

ADJUDICACIÓN POR LOTES O GRUPOS ¹

Matheo Restrepo Yepes²

RESUMEN. La adjudicación por lotes o grupos corresponde al trámite tendiente a la celebración de dos o más contratos en un único procedimiento de selección y, en consecuencia, una sola audiencia pública, de ser el caso. El estudio de esta institución implica presentar la lógica de la división de los objetos contractuales. El texto presenta consideraciones generales que aproximan el entendimiento de esta tendencia, desde una perspectiva académica y práctica. A su vez, plantea el debate sobre su conveniencia o no, considerando la experiencia en el ordenamiento jurídico español. Finalmente, caracteriza su régimen como ampliamente *discrecional* luego de estudiar las normas generales sobre el tema y la reglamentación dispuesta en los pliegos de condiciones tipo.

Introducción

La contratación estatal es el instrumento del cual se sirve la Administración Pública para cumplir sus fines y obligaciones, pues concreta el interés general en acciones, bienes y estrategias. Asimismo, se trata de un mercado amplio y complejo, donde participan múltiples actores y al cual subyacen distintos tipos de intereses. En este sentido, se han desarrollado innumerables políticas legislativas que pretenden cumplir fines «adicionales» de la actividad contractual del Estado; verbigracia, impulsar la economía local, la participación de las mujeres, la inclusión de las personas con discapacidad o la reincorporación de los excombatientes del conflicto.

Entre estos «fines adicionales», en Colombia se han implementado normas que procuran el acceso de las pequeñas y medianas empresas –PYME– a la contratación del Estado, tendencia que obedece, a su vez, a directrices regionales y globales. En el marco del estudio por el procedimiento licitatorio se analiza una variable de la adjudicación: la que se realiza por *lotes* o *grupos*. Esta práctica se ha fundamentado, a nivel global, como una medida que favorece la participación de las PYMES. Brevemente se estudia la noción o el concepto de *adjudicación por lotes*,

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 18 de febrero de 2023, 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 Sebastián 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 toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es el *Régimen de la Contratación Estatal*, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián Gonzalo Marín Cortés.

² Auxiliar de Investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, Nivel IV, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* –CEDA–.

se exponen las normas que lo regulan y se cualifica este régimen como ampliamente discrecional, pese a algunos avances normativos en la materia.

1. Consideraciones generales

La adjudicación, comprendida como acto administrativo o como fase del procedimiento de selección, corresponde al cierre de la etapa precontractual. Mediante esta, la autoridad selecciona la oferta más favorable y, en consecuencia, dispone el derecho y la obligación de celebrar el contrato por parte del adjudicatario y la entidad estatal. Para Dromi, la adjudicación culmina la selección del contratista y concreta la voluntad administrativa de celebrar un contrato con un particular que objetivamente acreditó tener la propuesta más favorable³.

La noción de *adjudicación* generalmente es pacífica y abundante en la doctrina, pues se trata del acto más importante de cualquier procedimiento de selección de contratistas. Es el objetivo común de los participantes en la contratación estatal. No obstante, no existe una definición legal, doctrinal o jurisprudencial de la tipología de adjudicación que ocupa el texto, esto es, la realizada *por lotes o grupos*.

Al interior de la doctrina local, Juan Carlos Expósito no propone propiamente este concepto, pero al definir la noción de *adjudicación* es lo suficientemente amplio para derivar de allí la *adjudicación por lotes*. En sus palabras, «[...] el acto de adjudicación es la actuación terminal de la fase del procedimiento de selección, e implica la manifestación definitiva de la voluntad de la Administración de realizar la contratación con *uno o varios* oferentes determinados»⁴ (énfasis fuera de texto). Nótese que refiere la posibilidad de adjudicar a una pluralidad de proponentes, sin que esto encuentre relación con la conformación de sujetos plurales —consorcios y uniones temporales—, pues, aunque un oferente se integre por varias personas jurídicas, este no pierde su individualidad. En otras palabras, admite la posibilidad de adjudicar por lotes pero no la desarrolla con suficiencia.

Realizar una adjudicación por lotes implica, a su vez, estructurar un procedimiento de selección donde el objeto se encuentra fraccionado en varios

³ El concepto de adjudicación de Dromi se resume de la siguiente manera: «En síntesis, la adjudicación es el acto administrativo emitido por el licitante, por el que se declara la oferta más conveniente y simultáneamente se la acepta, individualizando la persona del co – contratante. Importa una declaración unilateral de la voluntad emitida por el licitante, por medio de sus órganos competentes y dirigida a la celebración del contrato. Con ella se distingue la mejor oferta y se elige al licitador más idóneo, atribuyéndole la ejecución de la obra, servicio, o suministro objeto de la contratación» (DROMI, José Roberto. *La licitación pública*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1980. p. 389).

⁴ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá; Universidad Externado de Colombia, 2013. 252 p.

contratos que se tramitan exclusivamente en un procedimiento. Este procedimiento podría denominarse *compuesto*. A modo de analogía, piénsese en la posibilidad de acumular procesos jurisdiccionales dispuesta en el artículo 282 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo —CPACA— o en el artículo 148 del Código General del Proceso. Esta institución procesal permite que varios procesos que tiene un vínculo sustancial o formal y que, en virtud del principio de economía podrían resolverse en un solo fallo, se tramiten en conjunto. Esto no implica una confusión, mutación o integración de las pretensiones, pues cada una conserva su autonomía, pero todas son resueltas en un solo fallo.

Partiendo de esta analogía, en el procedimiento de selección sería posible adelantar varios procedimientos en uno solo, donde cada objeto contractual o «lote», es independiente de los demás y concluye en la celebración de un contrato independiente. En síntesis, la *adjudicación por lotes* no es más que la adjudicación de dos o más contratos en un único acto administrativo y, en consecuencia, una sola audiencia pública, de ser el caso.

Para efectos prácticos, la utilidad o conveniencia de celebrar un procedimiento compuesto que concluya en una adjudicación por lotes se determina a partir de las características particulares de cada objeto contractual. Por ejemplo, para la construcción de una vía de gran extensión, donde se requiere gran capacidad operativa y financiera para cumplir con el objeto del contrato, es más sencillo encontrar proponentes que puedan ejecutar *fracciones* o *tramos* de la carretera de menor extensión. En este sentido, es posible adjudicar varios contratos correspondientes a tramos y, de este modo, dinamizar la economía y adelantar la construcción de la obra de forma simultánea.

Otro caso práctico es la contratación de bienes con características técnicas uniformes de distinto tipo pero con una relación lógica entre sí. Verbigracia, la compra de elementos para el funcionamiento de una oficina o dependencia. En un solo procedimiento por lotes independientes sería posible contratar: i) un lote para elementos de papelería, ii) un lote para implementos de aseo; iii) un lote para insumos de cafetería y iv) un lote para dotación mueble del espacio. En teoría, cada lote podría ser un contrato independiente; sin embargo, esto supondría la realización de cuatro procedimientos de selección.

Para ilustrar el ahorro en gestiones, piénsese que esto implicaría publicar 4 avisos de convocatoria, expedir 4 actos administrativos de apertura, realizar 4 audiencias de aclaraciones y asignación de riesgos, 4 actos administrativos de adjudicación, esfuerzos que bien pueden consolidarse en una actuación unificada más compleja.

Si bien la estructuración de procedimientos compuestos o por lotes resulta evidentemente más eficiente en cuanto a los recursos que se disponen para el

procedimiento de selección, la conveniencia o no en términos económicos es un asunto más discutido. Santiago Muñoz Machado sostiene que la regla más importante de la Ley de Contratos de Sector Público –LCSP– de 2017 respecto del objeto de los contratos es la competencia para que las entidades estatales dividan el objeto por lotes⁵.

En España, previo a esta legislación, se consideraba la fragmentación como una práctica inconveniente e incluso corrupta. Según el doctrinante, la nueva política estatal sostiene que la división en lotes es una medida que favorece la participación de las PYMES y que impulsa la competitividad. Como se ejemplificó en el acápite anterior, es posible que no todos los actores del mercado puedan hacerse cargo de contratos de gran envergadura física y financiera, pero sí es posible que se hagan cargo de fragmentos de la necesidad. En este sentido, la medida termina siendo una redistribución económica de los réditos en el mercado de la contratación estatal, medida que bien puede impulsar o no la economía. En contraposición, podría sostenerse que la ejecución de la totalidad del objeto contractual por un solo contratista resulta ser más económico, si se considera la lógica de las economías de escala⁶.

En cuanto a esa perspectiva obscura y desconfiada que asumía el ordenamiento español, Castro Marquina explica de forma detallada los antecedentes de la institución y sus principales críticas. En síntesis, se presumía que la división en lotes era una técnica para eludir los procedimientos de selección propios de un objeto contractual y, a su vez, las exigencias de publicidad que de este dependían.

En otras palabras, se temía que, en lugar de fragmentar un objeto contractual, se sumaran dos que no tienen relación funcional u objetiva con el fin de eludir medidas de transparencia contenidas en la estructura de procedimientos de selección; o que, por ejemplo, se disminuyese la cuantía de un contrato para evitar

⁵ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. 2º ed. Madrid: AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, 2018. p. 169.

⁶ Entre los argumentos en favor de mantener la unidad de los contratos se encuentra: «[...] el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes; la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato; el aprovechamiento de la economía de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin división en lotes; y la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias, como podría ocurrir si se estableciesen lotes» (CASTRO MARQUINA, Gonzalo. La división en lotes: panorama y propuestas en la aplicación de las nuevas directivas sobre contratación pública. En: Revista Aragonesa de Administración Pública. Marzo, 2017. Núm. p. 516).

procedimientos más públicos o rigurosos⁷. Así lo expresa: «Como puede comprobarse, la perspectiva desde la que se ha abordado tradicionalmente el fraccionamiento de los contratos públicos, en la que se incluye la división en lotes, gravita en torno a la idea del *fraude de ley y la elusión, por medio de él, de las exigencias sobre procedimiento*»⁸ (énfasis fuera de texto).

El cambio de perspectiva en la LCSP obedece al direccionamiento de la Comunidad Europea, pues la modificación se da en el marco del cumplimiento de la Directiva 2014/24/UE, que dispuso:

«[...] A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos».

Esta normativa indica que el fraccionamiento debe ser regla general y que, cuando las entidades decidan apartarse de la medida, deberán motivarlo en el expediente de contratación. La justificación debe ser técnica y objetiva, dando cuenta de las razones por las cuales el loteo termina siendo una medida onerosa e inconveniente en el caso concreto. A su vez, se autoriza que discrecionalmente se decida si se limita o no el número de lotes que pueden adjudicarse a un único oferente. Estas medidas se ven reflejadas en el artículo 99 de la LCSP de 2017.

2. Régimen discrecional

Contrario al régimen español, donde la fragmentación o división por lotes es bastante reglada, son escasas las disposiciones que hacen referencia a este asunto en el ordenamiento colombiano. El numeral 6 del artículo 33 de la Ley 2069 de 2020 «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia» dispone que las entidades estatales, indistintamente de su régimen de contratación, al igual que los patrimonios autónomos constituidos por aquellas y los particulares que ejecuten recursos públicos, deben *promover* la división del procedimiento de selección en lotes para facilitar la participación de las PYMES en la contratación estatal⁹. Además de lo anterior, conviene precisar que muy recientemente el

⁷ En la legislación actual de la LCSP de 2017 se proscribe esta posibilidad en el numeral 2 del artículo 99: «[...] 2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan».

⁸ CASTRO MARQUINA, Gonzalo. Op. Cit., p. 509.

⁹ El artículo dispone: «Con el fin de promover el acceso de las MIPYMES al mercado de Compras Públicas, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de

Gobierno Nacional desarrolló la disposición anterior mediante el Decreto 142 del 1 de febrero de 2023¹⁰, que, entre otros aspectos, adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.19 al Decreto 1082 de 2015¹¹. De esta manera, es evidente la identidad entre la política legislativa local y el desarrollo de directrices por parte de una Unión Europea.

Las normas anteriores son bastante recientes; no obstante, la conformación de procedimientos de selección divididos en lotes o grupos es una tendencia antigua. Por ello resulta relevante preguntarse con anterioridad a la expedición de la aludida ley ¿cuál era el fundamento legal para dividir los procedimientos en lotes o, como hemos denominado, estructurar procedimientos compuestos? En la

contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos:

[...]

»6. Promoverán la división del Proceso de Contratación en lotes o segmentos que faciliten la participación de las MIPYMES en el Proceso de Contratación».

¹⁰ «Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional para promover el acceso al sistema de Compras Públicas de las Mipymes, las Cooperativas y demás entidades de la economía solidaria, se incorporan criterios sociales y ambientales en los Procesos de Contratación de las Entidades Estatales, se incluye el Título de emprendimiento comunal y se dictan otras disposiciones».

¹¹ «Artículo 2.2.1.2.4.2.19. División en lotes o segmentos. Las entidades estatales promoverán la división de procesos de contratación en lotes o segmentos que faciliten la participación de las Mipymes atendiendo a criterios tales como: i) el tipo de entregable, ii) el valor del contrato y iii) el ámbito geográfico de la entrega. Para el efecto: las entidades estatales deberán tener en cuenta el análisis del sector económico y de los oferentes en los términos establecidos en el artículo 2.2.1.1.1.6.1. de presente decreto.

»Dentro de estas Mipymes se encuentran entre otras, las cooperativas de acuerdo con los requisitos del artículo 23 de la Ley 2069 de 2020 o las que se constituyan como entidades de economía solidaria de acuerdo con los requisitos del artículo 6° de la Ley 454 de 1998 o la norma que las modifique o sustituya.

»Las asociaciones conformadas por sujetos de especial protección constitucional, asociaciones de pequeños productores locales y productores locales agropecuarios cuyos sistemas productivos pertenezcan a la Agricultura Campesina, Familiar y Comunitaria podrán ser clasificadas como Mipymes en los términos previstos en el artículo 23 de la Ley 2069 de 2020, el artículo 2° de la Ley 590 de 2000 y por el Decreto número 957 de 2019 o las normas que los modifiquen.

»Las entidades estatales podrán incluir en el pliego de condiciones mecanismos o reglas que limiten el número de lotes que se adjudican a un mismo proponente, con el fin de evitar que se concentre la contratación, sobre la base de criterios objetivos y no discriminatorios. La decisión de no adjudicar un contrato en lotes o segmentos podrá obedecer entre otras razones, a que mediante este mecanismo se pueda restringir la competencia o que la segmentación del mercado pueda conducir a que la ejecución del contrato sea imposible desde el punto de vista técnico o económico.

»Parágrafo. En los Procesos de Contratación adelantados por lotes o grupos deberá aplicarse lo regulado en el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del presente Decreto, tornando en consideración el valor del Proceso de Contratación imputable al respectivo lote en el que se solicite su aplicación. De igual manera será aplicable lo previsto en el artículo 2.2.1.2.4.2.3. a partir del lugar de ejecución del contrato asociado al respectivo lote o segmento».

práctica, las entidades justificaban esta conducta en el principio de economía dispuesto en el artículo 25, así como en la competencia general de la entidad para dirigir y orientar los procedimientos de selección. Incluso, la regulación se ha concretado en la expedición de pliegos de condiciones tipo que, como se ha sostenido, constituyen genuinos reglamentos, en tanto actos administrativos generales con *vocación de permanencia* en el tiempo. Esta normativa se estudiará más adelante en un acápite independiente.

Es decir, se trata de un régimen altamente discrecional –aunque recientemente cuenta con un mayor grado de regulación– pues mientras no exista un documento estandarizado, cada entidad determina cuándo y en qué condiciones procede. De allí que se encuentre un límite en la razonabilidad, pues la discrecionalidad en ningún contexto será sinónimo de la arbitrariedad. Asimismo, e incurriendo en la desconfianza propia del antiguo ordenamiento jurídico español, el régimen legal y la estructura de los procedimientos y modalidades de selección también constituye un límite a esta metodología, pues no podría acudir a esta con el fin de eludir o manipular el procedimiento de selección que es inherente a un objeto o cuantía.

3. Pliegos de condiciones tipo

La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente –CCE– ha expedido pliegos de condiciones tipo para diversos objetos contractuales. A la fecha, se encuentran vigentes para: *i)* infraestructura de transporte; *ii)* infraestructura de agua potable y saneamiento básico; y *iii)* licitación de obra pública para proyectos de infraestructura social. De manera transversal a dichos pliegos tipo se incluye un acápite que reglamenta la posibilidad de realizar procedimientos fragmentados o por lotes. A continuación se describen genéricamente sus disposiciones, tomando como referencia el «Documento Base de Licitación de Infraestructura de Transporte» en la versión 3.

El numeral 2.10 determina las «Reglas para los procesos estructurados por lotes o grupos». En primer lugar, el pliego determina que estas normas aplican «cuando estructure el proceso de contratación por lotes o grupos», de modo que, aún en un procedimiento reglado, es una facultad discrecional de cada entidad decidir si estructura el procedimiento haciendo uso de esta metodología o no. Por otra parte, el literal A indica que la entidad debe señalar dos condiciones de alta relevancia: por un lado, si es posible presentar oferta a más de un lote o grupo y, por el otro, si es posible resultar adjudicatario de más de uno. Según el numeral 4 del artículo 99 de la LCSP de 2017, esta es una competencia compartida en el régimen español.

El literal B regula la presentación de la oferta. Dispone que es obligatorio presentar dos sobres: uno con los requisitos habilitantes y todos aquellos que

asignen puntaje distintos a la oferta económica y otro con la misma. El primer sobre es transversal a todos los lotes o grupos donde presente propuesta, en caso de que exista la posibilidad. Frente al segundo sobre, el proponente puede elegir entre aportar uno por cada lote donde se postule o uno con todas las ofertas económicas. Si bien se trata de una decisión de cada oferente, CCE sugiere presentar un sobre por cada lote.

Los literales C y D disponen una regulación estricta sobre la acreditación de la experiencia. La experiencia que debe acreditar el proponente se dispondrá de forma independiente para cada lote o grupo. En este sentido, el proponente podrá aportar mínimo uno y máximo cinco contratos para cada uno de los lotes o grupos o podrá allegar los mismos para todos o varios de ellos. Por su parte, el literal D ordena que la entidad predisponga el orden que se seguirá para establecer el orden de elegibilidad de los lotes o grupos del proceso.

La aplicación de los literales F, G y H está sujeta a condición, esto es, si la entidad establece o no la posibilidad de resultar adjudicatario de más de un lote o grupo. En caso de no ser posible, se debe aplicar el literal F, siempre que sea posible presentar propuesta para más de un lote o grupo. Según este, cuando se presente oferta para más de un lote y sea calificado como primero en más de un orden de elegibilidad, se le adjudicará solo un contrato y en los lotes restantes se le adjudicará al contrato a quien ocupe el segundo lugar. Sin embargo, si no hay más proponentes en el lote, se le podrá adjudicar el contrato pese a que la entidad dispuso la imposibilidad inicial de resultar adjudicatario de más de un lote. En otras palabras, en caso de incluirse la regla sobre la imposibilidad de adjudicar más de un lote a un proponente, esta se excepciona siempre que en los demás lotes no existan otras propuestas hábiles en segundo lugar. Lo anterior para contribuir a la finalidad de que ningún lote se declare desierto.

Cuando sea posible resultar adjudicatario de más de un lote se aplican los literales G y H. Según el primero, en la audiencia pública de adjudicación la entidad debe verificar que el proponente acredite el capital de trabajo para cumplir con los dos o más contratos. Es decir, con el fin de proteger el interés general y los demás fines de la contratación estatal, cada entidad deber revisar que efectivamente el adjudicatario cuente con la capacidad suficiente para ejecutar dos o más lotes adjudicados.

El segundo —H— dispone que el proponente debe acreditar una capacidad residual mayor o igual a la capacidad del lote al cual presentó oferta o de la sumatoria de los lotes en los cuales participó. En caso de que la capacidad residual del proponente no sea suficiente para la totalidad de los lotes a los cuales presentó oferta, la entidad lo habilitará únicamente en los que cumpla con la capacidad residual requerida, empezando con el lote de mayor valor al cual presentó oferta, y

así en forma descendente¹². Finalmente, el literal I ordena que el proponente indique a qué lote o lotes presenta oferta en el formato dispuesto para ello y el literal J obliga definir el método de ponderación de las ofertas económicas según las normas que dispone el pliego de condiciones tipo.

Posterior a este recuento, es pertinente concluir que el régimen de la adjudicación por lotes es eminentemente *discrecional*, pues aún allí en el escenario más reglado posible en el ordenamiento colombiano, esto es, en aplicación de un pliego de condiciones tipo, se faculta a las entidades para determinar las reglas más determinantes en el proceso: la posibilidad de presentar oferta a más de un lote y la posibilidad de resultar adjudicatario de más de uno.

3. La limitación de adjudicación de más de un lote: dificultades

En España, la LCSP de 2017 permite que las entidades estatales definan si un oferente puede adquirir la calidad de adjudicatario de más de un lote en un procedimiento fragmentado o compuesto. En Colombia, cuando un procedimiento se rige por un pliego de condiciones tipo, el cual tiene la calidad de *reglamento*, habilita o faculta a la entidad para fijar la misma limitación. Cuando la entidad es libre de estructurar el procedimiento en un pliego de condiciones con calidad de acto administrativo general, es decir, cuando lo construye sin aplicar un documento estandarizado, hasta hace muy poco no existía ninguna norma que admitiera o negara dicha posibilidad¹³. Esto evidencia un problema que hasta el momento parece ignorado por la doctrina: ¿la limitación para adjudicar más de un lote implica una inhabilidad o incompatibilidad? y, en caso afirmativo, ¿es posible que un reglamento establezca esta posibilidad? ¿Es posible crear una limitación a

¹² La Agencia CCE considera que de esta norma se desprenden dos subreglas: «i) La capacidad residual del proponente –CRP– debe verificarse respecto a la sumatoria de la CRPC de cada uno de los lotes a los que presentó oferta. Si el coeficiente de la CRP es superior a la sumatoria la CRPC de los lotes a los que presentó oferta, el proponente cumpliría con la capacidad residual exigida para cada lote. Si la CRP es inferior a la sumatoria de la CRPC de los lotes a los que el proponente presentó oferta, no será posible que este se habilite para todos estos.

»ii) Al no ser posible habilitar al proponente para todos los lotes en los que presentó oferta, la entidad deberá habilitarlo para los de mayor valor en los que cumple con la CRPC. Esto no significa que deba prescindirse de la sumatoria, sino que para determinar cuáles son los lotes de mayor valor respecto de los que el proponente cumpliría con la capacidad residual exigida, la entidad debe descontar de la sumatoria todos los lotes en los que se presentó oferta la CRPC de los lotes de menor valor, hasta llegar a un CPRC total inferior a la CRP acreditado por el proponente, quedando este únicamente habilitado para los lotes cuyo CPRC haya sido considerado en la evaluación de la capacidad residual» (AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-789 del 19 de enero de 2020).

¹³ Artículo 2.2.1.2.4.2.19. del Decreto 1082, adicionado por el artículo 6 del Decreto 142 del 1 de febrero de 2023.

la capacidad en un pliego de condiciones? ¿La respuesta varía si se trata de un pliego de condiciones tipo?

Sin el ánimo de discutir ampliamente la noción de *inhabilidad* o *incompatibilidad*, es preciso afirmar que ambas constituyen limitaciones a la capacidad contractual. Las inhabilidades son circunstancias que imposibilitan el acceso a una condición o negocio jurídico y las incompatibilidades son restricciones para que un sujeto que actualmente se encuentra en una condición jurídica acceda a otra de forma concomitante o simultánea¹⁴. Según estas definiciones, la imposibilidad de que un sujeto sea adjudicatario concomitante de dos o más lotes en un procedimiento compuesto constituye una causal de *incompatibilidad*.

Ahora bien, sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se ha reconocido ampliamente que se trata de un asunto con *reserva de ley*, es decir, que solo el legislador tiene competencia para expedir este tipo de limitaciones a la capacidad. Considerando los derechos implicados en el régimen, a este se le ha asignado, doctrinal y jurisprudencialmente, el carácter de *taxativo*, y se ha propuesto el criterio de interpretación restrictivo como preponderante en su aplicación¹⁵.

En mi concepto, la limitación para adjudicar más de un lote o contrato al mismo proponente constituye una *incompatibilidad* y, por tanto, solo compete al legislador restringir la capacidad jurídica de celebrar contratos en este sentido. De este modo, carece de relevancia si un pliego de condiciones tipo o uno producto de la libre configuración de la entidad incurre en esta regulación, de cualquier modo, se quebranta la reserva de ley pues el primero es un reglamento y el segundo es un acto administrativo general. Esta conclusión incluso se extendería a los eventos en que dicha habilitación se fundamente en un reglamento, sin que con esto se pretenda desconocer la presunción de legalidad que revisten los actos administrativos, incluyendo los reglamentos. Por lo anterior, es urgente que el

¹⁴ Sobre este asunto, la Jurisprudencia ha conceptualizado que: «[...] por inhabilidad se entiende la imposibilidad de llegar a ser o de tener una determinada condición jurídica y ésta en materia contractual puede ser general o especial. Se dice que es general, cuando no se puede contratar con ninguna de las personas de derecho público o privado y es especial cuando aquélla se reduce a personas de derecho público o privadas específicas, como cuando se está inhabilitado para participar en determinada licitación. La incompatibilidad, en cambio, se refiere a la prohibición de que concurren dos distintas condiciones, esto es, impide tener una condición porque ya se posee otra y existirá mientras se tenga alguna de las condiciones» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 20 de septiembre de 2001. Exp. 10.989. C.P. Ricardo Hoyos Duque).

¹⁵ En este sentido, la Corporación agregó: «Todos los ordenamientos consagran ciertas inhabilidades, entendiendo por tales aquellos supuestos previa y taxativamente establecidos en la ley para que un aspirante que encuadre en ellos no pueda acceder a la judicatura. Toca aquí hablar de las incompatibilidades, que son los supuestos de vida que la ley establece para que un juez ya designado no incurra en ellos bajo distintas penalidades que pueden llegar a la exoneración del cargo» (Ibid).

legislador intervenga o amplie el asunto en cuestión, pues la validez de dichas disposiciones podría admitirse en caso de que la ley habilite a la entidad para determinar si impone o no la incompatibilidad a su discreción, tal como ocurre en España.

Bibliografía

Doctrina

CASTRO MARQUINA, Gonzalo. La división en lotes: panorama y propuestas en la aplicación de las nuevas directivas sobre contratación pública. En: Revista Aragonesa de Administración Pública. Marzo, 2017. Núm. 29-50. p. 500-566. ISSN 2341-2135.

DROMI, José Roberto. La licitación pública. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1980. 586 p.

EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. 252 p.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. 2º ed. Madrid: AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, 2018. 289 p.

Conceptos

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-789 del 19 de enero de 2020.

