo aquella línea argumental, los pliegos de condiciones son actos administrativos de carácter general y, como expresión unilateral de la Administración, producen básicamente dos efectos jurídicos: reglamentan sin vocación de permanencia las reglas de participación de los interesados en presentar un ofrecimiento, competencia que culmina con la adjudicación del contrato, y, adicionalmente, configuran las condiciones con las que se vincularán las partes en el futuro negocio jurídico que se celebre, en cuanto al objeto del contrato, a su alcance, a las especificaciones técnicas, al plazo de ejecución, al valor, a la forma de pago, a las obligaciones entre las partes, etc., de lo cual se deriva que estos pliegos de condiciones prevalecen sobre el futuro negocio jurídico a perfeccionarse³¹⁻³².

Con todo lo dicho, se puede asomar a la idea genérica de que los pliegos de condiciones en materia contractual constituyen actos administrativos mixtos expedidos por la Administración contratante, los cuales poseen una estructural bifronte: (1) de una parte regulan los aspectos sustanciales y procedimentales del procedimiento administrativo de selección del futuro contratista y (2) de otra parte, contienen los elementos de tiempo, modo y lugar del futuro contrato estatal. Y que, respecto de sus efectos jurídicos, aquellos resultan obligatorios para la Administración contratante de una parte, pero también para aquellos que proponen una oferta y con mayor intensidad para aquel adjudicatario y futuro contratista. Y respecto a sus efectos, se puede llegar a la conclusión de que son obligatorios para los participantes en el procedimiento administrativo de selección, esto es, Administración y proponentes; pero también para quienes al final de la cuestión se quedan en esta mesa, es decir, para la Administración y el proponente adjudicatario y futuro contratista.

28 Édgar González López, *El pliego de condiciones en la contratación estatal*, op. cit. pp. 44-46.

29 Ernesto Matallana Camacho, *La licitación pública*, op. cit., p. 138

30 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia de constitucionalidad 199 del 15 de abril de 2020, Exp. D-12637.

31 Edgar González López, *El pliego de condiciones en la contratación estatal*, op. cit., p. 46.

32 Ernesto Matallana Camacho, *La licitación pública*, op. cit., p. 139.

2. DE LA NOCIÓN DE PLIEGOS DE CONDICIONES A LOS PLIEGOS DE CONDICIONES TIPO: UN VIAJE DE IDA Y VUELTA

Como abrebozas a la cuestión que sugiere el título de este apartado, lo primero que se debe resaltar es que se habla en el ordenamiento jurídico interno de "pliego de condiciones tipo", para hacer referencia a documentos que contienen condiciones estandarizadas y especializadas para la contratación de bienes, obras o servicios. Dichos documentos establecen los requisitos habilitantes, los factores técnicos y económicos, y otros requisitos que representen buenas prácticas contractuales de carácter obligatorio para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP) y que, de conformidad con el régimen jurídico aplicable, son adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente³³⁻³⁴.

Para el profesor Juan David Duque Botero, la estandarización de condiciones a través de pliegos tipo tiene, en términos generales, los siguientes beneficios para el ámbito nacional: (1) facilita el control fiscal y la veeduría ciudadana sobre los procesos de compra pública porque permite identificar con mayor facilidad bajo qué condiciones deberían estar contratando entidades y proveedores, y cuándo se apartan de estándares apropiados con el fin de direccionar los procesos; (2) incorporan mejores prácticas internacionales en el sector que impactan, de modo que permiten establecer las condiciones que resultan más adecuadas para obra pública en el sector de

- 33 Esta lectura se hace a partir de lo expuesto en la Ley 1882 de 2018, la fue modificada por el Decreto Legislativo 575 de 2020 y la Ley 1955 de 2019, que fueron reglamentados por medio de los decretos 1082 de 2015, 342 de 2019, 2096 de 2019 y 594 de 2020, respectivamente. Al igual que lo establecido en el glosario (anexo n.º 03) del pliego de condiciones tipo para contratos de infraestructura del transporte, en su versión de 2022.
- 34 Según Cristian Andrés Díaz Díez, hasta la expedición de la Ley 1882 de 2018, las normas que regulaban la elaboración de los pliegos de condiciones en la contratación estatal se limitaban "a señalar criterios o parámetros generales" que dejaban en manos de la Administración la definición de las reglas objetivas y razonables que gobernarían cada proceso de selección. A pesar de que ya había algunos intentos de estandarización –resalta el autor en cita–, lo cierto es que fue a partir de la mencionada ley que el derecho administrativo de la contratación estatal se abrió paso al establecimiento de documentos tipo obligatorios para la confección de los pliegos de condiciones; por lo que adquiere interés analizar si con la existencia de dichos instrumentos puede seguir afirmándose que la elaboración del pliego de condiciones es una potestad discrecional de las entidades estatales o por el contrario se ha convertido en una potestad reglada. Cristian Andrés Díaz Díez, "Documentos tipo obligatorios: ¿supresión de la potestad discrecional para la confección del pliego de condiciones?", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 24, 2020, pp. 127-159.

infraestructura con base en un proceso juicioso de consulta y construcción conjunta con sus principales intervinientes y los actores regionales con mayor experticia en la materia; (3) optimizan los procesos reduciendo tiempos de contratación y evitando procesos extensos; y (4) contribuyen a la transparencia de los procesos contractuales incrementando la competencia con el aumento del número de oferentes por proceso y disminuyendo la posibilidad de colusión, contribuyendo a la eliminación de los llamados pliegos sastre que son diseñados por las entidades a la medida de un oferente particular para garantizar la adjudicación³⁵⁻³⁶.

En línea con lo que viene de tratarse, la Corte Constitucional ha indicado lo siguiente con relación a los denominados "pliego de condiciones tipo":

La tipificación o normalización en la actividad contractual busca, en concreto, finalidades que consultan los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución. Así, (i) la elaboración de pliegos tipo para la selección de contratistas apunta a hacer más objetiva la adjudicación de los contratos, a través de la reducción de la posibilidad de adecuar indebidamente los parámetros de la escogencia a las condiciones de determinada persona, mediante la imposición de condiciones de imposible cumplimiento para la generalidad del mercado y que no responden a una concreta necesidad de interés general, sino al interés particular y reprehensible de favorecer intereses particulares –disecciónamiento contractual–. Aunque la corrupción es la antítesis de todos los principios que rigen la función administrativa (búsqueda del interés general, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), esta manera de luchar contra la corrupción administrativa y de proteger el erario, responde particularmente a los principios constitucionales de moralidad e imparcialidad. (ii) Al establecer condiciones generales para la selección de los contratistas, ampliamente conocidos y aplicados de manera uniforme en los distintos procedimientos de selección de contratista, la parametrización potencializa la participación de oferentes, sin exclusiones arbitrarias o injustificadas, lo que permite ampliación en el cotejo para escoger la propuesta que satisfaga objetivamente y de la mejor manera, el interés general al que se pretende responder. Así, la tipificación en la actividad contractual concreta los principios de publicidad, igualdad y eficacia en la actuación administrativa. (iii) Al tratarse de

- 35 Juan David Duque Botero, "Los beneficios y retos de la adopción de pliegos de condiciones tipo para la promoción de la integridad y competencia en el Sistema de Compra Pública colombiano", en *Del contrato estatal a los sistemas de compras públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 198.
- 36 Similar exposición hace el profesor Ernesto Matallana Camacho cuando indica que el concepto de pliego de condiciones "documento tipo" es una respuesta del legislador a un desbordamiento de las distintas entidades estatales, en su mayoría territoriales –indica el autor–, que, en medio de sus competencias discretionales al contrario de favorecer la libre concurrencia, restringen la participación mediante lo que se conoce como "pliego de condiciones sastre", en donde se presenta una baja o nula concurrencia. Ernesto Matallana Camacho, *La licitación pública*, op. cit., p. 161.

documentos y procedimientos preestablecidos, se reduce el gasto de recursos financieros y humanos en la preparación caso a caso de dichos parámetros, de esta manera, se realizan los principios de economía, eficiencia y celeridad en la actuación administrativa. (iv) La reducción de la posibilidad de subjetividad en la selección de los contratistas y la aplicación de reglas uniformes, hace previsibles las decisiones administrativas en materia contractual, lo que facilita el control administrativo (fiscal y disciplinario), judicial (penal y administrativo) y ciudadano de la actividad administrativa y del gasto público, en desarrollo del principio de moralidad³⁷.

Hoy por hoy, los denominados pliegos de condiciones tipo constituyen documentos estandarizados obligatorios para la Administración sujeta a ese régimen contractual, esto es, el EGCAP, lo cual se da en sede aplicativa, por cuanto constituyen reglas para los gestores públicos. Así, los documentos tipo contienen las reglas de los procedimientos de selección referentes a los requisitos habilitantes; los factores técnicos, económicos y otros sobre los cuales recaiga la selección del contratista; además, también podrán estipularse por documentos tipos aquellos requisitos sobre buenas prácticas en la contratación en general³⁸.

Con lo visto entonces, puede categorizarse –y en efecto así suele suceder en sede aplicativa–, los denominados “pliegos de condiciones tipo” como actos administrativos que contienen para su configuración precisas instrucciones y delimitaciones normativas que deben ser aplicadas y observadas por la Administración, en su actividad material de establecer las condiciones de tiempo, modo y lugar del procedimiento administrativo de selección del futuro contratista. A nuestro modo de ver, dichas instrucciones y delimitaciones normativas funcionan como límites externos para la Administración en su tarea material, investigativa y creativa de configurar los elementos y criterios del proceso selectivo.

En consonancia con la idea expuesta en precedencia, aquellos límites externos fijados por el ordenamiento jurídico aplicable, implica para la Administración en el ejercicio creativo de establecer las condiciones de tiempo, modo y lugar del procedimiento administrativo de selección, que esta realice un ejercicio analítico de contrastación fáctica de la necesidad que se pretende solucionar con la respectiva contratación versus lo establecido en aquellos pliegos y los límites externos fijados por el ordenamiento jurídico aplicable. Esto, partiendo del hecho de que el asunto de la utilización de los denominados “pliegos de condiciones tipo” no resulta ser un asunto de

37 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia de inconstitucionalidad 199 del 15 de abril de 2020, Exp. D-12637.

38 Fabio Enrique Pulido Ortiz y Antonio Alejandro Barreto Moreno, “Los principios jurídicos y sus demonios. Un análisis de los documentos tipo en el mercado de compra pública colombiano”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.º 33, 2021, pp. 171-194.

aplicación normativa abstracta, sino de concreción aplicativa en cada caso en concreto, para lo cual se hace necesario aquel ejercicio de contrastación. En ese orden de ideas, los denominados "pliegos de condiciones tipo" constituyen estándares aplicables de forma obligatoria por la Administración, con lo cual ha hecho carrera en sede aplicativa la idea genérica de que, con ellos, se ha restringido la autonomía de que goza la Administración para confeccionar, tanto las reglas del procedimiento administrativo de selección como el mismo contrato estatal. Esto, delimitado, como ya se conoce, por las propias restricciones que posee el EGCAP y el principio de legalidad³⁹.

Es así que la confección del pliego de condiciones tipo para cada caso se ha tornado, en gran parte, para las entidades estatales en una labor consistente en "llenar" los espacios preestablecidos en el pliego modelo, en completar los formatos, en verificar que se cumpla lo que dispone cada numeral del documento estándar y en cerciorarse de que no se establezcan cláusulas que excedan las que permita el pliego tipo⁴⁰. A nuestro modo de ver, la gran distinción existente entre los tradicionales pliegos de condiciones o documentos equivalentes en materia de contratación estatal y los denominados "pliegos de condiciones tipo", reside en los límites externos que funcionan como contornos al ejercicio de confección de los contratos estatales que posee la Administración, tanto en las reglas y condiciones del procedimiento administrativo de selección, como –a nuestro parecer– del futuro contrato estatal. Con esto, lo que quiere significarse es que la distinción entre aquella forma de concebir los pliegos de condiciones es estrictamente de amplitud y no de ausencia, como podría considerarse.

3. LOS PLIEGOS DE CONDICIONES TIPO: ENTRE EXISTENCIA Y AUSENCIA DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL, DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA

Delimitada la textura, contenido, efectos y naturaleza jurídica de los denominados pliegos de condiciones o documentos equivalentes en materia de

39 El profesor Juan Carlos Expósito Vélez, citando a su vez al tratadista Gaspar Ariño, menciona que la discusión en los contratos de derecho público se sustenta principalmente en la tensión que existe entre legalidad y la autonomía de la voluntad, que lo diferencia de la prevalencia de la autonomía de la voluntad pura en los contratos celebrados entre particulares. Juan Carlos Expósito Vélez, "Autonomía de la voluntad, competencias regladas y discretionales en el contrato estatal", en VV. AA., *Las transformaciones de la Administración pública y del derecho administrativo*, t. II, *La reinvenCIÓN de los instrumentos jurídicos y materiales utilizados por la Administración*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 111-165.

40 Cristian Díaz Díez, "Documentos tipo obligatorios", *op. cit.*, pp. 127-159.

contratación estatal en sede aplicativa, y más aún, las nociones generales de los denominados "pliegos de condiciones tipo", resulta conveniente explorar *–a priori–*, si la utilización de los denominados pliegos de condiciones por parte de la Administración⁴¹⁻⁴², constituyen instrumentos que eliminan o no el ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual por parte de la Administración al momento de contratar. En consistencia con lo expuesto aquí, se debe recordar que el ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual es el principio rector en los contratos entre particulares y aplicable por remisión expresa del Legislador a las cuestiones estatales⁴³⁻⁴⁴, esto es, a

- 41 El artículo 4.º de la Ley 1882 de 2018 (modificado por el artículo 1.º de la Ley 2022 de 2020) estableció que el Gobierno nacional debía adoptar pliegos de condiciones tipo obligatorios para ciertos procedimientos de selección contractual. Adicionalmente, lo facultó para crear y extender la obligatoriedad de dichos documentos a otras modalidades de selección. A partir de esta disposición y de los reglamentos expedidos por el Gobierno, se facultó a la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente para implementar pliegos vinculantes para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Cristian Díaz Díez, "Documentos tipo obligatorios", *op. cit.*, pp. 127-159.
- 42 En contraposición a la exigencia normativa el ordenamiento jurídico interno, se encuentra que, por ejemplo, en el sistema contractual español existen los denominados pliegos tipo con un ingrediente importante, y es que los mismos no resultan ser obligatorios legalmente por la Administración, aunque si exigibles desde la práctica administrativa. Javier García Luengo, *Los pliegos de cláusulas administrativas particulares*, *op. cit.*, pp. 92-97.
- 43 Jaime Vidal Perdomo, "Los contratos de la Administración pública colombiana: Experiencias de derecho público y derecho privado", en *La contratación pública*, t. I, Buenos Aires: Hammurabi, 2006, pp. 359-77.
- 44 En palabras del profesor Juan Carlos Expósito Vélez, es de mayúscula importancia subrayar cómo, en los artículos 13, 32 y 40 del Estatuto General de la Contratación Pública, el principio de la autonomía de la voluntad se ve incorporado en la contratación estatal; por ejemplo: el artículo 13 señala que "los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2.º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes". Esta norma trae consigo una incorporación normativa del derecho común por medio de la cual las reglas civiles y comerciales resultan aplicables a los contratos estatales regidos por dicho cuerpo normativo; en este sentido, la autonomía de la voluntad es un pilar más de este tipo de negocios. Igualmente, el artículo 32, al manifestar la posibilidad de escoger la tipología contractual que a bien considere la Administración como entidad contratante, dependiendo de la naturaleza del contrato; y finalmente, el artículo 40, al indicar que "las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad", nos lleva necesariamente a concluir que incluso la Administración pública goza de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad al celebrar contratos. Por tanto, el legislador colombiano, al decidir crear una única categoría que comprendiera todos los negocios jurídicos bilaterales generadores de obligaciones que celebraran las entidades estatales, determinó que todos ellos debían estar regulados y regidos por la autonomía de la voluntad como principio rector. Juan Carlos Expósito Vélez, "Autonomía de la voluntad, competencias regladas y discrecionales en el contrato estatal", *op. cit.*, pp. 119-120.

los contratos estatales⁴⁵. Con la consideración anterior, entonces, no puede perderse de vista que aquel postulado ha irradiado la contratación estatal en el sistema jurídico interno, a veces con mayor o menor amplitud en sus límites externos, pero existente⁴⁶⁻⁴⁷, pues no podría en estos tiempos, pensarse una contratación pública que no utilizará aquel postulado.

Vista así la cuestión, resulta conveniente señalar, a propósito de lo anterior, que en la cadena contractual lo primero que nace no son los pliegos de condiciones tradicionales, como aquellos denominados "tipo", sino –y como

45 En similar línea argumentativa a la señalada en la cita anterior, el profesor José Luis Benavides Russi, al referirse a los antecedentes de la configuración del actual régimen jurídico contractual público general, indicó que, en cuanto a la autonomía de la voluntad, también fue enarbolada como una base esencial de la transformación de la Ley 80 tanto por el proyecto como por las discusiones parlamentarias, y reconocida como base del nuevo estatuto por la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado. El legislador –resalta el autor en referencia–, quiso entonces entregar un campo de libertad a la Administración contratante para que esta pudiese desarrollar más significativamente su competencia contractual con la autodeterminación implícita a la noción de autonomía de la voluntad. Si bien es cierto esta autonomía referida a la administración pública encuentra restricciones más significativas que las aplicables a los particulares, en razón de las finalidades, principios y reglas particulares de la función administrativa, ello se traduce en limitaciones de lo que se puede denominar un *orden público administrativo* establecido por el conjunto de los preceptos constitucionales y legales en la materia, mas no en desarrollos reglamentarios, que extralimitarían los parámetros de comportamiento definidos para la administración contratante por el estatuto de contratación. José Luis Benavides Russi, "Ley y reglamento en contratación pública", en *Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. También lo resalta el mismo autor en: *El contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 96-111.

46 Afirma el profesor David Blanquer en línea similar a la expuesta aquí, que uno de los rasgos más característicos de la Administración cuando emplea medios bilaterales para el cumplimiento de sus fines –como a nuestro entender sucede con los contratos estatales–, tiene que ver con los límites a la amplitud de la autonomía de la voluntad. David Blanquer, *Curso de derecho administrativo*, t. II, *El fin y los medios, teoría y práctica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 54-62.

47 En palabras del profesor Juan Carlos Expósito Vélez, a partir de la mención de los artículos 13, 32 y 40 del EGCAP, el principio de la autonomía de la voluntad se ve incorporado en la contratación estatal, con matices propios del derecho público. Juan Carlos Expósito Vélez, "Autonomía de la voluntad, competencias regladas y discrecionales en el contrato estatal", *op. cit.*, pp. 119-120.

lo hemos sostenido en otro estudio⁴⁸⁻⁴⁹—, una etapa previa y anterior, la cual se concretiza en un ejercicio de planificación. Y ahí —a nuestro modo de ver—, radica la distinción entre aquellas instituciones.

Aquel ejercicio de planificación se caracteriza por ser el resultado de la actividad material, interna e intramuros de la Administración, consistente en determinar las condiciones de tiempo, modo y lugar del futuro procedimiento administrativo de selección y del mismo contrato estatal, y que en el caso de los denominados “pliego de condiciones tipo” poseen límites externos en su configuración, pero que en todo caso requiere del querer de la Administración. En otras palabras, en esta fase la Administración ejerce una autonomía para el establecimiento de las condiciones de tiempo, modo y lugar que configurarán el procedimiento de selección y el futuro contrato estatal, pero delimitadas por las condiciones que establezca y serán insertadas en el pliego. En línea con esta idea medular en este estudio, se tiene que el pliego de condiciones —en un criterio tanto el genérico, pero también el tipo—, es la cristalización de todo el proceso de planificación que permitió la estructuración de la contratación a la que se refiere⁵⁰. Por lo dicho, el pliego integra así, explícita o implícitamente, los estudios previos realizados por la entidad, estudios que, sugeridos desde siempre por las reglas de sana y responsable gerencia pública⁵¹⁻⁵².

48 En otro estudio se expuso ampliamente la actividad de planeación en materia de contratación estatal, señalando que la misma recorre todo el derecho público en Colombia, pues de acuerdo con el marco jurídico interno, regulariza todas las actividades del quehacer del Estado, en sus diferentes disciplinas, llámese a título de ejemplo derecho administrativo, de gestión, fiscal o contractual. John Fredy Silva Tenorio, *Contratación estatal. Del principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia: una visión multidisciplinaria*, Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2019.

49 John Fredy Silva Tenorio, “La ambivalencia de las adiciones y prórrogas contractuales, como supuestos de la inaplicabilidad del principio de planeación en materia contractual”, *Principales retos de la contratación pública en Colombia: innovación, homogenización internacional, oportunidades de mejora*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2023, pp. 169-174.

50 José Luis Benavides Russi, *Contratos públicos estudios*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 186.

51 *Ibid.*

52 Idea similar se expone por el profesor Juan Carlos Expósito Vélez en las siguientes obras de su autoría, en donde resalta la importancia de la fase de planificación o planeación en la construcción de las condiciones de tiempo, modo y lugar del futuro contrato estatal. Juan Carlos Expósito Vélez, “Planeación y la validez del contrato estatal. Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas”, en *XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 73-74; “El concepto de contrato de la administración pública en Hauriou: una relectura en cuanto a sus rasgos distintivos”, en *Ensayos de derecho público. En memoria de Maurice Hauriou*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 486-487; y *Forma y contenido del contrato estatal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 50-55.

Con lo dicho, puede notarse con algún grado de sencillez que la actividad interna de la Administración consistente en planificar las condiciones de tiempo, modo y lugar que configuraran el procedimiento de selección y el futuro contrato estatal, implican para ella, hacer uso del ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual otorgada por el ordenamiento jurídico aplicable. Este ejercicio le permite seleccionar los criterios que integrarán las condiciones de la contratación, pasando por aspectos de oportunidad y conveniencia, utilización de derecho blando o *soft law*, normas técnicas de origen privado y aspectos asociados con la *lex artis* de la contratación en concreto⁵³. Con esto no puede desconocerse la actividad intramuros de la Administración, dado que como se ha sostenido en algún lugar, el pliego de condiciones no surge en sede aplicativa por generación espontánea, sino a partir del ejercicio de planificación.

Vista así la cuestión, entonces, la posición que podría asumirse –como en efecto se hace en este estudio– es que los denominados pliegos de condiciones tipo poseen contornos y límites externos establecidos normativamente y desarrollados en los documentos técnicos respectivos⁵⁴, que en principio restringen e imponen límites al ejercicio de planificación, pero no lo eliminan y, por tanto, tampoco eliminan el ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual. Pensar en aquellos pliegos de manera alguna podría incitar a considerar que su utilización es un simple ejercicio de subsunción. Contrario a ello, de lo que se trata es que la Administración, al momento de construir los denominados pliegos de condiciones en sede aplicativa, se muevan en sus aspectos jurídicos, técnicos y financieros como requisitos habilitantes dentro de los márgenes que permite la normativa aplicable y los mismos instrumentos. Lo mismo resulta de los denominados "criterios de evaluación" o de "selección" de proponentes⁵⁵.

Vista así la cuestión, la confección de los pliegos de condiciones o documentos equivalentes en materia contractual, incluidos los denominados "pliegos de condiciones tipo" –a nuestro modo de ver– implican para la Administración una clara e inequívoca manifestación de la autonomía de la voluntad contractual de la cual gozan, la cual se encuentra delimitada normativamente. Si se quiere en otros términos, el ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual es restringida por el principio de legalidad que

53 Sobre los criterios que integran la norma de conducta de contratar, hemos mencionado, en otra parte, que estos son integrados al contrato estatal a partir del ejercicio material de la Administración configuradora, el cual es informal, interno e intramuros.

54 En similar línea argumentativa en el sistema jurídico español y europeo expone el profesor Javier García Luengo, *Los pliegos de cláusulas administrativas particulares*, *op. cit.*, pp. 39-40.

55 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia de inconstitucionalidad 199 del 15 de abril de 2020, Exp. D-12637.

regula las relaciones estatales y que en el caso bajo estudio se manifiesta en dos niveles diferentes, pero consistentes: (1) el primero a partir del régimen jurídico aplicable dado por la Constitución Política, el EGCAP a nivel legal y reglamentario, y (2) por los documentos expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, en los cuales desarrolla sustancialmente cada aspecto entregado por el Legislador, esto son los "pliegos de condiciones tipo" y sus documentos anexos o asociados⁵⁶⁻⁵⁷.

En otras palabras, el ejercicio de la autonomía de que goza la Administración en sede aplicativa se encuentra restringida a los contornos y límites externos que establecen aquellos instrumentos estandarizados, con lo cual –a nuestro modo de ver– existe una delimitación en la densidad y extensión de las exigencias del procedimiento administrativo de selección de

- 56 En relación con esta idea, aunque con un enfoque diferente, menciona el profesor Cristian Díaz Díez que lo cierto es, como se vio, que la figura del pliego de condiciones tipo obligatorio limita en grado sumo la discrecionalidad de las entidades estatales para la confección del pliego de condiciones específico. Pero de allí no puede colegirse que tal discrecionalidad desaparezca. Aunque –menciona el profesor en referencia– más reducida por el conjunto de cláusulas del pliego de condiciones tipo, que se impone a las entidades estatales, estas aún cuentan con un margen de apreciación para determinar la mejor forma de satisfacer el interés general al momento de confeccionar el pliego de condiciones para los procedimientos de selección que adelantan, pues el documento estándar adoptado por el gobierno nacional e implementado por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, por más que quisiera, no puede –ni debe– llegar hasta el más mínimo detalle de la actividad contractual de las entidades públicas. En efecto –continua–, incluso con los pliegos de condiciones tipo que son obligatorios actualmente –en las licitaciones y selecciones abreviadas de menor cuantía para la celebración de contratos de obra pública de infraestructura de transporte–, las entidades estatales cuentan con discrecionalidad para: (1) decidir si contratan; (2) determinar el objeto, plazo, valor y lugar de ejecución del contrato, de conformidad con los estudios previos; (3) establecer si desean estructurar o no el proceso por grupos o lotes; (4) fijar el cronograma del proceso según las disposiciones legales y reglamentarias; (5) definir qué experiencia solicitar como requisito habilitante o criterio de evaluación, respetando las directrices del pliego tipo; (6) señalar, según su justificación de necesidad en los estudios previos, si es conducente la visita al sitio de ejecución de la obra; (7) indicar si la forma de pago será por "precio global, llave en mano, precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos"; (8) elegir una entre varias opciones para la asignación de puntaje por el factor de calidad; y (9) establecer si deciden o no entregar anticipo o pago anticipado, entre otros aspectos. Cristian Díaz Díez, "Documentos tipo obligatorios: *supresión de la potestad discrecional para la confección del pliego de condiciones*", *op. cit.*, pp. 127-159
- 57 En relación con el asunto de los requisitos habilitantes y los criterios de evaluación de los diferentes procedimientos de selección a los cuales le resulta aplicable los denominados "pliego de condiciones tipo", es importante señalar que aquellos poseen características diferenciales en atención al objeto y tipo de contratación que requiere la Administración. Juan David Duque Botero, "Los beneficios y retos de la adopción de pliegos de condiciones tipo para la promoción de la integridad y competencia en el Sistema de Compra Pública colombiano", *op. cit.*, pp. 204-207.

contratistas, más no respecto a las condiciones de tiempo, modo y lugar del futuro contrato estatal, que es donde se materializa con mayor intensidad aquel postulado rector en materia contractual⁵⁸.

Con lo anterior, no puede considerarse –como erradamente se hace– que la utilización obligatoria de los denominados “pliegos de condiciones tipo” en el ordenamiento jurídico local y, sobre todo, en sede aplicativa de la Administración, comporta una ausencia de autonomía, dado los límites externos que aquellos instrumentos de gestión administrativa imponen. Como ya se ha mencionado, lo que sucede en sede aplicativa, creemos, es que la libertad para establecer los aspectos jurídicos, técnicos y financieros como requisitos habilitantes y los denominados “criterios de evaluación” o de “selección” de proponentes ha mermado.

4. BREVE RECUENTO DE LOS RESULTADOS DE LA UTILIZACIÓN DE LOS DENOMINADOS PLIEGOS DE CONDICIONES TIPO: ENTRE LUCES Y SOMBRAS

En torno a la discusión existente a nivel teórico –y con incidencia en sede aplicativa–, respecto de la utilización de los denominados “pliegos de condiciones tipo”, resulta muy conveniente indagar el efecto útil que ha tenido en la confección de procedimientos de selección de contratistas, la

58 A una consideración similar llegó la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad de la normativa que exigía la adopción y aplicación de los denominados “pliegos de condiciones tipo” en el ordenamiento jurídico y cómo aquella situación interactuaba con la autonomía territorial de los entes territoriales en materia contractual. En ese supuesto fáctico, indicó aquella corporación, aunque la elaboración propia de los pliegos de condiciones, de manera concreta y específica, es una manifestación de la autonomía de las entidades territoriales para la gestión de sus asuntos propios, es necesario recordar que los pliegos de condiciones se componen de dos elementos: lo relativo a la selección del contratista y lo atinente al contrato que se celebrará. Es en la determinación de los elementos concretos y específicos de cada contrato, donde se manifiesta propiamente la autonomía de los entes territoriales para la gestión de los asuntos propios. Por el contrario, en los asuntos relativos a la selección del contratista, la autonomía es relativa, teniendo en cuenta que, además de la obligación de selección objetiva, la regulación de dichos procedimientos tiene reserva de ley, con amplia facultad de configuración por parte del Legislador y, por lo tanto, de allí se deriva la facultad reglamentaria presidencial. Así, en tratándose de la reglamentación de los procedimientos de selección de contratistas (criterios habilitantes para ofertar y factores de selección), no existe, en abstracto, una vulneración de la autonomía local para la gestión de sus asuntos propios, asunto que fue discutido en el Congreso de la República durante el trámite legislativo y se llegó a esta misma conclusión. En esencia, en los procedimientos de selección de contratistas existen intereses nacionales que justifican la intervención del Legislador. Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia de inconstitucionalidad 199 del 15 de abril de 2020, Exp. D-12637.

implementación y utilización de los denominados instrumentos de gestión administrativa. Con lo anterior, el objetivo de este apartado no es de ninguna manera validar la implementación de los mencionados instrumentos, por el contrario, lo que se busca es presentar el efecto útil –si se quiere– que los mismos han tenido en sede aplicativa.

Por lo dicho, se tiene que, hoy por hoy, nadie puede discutir las bondades que de cara al procedimiento administrativo de selección poseen los denominados pliegos, especialmente en lo que se refiere a la participación activa del mercado en la contratación estatal, la cual hace algunas décadas era un asunto no estratégico para el Estado y reservado para unos pocos proponentes en cada sector del mercado que implicaba la respectiva contratación. Así y a modo de ejemplo, y luego de consultarse con las entidades estatales que más tarde se detallan, se tiene la relación que se presenta en la tabla 1^[59].

TABLA 1. PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN EN DONDE SE UTILIZARON PLIEGOS DE CONDICIONES TIPO

Entidad consultada	Procedimientos de selección en donde se utilizaron pliegos de condiciones tipo (desde 2018 a la fecha)	Número de proponentes participantes
Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)	2	15
Instituto Nacional de Vías (Invías)	835	50.257
Instituto de Infraestructura y Concesiones de Cundinamarca (ICCU)	75	5.159
Instituto de Desarrollo Urbano (IDU)	169	3.559

Con lo anterior, puede notarse que la Administración al adoptar los denominados “pliego de condiciones tipo” ha permitido que, a los diferentes procedimientos administrativos de selección, concurra un número plural de potenciales contratistas, con lo cual se resalta la idea teórica de que, con estos, se buscaba la participación plural de proponentes y la garantía –al menos teórica– de selección objetiva. Así las cosas, a nuestro modo de ver, el asunto de los pliegos de condiciones tipo en el desarrollo y quehacer de la Administración tiene dos discusiones en torno al mismo: la primera se encuentra asociada con la consideración de si, al ser utilizado aquel

59 Durante los meses de mayo y junio de 2024 se efectuaron las respectivas consultas a las entidades estatales mencionadas en el cuadro respectivo. E, igualmente, posteriormente se analizó la información y se establecieron estos parámetros comunes a aquellas entidades.

instrumento, la autonomía contractual restringida es eliminada o no, y lo que ello representa para la gestión de los gestores públicos; y la segunda y no menos importante, que se encuentra relacionada con el efecto útil de la implementación de aquellos en sede aplicativa. Así las cosas, el camino está dado para las diferentes discusiones en torno al asunto de los denominados "pliegos de condiciones tipo" y, con ello, las eventuales decisiones que a futuro se puedan producir.

CONCLUSIONES

Es posible concluir que la utilización en el ordenamiento jurídico colombiano de los denominados "pliegos de condiciones tipo" comporta una actividad administrativa que gestiona la Administración para el cumplimiento de los fines estatales y su misma misionalidad. En ese contexto, no puede perderse de vista que desde la expedición de la Ley 1882 de 2018 y demás documentos normativos, se regularizaron estos, con carácter obligatorio, para las entidades estatales sometidas al EGCAP y en las materias específicas en la normativa. Como es lógico, a nuestro entender, desde su implementación hasta la actualidad han persistido diversas consideraciones en torno a la disminución de la autonomía de la voluntad de la Administración para contratar y establecer las reglas y condiciones de tiempo, modo y lugar del procedimiento administrativo de selección y del mismo contrato estatal. Ello se encontraba arraigado en la forma en que en sede aplicativa la Administración contrataba, pero también y con toda razón, por lo establecido en los artículos 13, 32 y 40 del EGCAP.

No obstante, resulta importante resaltar que el asunto del ejercicio de la autonomía de la voluntad en tratándose de los denominados "pliegos de condiciones tipo" es un tema de densidad y no de ausencia. En otras palabras, a nuestro modo de ver, en sede aplicativa lo que realmente existe son límites externos a la actividad material de la Administración al momento de establecer las condiciones de tiempo, modo y lugar del procedimiento administrativo de selección y del futuro contrato estatal, que se encuentran delimitados en los instrumentos de que viene de tratarse.

Con todo, no puede perderse de vista que con un pliego de condiciones tradicionales o con los denominados "tipo", la Administración se encuentra sujeta a la materialización del ejercicio de planificación en donde, creemos, es realmente donde se manifiesta con efectos intra e informal –inicialmente– la autonomía de la voluntad contractual. Por ello, debe considerarse que la densidad para establecer las condiciones de tiempo, modo y lugar del procedimiento administrativo de selección, aunque menor a lo que tradicionalmente existía, se encuentra presente en la actividad de contratar. Entender esta actividad de tal forma implica para la Administración, de un

lado, la sujeción a ellos, dado el contenido obligacional y normativo que poseen, pero además la posibilidad de adecuar a cada caso en concreto las condiciones que establecen los pliegos tipo, dadas las particularidades que cada contrato estatal en concreto exige.

Finalmente, y con la evidencia-muestra respectiva, se puede constatar que la Administración, con la utilización de aquellos instrumentos de gestión administrativa, no solo ha cumplido su misionalidad y con ello, garantizado –al menos en el plano contractual– los fines estatales inmersos en la contratación, sino de alguna manera ha garantizado la pluralidad de oferente desde un punto teórico.

BIBLIOGRAFÍA

Aymerich Cano, Carlos. *Acerca de la naturaleza normativa de los pliegos de cláusulas administrativas particulares. El derecho administrativo en el umbral del siglo XIII. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

Ballesteros Moffa, Luis Ángel. *La adjudicación de contratos en el sector público*. Madrid: Thomson-Civitas, 2010.

Barra, Rodolfo Carlos. *Contrato de obra pública. Procedimiento de selección. Ejecución del contrato*. Texas: Abaco, 1984.

Benavides Russi, José Luis. "Ley y reglamento en contratación pública". En *Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

Benavides Russi, José Luis. *Contratos públicos: Estudios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

Benavides Russi, José Luis. *El contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

Blanquer, David. *Curso de derecho administrativo*, t. II, *El fin y los medios, teoría y práctica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

Boquera Oliver, José María. *La selección de contratistas*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963.

Comadira, Julio Roberto. *Algunas consecuencias de la aplicación del principio de juridicidad de la Administración en la formación y ejecución de la contratación administrativa*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

Díaz Díez, Cristian Andrés. "Documentos tipo obligatorios: ¿supresión de la potestad discrecional para la confección del pliego de condiciones?". *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 24, 2020.

Domínguez Olivera, Rafael. *Código anotado de contratación pública*. Pamplona: Aranzadi, 2011.

Duque Botero, Juan David. "Los beneficios y retos de la adopción de pliegos de condiciones tipo para la promoción de la integridad y competencia en el Sistema de Compra Pública colombiano". En *Del contrato estatal a los sistemas de compras públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

Durão, Pedro. *Licitación pública. Parámetro y supranacionalidad*. Lisboa: Juruá, 2016.

Expósito Vélez, Juan Carlos. "Autonomía de la voluntad, competencias regladas y discretionales en el contrato estatal". En VV. AA., *Las transformaciones de la Administración pública y del derecho administrativo*, t. II, *La reinvenCIÓN de los instrumentos jurídicos y materiales utilizados por la Administración*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

Expósito Vélez, Juan Carlos. "El concepto de contrato de la Administración pública en Hauriou: una relectura en cuanto a sus rasgos distintivos". En *Ensayos de derecho público: En memoria de Maurice Hauriou*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

Expósito Vélez, Juan Carlos. "La responsabilidad precontractual en la actuación contractual del Estado". *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 27, 2021, pp. 73-133.

Expósito Vélez, Juan Carlos. "Planeación y la validez del contrato estatal. Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas". En *XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

Expósito Vélez, Juan Carlos. *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

Fernández Ramos, Severiano. *Preparación de los contratos por la Administraciones públicas. Comentarios a la ley de contratos del sector público*. Madrid: Bosch, 2009.

García de Enterría, Eduardo, y Tomás Ramón Fernández Rodríguez. *Curso de derecho administrativo*, 14.ª ed. Navarra: Thomson-Civitas, 1998.

García Luengo, Javier. *Los pliegos de cláusulas administrativas particulares*. Madrid: Iustel Portal Derecho, 2022.

González López, Édgar. *El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

Marín Hernández, Hugo Alberto. "Naturaleza jurídica de las facultades de la administración para confeccionar pliegos de condiciones". *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 1, 2007.

Matallana Camacho, Ernesto. *La licitación pública. Aplicación del principio de proporcionalidad a la selección objetiva de contratistas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.

Meilán Gil, José Luis. *La estructura de los contratos públicos. Norma, acto y contrato*. Madrid: Iustel, 2008.

Pulido Ortiz, Fabio Enrique, y Antonio Alejandro Barreto Moreno. "Los principios jurídicos y sus demonios. Un análisis de los documentos tipo en el mercado de compra pública colombiano". *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.º 33, 2021.

Rivero Ysern, Enrique. *El proceso de formación de la voluntad de la Administración en los contratos de las administraciones públicas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

Silva Tenorio, John Fredy. "La ambivalencia de las adiciones y prórrogas contractuales, como supuestos de la inaplicabilidad del principio de planeación en materia contractual". En *Principales retos de la contratación pública en Colombia: innovación, homogenización internacional, oportunidades de mejora*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2023.

Silva Tenorio, John Fredy. *Contratación estatal. Del principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia: una visión multidisciplinaria*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2019.

Vidal Perdomo, Jaime. "Los contratos de la Administración pública colombiana: Experiencias de derecho público y derecho privado". En *La contratación pública*, t. I. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 13 de agosto de 1987.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 22 de octubre de 1995.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de septiembre de 1996, Exp. 9.963.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de marzo de 2003, Exp. 24.059.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Exp. 18.059.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 24 de julio de 2013, Exp. 25.642.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 29 de octubre de 2015, Exp. 31.918.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 18 de mayo de 2017, Exp. 54.480.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 1.º de junio de 2022, Exp. 60.248.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia de constitucionalidad C-713 del 7 de octubre de 2009, Exp. D-7663.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia de constitucionalidad C-300 del 25 de abril de 2012, Exp. D-8699.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia de constitucionalidad 199 del 15 de abril de 2020, Exp. D-12637.

