

Ana Catalina Castro Lozano

**La Discrecionalidad Administrativa en la  
Estructuración de los Pliegos de  
Condiciones en la Licitación Pública**

Tesis presentada a la Facultad de Jurisprudencia de la  
Universidad Nuestra Señora del Rosario para obtener el título de  
Magister en Derecho Administrativo

Director de tesis:

**Doctor: Ciro Nolberto Guecha Medina**

Bogotá, 14 de diciembre de 2015

# Tabla de contenido

<b>Introducción .....</b>	<b>4</b>
<b>Capítulo I - La Discrecionalidad Administrativa .....</b>	<b>9</b>
1.1 Bases Teóricas.....	9
1.2 Algunas disertaciones sobre la Discrecionalidad Administrativa .....	16
1.3 Concepto positivo o material de la Discrecionalidad Administrativa .....	19
1.4 Concepto negativo o formal de la Discrecionalidad Administrativa.....	22
1.5 Criterios reductores de la Discrecionalidad.....	25
1.5.1 Hechos determinantes .....	26
1.5.2 Conceptos jurídicos indeterminados .....	29
1.5.3 Principios generales del derecho .....	33
1.6 Actividad Reglada y Actividad Discrecional .....	41
<b>Capítulo II - Facultad Contractual de la Administración Pública .....</b>	<b>44</b>
2.1 La Potestad Contractual de la Administración una figura difícil .....	44
2.2 La Facultad Contractual en Colombia.....	51
2.3 Buena Administración y su aplicación a la Potestad Contractual .....	57
2.4 Contrato Estatal como Institución .....	66
2.4.1 Contrato estatal en Colombia .....	69
2.5 La existencia de la autonomía de la voluntad en la Administración posibilita la determinación de las condiciones contractuales.....	74
<b>Capítulo III - La Discrecionalidad Administrativa en el Diseño de los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública en Ejercicio de la Potestad Contractual .....</b>	<b>77</b>
3.1 La Licitación Pública en Colombia .....	77
3.1.1 Los Pliegos de condiciones como documento base de la licitación. ....	80
3.2 Facultad de la Administración para el diseño de los pliegos de condiciones.....	83
3.3 Discrecionalidad administrativa en la formulación de criterios de selección .....	91
3.3.1 Criterios habilitantes .....	93
3.3.2 Factores de evaluación .....	98
3.4 Límites de la discrecionalidad administrativa en la estructuración de los pliegos de condiciones.....	102

3.4.1	El interés general como presupuesto necesario en la confección del pliego de condiciones.....	102
3.4.2	La planeación como elemento dinámico dentro de la estructuración de los pliegos de condiciones.....	110
3.4.3	La facultad reglamentaria como manifestación de la potestad de organización que le asiste al ejecutivo como mecanismo de limitación .....	113
	<b>Conclusiones.....</b>	<b>119</b>
	<b>Bibliografía.....</b>	<b>122</b>

# Introducción

La Administración Pública, considerada desde una perspectiva antagonista con la vetusta concepción del Estado, es hoy quizá la mayor fuente de creación normativa dada su capacidad de determinación en asuntos que tan solo le competen a ella, por ser causante de derechos y obligaciones que atienden a la realización de los deberes y fines estatales en desarrollo de los postulados constitucionales que le son aplicables.

De manera que, es la administración pública la protagonista de encausar polifacéticos escenarios de actuación en materia contractual, que vía jurisprudencial y doctrinal han llamado la atención por la dinámica que representa su desarrollo y que por demás, no deja de provocar innumerables cuestionamientos a la hora de analizar su actuar; que en algunas ocasiones desborda su capacidad funcional por adentrarse en campos de incompetencia, ilegalidad e inconveniencia abrupta con el querer del legislador.

Y es aquí donde queremos fijar la atención de lo que hoy se concibe como administraciones (Santofimio Gamboa, 2003, p. 28) totalmente activas, impregnadas indiscutiblemente de alto grado de decisión política; de amplias competencias para el impulso de la actividad pública en procura de colmar las finalidades estatales, pero con limitantes a su labor de administrador de recursos públicos y ejecutor de políticas, como lo son entre otros, los reglamentos, los principios y los criterios reductores de la discrecionalidad.

Pues bien, a raíz de las crecientes potestades exorbitantes que vienen a nutrir el ejercicio de la función administrativa, siendo estas su manifestación ordinaria, pueden ser evidenciadas situaciones que inciden en el ejercicio de la función pública como expresión de la discrecionalidad administrativa propia de los entes estatales. De ahí la pregunta acerca de la necesidad de apelar a la discrecionalidad como mejor forma de obtención del interés general por la Administración. En contraste con lo anterior, hay quienes sostienen que dicha discrecionalidad redundaría en una finalidad adversa al interés general. Razón por la cual, se aboga por la estructuración de las potestades como regladas o con mayor predeterminación legislativa del actuar administrativo reduciendo de esta forma su arbitrio. En cualquier caso,

resulta imposible proscribir la existencia de la discrecionalidad. En efecto, puede esta servir como un instrumento de mayor utilidad a las finalidades de la cosa pública. Lo cual se hará depender del uso concreto que le de la Administración a la confianza normativa que le es depositada. Es decir, que si la discrecionalidad administrativa se sirve del interés general como herramienta de obtención del resultado buscado, o si por el contrario, es un limitante a la actuación de la administración.

Es así como, a través del tiempo estas facultades o prerrogativas de raigambre constitucional y legal, han tomado fuerza a tal medida que las funciones que le son asignadas a cada órgano, sea este considerado como simplemente ejecutivo, a través de su potestad reglamentaria o en un sentido más amplio como administración pública, vista como el ente ejecutor de políticas públicas, ponen de manifiesto la ampliación de la actividad administrativa como agente realizador de dichos postulados constitucionales y legales.

Sin embargo, esta actividad es llamada a tener vigencia siempre y cuando se articule con la función administrativa consagrada en la Constitución Política<sup>1</sup>, la cual formula directrices sobre la base de principios, como los de: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y, un actuar en armonía con otros entes para el logro del cometido general pretendido en la carta.

Como si fuera poco, la discrecionalidad administrativa no solo deberá enriquecerse de los axiomas que le dan vida, sino también del supuesto de hecho que le permite ejecutividad dentro del ámbito real. Para este efecto, es conveniente traer a colación la muy acertada concepción de potestad discrecional elaborada por el profesor García de Enterría (1962), la cual reza: *“Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata.”*

---

<sup>1</sup> Artículo 209 de la Constitución Política de Colombia

Sea pues necesario escudriñar para efectos de este trabajo, si la discrecionalidad administrativa tiene cabida en la estructuración de los pliegos de condiciones de la licitación pública y en caso de existir, cuál es su injerencia, hasta donde se puede extender y cómo se puede reducir su ámbito, teniendo presente que los pliegos de condiciones son documentos reglados, pero que, como se explicará en este trabajo, existe dentro del reglamento, elementos naturalmente discrecionales que tendrán como fuente de sustento los fines del estado, los principios de la contratación estatal y no la rigidez de la ley.

Esta tesis posee la iniciativa de demostrar la importancia que tienen los principios de la contratación estatal al momento de encarar la determinación de los factores de selección del pliego de condiciones de la licitación pública, por ser en ese escenario donde descansa la potestad discrecional que pretendo abordar, configurándose desde el planteamiento de la necesidad y justificación de las exigencias de la administración hasta la puesta en sintonía del interés general, derecho a la igualdad y selección objetiva de los posibles proponentes en relación con la obtención de un fin legítimo de parte del Estado.

Con el fin de detallar el problema anteriormente planteado, este trabajo se dividirá en tres partes: (I) La discrecionalidad administrativa vista desde la doctrina. En este primer apartado, se afrontará el estudio de la discrecionalidad administrativa dentro del marco de la potestad administrativa, y sus límites según la doctrina, como son los criterios reductores (ibíd.)<sup>2</sup>; al tiempo, se hará también una breve reseña de las antagónicas actuaciones de la actividad reglamentaria y la actividad discrecional desde una concepción generalizada que servirá de apuntalamiento para el segundo capítulo. Por su parte, el capítulo segundo, se encargará de analizar (II) la facultad contractual de la administración pública como emanación de la ley, en tanto antes de desenmarañar la discrecionalidad en la estructuración de pliegos de condiciones, es pertinente estudiar el origen de las potestades del estado en materia contractual, como también, el desarrollo de la figura del contrato estatal, partiendo de la base que su concepción ha acarreado divergentes posiciones que dejan entrever la dificultad de

---

<sup>2</sup> Para el autor, los conceptos jurídicos indeterminados son pues “*una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta*”. En otras palabras, lo considera “*como la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio*”.

encasillar el contrato administrativo como una noción monótona; de otro lado, nos adentraremos en la potestad contractual de la administración y la autonomía de la voluntad (Amazo Parrado, 2007, p. 198) como facilitadora de las condiciones contractuales. Finalmente, en el tercer capítulo, se dará respuesta a la pregunta problema, que entraña (III) la existencia de la discrecionalidad dentro del pliego de condiciones de la licitación pública y para la cual tendremos un agradable recorrido en el que empezaremos desde la noción de licitación pública, pasando por el pliego de condiciones como documento que importa en este escrito, seguido de los factores en los que se pone de manifiesto la discrecionalidad administrativa, como son los criterios de selección y terminando con los limitantes de la discrecionalidad en la confección de los pliegos de condiciones, enalteciendo la labor que impregna el interés general como presupuesto necesario en la elaboración de los pliegos y la permanencia de elementos reglados y discrecionales, en una misma potestad, que para este caso sería la contractual.

Consecuente con lo manifestado, se construirá una exposición deductiva que abarcará los límites de la discrecionalidad administrativa dentro de un marco legal de configuración de potestad administrativa, con el fin de delimitar la autonomía de la voluntad de las entidades en la estructuración de los pliegos de condiciones en la licitación pública. Lo anterior, se llevaría a cabo observando los fines de las actuaciones de la administración pública en ejercicio de las actividades que le son asignadas en virtud de la ley, como también el concepto de buena administración en la potestad decisoria del actor público en la formulación de políticas que guían a la administración.

A su turno, se definirán los parámetros en los que la potestad reglamentaria (Esguerra Portocarrero, 2004, pp. 90 y ss.)- definida como la facultad administrativa de expedir las reglas particulares encaminadas a precisar y concretar la ley para su aplicación y su cumplida ejecución- abarca su máximo eje funcional en estricto cumplimiento de la ley y no termine por convertirse en un obstáculo más a la discrecionalidad administrativa del ente ejecutor de reglas generales- por así decirlo- al momento de decidir las reglas necesarias para la consolidación del querer con el deber en el diseño de los pliegos de condiciones.

Por eso, existen ciertas materias que se sustraen del dominio de la potestad reglamentaria, viéndose confiadas al espacio concreto de la autonomía de la voluntad de cada ente dotado de capacidad contractual. O dicho de otra forma, la autonomía encuentra su encarnación en el marco de las potestades de la Administración en el ejercicio de la potestad discrecional, pero por sobre todo, en lo que concierne al ejercicio de la facultad de contratar.

Finalmente y con el fin de delimitar el método de trabajo y la fuente principal utilizada, se propone encasillar el presente escrito bajo la metodología de investigación dogmático, habida cuenta que lo que se requiere es el análisis de los factores de escogencia contenidos en el pliego de condiciones como expresión innata del ejercicio de la facultad discrecional. Lo anterior, nos encaminaría a explorar criterios que propicien escenarios acordes con la necesidad contractual, el cumplimiento legal y la facultad discrecional de manera armónica para encarar los vacíos que se suscitan en el transcurso del proceso de formación de un contrato.

# Capítulo I - La Discrecionalidad Administrativa

## 1.1 Bases Teóricas

La idea de Discrecionalidad Administrativa como institución central del Derecho Administrativo es una figura polémica por generar, tanto voces a favor como voces en contra. En cualquier caso, a ambas visiones subyace el carácter necesario de esta figura para el conjunto de potestades de la Administración Pública. La diferencia presentada entre ambas posiciones radica en que, para los primeros, la noción hace parte del común de los poderes con los que debería contar cualquier Administración Pública por vincularse con el cumplimiento de los fines de la Administración Pública. Para los segundos, la misma es vista como dispositivo peligroso, al ser el camino más corto para caer en la arbitrariedad, esta visión se ha conectado con el llamado proyecto anti-inmidades (Ponce Solé, 2014, p. 1) inspirado en la notable obra del célebre -recientemente fallecido- profesor Eduardo García de Enterría sobre la que se ha edificado un proyecto democrático de la disciplina que se ha encargado de combatir aparte de los poderes discrecionales, los normativas y los políticos como manifestaciones de la posible arbitrariedad de la administración.

Se impone de acuerdo con lo anterior, la consideración de la Discrecionalidad Administrativa como un *mal necesario* cuyo tratamiento precisa de cauces que controlen sus eventuales excesos. Al ser tratada de esta manera, se quiere evocar la frecuencia con que esta idea hace su aparición en los asuntos administrativos, vale la pena traer a colación aquí a una de las más autorizadas voces españolas; el ya mencionado profesor García: “(...) [quien en su momento afirmara] *que raro es el acto administrativo donde no se dé un elemento discrecionalidad*”. Y, pese a que, la actividad de esta naturaleza implica el ejercicio de un cierto poder, de inmediato, se presenta el sometimiento al Derecho como una contrapartida al mismo: “[Al haberse conferido una potestad discrecional] *no ha derogado para ella [La administración] la totalidad del orden jurídico, el cual con su componente esencial de los principios generales, sigue vinculando a la administración (...)*” (García de Enterría, 1962, p. 170). A partir de los fragmentos, se comprende, que la obra de este autor se le ha atribuido la idea de un genuino proyecto de defensa del sistema en contra de los abusos del poder. Lo

cierto, a propósito de ella, será que la idea se ha incubado en una realidad como la europea marcada por los riesgos del Totalitarismo. Es más, para el caso de España inserta en él, no está de más recordar que la idea se escribió originalmente para una conferencia impartida en Barcelona en 1961 en plena vigencia del gobierno del General Francisco Franco y fue incluida en la Revista de Administración Pública de la cual el Profesor fuera su creador pocos años atrás<sup>3</sup>.

Las condiciones de implementación de un concepto de Discrecionalidad Administrativa en la variante latinoamericana del Derecho Administrativo contrastan con las españolas sin que difieran en el sustrato material, pues en buena parte de la región la adopción del concepto es producto de la conjunción de dos factores: El auge de la cuestión social y la respuesta dada al punto por sistema de gobierno de corte presidencialista-militarista a la defensa del orden social, lo que habrá supuesto el aumento de su discrecionalidad en materia de creación y otorgamiento de esta clase de garantías sociales (González Jácome, 2015, p. 36). A esta concepción la ha acompañado una defensa del orden constitucional a través de los estados de excepción, siendo estos la situación constitucional ordinaria de buena parte de los Estados a lo largo del Siglo XX. Así, pues, el Caballo de Troya, en esta parte del mundo ha sido con certeza el Estado de Derecho.

La admisión de la idea puede deberse para el caso colombiano a la notoria influencia francesa en la configuración del sistema administrativo; de ahí que la inquietud por la discrecionalidad obedezca a las preocupaciones generales de los autores galos que a la compleja realidad de los estados de excepción<sup>4</sup>. Del tratamiento conjunto de esta clase de cuestiones se va a ver derivada una variable de análisis administrativo la que parece ser hoy más dominio del derecho constitucional que del administrativo.<sup>5</sup>

Por fuera de la trayectoria descrita, debe ser mencionado el hecho de que, el proyecto anti-inmunidad no es sino una consecuencia de los más originales ideales de la teoría del Estado

---

<sup>3</sup> Su perfil completo y los demás detalles biográficos contados por el propio autor están disponibles en la página de la Real Academia Española <http://www.rae.es/academicos/eduardo-garcia-de-enterria>.

<sup>4</sup> Cfr. véase Peña Porras (2008, p. 60 y ss.).

<sup>5</sup> Cfr. una olvidada e importante pieza: Penagos (1990).

y el constitucionalismo, los cuales se vinculan con la necesidad de limitar el poder del aparato Estatal para someterlo a los límites de la razón que son impuestos por el Derecho. En este marco, es bastante lógica la sumisión del poder discrecional al Estado de Derecho (de lo que nos ocuparemos a continuación) el cual se ha comprometido con el proceso de civilización de la socialización humana y del ejercicio del poder (Stolleis, 2014, p. 26). Para decirlo de forma más precisa siguiendo a Karl von Rotteck (citado por Stolleis (2014, p. 37)) se ha dado el paso de un Estado de poder a un Estado de Derecho.

En estas condiciones, se comprende el énfasis puesto en la aproximación a la relación entre discrecionalidad y Estado de Derecho, el cual ha tenido una base problemática mediante la conocida metáfora de la Discrecionalidad como auténtico *Caballo de Troya del Estado de Derecho* (Marín Hernández, 2007)<sup>6</sup>, el culto a esta metáfora ha hecho que la mejor obra jurídica que el contexto local colombiano lleve por portada la figura<sup>7</sup>. Retomando la línea anterior de consideraciones, no ha sido ciertamente la figura del poder discrecional la culpable de todo lo sucedido en Alemania<sup>8</sup>, ni es la única fuente de la arbitrariedad de la administración. Lo singular de ello, es que la mayor referencia que se ha hecho por autores de habla española a Hans Huber no ha sido tomada de una fuente original, sino que en lugar de esto, se ha tomado de un trabajo posterior de habla alemana y su posterior traducción española en la década de los ochenta<sup>9</sup>.

Por las razones anteriores, es necesario realizar una mínima confrontación acerca del alcance de la fórmula Estado de Derecho. En concreto, la misma se refiere a la imposición de límites al poder de actuación de la administración al someterlo al Principio de Legalidad (Chevallier, 2015, p. 25):

---

<sup>6</sup> *Vid. Supra.*

<sup>7</sup> Expresión de Huber, en el marco del derecho alemán, en el cual considera que la discrecionalidad administrativa es “Caballo de Troya del derecho administrativo del Estado de Derecho” la cual se toma, a su vez, de Martín Bullinger. Afirmación citada por Ponce Solé (2014).

<sup>8</sup> Cfr. sobre el impacto de la crisis de Weimar, véase Esteve Pardo (2003).

<sup>9</sup> El trabajo pionero en ese sentido es el de Martín Bullinger: “La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial”, citado originalmente por Ponce Solé (2014).

*“El Rechtsstaat significa entonces que la administración no puede imponer motu proprio obligaciones jurídicas a los individuos, debiendo, más aún, limitar a aplicar de manera particular e individual las reglas legales, circunscribiéndose a la ejecución de leyes: crear normas sería, en efecto, invadir función legislativa: sin embargo, a contrario, la administración dispone de un poder de decisión y de acción inicial en lo que se refiere a la gestión de sus negocios propios, su organización interna, dominios en los cuales ella puede tomar todas las medidas particulares o generales que se impongan, sin tener que recurrir a ningún texto legislativo. Medimos así el alcance político de la teoría del Rechtsstaat, la cual constituye una muralla contra lo arbitrario, imponiendo la intervención de langtag en todo lo relacionado con la protección de los derechos individuales y a la vez preserva las prerrogativas del Ejecutivo colocando al Estado fuera de la esfera de la ley”*

La idea descrita se revela como una consecuencia de la relación surgida simultáneamente entre la legislación como una garantía de la libertad ciudadana, ante lo cual el poder administrativo no tendría que ser una excepción, Cassese (2006, p. 182) explica esto mismo con mayor claridad:

*“El siguiente problema era, naturalmente, definir el modo en el que los poderes conferidos a la Administración debían ser ejercitados. Convertidos los Parlamentos en representativos, éstos, de hecho, utilizaron la ley como instrumento de tutela de los ciudadanos frente a las Administraciones públicas. Se acuñó el término de discrecionalidad, como la posibilidad de elección entre una pluralidad de soluciones igualmente permitidas por el Derecho objetivo” (Énfasis no incluido en el texto inicial)*

Para continuar con el alcance de la fórmula (Estado de Derecho), resultara necesario realizar unas precisiones en cuanto a su pasado y a su presente, para con esto fijar la ubicación del proyecto anti-inmunidad; para el caso del pasado, debe reconocerse que la idea de gobierno racionalizado no es una novedad atribuible al mecanismo y muy a pesar de que, del concepto solo se ha hablado desde 1800 (Stolleis, 2014, p. 26), hay que reconocer que la idea es producto de un conjunto de ideas inculcadas a los gobernantes desde la Edad Media (ibíd.)

encontrando un núcleo mínimo en la prevalencia del Derecho sobre la Violencia (Bravo Lira, 1996, p. 17), aunque es claro que es una historia de destinos cruzados. Además, en la línea de las continuidades, es necesario reconocer que el gen inicial de un poder discrecional se halla en la idea pre-revolucionaria de los poderes atribuibles al Monarca trasladados ahora a la Administración (Stolleis, 2014, p. 28).

La prueba de lo anterior se halla en un valioso escrito de 1947 de Laureano López Rodo en la Revista de Estudios de la Vida Local de ese año, al tratar el poder discrecional y sus antecedentes, nos dice con respecto de las obras cameralistas de Juan Enrique Gottelob von Justi (López Rodo, 1947, p. 5):

*“Sus «Elementos de Ciencia de la Policía» aparecieron en Gotinga en 1758, obra que un cuarto de siglo más tarde tradujo Puig y Gelabert de la versión francesa al castellano. Para von Justi, el objeto de la Policía es afirmar y aumentar el poder del Estado. Concibe la Administración como una actividad ilimitada, paternalista e inspirada en un sentido hedonístico. Como idea dominante, la nota que destaca en la acción administrativa es la discrecionalidad. La Administración pública posee un fuerte poder discrecional que caracteriza los «asuntos de policía» frente a los «asuntos de justicia», propios de los Tribunales, cuyas decisiones van ligadas al precepto legal”*

En resumidas cuentas, el Derecho Administrativo no inventó completamente esta clase de poder, y por lo tanto, la distinción entre la vieja y la nueva discrecionalidad aparece después (ibíd. pp. 7-8):

*“Este, como todos los autores de Ciencia de la policía, concibe la Administración como actividad discrecional, si bien en él ya se advierte una protesta contra la excesiva amplitud de fines que la Administración persigue, al propugnar, en contra de la generalidad de la doctrina, una disminución del intervencionismo, alzando el grito contra el «Regidorismo», sistema que, según su expresión, «facilita a los que gobiernan, a los escribanos, a los alguaciles, medios seguros de robar al público». Sin*

*embargo, en el periodo de la policía apenas se vislumbra la posibilidad de coartar la absoluta discrecionalidad administrativa y someter el Estado al Derecho”.*

En lo que tiene que ver con el presente de la fórmula es digno de mencionar que esta se ha expandido marcadamente hacia análisis no jurídicos y, en especial, los económicos que reclaman de los Estados ese perfil formal, entre otras razones, los cuales, al mismo tiempo, se reivindicán formalmente bajo ella para su reconocimiento internacional (Chevallier, 2015, p. 19). A este proceso de expansión hacia otras disciplinas, lo ha acompañado un proceso de expansión interna al interior del propio Derecho Público; eso da pie a la proyección del concepto de discrecionalidad como una categoría general pasando al poder legislativo y, luego, al judicial. Por lo que hace al caso del primero se ha admitido una institución *sui generis* como *leyes-medida*, complejo escenario donde el legislador cumple funciones administrativas directamente y sin mediación gubernativa alguna, en este caso se trata de (Jesch, 1978, p. 278):

*“(…) [U]na irrupción del Parlamento en la esfera del gobierno creador e incluso de la Administración, se ha hecho casi necesaria en el Estado de Derecho como consecuencia del principio de igualdad -sólo la ley garantiza una igualdad suprarregional- y se ha impuesto en el Derecho constitucional por efecto de la relegación a un segundo término de la potestad reglamentaria y del vaciamiento del concepto de proposición jurídica.”*

A este tipo de manifestaciones se asocia no solo la ruptura de la generalidad como presupuesto básico de la Ley, sino y para los fines de esta investigación, el reconocimiento de que lo realizado es acción administrativa no sujeta a límites. Más sencillamente, Discrecionalidad Administrativa sin la administración. En este orden de ideas, resulta, por lo menos, una ambivalencia el hecho de pedir la formulación de límites al poder normativo de la administración, como el reclamo anti-inmunidad, sin que no sea formulada, en paralelo, una voz disidente contra los poderes discrecionales del legislador, ahora obrando como administración. Siendo así, ellas (las leyes-medida) son un Caballo de Troya mucho más grande con una proyección más nociva para la idea de limitar el poder.

En lo que tiene que ver con la actividad judicial, con la notable diferencia que, en este caso, la misma se ha acompañado de resonantes manifestaciones en orden al carácter independiente e imparcial del Poder Judicial (Malem Seña, 2006, p. 17). En este último caso, la discrecionalidad no ha resultado un modelo conveniente para la posición de los servidores judiciales acostumbrados a reclamar independencia e imparcialidad, mas no necesariamente discrecionalidad, lo que para su específica condición llega a acrecentar la responsabilidad directa de los jueces por su ejercicio. Sin duda, su perfil no difiere en función del grado de peligrosidad con la actividad administrativa con el agravante de que se trata de un escenario de control de esta.

Por último, para cerrar el capítulo de los cambios, se han formulado de modo reciente para el caso de la Administración Pública, nuevas exigencias que han comportado un cambio de paradigma en lo público; nos referimos a *Los Caballos de Troya jurídicos en la mejora de la Administración: Economía, Eficiencia*, sobre la base de los cuales se ha modificado por completo la organización administrativa y lo que ella se demanda en la sociedad, pues a partir de ahora su legitimidad se hace depender de los rendimientos (Ponce Solé, 2011, p. 459) presentados. De esta suerte, la irrupción de estos principios impone una nueva valoración de las organizaciones públicas al verse rotos sus esquemas tradicionales en materia de organización (ahora en red y no jerarquía) y funcionamiento (no sólo legalmente conformes, sino eficaces).

De lo hasta aquí escrito puede concluirse que una tesis sobre la Discrecionalidad como categoría general implicaría una investigación exhaustiva y casi inabarcable a un nivel doctoral. Y, además, en este como algún otro caso de análisis con ella se revela el carácter polémico del Derecho Administrativo.

## 1.2 Algunas disertaciones sobre la Discrecionalidad Administrativa

La bipartición entre actividad discrecional y reglada, puede ser juzgada como producto del razonamiento binario que caracteriza al discurso jurídico en general y al Derecho civil inspirado en Francia en particular (Pimiento Echeverry, 2015). Sin desconocer el mérito que una consagración o forma de aproximación a una figura pudiera tener, hay que reconocer que la división de la actividad administrativa a partir de estas dos tipos de potestades parece examinar un claro proceso de desgaste. A semejante conclusión se llega, una vez se constata la pérdida de peso de la categoría ante otras clasificaciones que definen la actividad administrativa mediante criterios distintos al mayor o menor poder de decisión atribuido a la Administración, por ejemplo, la idea de los procedimientos administrativos clasificados en función de la mayor o menor afectación que sobre el individuo pudieran generar (Brewer Carías, 2002, p. 39). Este último es un síntoma del giro del Derecho Administrativo hacia el ciudadano hacia quien se encamina su análisis y protección. Eso significa que la Administración pasa a un segundo plano como eje central u objeto del Derecho, para cederle su lugar a las situaciones de garantía que este sistema debería propiciar.

Así, por ejemplo, traemos a colación algunos de los autores que han dado sustento a la discrecionalidad, como:

Tomas Requena (1996, p. 90), quién considera que la discrecional es *“por consiguiente, un ámbito de libre actuación de la Administración, más precisamente (y normalmente) de libre decisión del poder público.”*

Por su parte, Schmidt-Assmann (2003, p. 221), aduce que: *“Discrecionalidad no significa “libertad de elección”<sup>108</sup>. La Administración no elige libremente una opción determinada, ya que, como poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada”*

Para García De Enterría y Fernández (1998, p. 448 y ss.), *"La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterio extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites con la intención de agotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional"*.

Finalmente, Parejo Alfonso (citado en Marín Hernández (2007, p. 163)), anota que la discrecionalidad *«consiste en la atribución a la Administración por el legislador de un ámbito de elección y decisión bajo la propia responsabilidad» dentro del cual, «pueden darse varias actuaciones administrativas igualmente válidas por conformes con el derecho aplicable»*.

Lo anotado, nos conduce a los primeros acercamiento acerca del concepto de la discrecionalidad, la cual puede ser vista *prima facie* como una herramienta jurídica que el derecho ha proporcionado con el fin de que la administración posea una llave de acceso a la vida de los ciudadanos, cuyo propósito no es otro que entrar a ordenar, regular, gestionar y reprender cualquier acto o hecho generador de situaciones jurídicas. En sí, la discrecionalidad administrativa, como también lo mencionó De Vega Pinzón (2005, p. 152) es: *“la discrecionalidad administrativa o poder discrecional (como lo denominan otros). Se refiere a la –posibilidad que tienen los titulares de la función administrativa al ejercerla en cada caso específico para apreciar los hechos y las circunstancias que motivan su decisión y escoger entre dos o más soluciones, siendo todas válidas para el derecho”*.

La administración entonces, al hacer uso de la discrecionalidad o llave de acceso-en mi concepto- podrá optar por tomar una decisión que según su criterio subjetivo-conveniencia y oportunidad-lo aproximará a la satisfacción del interés general, lo cual constituye el punto de partida y de finalización de todo el aparato estatal. De tal manera que, la discrecionalidad no sólo es una llave que, en primer lugar, está circunscrita a una norma jurídica que la faculta a actuar, sino que también, tiene la posibilidad de acomodarse-como las hendiduras de una llave- según la posibilidad que le da la misma ley, para que se ajuste a circunstancias de modo, tiempo, lugar y demás factores relevantes, para la consecución de su objetivo.

Por consiguiente, la conveniencia y oportunidad, entiendo por la primera; la correlación, el consenso y conformidad entre dos cosas diferentes que tienen la posibilidad de ser opciones igualmente válidas, es decir, que se encuentran en el mismo status. Y por oportunidad; lo que da en el blanco, o en palabras de De Vega Pinzón (ibíd.), *“lo que es atinente para dar mejor solución a la situación que se pretende regular y a lo que es más conveniente y apropiado”* son los elementos intrínsecos de toda discrecionalidad administrativa que necesariamente conforman el criterio subjetivo del funcionario que le compete tomar la decisión y que no por ello, se convierte en una actividad no reglada o independiente de la ley.

El hilo de esta observación nos muestra que la discrecionalidad no comporta un acto inusitado, caprichoso<sup>10</sup>, alejado de toda realidad; sino que la discrecionalidad carga a costas, todo un análisis ponderativo en el que interviene el raciocino del hombre. Ello no es más que la misión misma que se ha encomendado- constitucionalmente hablando- a la Administración Pública.

De lo anterior, se sigue la generalización de la discrecionalidad como exteriorización natural del actuar administrativo, lo cual nos lleva a precisar sus confines. A tenor de lo anterior, se ha llegado a la necesidad de plantear dos concepciones disimiles pero estructurales que le

---

<sup>10</sup> Al respecto, Sarria Olcos (1986, pp. 182–183) señala: *“así que la discrecionalidad administrativa, si bien implica el arbitrio de quien la posee para decidir, estará limitada, de tal manera que ese arbitrio no se ejerza caprichosamente, sino teniendo en cuenta los intereses públicos consagrados en la ley, así como la lógica, la racionalidad y la justicia.”*

dan forma al actuar de la administración dentro de la discrecionalidad. En un caso, una definición formal o negativa. Y, en el otro, una definición positiva o material.<sup>11</sup>

### **1.3 Concepto positivo o material de la Discrecionalidad Administrativa**

El carácter positivo o material de la discrecionalidad, obedece al concepto de esta, visto desde el papel que desempeña al interior de la administración como ente precursor de la salvaguarda, protección y materialización de los intereses generales.

Sea entonces conveniente entrar a poner en evidencia las dos corrientes doctrinales que se mueven alrededor de la mayor o menor intervención de la administración en la determinación de los intereses generales.

Ante la existencia de una multiplicidad de intereses que de manera constante vienen a nutrir la tarea normativa del Estado Social de Derecho que comporta una asunción de responsabilidades relacionadas con las condiciones socioeconómicas de toda una población, el incremento de las exigencias que envuelven los cambios sociales y técnicos y la imposibilidad de atender todas las variables de una sociedad dentro de la producción constante de disposiciones normativas que no llegarán a tener vocación de permanencia en el tiempo dada la rapidez con la que se generan nuevas circunstancias que atender; se abre paso a la conciliación normativa, en la que la ley cede una parte importante de su determinación y especificidad, a la administración, en razón a que los enunciados normativos compilan la generalidad, es decir, señalan los objetivos, propósitos y fines, sin que se llegue a la concreción de los intereses generales a los que la administración debe servir.

Es en este sentido que autores como Parejo Alfonso (citado originalmente por Marín Hernández (2007, p. 145)) *“ponen de relieve el cambio de estructura de las normas jurídico-administrativas que se desprenden del aludido fenómeno de materialización y de la dificultad a la que el Derecho se enfrenta para concretar los intereses generales, situación que*

---

<sup>11</sup> A efectos de plantear las tesis sobre discrecionalidad, se seguirán los planteamientos de Marín Hernández (2007, p. 154 y ss.)

*comporta el paso progresivo hacia una “vinculación estratégica” de la administración en la cual la determinación de lo que constituye el interés general para el caso concreto se defiere al nivel administrativo mediante el uso de herramientas como la atribución de facultades discrecionales, el uso de conceptos jurídicos de notable indeterminación y cargados de componentes valorativos, o el recurso a directrices y reglas finales en las que se establecen objetivos a alcanzar.”*

Esta forma de concreción normativa desencadena en la administración, la imperante necesidad de apelar a diversos factores al momento de asumir una decisión, habida cuenta que no sólo entran a jugar factores de orden técnico, político, morales y sociales, sino, una cantidad de variables que para que sea posible su aterrizaje con la realidad del Estado, toca de manera inequívoca, optar por una mayor “flexibilidad de los modelos jurídicos” (Añón, 1994, citado en Marín Hernández (2007, p. 144)) que se traduce en una mayor discrecionalidad administrativa.

Empero, como dijimos antes, esta posición se contrapone con la visión de discrecionalidad que tienen otros autores como Sainz Moreno (citado originalmente por Marín Hernández (2007, p. 147)), quien “*considera que sólo al legislador corresponde señalar el contenido del interés público, habida cuenta que “la legislación es la vía natural de expresión de la idea que la sociedad tiene del bien común”*”. Esta perspectiva si bien se limita a la labor encomendada al legislador en la conformación de lo que es más conveniente para la sociedad-interés general-, también lo es, en la medida que demarca la labor primordial de la administración, cual es, la de adelantar juicios de valor en donde se haga una ponderación del interés público que aplica para cada caso particular.

En ningún caso, podrá entonces la administración apropiarse de la función de crear o inventar el contenido del interés general; por el contrario, su función es concretar y aplicar la idea de interés público que la ley le señale (ibíd.).

De ahí que, el carácter material de la discrecionalidad tiene su espaldar en el engranaje jurídico- administrativo que hace el ejecutor de las políticas públicas a la hora de concretar o

materializar los postulados abstractos o “in genere” que dicta el legislativo para dar vía libre a la discrecionalidad administrativa. En cualquier caso, con la proclamación de Estado Social no puede perderse de vista el compromiso con los derechos fundamentales que actúan como límite a las habilidades de intervención administrativa y, con ellas, imponen el otorgamiento reglado de ciertas autorizaciones administrativas (Schmidt-Assmann, 2003, p. 71).

Ahora bien, la tesis se ha visto dotada de un sustento posterior por parte de análisis situados en el contexto de la filosofía del Derecho, de entre los cuales, la relación de Lifante Vidal (2006, p. 122) merece ser destacada:

*“(…) a diferencia de lo que ocurre en los supuestos del ejercicio de poderes privados, donde las consecuencias no son tenidas en cuenta más que de manera excepcional, en los casos de los poderes públicos ( y creo que aquí hay que entender que se refieren a los poderes discrecionales) las consecuencias juegan un papel central, en el sentido de que el hecho de que se produzcan ciertos estados de cosas, ciertas consecuencias justifica que se haya establecido una regla confiriendo a tal órgano el poder para producir un determinado resultado institucional, aquí la regulación de las consecuencias ya no se hará únicamente \_ como en el caso de los poderes privados o de autonomía – de ,modo negativo (donde el poder se podrá ejercer siempre y cuando nos aproveche para lograr un estado de cosas ulterior que aparezca como inaceptable) sino que la caracterización de las consecuencias en el caso de los poderes es de carácter positivo: se concede para que, por medio del ejercicio del poder, se obtengan ciertos estados de cosas positivos determinados”.*

Por tanto, la cesión de espacio que el legislador le ha otorgado a la administración en razón a la imposibilidad de determinación y especificación de los contenidos normativos; obedece entre otras cosas, a la necesidad de que la administración sea en ocasiones, el remitido natural de potestades normativas; cuyo fin no es otro que demarcar el fin último aplicado en cada caso particular-ejecutor- como también, en algunas excepciones, el orquestador que propugne por la integración del interés general en el ordenamiento jurídico.

Bajo estas circunstancias, hoy por hoy, tanto la Constitución como la ley, no son la única vía mediante la cual se delimitan los intereses generales y es por ello que se avoca a otros medios que sirvan de tránsito entre la Constitución y la ley, y la consecución o materialización de los intereses que importan al desarrollo de la sociedad, como lo es la administración pública, quién ante la imprecisión o indeterminación normativa asume el poder de concretar derechos y deberes que surgen de la autorización –expresa o tácita- que previamente le ha dado la ley, cuando no ha detallado los supuestos normativos.

Consecuente con lo anterior, corresponde a la administración -como lo precisó Mozo Seoane citado originalmente por Marín Hernández (2007, p. 163))- *“elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional.”*

Ciertamente se podrá aseverar que la administración actualmente responde a la atribución voluntaria u obligatoria que le otorga la ley como actor principal en la concreción y consecución del interés general; circunstancia que deberá ser vista como un factor positivo en tanto y cuanto, es el orquestador de los intereses de la sociedad cuando la confluencia de innumerables variables la hacen imposible de determinar vía legislación.

#### **1.4 Concepto negativo o formal de la Discrecionalidad Administrativa**

Sea lo primero señalar que este concepto negativo de la discrecionalidad administrativa en la actualidad se encuentra descartado en el ámbito del derecho administrativo, no obstante, es enriquecedor conocer las discusiones que se suscitaron alrededor de la misma y el por qué se arribó a la conclusión a la que llegaremos.

La concepción negativa tiene su fundamento en la existencia de lagunas legales, o por decirlo de otra forma, consistía más bien, en la habilitación que tenía la administración ante la inexistencia de reglas. Es de suyo que, ésta interpretación tuviera sus detractores dada la

radicalidad que la caracteriza, pues no es fácilmente asimilable que ante la ausencia de ley, todo es sujeto de discreción por parte de la administración.

Pero, para ahondar un poco en esta perspectiva formal, es necesario traer a colación algunos de los comentarios que frente a este tema apuntó Marín Hernández (2007, p. 159), así:

*“(…) Bullinger explica que la concepción de la discrecionalidad como laguna legal en los derechos español y alemán de finales del siglo XIX se deriva de la rígida oposición que en ese entonces se hacía entre lo reglado y lo discrecional, de suerte que, precisamente, lo discrecional equivalía a lo no reglado, y de ahí, también, que autores como Mozo Seoane afirmen que lo discrecional en ese momento histórico se entendía como un concepto negativo y formal:”*

Correlato a lo anterior, es importante indicar que esta posición comprendía una particular relación con el principio de la autonomía de la voluntad aplicable a los particulares, en razón precisamente, a que toda actividad que no fuera expresamente prohibida, le estaría permitida; y en esa medida, la discrecionalidad se sobredimensiona respecto del principio de legalidad, ya que lo que no esté en la ley, se convierte en el tiquete de entrada al accionar de la administración.

Sin embargo, como ya lo habíamos anunciado en líneas precedentes, esta fuente discrecional no tuvo mucha acogida, como quiera que: *“la administración no es titular de los derechos e intereses cuya salvaguarda o realización persigue, sino mera gestora de los mismos, cuya titularidad está radicada en cabeza de la colectividad.”*. Es a partir de este análisis, que queremos enunciar algunos conceptos que son relevantes al momento de identificar qué se debería entender hoy por discrecionalidad administrativa.

Sobre el particular, Clavero<sup>12</sup> dota de sustento lo afirmado por Marín Hernández, en el sentido de considerar que esta ausencia normativa no solo se efectúa de manera intencional

---

<sup>12</sup> Textualmente Marín Hernández (2007, p. 156) sintetiza el planteamiento de Clavero del siguiente modo: *“La forma en que el propio Clavero Arévalo zanja la cuestión nos parece del todo acertada. Comienza por remarcar la importancia de*

por parte de legislador, sino que obedece al necesario otorgamiento que este último debe entregar a la administración para que ésta a su vez decida de manera libre su actuar.

Para el mencionado autor, existe la necesidad de desaparejar los conceptos de: potestad discrecional, principios de la autonomía de la voluntad y lagunas. Entendiendo por la primera-a voces de Marín- aquella atribución que se le da a la administración por vía normativa, es decir que, no hay acción sin competencia y la competencia-valga la redundancia- solo la otorga la ley. Seguidamente tenemos que, el principio de la autonomía de la voluntad, se fundamenta en la libertad de actuación ante lo que no se encuentra prohibido por la ley, condición que dista radicalmente de lo que se entiende por discrecionalidad, por cuanto la administración tan sólo le es permitido hacer lo que se halla legalmente conferido. Finalmente, las lagunas, son aquellos espacios producidos por la inactividad o imprevisión del legislador que no necesariamente conduce a la discrecionalidad, sino por el contrario, su primera fuente de solución ante circunstancias particulares son los principios generales del derecho o las denominadas fuentes auxiliares del derecho-para el caso colombiano-.

Dejando atrás las raíces que gestaron el concepto negativo de la discrecionalidad; es bueno reconocer que la facultad discrecional, es una actividad contenida en la ley, en tanto sus actos comprenden elementos reglados y su ejercicio está orientado por normas, principios y mecanismos de control que ayudan a que su ejecución esté desprovista de ilegalidad.

Al respecto, Ríos Álvarez (citado por Marín Hernández (2007, p. 161), expresa: *“la discrecionalidad no es un poder desvinculado de la ley-no es una potestad ejercida en*

---

*deslindar tres conceptos frecuentemente confundidos y cuya separación es capital para entender su planteamiento: potestad discrecional, laguna de la legislación administrativa y principio de la autonomía de la voluntad. Para tal fin resulta menester detenerse en la relación existente entre el principio de legalidad de la actividad de la Administración y la potestad discrecional. Contrariamente a como ocurre en el Derecho Privado, en cuyo ámbito los particulares pueden desplegar toda conducta que no venga expresamente prohibida por la legislación, en el Derecho administrativo los entes públicos solo pueden desarrollar aquellas actividades para las cuales disponen de expresa atribución normativa, es decir, lo que se enmarca dentro de su ámbito de competencia, de modo que no puede haber actividad de la Administración que no tenga su fundamento, directa o indirectamente, en una ley formal. De ahí que la potestad discrecional deba tener igualmente su fundamento y razón de ser en una ley.”*

*reemplazo de aquella-, sino, por el contrario, una facultad concedida y regulada por la norma positiva; una parte- no enteramente determinada, pero parte al fin- de la legalidad, inserta en el tejido del ordenamiento jurídico y en los principios que lo sustentan.”*

Finalmente, García De Enterría (1962, pp. 159–208), quien es un asiduo seguidor de éste último planteamiento, señaló que: *“La primera reducción de este dogma de la discrecionalidad se opera observando que en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos (13). Estos elementos reglados son, por de pronto, la misma existencia de la potestad, de cuyo ejercicio dimana el acto (No hay acto sin potestad previa, ni potestad que no haya sido positivamente atribuida por el Ordenamiento), la extensión concreta de esta potestad, que es imposible que sea totalmente indeterminada (15), y, en fin, la competencia para ejercitarla...”*

Así las cosas, para nosotros la discrecionalidad puede ser concretada como aquella facultad que surge de la habilitación, dirección y fomentación que hace la ley a la administración, ya sea desde el escenario del traslado de permisos o competencias específicas; o del señalamiento del modus operandi o demarcación del camino a seguir en situaciones generales o particulares; o finalmente, como la cesión de espacios que promuevan el actuar de la administración en procura de la materialización de los intereses que satisfagan la sociedad a la que pertenece. Esta posición tiene su asentamiento en la perspectiva positiva de la discrecionalidad con la cual comulgamos y nos adherimos.

### **1.5 Criterios reductores de la Discrecionalidad**

Precisado el contenido de la discrecionalidad resulta de importancia capital adentrarse en los diversos criterios reductores de la discrecionalidad partiendo de la afirmación realizada por García De Enterría (ibíd. p. 168): *“En efecto, las autoridades administrativas pueden contar y cuentan, con toda normalidad, con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso de la finalidad pública, de la utilidad o interés general.”*

A este proyecto que ha sido dado en llamar proyecto antidiscrecional le ha sido opuesto el modelo de un nuevo Derecho administrativo que deposita un voto de confianza en la administración sin perder de vista al control judicial como parte del hilo conductor de la Buena Administración.

De esta manera damos paso a los tres criterios que desarrollaremos en este trabajo, a saber:

### **1.5.1 Hechos determinantes**

De facto podríamos aseverar que toda potestad discrecional se soporta en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata (ibíd. p. 170). Por lo cual, la primera confrontación que tiene la administración es la constatación de la existencia del hecho, de su realidad.

Así pues, el control de la discrecionalidad a través de los hechos determinantes, parte de la base de la existencia de una realidad que previamente ha sido determinada por el legislador como un presupuesto factico susceptible de ocurrencia y que en tal evento le será aplicada una norma; consecuente con ello, le será la subsunción de la realidad al supuesto de hecho y su correspondiente efecto jurídico.

Lo anterior, se podría concretar de una manera afable y simple como lo sustenta Marín con respecto a la obra de Mozo Seoane (citado por Marín Hernández (2007, p. 328)), indicando que los postulados normativos tratan de una u otra forma de incidir en las conductas o situaciones sociales que se encuentran reguladas de manera abstracta; de tal manera que conducen a la administración pública al aplicar la ley, a observar y operar sobre realidades concretas que previamente le ha señalado la legislación. *“Esta correspondencia entre supuesto de hecho normativo y situación fáctica concreta es un presupuesto imprescindible de corrección del ejercicio de facultades discrecionales”* (ibíd.).

Sin embargo, es importante entender que la aplicación de este criterio conlleva siempre a una afirmación que se hace relevante por parte del administrador-ejecutor- público y es que, dicho

en palabras de García De Enterría (1962, p. 170), “...y ocurre que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra”.

Por tanto, la realidad, al determinarse, adquiere la connotación de causa o motivo legal de la actuación de la administración; y en ese sentido, la verificación y comprobación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de ocurrencia de los hechos, escapan a cualquier facultad interpretativa producto de la discrecionalidad. Al respecto, Fiorini (1995), manifiesta que: “no puede ser privativo de la administración desconocer u omitir lo que la realidad exhibe en forma manifiesta.” (...) “no puede ser patrimonio privilegiado de la administración pública instituir la existencia de aquello que no existe, exaltar una cualidad inexistente o lo que la realidad no comprueba.”

Consecuente con lo dicho, debemos decir que la ocurrencia de los hechos determinantes conlleva *per se* la exposición de diferentes facetas que le dan sustento a la realidad, empezando la primera, por: (i) el acaecimiento del hecho, seguido por (ii) la comprobación del hecho y finalizado con (iii) la verificación del hecho; faceta que en ningún momento comporta una actividad discrecional, habida cuenta que a la administración le es vedada la manipulación o alteración de la realidad, en razón a que la realidad existe o no existe.

Diferente situación ocurre con la segunda faceta, la cual arrastra elementos que si contienen un ingrediente discrecional, como lo son: (i) valoración o apreciación y (ii) juicio o calificación. La valoración, en términos de Marín (2007, p. 336), -cuando se refiere a la doctrina francesa-, consiste en la atribución con la que cuenta la administración para apreciar la adecuación de los hechos a la norma jurídica, gestando con ello, una libertad valorativa cedida al órgano de administración para que en términos de “oportunidad y conveniencia” (Brewer Carias, 1986) ejerza su responsabilidad.

En cuanto a la calificación o juicio, encontramos que Vedel (citado por Marín Hernández (2007, p. 337)), la define como “una operación mixta que implica a la vez una apreciación hecho y una apreciación de Derecho, puesto que se trata de “calificar” un hecho, es decir, de decidir si entra en una determinada categoría jurídica.”

Valga aclarar que tanto la valoración como la calificación, si bien son actividades que se encuentran inmersas dentro de la envoltura de los hechos determinantes, también lo es que, por la sola connotación que ambos conceptos revisten, como lo son, el de valorar y ponderar, se echa mano a diversos criterios que servirán de enlace entre los hechos y los preceptos legales.

Consecuente con lo manifestado, Fiorini (1995, p. 283) demarca la actividad de la administración como una labor de investigación, comprobación, verificación, apreciación y juicio. Esta apreciación se articula en la medida en que: “... *las causas que determinan la creación del acto deben ser razonables y la razón del motivo determinante se sostiene en el conocimiento exacto y justo de la realidad. Son los motivos que justifican la existencia, pero también la validez jurídica del acto*” (ibíd.)

Así las cosas, todo el concepto al que hace alusión, los hechos determinantes, es sin lugar a dudas, “*un mismo proceso aplicativo*”, no cabe “*pretender reducirlo a un supuesto de “calificación jurídica” o intentar aplicarle las reglas de un “juicio intelectual” conforme a las cuales solo habría una solución justa [...] en cambio, nada impide, sino todo lo contrario, un control de los hechos y circunstancias determinantes que sirven de presupuesto a aquel juicio discrecional, que no es, a través de esta vía, sustituido, sino fiscalizado en su alcance material, en su adecuación a la realidad.*” (Marín Hernández, 2007, p. 336)

O dicho de otra forma, pero a voces de Fiorini (1995, p. 284), “*la discrecionalidad debe fundarse, causarse, sustentarse, afirmarse en la realidad y cuando expresa un juicio debe ser el reflejo de las cualidades comprobadas, como consecuencia del buen proceder administrativo.*”

En ese orden de ideas, el control de la discrecionalidad a través de los hechos determinantes, resulta ser una de las formas más eficaces con las que la misma administración puede autolimitarse, toda vez que su actuar no puede desconocer por un lado, la realidad de los

hechos, y, por otro lado, la valoración y calificación de esos mismos hechos, en razón a que deben corresponder a los postulados normativos –sean estos determinados o indeterminados.

Por tanto, como afirma Mozo Seoane (citado por Marín Hernández (2007, p. 335)) *“la existencia o realidad de una determinada situación de hecho no es, por de pronto, de libre apreciación; la “calificación” de esa realidad sí es discrecional, lo que tampoco significa arbitraria”*.

### **1.5.2 Conceptos jurídicos indeterminados**

Los conceptos jurídicos indeterminados, como su nombre lo indica, apuntan a la indeterminación o vaguedad de conceptos que tienen una trascendencia jurídica en la realidad que se pretende regular. Esto es, que la ley utiliza estos conceptos en la medida en que las realidades a las que se exponen con cada caso particular, impide un grado de determinación y precisión, sin que eso signifique que carezcan de contenido suficiente para contemplar “un supuesto o supuestos, que solo en sede aplicativa serán puntualmente precisados” (ibíd. p. 204).

Al respecto, García De Enterría (citado por Marín Hernández (2007, p. 203)), apuntó que: *“lo primero que hay que notar es que esta figura de los conceptos jurídicos indeterminados no es una construcción teórica, sino una técnica que emplean – y han empelado siempre- precisamente las leyes”*

Sea conveniente mencionar, que son variopintas las posiciones que se suscitan en torno a la determinación de que si los conceptos jurídicos indeterminados comportan una facultad discrecional, o, si por el contrario, se asemejan más a una facultad reglada<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Esta discusión fue expuesta por Martín González (1967): “Para tales autores, en efecto, cuando la norma remite a la discrecionalidad de una autoridad la actuación de una disposición hay que entender que reenvía, para la ulterior regulación de la relación, a normas jurídicas y no jurídicas, ciertas u objetivamente comprobables, aptas en cualquier caso para proporcionar la medida de la única solución posible. La existencia en la realidad social de reglas, criterios y principios no jurídicos es, desde luego, indiscutible, como también lo es su utilidad para ilustrar determinadas decisiones, y precisamente en ellas fundamentamos nuestra categoría de conceptos indirectamente determinados, es decir, determinados en virtud de la tácita remisión de la norma a tales criterio; y principios científicos (remisión a la experiencia técnica) o a dichos contenidos de experiencia (remisión a la experiencia común y. general), el resultado de cuya aplicación es un juicio que

Estas posiciones tienden a encontrar su origen precisamente en la indeterminación que las reviste, pero que a la postre, también las hace diferenciales, en la medida en que, por un lado, la facultad discrecional la caracteriza según Merkl (citado por Martín González (1967, p. 261)) en que, “existiendo una norma, son posibles diversas aplicaciones, jurídicamente diferenciables, de la misma, y son posibles a igual título y poseen el mismo valor jurídico” y esto concibe que la operación que haga la administración respecto de la indeterminación de una norma, se efectúe de manera volitiva, es decir que, impera la voluntad de la administración, al momento de realizar la constatación del concepto jurídico expuesto en la norma, con la realidad, habilitando a la administración a la aplicación de “conceptos extrajurídicos, de oportunidad o conveniencia que la Ley no determina, sino que deja a la libre consideración y decisión de la administración, pudiendo ésta, en su consecuencia, optar según su subjetivo criterio” (Espinosa de los Monteros, 1996, p. 84).

En contraste, los conceptos jurídicos indeterminados como emanación de una facultad reglada, tienen su asiento jurídico no, en el proceso volitivo-que hablamos en el párrafo anterior- sino, todo lo contrario, en un proceso de “juicio o estimación”<sup>14</sup>, mediante el cual se obliga a la administración a encontrar dentro de las posibilidades conceptuales -que previamente le demarcó la ley-, una sola solución jurídica viable.

---

expresa la medida en que la situación fáctica se ajusta a tales reglas, principios o criterios, los cuales en tal supuesto cumplen esa función de «individualizar la razón predeterminada de la única solución posible». Cuando la norma, por el contrario, se remite, no tácitamente a tales reglas, sino expresamente a la discrecional potestad del órgano que ha de aplicar el concepto (indeterminado, en tal supuesto) la decisión no viene determinada de manera unívoca por aquéllas, sino por la voluntad de tal órgano, admitiendo, cuando más, que contribuyan a la formación de dicha voluntad y que sirvan, en algunos supuestos, para detectar la medida en que la voluntad se apartó del marco que el interés público en presencia le trazaba (desviación de poder). La decisión adoptada es entonces el resultado no de la aplicación de la norma social preexistente o de la regla de experiencia, sino de la voluntad del órgano, ilustrada por los juicios o apreciaciones que, basándose acaso en tales reglas, principios o contenidos de experiencia, se haya formado aquél sobre la situación en orden a la cual ha de decidir. La decisión no es entonces el juicio —resultado del mejor ajuste posible de la situación fáctica a tales reglas o máximas—, sino la voluntad del órgano que elige una de las varias soluciones que, a la vista de las apreciaciones resultantes de tal confrontación, aparecen como posibles.”

<sup>14</sup> Para García de Enterría (1962, p. 174), este proceso de juicio y estimación, ínsitamente emergen dos actividades (precisión hecha por mí) “...por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse, por otra, al sentido jurídico preciso que la Ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea sólo una, al concepto jurídico indeterminado que su precepto emplea. Justamente por esto, el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado-discrecional, porque no admite más que una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales.”

Empero, para llegar a esta *única solución justa*, deberá hacerse mención a la indubitable labor, que en este caso, le corresponde a la administración, cual es, la de entrar a interpretar- o apreciar-los hechos, frente al contenido indeterminado de la norma. Dicho en otras palabras, la labor de la administración se circunscribe a la comprobación empírica de un hecho, de cara al contenido normativo de un concepto.

Esta postura no ha sido del todo pacífica<sup>15</sup>, por cuanto sus mayores exponentes- García de Enterría y Fernández Rodríguez-, ante las fuertes críticas de Sainz Moreno (citado por Marín Hernández (2007, p. 259)), entre otros, quienes afirman que “llevar la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados hasta estos extremos supone que el margen de libre valoración administrativa en que consiste la discrecionalidad desaparece, al no haber más que una solución jurídicamente posible”; ha generado que la posición inicial de los autores mencionados, se encuentre un poco morigerada, a tal punto que se afirme que: “*conceptos como urgencia, orden público, justo precio, calamidad pública, medidas adecuadas o proporcionales, incluso necesidad pública, utilidad pública y hasta interés público, no permiten en su aplicación una pluralidad de soluciones justas, sino una sola decisión en cada caso*, la que concretamente resulte de esa apreciación por juicios disyuntivos” de las circunstancias concurrentes a la que antes aludimos” (ibíd.).

Expuestas las posiciones precedentes, me resulta oportuno, sino necesario, llamar la atención en el punto de partida de este tema, el cual se dirige a tratar de concretar el rol de los conceptos jurídicos indeterminados como fuerzas reductoras o controladoras de la discrecionalidad, y con ocasión a ello, pudimos adentrarnos a observar su naturaleza indeterminada, que baste reiterar que no es por omisión del legislador, sino todo lo contrario, es por voluntad de aquel que confecciona las normas y otorga las facultades a la administración.

---

<sup>15</sup> Fernández Rodríguez (2008, p. 99) añade que: “El ámbito mismo de lo discrecional, en cuanto a pluralidad de soluciones justas, atraviesa una profunda crisis, pues su distinción de los llamados conceptos jurídicos indeterminados ha apartado de él la mayor parte de los supuestos de que antes se nutría. Conceptos tales como interés general, orden público, necesidad pública, equitativa distribución, etc., aunque indeterminados *a priori*, constituyen técnicas de normación con las que el legislador remite a la Administración a una única solución justa.”

La indeterminación (vaguedad, ambigüedad y versatilidad) de estos conceptos, es pues, una condición ínsita, que permite dentro del abanico de las posibilidades-todas igualmente ajustadas a derecho- escoger la interpretación más apropiada- en términos de lógica y razonabilidad- excluyendo *per se* toda arbitrariedad.

Al respecto, Hernández Martín (citado por Marín Hernández (2007, p. 263) acota que: “es difícil admitir que es reglado el fin del acto administrativo entendido como “utilidad o interés general”, o que conceptos como “interés público”, “orden público”, “diligencia debida”, etc., permitan “una única solución justa”, es decir, que pueda decirse con seguridad en cada caso la solución prevista por la ley, la única posible. Precisamente ocurre todo lo contrario: la ley ha dejado abierta, voluntaria o forzosamente [...] la decisión que el intérprete ha de tomar”.

Por su parte, Beltrán De Felipe (citado por Marín Hernández (2007, p. 264-265), en continua discrepancia con la vinculación del concepto de interés público, como concepto jurídico indeterminado, afirma que el tener por cierto que el interés público es un concepto indeterminado, sería algo así como cercenar la discrecionalidad de la administración, quedando desprovista de margen de maniobra o de apreciación respecto de la forma en la que ésta le serviría a los intereses generales. Y aún, si el interés público fuera un concepto jurídico indeterminado; “es posible determinar que en cada caso cuál es la decisión que mejor se ajusta al mismo, la individualización de esa solución entre las que son no son *la mejor* corresponde única y exclusivamente al órgano administrativo y no al jurisdiccional.”

En consecuencia, los conceptos jurídicos indeterminados, no podrían ser vistos como un criterio reductor de orden reglado y estricto, que desconozca de contera toda actividad discrecional por parte de la administración; pues de hacerlo, se pierde la habilitación dada por el legislador a la administración y se desnaturaliza la indeterminación surgida “para”; por convertirse en la indeterminación reglada “por”.

En ese orden de ideas, la indeterminación de los conceptos no se resuelve con una única solución justa, o con un sí o un no, sino más bien, en una gradación de situaciones y

posibilidades que pone en evidencia la realidad de los hechos y que por lo mismo exige al operador jurídico valorar entre una pluralidad de intereses, todos legítimos en principio.<sup>16</sup>

### 1.5.3 Principios generales del derecho

Partimos de la base que este criterio reductor se encuentra fincado en la idea de que toda la actividad administrativa halla su razón de ser en el ordenamiento jurídico; entendiendo por éste, no solo el direccionamiento inequívoco a la ley, sino también, aquellos principios y valores que hacen parte del derecho.

En ese orden de ideas, “... los principios no son normas de mandato que impongan acciones perentorias a título de obligaciones o prohibiciones absolutamente determinantes del enjuiciamiento de un supuesto de hecho, sino que incorporan criterios no excluyentes y que pueden decaer frente a más poderosas razones provenientes del juego de otros principios.” (Granado Hijelmo, 1996, p. 128)

Los principios generales, no sólo se constituyen en la base edificadora del quehacer de la administración, sino que, entronca además, con el derecho. Es decir que, su vinculación con el derecho es lo suficientemente fuerte, como para que, en el momento en que se llegue a inobservar, ya no sería una actuación propia de la administración, sino todo lo contrario, una agresión por parte de la administración. Esta es la razón por la cual, la potestad de obrar de manera discrecional, “*no ha derogado para ella la totalidad del orden jurídico, el cual con su componente esencial de los principios generales, sigue vinculando a la administración*” (García de Enterría, 1962, p. 170).

Queda claro entonces que, el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, deberá respetar como límites infranqueables, los principios y valores que vienen contenidos en el

---

<sup>16</sup> Conclusión a la que llegaron Sainz Moreno y Fernández Ferreras, la cual fue anotada por Marín Hernández (2007, pp. 270–271).

ordenamiento jurídico y que para efectos de este trabajo, los estudiaremos tangencialmente, así<sup>17</sup>:

### *Principio de Imparcialidad*

Para sumergirnos en la breve explicación que haremos del principio de imparcialidad, es determinante que invoquemos el término de gerencia o dirección de la administración, como quiera que éste principio, tiene íntima relación con el ejercicio que desempeña internamente cada funcionario sobre el cual recae la facultad de tomar decisiones en nombre de la administración.

Es indudable que la facultad de dirigir la administración, concierne al gobierno, quién tiene la labor de-como lo señaló Porras-Nodales crear un circuito conector, de manera racional, entre la sociedad, el sistema político y la administración pública.

Pero esta labor no se queda en el circuito mecánico de una operación, sino que, con el pasar de los días, se convierte en una fuerza transformadora impulsada por la inminente necesidad de hacer efectivos los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos. Es así como, el Estado actual, responde de manera inequívoca a la satisfacción del interés público, que es el punto de gravedad sobre el cual tiene su asiento el Estado Social de Derecho.

De ahí que la administración pública del Estado Social de Derecho *“ha de configurarse como una organización que debe distinguirse por los principios de legalidad, de eficacia y de servicio. Legalidad, porque el procedimiento administrativo no es otra cosa que un camino pensado para salvaguardar los derechos intereses legítimos de los ciudadanos. Eficacia, porque hoy es perfectamente exigible a la organización administrativa que ofrezca productos y servicios de calidad. Y servicio, sobre todo, porque no se puede olvidar que la justificación de la existencia de la Administración, como ya se ha dicho, se encuentra en el servicio a los*

---

<sup>17</sup> Se tomarán los principios estudiados por Marín Hernández (2007, pp. 367–426).

*intereses colectivos. Por eso, las distintas potestades y poderes públicos son manifestaciones concretas de esa idea de servicio público”<sup>18</sup>*

En este sentido, el principio de imparcialidad-como referente en la toma de decisiones de la administración-proscribe la discriminación amparada en razonamientos ajenos a los contemplados en el ordenamiento jurídico.<sup>19</sup> En suma, este principio, como correlato del principio de igualdad ante la ley, censura toda decisión determinada por un interés particular.

### *Principio de Objetividad*

Sea lo primero indicar, que no existe unanimidad de criterios<sup>20</sup> respecto a la definición de objetividad y en esa medida aludiremos a algunas aproximaciones que enriquecerán la el marco conceptual existente en torno a la misma.

Pues bien, al margen de la opinión de muchos tratadistas que han intentado definir de manera clara la concepción de éste término; me resulta conveniente empezar con un concepto traído por Marín Hernández (2007, p. 373), el cual apunta a decir que, el principio de objetividad (...) constituye una directriz de comportamiento para la Administración que ésta debe observar al ejercitar cualquiera de las facultades que le confiere la ley”.

De acuerdo con esa postura, no sería difícil hallar la razón a afirmaciones como las que hizo Morell Ocaña (citado por García Costa (2011, p. 25)), cuando esbozó: “La objetividad de la Administración es entonces una consecuencia de la imparcialidad con la que el funcionario actúe”. Lo cual se traduce en que la administrativa lleva consigo la obligación de establecer

---

<sup>18</sup> La buena administración del estado: comprensión de los mecanismos alternativos de solución de conflictos desde la gerencia jurídica pública., disponible en la página web: <http://www.mij.gov.co/econtent/library/documents/DocNewsNo1787DocumentNo5750.pdf> consultada por última vez el día 18 de diciembre de 2011.

<sup>19</sup> Conclusión no textual de Marín Hernández (2007, p. 370).

<sup>20</sup> Estos conceptos fueron tomados del texto de García Costa (2011) quién mencionó algunos de los tratadista que han fijado posturas frente a la objetividad de la función administrativa administración, y que me permito incorporar a esta discusión, así: A. Pérez Luque, sostiene que “la objetividad, por tanto equivale a toda ausencia de subjetividad [...] y está relacionada con la imparcialidad”; por su parte, L Parejo Alfonso, sostuvo que, “objetividad se ofrece como lo contrario a parcialidad”; A. Embrid Irujo, quién argumenta que objetividad e imparcialidad son manifestaciones del principio de fidelidad de los funcionarios a la Constitución”; F,Sainz Moreno, para quién, mientras la imparcialidad se opone a la decisión singular determinada por la influencia de un interés particular, la objetividad coincide con el [concepto] de “buena administración”.

una “conexión lógica”<sup>21</sup> entre la información disponible, los motivos y el fondo de la decisión en concreto; así como también, la respectiva valoración o ponderación de elementos fácticos y jurídicos que la encamine a formar el mejor criterio decisonal correlato de la discrecionalidad que la faculta.

Soporte de lo citado, es la anotación que vuelve a hacer Morell Ocaña (citado por García Costa (2011, p. 26)), quién aduce que la objetividad “exige la concurrencia de un doble requisito: primero, que la actividad pública sea fiel a los fines que el ordenamiento atribuye a la potestad concreta que se ejerce [...], y segundo, que la actividad se desarrolle mediante una exacta ponderación de todos los intereses en juego que la ley ordena proteger en cada caso.”

Empero, el principio de objetividad no solo converge en la obligación que tiene la administración en tomar en cuenta toda la información disponible, intereses implicados, derechos y demás fuentes influyentes en la toma de decisión del funcionario; sino que, para hacer posible ésta labor, es necesario que la administración posea un criterio sólido de ponderación de los intereses involucrados-eje central de la discrecionalidad administrativa-por cuanto a mayor integración de elementos extrajurídicos en una situación, mayor será el margen de valoración que posee la administración; y bajo ese entendido, no cabe la menor duda, que la administración tendrá que poner sobre la mesa, el deber de servir a los ciudadanos -como entrada de una buena cena-; para darle paso al plato fuerte, que no podría ser otro que, la unión entre: la función y el deber de buena administración.

Y el deber de buena administración, alude a la observancia de parámetros o pautas orientadoras de una actuación con miras a dar relevancia al proceso de elaboración del contenido de una decisión, o, dicho de otra forma, es la manera como la administración despliega una serie de actividades, en ejercicio de su función administrativa, con el fin de incrementar la posibilidad de llegar a una decisión acertada, esto es, racional, objetiva, eficaz, eficiente, imparcial, etc.; sin que ello se convierta en la carga imperiosa de encontrar una única e inequívoca solución, lo cual contrastaría con la posibilidad de ejercer la potestad

---

<sup>21</sup> Término utilizado por Marín Hernández (2007, p. 372)

discrecional a la hora de hacer la ponderación y valoración de la pluralidad de elementos influyentes que envuelven una decisión.<sup>22</sup>

Siendo así las cosas, el principio de objetividad, vendría a ser algo así como: la técnica que enlaza la intensidad de vinculación de la administración, con el principio de legalidad - aplicación de principios, valores, intereses, etc.- con el fin de reducir los márgenes de apreciación subjetiva, pero con la necesidad de ajustar la hermenéutica del funcionario que adopta la decisión, a la voluntad del legislador.<sup>23</sup>

### *Principio de Igualdad*

Es bien sabido que este principio comporta una pluralidad de definiciones, alcances, consecuencias, que no son del caso entrar a estudiar; pero si se torna relevante mencionar para el presente trabajo, como quiera que constituye un límite al ejercicio de la facultad discrecional.

El principio de igualdad, como primera medida, supone un estricto acatamiento de las decisiones de la administración a la denominación de igualdad ante la ley; vista como el freno de mano ante actos discriminatorios injustificados por parte de las autoridades y que lleva consigo una carga importante de deberes que impiden su desconocimiento, como es el caso de la utilización del precedente.

Pues bien, de antaño es que el principio –derecho a la igualdad ante la ley, es en términos generales, por un lado, la posibilidad que tienen los ciudadanos de ser tratados de una manera similar, cuando su situaciones jurídica son equiparables a otra situación que con anterioridad ha sido tratada de determinada forma; y, por otro lado, se constituye en la prohibición que tiene la administración de actuar de forma desigual o discriminatoria cuando se enfrente a casos que jurídicamente son comparables.

---

<sup>22</sup> Apuntes no textuales de: Marín Hernández (2007, pp. 377–379)

<sup>23</sup> Idea extraída de: García Costa (2011).

Pero es importante acotar, que para que un trato sea considerado discriminatorio, debe haber un actuar por parte de la administración, injustificado o que existiendo la justificación, que la misma no sea objetiva y razonable; pues no se puede perder de vista que no trato desigual es contrario a la ley<sup>24</sup>.

Ahora bien, en observancia al principio de igualdad y su incidencia en la discrecionalidad administrativa, no podemos desconocer que si bien la facultad discrecional deviene de una atribución legítima que se le confiere a la administración para que valore circunstancias y con base a ellas tome decisiones que vayan acompasadas con el interés público; también es cierto que, la administración en su ejercicio diario de toma de decisiones produce una multiplicidad de casos que comportan características afines, lo cual genera una práctica y unos antecedentes que empiezan a marcar un camino orientador y en ciertas circunstancias deja de ser sólo orientador para convertirse en obligación.

Tal es el caso del precedente administrativo, *“entendido –casi siempre– como las decisiones pasadas relativas a casos similares a los actuales, constituyen un elemento de referencia en la orientación de nuestros comportamientos y en el proceso de adopción de decisiones.”*<sup>25</sup>. En idéntico sentido, más adelante Silvia Diez Sastre, sostiene que, *El “precedente administrativo” es, por tanto, una decisión anterior de la Administración que resolvió un caso análogo al actual y que podrá influir de alguna manera sobre la toma de una decisión posterior similar. Esto es, que podrá “vincular” en alguna medida a la Administración.”*

Y, es que el precedente administrativo o “práctica administrativa”<sup>26</sup> se podría categorizar como instrumento de “autovinculación”-expresión utilizada en el derecho alemán como (*Selbstbindung*), en el derecho italiano (*autolimitate*)- en la medida en que las actuaciones

---

<sup>24</sup>Sobre el principio a la igualdad se tomó lo anotado por Marín Hernández (2007, p. 388).

<sup>25</sup> Este concepto fue tomado del texto de Diez Sastre (2014, p. 182).

<sup>26</sup> Diez Sastre (2014, pp. 182–183).trae a colación este concepto habida cuenta que: “En el derecho comparado-en concreto, en los Derechos alemán e italiano- no aparece la idea de “precedente administrativo”. Tampoco se utiliza en el Derecho europeo. El término “precedente” se reserva al ámbito judicial. Para la Administración se maneja la expresión “práctica administrativa” –es decir, precedente reiterado.”

reiteradas de la administración que se materializan en decisiones, ocasionalmente pueden verse concretadas en circulares, directrices, instrucciones internas, etc., que vinculan la administración, y ésta no podrá abstenerse de seguirlas, a no ser que existan razones lo suficientemente “*objetivas y razonables que así lo justifiquen*”<sup>27</sup>.

Y al respecto, Alexy (citado por Marín Hernández (2007, pp. 396–397)), ilustró dos reglas que son determinantes en uso del precedente: “(J.13) *cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión, debe hacerse; y (J.14) Quién quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación.*”

Por tal razón cuando la administración decide un caso concreto de manera diferente a la que ya había decidido con anterioridad –un precedente- y las circunstancias que motivaron a hacerlo no son justificadas, estaría atentando contra una multiplicidad de valores y principios que entrelazados le dan forma al derecho, como sería, entre otros, la seguridad jurídica, principio de igualdad, objetividad, confianza legítima, deber de buena administración y hasta las mismas resoluciones, circulares o directrices internas de la administración.

#### *Principio de Racionalidad y Razonabilidad*

En principio, habrá que decir que la diferencia de estos dos significados cobra relevancia a la luz de la técnica de argumentación jurídica, pues es usual que estos conceptos sean utilizados de manera similar, queriendo producir el mismo efecto en un contexto ajeno al estudio del derecho. Sin embargo, su insondable connotación no podrá ser tomada en cuenta a profundidad en el presente trabajo, como quiera que no es el punto más importante que queremos desarrollar.

Bajo esa premisa, entramos a puntualizar que el principio de racionalidad, a voces de Atienza (citado por Marín Hernández (2007, p. 398)), trae consigo algunos requisitos, que importan en el ejercicio jurídico, como lo son: “(i) *Respetar las reglas de la lógica deductiva; (ii) Se*

---

<sup>27</sup> Expresión utilizada por: Marín Hernández (2007, p. 392).

*atiene a los criterios de la racionalidad práctica, esto es, consistencia, eficiencia, y coherencia y, (iii) No se fundamenta en criterios externos de naturaleza política o moral.”*

Por su parte Aarnio (citado por Marín Hernández (2007, p. 400)), en similar sentido, pero desde dos vertientes: *“Primero, la racionalidad puede referirse a la forma de razonamiento. En este sentido, la inferencia lógica (deductiva) es siempre racional.” “(...). Así, pues, toda cadena de razonamiento que procede deductivamente desde unas premisas a la conclusión es racional”*. Y desde su segunda visión, la racionalidad es *“una pauta por medio de la cual se puede evaluar el discurso (jurídico) real.”*<sup>28</sup>

En ese orden de ideas, dado que la racionalidad como pudimos vislumbrar, corresponde a la sujeción de una decisión por vía deductiva, esto es, al llamamiento de la aplicación de reglas de consistencia, eficiencia y coherencia durante la formación de la decisión; por su parte, la razonabilidad, implica un análisis que trasciende la lógica deductiva o interna, para entrar a refugiarse en el impacto que la misma generará en sus destinatarios, es decir, su capacidad de aceptabilidad entre los miembros de una sociedad.

### *Principio de Proporcionalidad*

La proporcionalidad, es aquel principio que más cerca está de los conceptos que inicialmente expusimos en ese trabajo, habida cuenta que, si la discrecionalidad administrativa tiene que ver con la posibilidad que tiene la administración en elegir entre varias opciones, todas igualmente válidas, es aquí donde toma vuelo la buena elección que haga la administración, pues no podrá descartar el abanico de opciones que se le presentan, bajo criterios subjetivos que carezcan de justificación, sino todo lo contrario, su decisión obedece a una serie de requisitos que previamente ha debido chequear para arribar a la conclusión que: “x” decisión es corresponsal al fin perseguido.

---

<sup>28</sup>“Lo racional como razonable” (ibíd.).

Su acepción más apropiada, es aquella que colige que para que se desencadene la proporcionalidad es necesario que confluyan: “los presupuestos de hecho, los medios y el fin del acto.” (Marín Hernández, 2007, p. 409)

### **1.6 Actividad Reglada y Actividad Discrecional**

Hemos dejado atrás diferentes concepciones de lo que hoy por hoy se denomina discrecionalidad administrativa; pero es precisamente aquí, en esta discusión, donde cobra relevancia el concepto de la actividad discrecional en contraposición con la actividad reglada, en tanto en cuanto, la discrecionalidad se concibe de manera generalizada como una potestad emanada de la misma ley, que de manera indeterminada, le otorga una facultad a la administración bajo unos límites que deberá atender. Por su parte, si es la ley la que acaparadoramente propine las condiciones de ejercicio de la potestad, sin que deje clavo suelto y por ende, no haya espacio para la apreciación o juicio de la administración, hablamos de actividad reglada.

Lo anterior, conlleva de manera indubitable a suponer que mientras en ejercicio de la potestad reglada la administración se sujeta a constatar si el supuesto de hecho -frente al cual se encuentra- está definido en la ley y le asiste determinada consecuencia, es decir, una actividad de “pura ejecución” a voces de Sánchez Morón (citado por Villoslada Gutiérrez (2013)); en contraste, se emancipa una actividad -no tan regulada- que más bien le permite un margen de libertad de apreciación y valoración a la administración.

Quiere decir que hay discrecionalidad cuando la administración puede decir, según su leal saber y entender, si debe o no actuar y en caso afirmativo, qué medidas adoptará. Dicho de otra forma, existe libertad de actuar, en tanto los elementos reglados de los supuestos de hechos tengan mayor o menor presencia en la actividad administrativa.

Y no es baladí, traer nuevamente a colación lo expresado por Ríos Álvarez (citado por Marín Hernández (2007, p. 161), quién vocifera que, *“la discrecionalidad no es un poder desvinculado de la ley-no es una potestad ejercida en remplazo de aquella-, sino, por el*

*contrario, una facultad concedida y regulada por la norma positiva; una parte-no enteramente determinada, pero parte al fin-de la legalidad, inserta en el tejido del ordenamiento jurídico y en los principios que lo sustentan.”*

Por su parte, la actividad reglada en términos de Palacios Ibarra (2001), es: *“En tales circunstancias, podemos decir, que el legislador se ha reservado para sí, la determinación del quién, del cómo y del cuándo, debe realizarse la actuación del órgano administrativo, sin que este último tenga ninguna libertad para agregar, bajo su criterio, alguna de las condiciones necesarias para su actuación. En definitiva, el órgano administrativo está sujeto invariablemente a la norma legal, sin que esto implique que estemos frente a una actividad automática del funcionario, pues de alguna manera, siempre la aplicación del derecho implica un ejercicio de interpretación.”*

Lo precedente nos conduce a recordar lo que en líneas anteriores dejamos claro, y es que no existe discrecionalidad pura; por el contrario, siempre permanecerá un elemento reglado que impida el absolutismo de la discrecionalidad. Y qué mejor que traer la posición esbozada por Vedel (citado por Marín Hernández (2007, p. 163), quién de manera terminante afirma:

*“... la Administración no se encuentra nunca en una situación de puro poder discrecional o de pura competencia reglada. No existe nunca competencia reglada pura: incluso cuando la Administración está obligada a llevar a cabo un acto, dispone en cierta medida de lo que HAURIUO llamaba “elección del momento [...]”*

El pilar sobre el cual se finca el eje de la administración, es la ley; en razón a que es aquella la fuente que le da vida a su actuar, sea este de origen discrecional o de origen reglado. Es la ley la que fija los parámetros, valores, principios y conceptos extrajurídicos que deberá la administración observar, valorar y apreciar en el momento en que se vea envuelto en una actividad que comporte una decisión discrecional; a su vez que, es la ley, la que de manera tajante y previa –sea por el legislador o reglamentación de otro orden- fija un determinado comportamiento al cual deberá someterse el funcionario responsable de producir la decisión; ante lo cual estaríamos en presencia de una actividad reglada.

Así las cosas, hasta aquí hemos dejado suficientemente expuesto los temas que envuelven la discrecionalidad administrativa como preámbulo a la actividad reglada-discrecional a la que nos adentraremos con el siguiente capítulo, el cual nos llevará a conocer un poco más las facultades propias de la administración en un circuito tan amplio pero a la vez tan cerrado como es la contratación estatal.

# Capítulo II - Facultad Contractual de la Administración Pública

## 2.1 La Potestad Contractual de la Administración una figura difícil

El encabezado de este capítulo quiere dar a conocer el gran enigma existente alrededor de la potestad contractual en el marco de la figura del contrato administrativo como expresión natural del actuar de la administración en la búsqueda de la satisfacción de las necesidades comunes de la sociedad.

Es por esta razón que consideramos de gran importancia abarcar algunas de las diferentes corrientes que existen en torno a las facultades que tiene el Estado a la hora de ejecutar o administrar los recursos que le son dados para la consecución de los fines.

En primer lugar, conviene traer a colación el conflicto que se suscita desde el momento en que el Estado entra a interactuar con los particulares bajo el ropaje de la figura del contrato, que como bien sabemos, *prima facie*, sería contradictorio su desarrollo dado que conforme a la clásica definición de contrato<sup>29</sup>, sería imposible<sup>30</sup> combinar un acuerdo de voluntades bilateral en condiciones de igualdad, con el poder unilateral del Estado para autodeterminarse.

Seguido a esto, tendríamos la indubitable discusión del desdoblamiento de la persona del Estado cuando asume su posición de contratante, despojándose de su status de autoridad, para

---

<sup>29</sup> Definición Código Civil

<sup>30</sup> Tal posición fue originalmente expuesta por Fritz Fleineir (citado por Ariño Ortiz (2007)) quién adujo: “puede hablarse solamente de contrato si la voluntad de cada una de las partes de una relación jurídica posee la misma fuerza; ahora bien, esa igualdad no existe jamás entre el soberano y el súbdito”. En el mismo sentido, J.L. Meilán Gil (ibíd.) señaló: El contrato del Estado constituye, por tanto, una imposibilidad lógica.

convertirse en sujeto de derechos recíprocos, en donde su potestad se ve limitada a la conciliación de voluntades, presuponiendo la cesión de intereses en manos de particulares.<sup>31</sup>

Es a raíz de estas inusitadas discusiones que se da vía libre a la formulación de técnicas contractuales para la ejecución de proyectos, que se llamarían “actos de gestión”(es decir, contratos) en los que la administración aparece revestida de autoridad<sup>32</sup>.

Pues bien, dada la relevancia que envolvía las actuaciones del Estado como sujeto de derecho, se ponía en evidencia la necesidad de generar escenarios de actuación que impidieran frustrar el operar de la administración por restricción del derecho.

Es apenas natural que dada la connotación de la actividad estatal se fijaran con el tiempo pautas que llevarían a demarcar los contratos de la administración no como *una simple relación de justicia conmutativa entre partes, sino, por encima y antes que eso, el Estado persigue un fin colectivo, de fomento de la riqueza nacional, de justicia distributiva, de saneamiento financiero de la Hacienda.*

Lo expuesto nos coloca en la fascinante esfera de la elasticidad del actuar de la administración que se ve reflejado en la latente protección que se imparte al fin público o por decirlo de otra manera, al bien colectivizado por la sociedad, que nos muestra características de gestión que evidencian una mayor capacidad de decisión para una de las partes que asume la potestad de dirección, una mayor estabilidad y continuidad de la relación en cuanto tal y, finalmente, por una mayor protección de la institución frente a terceros (ibíd.).

En este sentido resulta oportuno recordar la tesis de García De Enterría en 1963 (citado por Ariño Ortiz (2007, p. 96) cuando formuló el “giro o tráfico de la administración” como

---

<sup>31</sup> Al respecto Alexander Hamilton (citado por Ariño Ortiz (2007)), en un texto del 20 de enero de 1795 pronunció lo siguiente: “*Cuando un Gobierno entra en un contrato con un individuo, depone, por lo que al contrato se refiere, su autoridad constitucional y cambia su carácter de legislador por el de persona moral (moral agent), con los mismos derechos y obligaciones que cualquier individuo, Sus promesas deben, en justicia, ser exceptuadas de su poder para dictar normas*”.

<sup>32</sup> Primeras distinciones entre los actos de gestión y los actos de autoridad formuladas por Vivien, Cormenin, de Gerand, citados por Ariño Ortiz (2007).

criterio de identificación de la categoría. Pero como quiera que lo que nos interesa no es la estructura contractual como tal, sino, lo que a ella le precede, como de manera acertada lo expresó Ariño Ortiz (2007) en los siguientes términos: *“Para la mejor consecución de esos fines específicos el ordenamiento reviste a ese órgano de los medios jurídicos convenientes (inmunidades, prerrogativas, privilegios), de los que se encuentra siempre investido a la hora de actuar en el ámbito de su competencia específica, tanto si lo hace por vía de acto como si lo hace por vía de contrato. Es justamente para la consecución de esos fines- y no otros- que se le concede al órgano una protección jurídica especial”* (Maurer, 2011, p. 87). Pero como si fuera poco, la órbita contractual administrativa responde a la demanda de la acción estatal en múltiples ámbitos de la vida social y, por tanto, ha de implicar el recurso a técnicas ajenas al Derecho público administrativo. Así, bien puede ocurrir que en su actuación se remita el Derecho privado, o bien, pueda actuar sometida simultáneamente al Derecho público y al privado, puede bien ocurrir que se someta al primero incorporando por vía de analogía principios del segundo con carácter complementario. Es éste último caso, en buena parte, la expresión de la regulación de la contratación pública. En consecuencia, consideramos que la explicación de ésta se encuentra aún en la dogmática del Derecho administrativo situada en el ámbito de referencia del nuevo Derecho administrativo privado (Maurer, 2011, p. 87).

Llegados a éste punto la afirmación de ésta disciplina – Derecho administrativo privado- supone una renuncia a la Huida del Derecho administrativo, por la cual se da cuenta de una transformación peculiar del actuar de la Administración, en la que, aun manteniendo su presencia con la misma intensidad en los ámbitos sociales, en vez de actuar conforme a las reglas del Derecho público sujeta su actividad al Derecho privado (Del Saz Cordero, 2002, p. 60). En lugar de esto, en línea con lo previamente afirmado, entendemos que la aplicación de éste último régimen corresponde con la transformación del rol del Estado moderno y, consecuentemente, de su aparato de acción más mediato, representado por la administración. De aquí que, viéndose sometido a crecientes necesidades de intervención no se vea sujeto necesariamente, a un régimen único, sino que, adapta a su actividad diferentes sistemas a medida que las necesidades lo hacen aconsejable.

En tal razón, usar el término de “vocación expansiva”<sup>33</sup> de García de Enterría frente a la tipicidad de los contratos administrativos resulta muy acertada, habida cuenta que la noción de contrato administrativo no responde a un solo criterio, sino a diversos criterios que van de la mano con la imprecisión de la actividad estatal en su íntima relación con la satisfacción del interés general.

Y sobre este punto Bresser (citado en (Prats I Català, 1995, p. 49)) propuso distinguir cuatro sectores en el Estado moderno, los cuales se señalan así: “el núcleo estratégico, las actividades exclusivas del Estado; los servicios no exclusivos, y la producción de bienes y servicios para el mercado”.

Por ende, la actividad contractual del Estado, no podrá concretarse en un modelo estático o inamovible que lo haga pertenecer al derecho público (porque proviene del poder estatal) o al derecho privado (porque deviene de una relación bilateral desde un plano de igualdad y libertar para concertar); pues “La realidad muestra que en todos los vínculos de la administración rige el derecho público y el derecho privado, en mayor o menor grado” (Gordillo, 2003, p. 350) siendo la contratación estatal una de esas figuras que constantemente se retroalimenta de diversas fuentes, sirviéndose la una a la otra, y en tal razón, con frecuencia vemos que el derecho público se vale de los procedimientos propios del derecho privado, y en otras circunstancias, el derecho privado cede a intereses propios del derecho público.

La peculiar potestad contractual del Estado ha generado a lo largo de los años discusiones en torno a la doble identidad con la que actúa, lo que ha merecido pronunciamientos que datan desde el siglo XVIII, sino antes, y para esta ocasión, quiero traer la referencia textual del jurista Alexander Hamilton (citado en Ariño Ortiz (2007, p. 84)), quién dijo: “*Cuando un gobierno entra en un contrato con un individuo, depone, por lo que al contrato se refiere, su autoridad constitucional y cambia su carácter de legislador por el de persona moral (moral agent), con los mismos derechos y obligaciones que cualquier individuo. Sus promesas deben, en justicia, ser exceptuadas de su poder para dictar normas*”.

---

<sup>33</sup> Citado por Mairal (2004).

Y es desde esta perspectiva, que nos conviene fijar una postura cuyo eje es la potestad contractual como herramienta de actuación coordinada con los particulares, cuya relación contractual se germina en términos de igualdad, con la salvedad –desde el principio- que la administración viene acompañada con un ropaje soberano que la hace responder en circunstancias especiales -determinadas previamente por la ley- de manera excepcional. Condición ésta, conocida por parte del particular que contrata con el Estado y que le permite de antemano ubicarse de igual a igual con la administración y en consecuencia, actuar de una manera voluntaria y libre a la hora de concretar el negocio jurídico con la administración.

En cualquier caso, la administración nunca dejará de ser Estado y por esta razón, siempre le preceden a sus movimientos, actos administrativos que se encuentran tipificados en la ley y los reglamentos (ibíd.) Quizá éste es el indicio generador de la postura de algunos autores como Martínez López-Muñiz (citado en Ariño Ortiz (2007, p. 87)), que consideran que, *“los contratos públicos no surgen de un auténtico consentimiento o acuerdo entre las partes, sino de la voluntad unilateral de la Administración en el ejercicio de una potestad pública, que requiere-eso sí- la previa aceptación o disponibilidad del particular que haya de quedar vinculado por aquel acto.”*

Pero esta postura no podrá perder de vista que la facultad de la administración frente a la autonomía de la voluntad, se originan dentro un marco jurídico protegido por el principio de legalidad; que una vez formalizado el acuerdo entre estado y particular, se convierte en ley para las partes y cada una se someterá estrictamente al contenido textual del contrato. Ya en este escenario, no podrá decirse que *el contrato administrativo es una prolongación del acto administrativo unilateral (ibíd.)*; pues como dijimos anteriormente, el principio de legalidad juega un papel protagónico, en cuanto tal, antes de la formalidad del contrato, previene a la administración en su actuar, con un “paso a paso” para el acuerdo de voluntades, y, después de ello, le obliga a someterse a lo pactado por las partes, sin que pueda recurrir a su facultad discrecional para rescindir, anular, terminar, etc. el vínculo contractual.

Entendemos entonces que siendo el contrato estatal un negocio jurídico de carácter oneroso con fuerte influencia axiológica en la medida en que los principios que permiten su surgimiento, corresponden al principio de igualdad y al de interés general; se considera admisible la concreción de una relación jurídica patrimonial entre una entidad del Estado con un particular bajo condiciones regladas desde el punto de vista de la planeación y selección objetiva al tiempo que para su enlace matrimonial se requirió de la potestad discrecional que emana de la autonomía de la voluntad<sup>34</sup> como fuente de determinación tanto del querer como del hacer de la administración en la búsqueda constante de las tareas y responsabilidades del Estado Social de Derecho.

Consecuente con lo precedente, la dificultad que embarca la figura del contrato estatal consiste en la definición del régimen al que pertenece por cuanto es permanente el coqueteo entre los elementos que le dan vida al contrato privado con la rigidez o unilateralidad que entrañan los actos del Estado. Esto con el detonante que cada vez son más los contratos atípicos que tiene que celebrar el Estado con los particulares que provocan la indubitable migración de las formalidades de un contrato a las necesidades del mercado al que se pretende llegar.

Dicho lo anterior, sea oportuno mencionar algunos puntos destacables en la relación público-privada que hacen posible la actividad estatal. El primero de ellos es la incuestionable remisión al derecho civil y comercial que hace el artículo 13 de la ley 80 de 1993, que apalanca el entendimiento consensual entre el Estado y el particular bajo el acuerdo de voluntades proscribiendo toda manifestación unilateral por parte de la administración en apelación a la soberanía que la enaltece.

---

<sup>34</sup> Referencia hecha en la Sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, en el siguiente sentido: “Particularmente, en cuanto atañe al postulado de la autonomía de la libertad entiende la Corte que su objetivo consiste en otorgarle un amplio margen de libertad a la administración para, dentro de los límites que impone el interés público, regule sus relaciones contractuales con base en la consensualidad del acuerdo de voluntades, como regla general. La consecuencia obvia de este principio es la abolición de los tipos contractuales, para acoger en su lugar una sola categoría contractual: la del contrato estatal, a la cual son aplicable las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias reguladas particularmente en dicha ley”.

En segundo lugar, su onerosidad y conmutatividad arranca desde la concepción del interés general en razón a que siendo éste el referente de su actuación, no podrá ofrecer a los particulares condiciones que vayan en desmedro de la realidad del mercado y menos aún que la retribución por el bien o servicio prestado no corresponda a un justo precio para el particular. Luego es inadmisibles para el caso del Estado concebir contratos a título gratuito como tampoco contratos en donde no se evidencie reciprocidad en las prestaciones; como sí es admisible en los contratos de origen privado.

En tercer lugar, la sujeción del contrato estatal a principios como el de la planeación hace nugatorio la posibilidad de contemplar negocios jurídicos de carácter aleatorio en donde lo incierto e inseguro puede ser objeto de un acuerdo de voluntades. Todo lo contrario, la actuación de la administración debe ser precedida por actos mesurados, cuidadosos, planeados, evitando a toda costa el tránsito a ciegas por penumbras inexploradas. (Santofimio Gamboa, 2008)

Finalmente, la sujeción al interés general constituye el faro que ilumina toda actuación proveniente del ente estatal y que obedece a postulados que demarcan el norte al cual deberá ceñirse todo contrato en materia estatal en tanto que el mismo “no es tan sólo una fuente de utilidades, sino una forma de lograr y consolidar los fines del Estado, a través de la función social a la que queda comprometido el contratista en el Estado Colombiano”. Lo anterior cobra relevancia en la medida en que el interés general desestima *per se* cualquier posibilidad de prevalencia de un interés particular en la escogencia de un contratista, en la celebración de un contrato o en la determinación de condiciones favorables para los participantes de un proceso de selección. (Santofimio Gamboa, 2008). Condiciones éstas que hacen la diferencia a la hora de encontrar el sustento de un contrato privado.

Es por todo lo anterior, que consideramos que la potestad contractual del Estado es una figura difícil, en la medida en que la misma comporta una doble personalidad cuando actúa y a su vez, se somete como cualquier particular al cumplimiento de su deber legal como contratista, sin que ello merme su condición de Estado, pero si la morigera en su actuar contractual.

## 2.2 La Facultad Contractual en Colombia

Es una realidad que la contratación en el sector público, además de ser unos de los instrumentos fundamentales de que dispone la Administración para garantizar su propio funcionamiento, tiene una influencia decisiva en el desarrollo de la economía y de los mercados en la sociedad, a tal punto que, en Colombia, este tipo de contratación representa el 17% del PIB<sup>35</sup>, constituyéndose en una porción importante de los negocios de diversos sectores de la economía.

Es por ello que, el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, establece que:

*“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

*Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”<sup>36</sup>*

Acorde con lo enunciado, el régimen de contratación estatal, con ocasión de la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991, requería de apremiantes cambios a fin de lograr que los cometidos estatales tuvieran un feliz término; o por lo menos, pudieran concretarse, ya que para la época- se encontraba en vigencia el decreto-ley 222 de 1983-, el exceso de formalismos y trámites, impedía una contratación eficiente.

Consciente de todo esto, confluyeron fuerzas provenientes, tanto del gobierno nacional-1990-1994-con el Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social, cuyo nombre fue: “La Revolución pacífica”<sup>37</sup> que pretendía como su nombre lo indica, “*revolcar las instituciones*

---

<sup>35</sup> Información del Observatorio Colombiano de Contratación Pública, disponible en la web: <http://occp.co/la-gerencia-en-contrataci%C3%B3n>

<sup>36</sup> Constitución Política de Colombia. Consultada en la web: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=412>

<sup>37</sup> La Revolución Pacífica 1991, “*se presenta al país en un período de grandes cambios: la nueva Constitución, las reformas legislativas de 1990, la apertura económica, la irrupción de nuevos grupos en el escenario político*

colombianas para ponerlas a tono con las necesidades el país.” Como también, por otro lado, la Contraloría General de la República, quién en un análisis realizado a la contratación del estado, en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983, señaló lo siguiente (citado en Solano Sierra (1994, p. 10):

*“Aunque sería injusto atribuir tantos males a la legislación vigente e iluso creer que las leyes por sí solas pueden lograr el bienestar y los cambios de conducta que requiere la sociedad, nos encontramos ante unas realidades que imponen la modificación de esa legislación. La primera, que no debe encasillarse en la ley las mecánicas administrativas, por esencia cambiantes: la segunda: (sic) que no puede prolongarse la vida de unos requisitos y unas exigencias que tan solo aumentan los costos de los servicios estatales, como las autorizaciones, revisiones, etc.; la tercera, que es necesario dar una mayor autonomía al administrador para que logre cumplir con los fines del mandato entregado; la cuarta, que deben defenderse los derechos del administrado contratista retornando al contrato a su noción original y despojando a la administración de un cúmulo de privilegios y facultades omnímodas e innecesarias y la quinta, que es indispensable hacer la contratación estatal un acto de justicia y de responsabilidad tanto de la persona pública que contrata como del contratista.”*

Por lo que aquí nos interesa destacar es que, la legislación sobre contratación estatal ha llevado consigo el lastre de los excesos regulatorios que parten de la desconfianza del ente ejecutor y que han redundado en la inflexibilidad de acciones ajustadas a las necesidades públicas; lo cual demuestra que en otrora, la facultad contractual, no era otra cosa que el poder o derecho que tenía la administración para seguir de manera minuciosa los parámetros comprendidos en el texto legal.

---

*y la exigencia de las regiones por lograr mayor autonomía. En estos años coinciden en la vida colombiana numerosos eventos: el agotamiento de un modelo económico proteccionista, ineficiente y enclaustrado, el vigoroso movimiento descentralista y los defectos de un sistema político, en muchos aspectos excluyentes y distantes de la vida de los colombianos. A partir de estas circunstancias, todas propicias para la aceleración del cambio, este gobierno ha tenido la voluntad, la capacidad y la decisión de “revolcar” las instituciones colombianas para ponerlas a tono con las necesidades el país.”* Este texto podrá consultarse en la web: <http://cdim.esap.edu.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/prologo.pdf>

Ahora bien, por virtud de la Constitución Política<sup>38</sup>, la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar, proviene de la ley, siendo ésta la primigenia fuente determinante del grado de detallismo de la actividad contractual, bien sea, porque incorpore normas de carácter general y abstractas, en donde sólo recoja la universalidad de “principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado” (Solano Sierra, 1994, p. 15) o en contraposición, es la que regula en forma minuciosa y pormenorizada el paso a paso de la contratación, convirtiéndola en el manual único de decisiones contractuales de la administración.

Sobre esta última posición, queremos llamar la atención, habida cuenta que al pasar de los años, se ha podido identificar que el extremismo normativo ha suscitado trabas y dificultades en el cumplimiento de los fines del Estado, en razón a que no se pueden tomar decisiones con agilidad y rapidez; la formalidad enluta lo esencial y en la mayoría de los casos- sin temor a equivocarnos- no se logra la ejecución de los recursos del Estado por estar más pendientes del paso a paso que el legislador impone a la administración, sin tener en consideración la autonomía de la voluntad como elemento esencial para la contratación.

Al respecto, Solano Sierra (1994, p. 15), en su análisis al entrar en vigencia la ley 80 de 1993, inclinó su balanza hacia la autonomía de la voluntad, enfocándose en:

*“Precisamente el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como delegación que la ley confiere a las partes de regular las relaciones contractuales delimitada por el respeto de los imperativos de orden público, exige que esas normas encauzadas a reglamentar el interés público o las necesidades de la colectividad en materia contractual, se instituyan en las rectoras para todo el aparato estatal, evitando así la eventual consagración de normatividades u ordenamientos que puedan motivarse en variadas tendencias y principios y con lo cual la realización de los fines estatales puede verse afectada.”*

---

<sup>38</sup> Artículo 151 de la Constitución Política de Colombia.

No se trata, pues, de robustecer el armario normativo de mandatos de optimización-*soft law*<sup>39</sup>- o de normas y reglamentos - *hard law*- de corte contractual, las que determinarán la línea de acción de la contratación estatal, convirtiéndola en una tendencia casuística y reguladora (Solano Sierra, 1994, p. 15), sino todo lo contrario; lo que pretendemos mostrar, es el valor que tiene la autonomía de la voluntad<sup>40</sup> en tanto la misma responde a un elemento esencial de todo contrato y es la autodeterminación en igualdad de condiciones que tienen las partes cuando deciden adelantar un negocio jurídico, con la particularidad para el caso de la contratación estatal, que “*el contrato estatal descansa esencialmente sobre la voluntad de los contratantes, dentro de los límites de la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas*” (ibíd.)

En efecto, la autonomía para contratar, no es otra cosa que, la facultad que tiene la administración pública para acordar voluntariamente con un particular, el alcance de las obligaciones y sus consecuencias, sin que esa autonomía pueda traducirse en el uso imperioso y arbitrario de la administración para ejecutar recursos a través de los contratos estatales, sin que medie, por lo menos, la voluntad o vocación de aceptación propia de la otra parte.

Si bien es cierto que el Estado goza de una condición de “superioridad”, debido a que no puede desconocer la condición a través de la cual actúa y por ello es llamada a incluir algunas cláusulas que la hacen ver como “superior”; también lo es que, esas cláusulas con las que cuenta el Estado, son ventajosas si se toma en consideración que lo que está protegiendo la contratación estatal son bienes jurídicos como lo son, el interés público y la satisfacción de

---

<sup>39</sup> Sarmiento (2006, p. 223) lo definió como: “Bajo el término de *soft law* se engloban los actos o instrumentos jurídicos sin carácter obligatorio, pero incardinados, de una u otra forma, en el sistema de fuentes. El Derecho público ha sido testigo en los últimos años de una afluencia muy notable de *soft law*, con unos efectos jurídicos que no resultan del todo claros. Instrucciones, Planes, Circulares, Normas Técnicas, Cartas de Servicios, Códigos de Buen Gobierno, Acuerdos, Convenios, y un largo etcétera de instrumentos sin regulación propia que causan importantes dificultades al intérprete del Derecho.”

<sup>40</sup> Al respecto, Solano Sierra (1994, pp. 106–107) pronunció lo siguiente, en cuanto a la definición de la autonomía de la voluntad: “... *poder jurídico* de que dispone la persona para regular las relaciones jurídicas de las que forma o ha de formar parte” más adelante, en el mismo texto, trae a colación el concepto desarrollado por el profesor Pedro A. Lamprea Rodríguez quien señaló: “Definimos, entonces, la autonomía de la voluntad como la capacidad que se reconoce a las personas para señalarse, con eficacia, sus derechos y obligaciones, a través de las manifestaciones expresas de voluntad, como el contrato, que las obligan en la misma forma que la ley, con la condición de que el pacto no sea contrario a la ley ni atente contra el orden público.”

las necesidades colectivas. Pero bajo ninguna circunstancia, el Estado puede obligar a un particular de manera unilateral, por cuanto la voluntad empieza desde que el futuro contratista decide ser partícipe de un contrato con el Estado y se somete a unas condiciones plasmadas en los pliegos de condiciones.

Veamos entonces, en qué consiste la finalidad de la contratación estatal, a la luz de lo consignado en el artículo 3 de la ley 80 de 1993:

*“ARTÍCULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones. (El texto subrayado fue derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.)*

Es por ello que insistimos en que la potestad contractual no puede seguir siendo el hoyo oscuro en el que reposan las malas experiencias, los abusos y la ilegalidad; en donde todo huele mal y por eso requiere de una regulación estricta y sofocante, porque de lo contrario, nada podría salir bien, o peor aún, nada estaría ajustado a derecho. Y cuando hablo de derecho, me atrevo a pensar en todos los principios que vienen a nutrir el actuar de la administración, como son, transparencia, eficacia, legalidad, buena administración<sup>41</sup>, que actúan de manera armoniosa con las leyes de contenido general y abstracta, buscando la perfecta conexión entre lo legal y lo real. Es decir, el Estado al servicio de las necesidades de los ciudadanos.

---

<sup>41</sup> Artículo 3 de la Ley 1450 de 2011. “ARTÍCULO 3o. PROPÓSITOS DEL ESTADO Y EL PUEBLO COLOMBIANO. Durante el cuatrienio 2010-2014 se incorporarán los siguientes ejes transversales en todas las esferas del quehacer nacional con el fin de obtener la Prosperidad para Todos: (...) Buen Gobierno como principio rector en la ejecución de las políticas públicas, y en la relación entre la Administración y el ciudadano.”

Es por esta razón que el principio de legalidad ha desentrañado una resistencia ínsita en el intérprete del derecho, en la medida en que se ha ido incorporando a nuestro ordenamiento jurídico fuentes alternativas, que sin ser ley o reglamentos, son fuentes indeterminadas que vienen a llenar vacíos legales con vocación impositiva que poco a poco se posicionan como los nuevos “manuales de vuelo” para la administración pública, que al tiempo de servir como condicionante de la arbitrariedad de la administración, se constituyen *“en una trampa mortal para la efectividad del Estado”* (Sarmiento, 2006, p. 223)

Las entidades públicas colombianas adquieren sus bienes y servicios por medio de procesos de selección de contratistas, regulados, por regla general, en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [EGCAP], el cual se encuentra conformado, entre otras, por las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, más la reglamentación contenida en el Decreto 1510 de 2013 y Decreto 1082 de 2015, y las abundantes circulares emitidas por la Agencia Nacional de Contratación-Colombia Compra Eficiente-, que vez tras vez acerca más el campo de la autonomía de la voluntad.

Corolario, entendemos por qué poco a poco ha sido vetada la autonomía de la voluntad contractual por parte del mismo Estado y en su lugar, ha tomado ventaja la desconfianza hacia la autoridad estatal y con ello, podemos respaldar lo que al respecto pronunció Solano Sierra (1994, p. 18) frente a la autonomía de la voluntad de los contratos estatales, *“Esa concepción fundada en la desconfianza respecto del contratista y del propio servidor público, condujo a desnaturalizar la concepción jurídica del contrato.”*

Así las cosas, la potestad contractual, en mi opinión, se traduce en la posibilidad que tiene la administración para crear y regular sus futuras relaciones contractuales, sin que la misma represente libertad absoluta de autorregulación, por cuanto se “encuentra limitada por el propio interés público” (ibíd. p. 19) como también, entre otras, por la escogencia del contratista, para lo cual deberá acatar el cumplimiento de unos procedimientos.

Sin embargo, lo anterior se refuerza al momento de concatenar la actividad de la administración con la actitud del funcionario que tiene a cargo la gestión contractual, en tanto importa de manera relevante la concepción que se tenga respecto a la “buena administración” como derecho que envuelve el actual derecho administrativo y que no podemos olvidar para el desarrollo del estudio de la discrecionalidad administrativa en materia contractual.

### **2.3 Buena Administración y su aplicación a la Potestad Contractual**

El planteamiento esbozado en líneas anteriores, nos lleva indubitablemente a observar el concepto negativo que ha marcado la visión tradicional del derecho administrativo, el cual a su vez se ve inmerso en un proyecto antidiscrecional el cual devela una desconfianza creciente hacia la actividad administrativa. En contraste con esto, consideramos que el derecho administrativo debe servir como facilitador de la acción administrativa. A estos efectos tenemos una concepción positiva de derecho administrativo reconocida a través del derecho a la buena administración.

Sobre este punto conviene destacar que un justo equilibrio entre ambas concepciones ha de incorporar las técnicas de control aplicadas en sede de control judicial para convertirlas en factores de buena administración, evitándose de esta manera la excesiva concentración de la dogmática del derecho administrativo en el control judicial y las conocidas objeciones que frente al mismo han sido formuladas (Fernández, 2006, p. 333).

Esta concepción considerada negativa, ha sido subrayada por Ponce Solé (2010, pp. 87–88) en los siguientes términos:

*“[L]a calidad del comportamiento administrativo supone, obviamente, que el ejercicio de las potestades no viole ninguna norma jurídica ni ningún principio general del Derecho. Por ello no es suficiente, especialmente cuando nos referimos al ejercicio de discrecionalidad. Tradicionalmente, el Derecho administrativo no ha estado especialmente interesado en las buenas decisiones administrativas, sino en la revisión judicial de las decisiones ilegales, para proteger a los ciudadanos frente a la*

*Administración. Se trata, pues, de una aproximación negativa, en el sentido de que es un enfoque contra la arbitrariedad, no a favor de la buena administración.”*

En cualquier caso, la buena administración viene precedida de factores de gobernabilidad que, a la vez, presuponen comportamientos sociales necesarios acerca de la administración. Tal y como lo pusiera de presente Prats I Català (2004, pp. 32–33):

*“Las Administraciones Públicas a las que se aspira deben ser un reflejo coherente con la sociedad que se ambiciona. No hay buena administración con mala sociedad y no hay buena sociedad que dure sin una buena administración que la sirva. Si los valores, principios y procedimientos de una buena administración no llegan a constituir valores sociales, si no se insertan en la cultura cívica del país, si son sólo valores de buena técnica o de buena administración, fallará la demanda social y la presión política que son condición necesaria de toda reforma administrativa auténtica. Las Administraciones deben ser valoradas desde la sociedad a la que sirven, y sus servidores —los funcionarios— deben reconceptualizarse como servidores civiles antes que como servidores del Estado. El objetivo central debe ser construir una buena sociedad, y el instrumento imprescindible para ello, entre otros, es construir una buena Administración.”*

En tal razón, es necesario repotenciar el rol de la administración en cuanto se refiere al rol funcional que ella desempeña. Es por esto que a la concepción negativa de la administración desde el punto de vista jurídico se la ha sumado una concepción peyorativa vista desde su valoración social.

El concepto de buena administración se originó en normas de procedimiento administrativo (Masucci, 1997), para luego generalizarse a través de su consagración en normas de Derecho comunitario europeo, en particular, la Carta Europea de Derechos Fundamentales que, precisamente, la postula como un derecho fundamental. Para esto es necesario recurrir a su consagración por parte de la carta europea de derechos fundamental, que a la postre reza:

*“Artículo 41*

### *Derecho a una buena administración*

- 1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.*
- 2. Este derecho incluye en particular: — el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, — la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.*
- 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros.*
- 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.”<sup>42</sup>*

En todo caso, el principio de buena administración puede encontrar fundamento remoto en los sistemas de derecho administrativo<sup>43</sup> que, como técnica de control de la administración consagran la prohibición de los excesos en el ejercicio de las potestades confiadas por el ordenamiento a esta<sup>44</sup>. Con todo y lo anterior, podemos encontrar un sustento directo en el caso constitucional colombiano, en la necesidad de obrar con objetividad que la Constitución en su artículo 209 le impone, con exclusividad y sin excepción, a la administración en cuanto poder público<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup>Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, disponible en la página web: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf) consultado por última vez, el 21 de septiembre de 2015.

<sup>43</sup> Esta afirmación se explica en la medida en que los sistemas cuentan con un juez especial encargado de dirimir los conflictos de la administración. Sobre este puede ser consultada la obra de García de Enterría (2007).

<sup>44</sup> Esto sucede específicamente en el caso español donde la Constitución contempla en el artículo 9.3 la interdicción de la arbitrariedad. En este sentido, el autor Rodríguez-Arana Muñoz (2009, p. 101) subraya “el principio de la interdicción de la arbitrariedad, con reflejo constitucional en el artículo 9.3, ofrece una perspectiva en positivo que es el principio de racionalidad o el principio de objetividad, principios que tienen en el campo del derecho administrativo una trascendencia indudable.”

<sup>45</sup> Es al poder ejecutivo al que se le exige actuar conforme al mandato constitucional.

Por esto, la fundamentación del actuar de la administración, no solo deberá atender a la ley como delimitación del accionar público, sino que, en todo caso, cuando ésta última le confiera un cierto arbitrio o, en otros términos, un margen de discrecionalidad deberá responder, inexcusablemente, en su ejercicio al interés general.

En cuanto concierne al tratamiento del principio de buena administración, es importante traer a colación el aporte de Camilo José Orrego, desde la perspectiva de la gestión jurídica y la consecuente prevención de responsabilidad del Estado, el cual representa una novedad para el campo jurídico colombiano, como quiera que se trata del primer tratamiento de la buena administración con la correspondiente aplicación a nuestro sistema jurídico. De acuerdo con él, la buena administración reviste un carácter general al servir como contenedor de todos los derechos de los ciudadanos frente a la administración pública. Así que, para éste autor: *“el derecho administrativo, propio de la administración pública, es comprendido, desde el derecho a una buena administración, como un derecho instrumental, en cuya mira se encuentra la materialización y garantía de los demás derechos de la ciudadanía, radicando en cabeza de las autoridades públicas tal cometido, a través de los instrumentos legales<sup>46</sup>”*.

Esta visión se ve complementada por la visión de Prats I Catalá (2007, p. 17), porque no solo importa a un ciudadano en particular, sino a la colectividad.

*“Toda política de reforma o modernización administrativa debería apoyarse en y orientarse hacia la construcción progresiva de un derecho cívico a la buena administración. La gestión administrativa no puede evaluarse sólo desde el grado o nivel en que protege los derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos. La gestión pública es ante todo gestión de los intereses generales. En este sentido, el derecho a una buena administración debe ser entendido como un derecho cívico en la medida en que no sólo protege un estatus individual*

---

<sup>46</sup> La buena administración del estado: comprensión de los mecanismos alternativos de solución de conflictos desde la gerencia jurídica pública.[fecha de consulta: 18 de diciembre de 2011] disponible en: <http://www.mij.gov.co/econtent/library/documents/DocNewsNo1787DocumentNo5750.pdf><http://www.mij.gov.co/econtent/library/documents/DocNewsNo1787DocumentNo5750.pdf>

También disponible en: Orrego, Camilo José. Memorias del proyecto de fortalecimiento institucional del sistema de gestión de demandas legales. Ministerio del interior y de justicia y el banco mundial. 2010. Ediprime Ltda. Bogotá.

*sino que se orienta a la realización de un valor de convivencia como el representado por la buena administración.”*

Finalmente, es el artículo 3 de la ley 1450 de 2011<sup>47</sup> que por vez primera postula como principio general de la administración el buen gobierno, noción bastante próxima a la buena administración. Actualmente, dentro del marco de la ley 1753 de 2015, en su artículo 4<sup>o</sup><sup>48</sup> se plantea el buen gobierno como estrategia transversal para lograr los cometidos del gobierno durante los años 2014-2018. No obstante, este principio actualmente se encuentra circunscrito a un ámbito temporal, como quiera que haga parte de la política gubernamental expuesta en el Plan de Desarrollo. Asimismo, conviene anotar que el ámbito de ésta norma se ve limitado a la relación jurídica ( administración-ciudadano) y a la formulación de políticas públicas, con lo cual se deja de lado otros posibles ámbitos de referencia del actuar administrativo, por ejemplo, la prevención de la responsabilidad del Estado, como previamente se dejara anotado a partir del trabajo de Orrego.<sup>49</sup>

Sin embargo, no se puede pasar por alto la fuerte inclinación que desde ya se está introduciendo en la nueva reorganización del Estado, exigiendo por parte del funcionario público, aplicar herramientas de “*gerencia pública*”(Suárez Beltrán, 2014), que están haciendo eco en las democracias contemporáneas al movilizarse, “[...] *hacia una nueva forma de gobernar más cooperativa, en la que las instituciones públicas y las no públicas, actores públicos y privados, participen y cooperan en la formulación y la aplicación de la*

---

<sup>47</sup> Artículo 3 de la Ley 1450 de 2011. “**ARTÍCULO 3o. PROPÓSITOS DEL ESTADO Y EL PUEBLO COLOMBIANO.** Durante el cuatrienio 2010-2014 se incorporarán los siguientes ejes transversales en todas las esferas del quehacer nacional con el fin de obtener la Prosperidad para Todos:(...)Buen Gobierno como principio rector en la ejecución de las políticas públicas, y en la relación entre la Administración y el ciudadano.”

<sup>48</sup> Ley 1753 de 9 de junio de 2015 “**POR LA CUAL SE EXPIDE EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2014-2018 "TODOS POR UN NUEVO PAIS "**, “**Artículo 4°. Estrategias transversales y regionales.** Para la consolidación de los tres pilares descritos en el artículo anterior y la transformación hacia un nuevo país, en el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 se incorporarán las siguientes estrategias transversales: 1. Competitividad e infraestructura estratégicas 2. Movilidad social 3. Transformación del campo 4. Seguridad, justicia y democracia para la construcción de paz 5. **Buen gobierno** 6. Crecimiento verde.” (subrayado fuera del texto)

<sup>49</sup> Orrego, Camilo José, op. cit. Nota 45.

*política y las políticas públicas, en una actuación en red.” (Prats i Català, citado en Ponce Solé (2014)); “Eso comporta una transición desde las decisiones públicas unilaterales a fórmulas basadas en la persuasión y la negociación y desde la dirección jerárquica en el seno de las organizaciones públicas a fórmulas basadas en la coordinación y la cooperación, mediante las que los responsables públicos tratan de movilizar recursos y esfuerzos dispersos entre actores públicos y privados” (Ponce Solé, 2014).*

Esta afirmación es tanto más cierta cuando echamos un vistazo al enfoque palpable de la ley 1150 de 2007, en el sentido de que la misma involucra de una manera acentuada la necesidad de realizar estudios juicios y analíticos previos a la materialización de la actividad contractual, por cuanto es claro que la contratación es uno de los elementos de que dispone la administración para garantizar su propio funcionamiento, como también, para el desarrollo económico, industrial y comercial de la sociedad, de tal manera que su trascendencia ya no concierne únicamente al terreno jurídico, sino, a cuestiones de orden político, económico y social.

En efecto, Suárez Beltrán (2014, p. 1), al comentar las novedades de la ley 1150 de 2007, trajo consigo la siguiente acotación:

*“En su conjunto, la normatividad que se comenta pide reflexión al funcionario, de quién se espera actúe como un verdadero “gerente público”, y a quién se le exige, a la hora de estructurar el proceso contractual, no solo que los estudios previos sean cuidadosamente elaborados y que se hagan públicos, sino un intercambio de opiniones generoso y transparente con el mercado.” [...] A unos y a otros se les dan reglas claras de conducta, aunque también se les abren espacios para el diálogo “inteligente”, desde su propia orilla, pero con responsabilidad.”*

Así las cosas, podemos contemplar la afirmación señalada por Camilo Orrego, que apunta a que: *“la gerencia jurídica del Estado, a la hora de atender al interés general, tiene como objetivos fundamentales salvaguardar la juridicidad de decisiones públicas, y la eficacia y*

*la materialización de los derechos y garantías de las personas.*<sup>50</sup> Lo cual implica un fortalecimiento de los principios de eficacia y transparencia que se anteponen a todo actuar del Estado y a lo que de manera indiscutible le apunta el derecho a la buena administración- consagrado en el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos fundamentales- y cuyo fundamento se fincó en que: *“los asuntos de la Unión Europea se traten de forma equitativa, imparcial y en plazos razonables”* (Rivero Ysern y Fernando Pablo, 2011).

Por su parte, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, ONU, el 8 de septiembre de 2000, aprobó la Declaración del Milenio, como plataforma para el escalonamiento de valores fundamentales en las relaciones internacionales en el siglo XXI, como lo son: la libertad; la igualdad; la solidaridad; la tolerancia; el respeto por la naturaleza, y la responsabilidad común. En ese orden, también se constituyeron para el desenvolvimiento de esos valores unos objetivos, dentro de los cuales se encuentra el numeral V que se titula:

*“V. Derechos humanos, democracia y buen gobierno”*

*“24. No escatimaremos esfuerzo alguno por promover la democracia y fortalecer el imperio del derecho y el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales internacionalmente reconocidos, incluido el derecho al desarrollo.”<sup>51</sup>*

A propósito de la declaración del Milenio, la ONU vinculó una serie de documentos frente a la mencionada declaración, dentro de las cuales que se encuentra la resolución A/57/262-E/2002/82, “El papel de la administración pública en la aplicación de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas”, cuya introducción es:

*“Los objetivos de desarrollo de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas no pueden llevarse a la práctica a menos que los países en desarrollo afiancen sus instituciones democráticas de gobierno, mejoren la capacidad de los recursos*

---

<sup>50</sup> Orrego, Camilo José, op. cit. Nota 45

<sup>51</sup> A/RES/55/2\*, Declaración del Milenio, Resolución 55/2. Disponible en la página web: <http://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf>.

*humanos del sector público, hagan más eficiente y eficaz la movilización de recursos y la administración financiera, y fomenten la creación de capacidad en el ámbito de la tecnología de la información dentro del sector público. Se reconoce cada vez más que muchos de los problemas que afrontan los países en desarrollo y de economía en transición se deben, en buena parte, al déficit de capacidad del Estado, la debilidad de las instituciones políticas democráticas y la ineficiencia y mala gestión de la administración pública. [...]”<sup>52</sup>*

Desde esa óptica, la ONU ha enfatizado sus esfuerzos en sostener que:

*“La mejor gestión de los asuntos públicos y una administración pública más eficiente se encuentran probablemente entre los elementos más importantes de la promoción del programa de desarrollo nacional de un país. Mejorar y reformar los sistemas e instituciones de gobierno, incluido el fortalecimiento de la capacidad del sector público, son tareas de crucial importancia para aliviar la pobreza, hacer que la mundialización redunde en beneficio de todos, intensificar la participación de los ciudadanos en todos los niveles de la gestión de los asuntos públicos, proteger el medio ambiente, promover el desarrollo sostenible, prevenir conflictos violentos o salir adelante una vez producidos.”*

Conforme a lo anterior, tenemos que el derecho a la buena administración tiene una implicación mucho más profunda de lo que podríamos pensar; pues nótese que a voces de la ONU, este concepto tiene íntima relación no solo con la autoridad política, gubernamental y estatal, sino que vincula de manera tajante a los particulares-incluyendo sus formas de asociarse u organizarse socialmente- y al sector privado, como colaboradores del desarrollo de una buena administración.

---

<sup>52</sup> A/57/262-E/2002/82, El papel de la administración pública en la aplicación de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas. Disponible en la página web: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan005517.pdf>

Tal es el caso, que para la aplicación de la Declaración del Milenio, la ONU invita a los Estados miembros a prestar particular atención en temas como: (i) la capacidad para gobernar; (ii) la capacidad institucional; (iii) la capacidad de formulación de políticas; (iv) la capacidad administrativa/de gestión; (v) la capacidad financiera; (vi) el perfeccionamiento de los recursos humanos y (vii) la suficiencia tecnológica.

Como colofón, desde hace un tiempo se ha hecho carrera la incursión de nuevas tendencias que deberán asumir los Estados en relación con las formas y técnicas de ejecución de las políticas públicas, concientizando tanto al gobierno como al ciudadano en la necesidad de generar de manera permanente un debate incluyente y participativo donde se ponderen los intereses en consonancia con la actividad estatal.

Por esta razón que encontramos acertada la voz de Sarmiento (2006, p. 264), cuando habla de la nueva gobernanza, como *“una nueva forma de orientar las políticas públicas para poder afrontar con mayor eficacia los retos del presente...”*<sup>53</sup>. Más adelante, Sarmiento, asevera que, *“La nueva gobernanza va a implicar la puesta en marcha de políticas caracterizadas por su ductilidad normativa, su temporalidad y su adaptabilidad al cambio. Tres rasgos que van a dar respuesta a dos problemas que afronta actualmente el Estado: su incapacidad para integrar a todos los actores de la sociedad civil y su lentitud ante el cambio”* (ibíd. p. 265).

Para concluir, creemos que es innegable la tarea que se viene a cuestras para los Estados en el momento de formular sus políticas públicas; pues será desde ahí donde podremos articular el contenido normativo con la potestad decisoria del actor público y en consecuencia, el derecho al buen gobierno o buena administración cobra relevancia porque: *“al imponer obligaciones jurídicas en el núcleo del ejercicio de la discrecionalidad actúa como límite más allá de la mera arbitrariedad, siendo, además, guía para los gestores en la toma de decisiones. Y, por*

---

<sup>53</sup> Sarmiento, Daniel, *“La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law”*. Cuadernos de Derecho Público, núm.28 (mayo-agosto 2006) p. 264

*tanto, se trata de un útil instrumento en el control administrativo en garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos, tanto individuales como colectivos.” (Ponce Solé, 2014).*

## **2.4 Contrato Estatal como Institución**

El concepto de contrato estatal o como la doctrina lo ha denominado “contrato administrativo” ha sido la eterna polémica en la que diversos autores han manifestado disímiles posiciones que han enriquecido la discusión acerca de la existencia o no de la figura del contrato administrativo, partiendo de la base de que el concepto de contrato proviene del derecho privado y su fincamiento es la igualdad de las partes bajo el ropaje de la manifestación de la voluntad; condiciones éstas que podrían entrar en contraposición con el imperio y posición dominante del Estado.

Bajo ese contexto, reseñaremos una de las principales posiciones que inicialmente merodearon el concepto de los contratos de derecho público y es la expuesta por el alemán Otto Mayer (citado por Huergo Lora (1998, p. 127)), quién fue el abanderado de la posición negativa frente a la existencia del contrato administrativo basado en la naturaleza de los actos que profiere la administración, ya que para el autor, el consentimiento del particular unido a la declaración de la voluntad de la administración, no es suficiente para el surgimiento de un contrato; por cuanto la manifestación del particular es tan solo un requisito necesario para que la administración ejecute su propio acto unilateral de condiciones, sin que intermedie la negociación del particular. En ese sentido, para el autor, la negociación entre partes no tiene cabida y por ello, el particular sólo cumple la función de adhesión o “sumisión”<sup>54</sup>.

En ese orden de ideas, esta posición representa la negación del contrato administrativo, como forma de manifestación de la voluntad del poder público a través de un acto bilateral; puesto que la administración se manifiesta a través de actos unilaterales en virtud de su poder de

---

<sup>54</sup> Según Mayer (citado por Huergo Lora (1998, p. 128)) “El poder ejecutivo es, ante todo, poder público tanto como el legislativo; su voluntad es jurídicamente superior y obligatoria para el súbdito”.

mando, en clara oposición a la naturaleza original del estamento denominado “contrato” que primigeniamente descansa sobre el principio de igualdad entre las partes.

Aun cuando esta postura no fue predominante, sí lleva consigo el sustento histórico del contrato administrativo que permeo no solo en Europa -donde nació la discusión- sino en nuestro país y de ahí se hace carrera hacia la definición de contrato estatal, visto desde la óptica del acto administrativo o del acuerdo de voluntades.

Para este efecto, procede reseñar brevemente lo acontecido, tomando como ayuda al profesor español Ariño Ortiz (2007, p. 87) , quién dentro de sus múltiples pronunciamientos ha manifestado que si bien el contrato administrativo se origina “...a través de un largo procedimiento que está integrado de actos administrativos sucesivos (...) hasta llegar al acto de adjudicación, que, de ordinario, perfecciona el contrato”; también lo es, que esos actos administrativos obedecen a la sumisión de la administración hacia las leyes, reglamentos y procedimientos, en procura del respeto al principio de legalidad que erige las decisiones de los entes del Estado. Así las cosas, so pretexto de que el actuar de la administración se materialice a través de actos administrativos; no podrá aducirse ligeramente que el contrato es una extensión de los mismos; por cuanto es diferente el momento en el que se gesta un contrato -como lo indicamos al principio de este párrafo- y es otro el momento en que se produce el acuerdo de voluntades entre la administración y el particular, que instrumentalizan el contrato estatal.

Sin ir muy lejos, o, más bien, hilando cerca, la fundamentación de que el contrato administrativo no obedece a una prolongación de un acto administrativo en estricto sentido, es el principio de legalidad; y su razón, es que tanto en el acuerdo de voluntades suscrito entre particulares, como el suscrito entre un particular y el Estado, ambos se obligan a dar prevalencia a lo pactado por ellos mismos frente a lo dispuesto por las normas que los acompañan.

Soporte de lo dicho, lo encontramos en las líneas escritas por Ariño Ortiz (ibíd., p. 88), que asegura que: “El acuerdo de voluntades, tal como quedó plasmado en el contrato, es el que determina el contenido obligacional, porque en eso consiste esencialmente la esencia de todo

*contrato: en la fuerza del contractus-lex”, reafirmando más adelante que: “pero una vez que se ha producido el acuerdo de voluntades y ha nacido el contrato, éste tiene prevalencia sobre las normas legales; contempla una situación jurídica final, consolidada, en la que las partes tienen derecho a confiar (principio de seguridad jurídica).” (ibíd., p. 88).*

Sobre lo anunciado, es relevante acotar que al contrato estatal siempre le precederá los actos administrativos, como forma de expresión de la administración, que dependiendo de tipo de relación que quiera entablar, vinculará desde su formación la interacción del particular-estudios previos y pliego de condiciones-; pero que una vez la etapa de formación del contrato culmine; se da inicio a una nueva relación bilateral y consensuada en donde lo pactado se vuelve realidad vinculante para ambos igualitariamente, sin que predomine una sobre la otra.

Para terminar con la institución del contrato estatal, nos permitimos importar la contundente conclusión del autor pluricitado en este subcapítulo, respecto a la distinción de un acto administrativo bilateral de un contrato administrativo, señalando que cuando *“la voluntad de la Administración y del particular contribuyen a la formación del contenido del negocio: ambas constituyen junto con la voluntad de la otra parte el núcleo mismo, indivisible, del ente jurídico que llamamos contrato. En el segundo caso, la voluntad del particular se yuxtapone al acto de la Administración: no es un átomo, por así decirlo, del contenido del acto, que está completo y perfecto por determinación de la ley”* (ibíd., p. 90).

En ese orden de ideas, en el contrato, la voluntad del particular es condición de existencia y validez; en tanto que en los actos administrativos bilaterales, la voluntad del particular es una condición de eficacia.<sup>55</sup>

Consecuente con lo dicho, analizaremos cómo las posiciones presentadas anteriormente fueron introducidas a lo que hoy conocemos como contrato estatal a la luz del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, haciendo primeramente una breve introducción del régimen de contratación estatal en nuestro ordenamiento.

---

<sup>55</sup> Nota no textual de Ariño Ortiz (ibíd.).

### 2.4.1 Contrato estatal en Colombia

La contratación estatal en Colombia ha estado en permanente movimiento, incluso desde mucho antes que llegara el Decreto 222 de 1983; tan es así que desde 1873<sup>56</sup>, con el código fiscal, se reguló la institución de la caducidad, como forma atípica de terminar los contratos del Estado; aunque algunos tratadistas colombianos (Palacio Hincapié, 2010, p. 210) datan su surgimiento desde el año 1909 con la ley 53, la cual incluyó en su artículo 4º, la estipulación de la cláusula penal pecuniaria para el incumplimiento imputable al contratista y la reiteración de la declaratoria de la caducidad. Posteriormente, arribaron diversas normas- todas aisladas- al gran compendio normativo que venía a informar la contratación estatal, como lo fueron las leyes, 110 de 1912; 61 de 1921; 167 de 1941; decreto ley 528 de 1964; decreto ley 3130 de 1968; decreto 1670 de 1975, decreto 150 de 1976; decreto 222 de 1983 y finalmente la ley 80 de 1993.

Sin embargo, no todas estas normas fueron parte del índice conceptual de la contratación como estatuto contractual, sino que tan sólo fueron, el decreto 1670 de 1975 *“por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la nación y sus entidades descentralizadas”* y el decreto 150 de 1976 *“Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas”*-más conocido como el estatuto contractual de los entes públicos nacionales-, dándole éste último, origen al decreto 222 de 1983.

Pese a que al fin se había logrado una sola compilación normativa con la expedición del decreto 222 de 1983, el mismo fue muy cuestionado por la complejidad en los trámites; el fraccionamiento de los procedimientos en las diferentes entidades; la rigidez normativa que impedía su adecuación a la dinámica del Estado y la inexistencia de un marco legal que estableciera responsabilidades para los representantes de los intereses públicos y con ello evitar las prácticas corruptas provenientes de la aplicación del criterio subjetivo de los funcionarios encargados de la ejecución presupuestal del Estado.

---

<sup>56</sup> *Gaceta del Congreso*, n°75 del 23 de septiembre de 1992. Proyecto de ley n° 149 de 1992 “Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. p.9

Todo lo anterior, fue el motor propulsor hacia una nueva tendencia en la contratación estatal, que requería con urgencia la modernización de las prácticas de un buen gobierno que involucrara en sus actuaciones a los particulares, que incluyera una serie de principios que promovieran la eficacia, transparencia, selección objetiva, autonomía de la voluntad, y normas de carácter general sin tanta inflexibilidad.

Pues bien, lo anterior constituyó el preámbulo del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [EGCAP], contenido en la ley 80 de 1993, y que para este estudio importa en su artículo 32, el cual contempló al unísono el concepto de contrato estatal que estaremos analizando a lo largo de estas líneas de trabajo.

Previo al concepto de contrato estatal, es importante resaltar la influencia que tuvo para Colombia la concepción de contrato estatal que se ventiló durante muchos años en Europa y por la misma línea en nuestro país, y se trata de la famosa distinción entre los “actos de autoridad” y los “actos de gestión” que provocaron el origen de la actividad contractual por parte del Estado.

Frente a este tópico, habrá que recordar a título de referente histórico, que los actos de gestión nacen como una respuesta a la necesidad que tiene el gobierno de ejecutar actividades del orden privado que le permitiera contratar con particulares la adquisición de bienes y servicios, como también, la construcción de ciertas obras. Lo anterior, en contraposición con las actividades de mando o autoridad que de manera regular ejercía el Estado.

Al tenor de lo dicho, aparecen los contratos administrativos, como el haz o comodín que permitiría a la administración pública la satisfacción de determinadas necesidades públicas a través de la *técnica contractual*, y ésta será calificada como *administrativa o como civil según la importancia política del sector, operación o actividad de que se trate y la especial protección que éstas demanden*” (Ariño Ortiz, 2007, p. 96).

Pues bien, en el caso colombiano las cosas no fueron tan diferentes como las enunciadas, por cuanto dentro de los antecedentes normativos de la ley 80 de 1993, también encontrábamos los actos de gestión como instrumento o “técnica contractual” a través de la cual el Estado se obligaba con un particular para la ejecución de determinada obra. Pero lo que llama la atención es que sin existir un estatuto general de contratación, los contratos del Estado se regirían por el ordenamiento general de los contratos, es decir, los Códigos Civil y de Comercio, salvo la inclusión de algunas cláusulas que se encontraban contempladas en el recuento normativo enseñado en párrafos anteriores.

Es por esta reseña que se torna relevante traer a colación la definición de contrato que nos trae el Código Civil colombiano en su artículo 1495, el cual manifiesta que el “*contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa...*”, así mismo el Código de Comercio en su artículo 864 abarca de manera más amplia el concepto, al manifestar que “*el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...*”. Sin embargo, éste concepto empieza a tomar matices diferentes cuando se trata de un contrato celebrado por la administración pública, ya que se aparta de las definiciones generales para dar tratamiento distinto a lo que se conoce como contrato estatal; evidencia que se encuentra en el artículo 32 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [EGCAP], el cual dispone que: “*Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...*”.

Empero, esta definición no fue del todo pacífica; aun cuando la finalidad del contrato era clara, existía una latente discusión respecto de la naturaleza del mismo, por cuanto era difuso consentir, que el contrato estatal era una denominación de acto administrativo, en razón a que implícitamente omitía el elemento esencial de todo contrato, cual es, la consensualidad como fundamento primordial de todo contrato. Para la doctrina “*el contrato necesariamente nace de un acuerdo de voluntades y no de cualquier acto generador de obligaciones*” (Ospina Fernández y Ospina Acosta, citado por Dussan Hitscherich (2005, p. 37) al tiempo que, la

definición del artículo 32 se trata de “...un acto jurídico generador de obligaciones y aclara el autor que por estar presente el interés público es un acto jurídico y se debe desechar la noción de negocio jurídico y por ende la autonomía de la voluntad, ya que la administración actúa regulada por el ordenamiento y no por normas dadas por quienes suscriben el contrato estatal”(Matallana Camacho, 2009).

No obstante los puntos contrapuestos de la doctrina, esta discusión aparentemente fue zanjada, en razón a que todo contrato, provenga del sector público o privado, requiere de manera irrefutable la presencia de la manifestación de la voluntad de dos partes, y, para el caso en cuestión, se necesita de la voluntad de un particular y de una persona pública para la concertación de unas obligaciones que “las vincula en una relación recíprocas de derechos y obligaciones.”(Palacio Hincapié, 2010, p. 34)

Y sobre este punto, algunos autores se apresuraron a respaldar el contenido del artículo 32, bajo el argumento que: “El contrato estatal es un acto jurídico en cuya regulación, se establecen los requisitos generales para que el elemento subjetivo de la autonomía de la voluntad produzca sus efectos jurídicos” (Solano Sierra, 1994, p. 115).

Concepto con el cual nos encontramos de acuerdo, toda vez que si concebimos la autonomía de la voluntad como el “poder reconocido a los particulares para regular sus relaciones jurídicas...” (Dussan Hitscherich, 2005, p. 38), ¿por qué habrá de oponerse la autonomía de la voluntad proveniente del sector privado, con la facultad contractual otorgada al Estado para acordar libremente las reglas con las cuales se someterá recíprocamente con un particular, en procura de dar cumplimiento a los fines para lo cual se le otorgó esa prerrogativa?

En ese orden de ideas, tenemos que de la exposición de motivos de la ley 80 de 1993, se discierne la manera como el legislador buscó recuperar la trascendencia de la autonomía de la voluntad como principal fuente creativa y reguladora de las relaciones sociales. Por eso, acuñó lo siguiente: “las relaciones entre el organismo estatal y el contratista deberán

*fundarse en el acuerdo de sus voluntades, del que emanarán las principales obligaciones y efectos del acto jurídico.”*

Consecuente con ello, introdujo el artículo 13<sup>57</sup> (ibíd.), el cual versa sobre la aplicabilidad de las disposiciones civiles y comerciales en materia contractual, forjándose como una disposición de vital importancia para la concepción de la figura del contrato estatal, en razón a que la visión de ese entonces, era volver a robustecer la naturaleza del contrato, con el realce de dos premisas fundamentales para la concreción del contrato estatal, las cuales son: *“la autonomía de la voluntad y el interés público que encierran la negociación contractual.”*<sup>58</sup>

Con la Ley 80 de 1993, el contrato estatal se consolida como una categoría única dentro de la institución genérica del contrato, pues es un acto jurídico en donde existe un sujeto especial, con propósitos específicos, a la que la administración pública debe dar cumplimiento de los fines del Estado, de cara a la Constitución Política. Así las cosas, el contrato estatal se caracteriza por ser un instrumento jurídico con una doble finalidad, ya que por un lado busca la satisfacción de los intereses económicos de los sujetos contractuales, y, por otro, la realización del interés público.

El concepto de contrato estatal enmarcado en el EGCAP se encuentra conformado por dos parámetros: (i) Es un acuerdo de voluntades que constituye una situación jurídica cuando quién contrata con el Estado manifiesta estar de acuerdo en ser parte del contrato presentado por la administración. (ii) Sus efectos jurídicos de acuerdo con el artículo 3 de la ley 80 de 1993, busca el cumplimiento de los fines del Estado a tiempo que genera la obtención de beneficios, y esto lo hace estableciendo cargas de colaboración mutua dentro de la relación contractual, pues el Estado está obligado a generar confianza y seguridad a su contratantes y éste está comprometido con el Estado a realizar los fines estatales.

---

<sup>57</sup> Al respecto, el artículo 13 señala lo siguiente: “Artículo 13º.- *De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.*” (...)

<sup>58</sup> *Gaceta del Congreso*, n°75 cit., p.12

Con esta ilustración, sabemos de antemano que el Estado al estar vinculado a una relación contractual, no es algo sin importancia, de tal sazón, que reviste características especiales como lo son: la incuestionable relación entre el interés general y la celebración del contrato con condiciones especiales; los recursos provenientes del erario público y el acuerdo de voluntades.

## **2.5 La existencia de la autonomía de la voluntad en la Administración posibilita la determinación de las condiciones contractuales**

Como dato importante para dar inicio a este tema, es creer que el nuevo enfoque de la contratación estatal es resaltar la autonomía de la voluntad como pieza fundamental para la determinación de derechos y obligaciones que devienen de un acto libre, consensuado y algo reglado, por parte de la administración.

De este modo, con la ley 80 de 1993 se vuelve a dar sentido a la autonomía de la voluntad, con el fin de que su inserción en los contratos celebrados entre el Estado y los particulares, se rijan en términos de igualdad pero bajo condiciones que previamente fueron conocidas y comentadas por los particulares-proponentes- que colaboraron en la estructuración de los pliegos de condiciones, anexos técnicos y estudios previos.

En tal virtud, es equivoco pensar que el contrato estatal es el resultado de un acto unilateral en donde la administración dada su superioridad jurídica establece condiciones obligantes para el particular y este a su vez, sin razón ni son, debe llevarlas a cabo, sin tener la mínima posibilidad de intervención o deliberación.

Precisamente, es todo lo contrario, el régimen de contratación le dio vía libre a la “*autodeterminación y la autovinculación de las partes*”<sup>59</sup> como postulado de la autonomía de la voluntad, para que tanto el particular como el Estado tuvieran libertad al realizar el acuerdo de voluntades, y los mismos no estuvieran constreñidos bajo una tipología específica

---

<sup>59</sup> *Gaceta del Congreso*, n°75 cit., p.12

de contratos, sino más bien, se vieran sujetos a la naturaleza del objeto que pretendieran contratar.

Así las cosas, y como agregó Rafael Bielsa (citado por Solano Sierra (1994, p. 107)) frente a la autonomía de la voluntad como fuente creadora de los contratos estatales, *“Sin duda, la Administración Pública señala unilateralmente el objeto, las condiciones y otras modalidades del negocio jurídico; pero... lo bilateral en los contratos de derecho público resulta de obligarse a prestaciones por ambas partes, originariamente, y además, asegurarse ventajas recíprocas...”*

Volviendo a la exposición de motivos de la ley 80 de 1993, es prioritario entender que el fincamiento del acuerdo de voluntades de cara a la normatividad pluricitada, es la prevalencia de la autonomía de la voluntad y el interés público como fuente de obligaciones y efectos del acto jurídico. En ese orden de ideas, al privilegiar la autonomía de la voluntad se logra imbricar principios del derecho privado a la actividad contractual con el fin de que ella misma determine sus condiciones y el tipo de relaciones a las que se va a someter. V.gr. el artículo 32 al señalar que el Estado podrá suscribir cualquier tipo de contrato, inclusive los innominados.

Claro está que lo anterior, también se encuentra sometido a límites que el mismo legislador se abrogó con el fin de proteger el interés público, como son: *“...la consagración de las cláusulas excepcionales, la clasificación de los contratos estatales, los deberes y derechos del contrato, la competencia y capacidad para contratar, responsabilidad, liquidación de contratos, solución de controversias contractuales, etc.”*(Matallana Camacho, 2009, p. 774)

En este sentido, debe entenderse que el Estado en su rol de contratante, está habilitado por el ordenamiento jurídico (leyes y reglamentos) para hacer uso de la autonomía de la voluntad como fuente creadora de relaciones contractuales, pero a su vez, ésta facultad se encuentra predeterminada por límites que las mismas partes acuerdan como parte del ejercicio ordinario de la actividad pactada, como lo es, respetar los acuerdos contractuales; garantizar el

cumplimiento del contrato y de sus obligaciones y establecer medidas que proporcionen seguridad jurídica para ambas partes, entre otras cosas.

Correlato a lo enunciado, no debe preocuparnos al día de hoy, las consecuencias que pueda traer consigo la inclusión de hace más de 10 años a la normatividad contractual, respecto de la autonomía de la voluntad, como principio rector de la actividad contractual del Estado, en franca contravención con el principio de legalidad, puesto que, como ya hemos anotado en líneas precedentes y prefiero reiterarlo con el acompañamiento de las palabras de Amazo Parrado (Amazo Parrado, 2007, p. 202):

*“...los principios de autonomía de la voluntad y legalidad no se oponen, por el contrario, justifican su existencia e importancia en materia contractual, ya que las partes desdibujan la arbitrariedad que se crea alrededor de este tema, porque encuentran una regulación expresa de los(sic) distintas situaciones que puedan surgir antes, durante y después de la celebración de un contrato, pero que además, tienen la autonomía de regular aspectos en lanco que la ley ha dejado y que por el hecho de ser la manifestación de acuerdo entre ellos es respetada e igualmente se convierte en obligación.”*

# Capítulo III - La Discrecionalidad Administrativa en el Diseño de los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública en Ejercicio de la Potestad Contractual

## 3.1 La Licitación Pública en Colombia

El Estado en su quehacer, o mejor dicho en su función administrativa necesita manifestar su voluntad o llegar a acuerdos con los administrados, sean estas personas naturales o jurídicas, o entes jurídicos o privados, con el fin de obtener la colaboración suficiente para el cumplimiento de los fines a los cuales le sirve.

De esta manera, los órganos de la administración recurren con frecuencia a procedimientos previos a la firma de los contratos estatales, con el firme propósito de incrementar “...*las posibilidades de acierto en cuanto al cumplimiento y ejecución del contrato y calidad de la prestación al poder requerir una mayor capacidad técnica y financiera a los contratistas.*” (R. Dromi, 1995, p. 44)

En los contratos estatales el procedimiento de licitación pública como principal sistema de selección del contratista, es el requisito formal y reglado que le precede a la “*conformación de la voluntad contractual*” (ibíd., p. 45) y que por sobre todas las cosas, se consolida como la herramienta vinculante desde el comienzo, durante y hasta la ejecución de un contrato con el Estado.

Tan cierto es lo expresado en líneas anteriores, que los oferentes una vez acuden a los procedimientos de participación de un proceso de selección se hacen corresponsables de los resultados del mismo, en tanto tuvieron la oportunidad de expresar sus objeciones o

manifestaciones frente al documento objeto de la licitación y en ese sentido, sus comentarios impactan considerablemente tanto la estructuración final del pliego de condiciones como la concertación contractual definitiva.

Al margen de lo señalado, es importante hacer referencia a los formalismos que amparan la sujeción de la administración a los procedimientos establecidos para el adelantamiento de un proceso de contratación, como son entre otros: (i) el contenido de los estudios y documentos previos; (ii) el aviso de convocatoria para participar en el proceso contractual; (iii) el cuerpo informativo de los pliegos de condiciones; (iv) el protocolo del acto administrativo de apertura del proceso de selección; (v) las reglas de determinación de la oferta más favorable según el proceso de contratación y (vi) los factores de desempate que permita la escogencia final del contratista en caso de presentarse un empate entre las ofertas.

Se puede vislumbrar que las distintas etapas y/o directrices con las que se inicia y culmina un proceso de contratación como la licitación pública, no es otra cosa que un chequeo de prerrogativas que garantizan una travesía en línea recta con el proceso, afable con los participantes y público para los oferentes y ciudadanos.

En ese orden de ideas, a la administración solamente le es concedido actuar bajo ciertos lineamientos de orden procedimental teniendo presente el estricto cumplimiento de los fines encomendados; razón por la cual, se aviva la necesidad de limitar la discrecionalidad de la administración en aspectos de trámite, con el fin de encausar la voluntad del agente ejecutor a la búsqueda constante del interés público, precedido de la buena administración<sup>60</sup>.

Relevante es entonces tomar en consideración lo que algunos autores opinan frente al concepto de la licitación para que podamos ir delimitando el camino por el cual la administración atraviesa cada vez que se enfrenta a la exteriorización de su voluntad frente a terceros, que a la vuelta de unos días, se convierte en su contratista.

---

<sup>60</sup> Concepto desarrollado en el capítulo segundo de este trabajo.

Para el efecto, usaremos acepciones como la de Roberto Dromi (ibíd., p. 60), quién manifestó que: *“La licitación pública es el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.”*

Por su parte, Sayagues Laso (citado por Solano Sierra (1994, p. 136)), acertó cuando definió la licitación, *“...como un procedimiento relativo a la forma de celebración de ciertos contratos, cuya finalidad es determinar la persona que ofrece condiciones más ventajosas; consistente en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo cual el contrato queda perfeccionado...”*

Podríamos decir que no es casualidad el mandato del legislador al designar la licitación pública como el medio idóneo a través del cual la administración deberá sujetarse para la obtención de los fines estatales, sustrayéndose por defecto de favoritismos o arbitrariedades, que restan eficiencia y por el contrario, su correcta ejecución enaltece principios tales como: transparencia<sup>61</sup>, economía<sup>62</sup> y responsabilidad<sup>63</sup>.

Así pues, tenemos que desde la exposición de motivos de la ley 80, el legislador recalcó la importancia con la que el procedimiento de selección debe garantizar la igualdad, de cara a *“permitir que la administración escoja a quién ofrezca las mejores condiciones para la satisfacción de la finalidad de interés público, todo ello en un contexto de máxima eficiencia, transparencia, agilidad, oportunidad y, obviamente, de una estricta responsabilidad.”*<sup>64</sup>

Consonante con el deseo del constituyente secundario, tenemos que la ley 1150 de 2007, determinó en el artículo 2° que, por regla general, la escogencia del contratista se hará a

---

<sup>61</sup> Artículo 24 de la ley 80 de 1993.

<sup>62</sup> Artículo 25 de la ley 80 de 1993.

<sup>63</sup> Artículo 26 de la ley 80 de 1993.

<sup>64</sup> *Gaceta del Congreso*, n°75 del 23 de septiembre de 1992. Proyecto de ley n° 149 de 1992 “Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. p.18

través de la licitación pública, salvo las excepciones que consagran las otras modalidades de selección como son entre ellas: (i) la selección abreviada; (ii) concurso de méritos y la (iii) contratación directa.

No resulta del todo descabellado atribuirle tanta importancia a la licitación pública, como quiera que la misma –como mencionamos atrás- contiene un nutrido chequeo de pasos que la entidad deberá recorrer para lograr llegar a feliz término, cual es, culminar la etapa precontractual y dar inicio a la etapa contractual, que en últimas es la que permite el cumplimiento de los objetivos estatales.

En líneas generales, la selección de contratistas a cargo de la administración responde a dos principios que concurren a la aplicación de ésta potestad. De una parte, la necesidad de garantizar los intereses económicos que la administración tiene a su cargo que se concretan en la protección constitucional a una meta colectiva formulada en términos de derecho, es decir, el patrimonio público<sup>65</sup>. Y, de otra, implica una dimensión del principio de igualdad concretado en la igualdad de oportunidades de los particulares ante la administración (Teré Pérez, 1996, p. 548)

### **3.1.1 Los Pliegos de condiciones como documento base de la licitación.**

Previo al inicio de cualquier proceso contractual, deberá observarse uno de los principios más importantes a la hora de estructurar un buen pliego de condiciones y se trata del principio de planeación, al cual, si bien no es motivo de nuestro estudio, es transversal al momento en que la entidad decide realizar la adquisición de un bien o servicio.

Es a través de la planeación contractual como se puede lograr la sinergia entre las necesidades de la administración, con la realidad económica y productiva del país. Los pliegos de condiciones al constituirse como base o roca fundamental de un proceso y del futuro contrato,

---

<sup>65</sup> Debe subrayarse que la Constitución Política consagra como derecho colectivo el patrimonio público y, a la vez, la Ley 472 de 1998 en su artículo 41 enuncia como uno de los derechos pasibles de protección a través de la Acción Popular. Sin embargo, la protección legal de ésta institución puede verse comprendida por todas aquellas disposiciones que se refieren, de modo general, al manejo y disposición de los bienes estatales, tanto por la administración como por particulares.

deberán contener reglas y condiciones claras como respuesta al estudio juicioso del objeto que pretende contratar, como también, el conocimiento del mercado al cual va a acudir en búsqueda de un contratista.

Pues bien, dicho sea de paso que es responsabilidad de la administración la consecución de la mejor oferta económica que exista en el mercado, toda vez que le corresponde a ella conocer, buscar y entender la dinámica en la que se desenvuelve el objeto que requiere contratar y consecuente con ello, confeccionará las especificaciones técnicas acordes con las necesidades del momento; escogerá la modalidad de selección de contratista; determinará las características del futuro contratista y asignará el valor real de lo que pretende contratar.

La denominación “pliego de condiciones” conlleva una “doble naturaleza jurídica”<sup>66</sup> habida cuenta que contiene normas de carácter general y específico que regulan todo el procedimiento precontractual hasta su adjudicación y por tal razón, la hace merecedora del tradicional acto administrativo general y por otro lado, contiene disposiciones que harán parte del contrato; de tal suerte que, el pliego de condiciones tiene una connotación mixta al revestir fuerza vinculante no sólo en la etapa precontractual, con el señalamiento de normas y requisitos, sino también, al poseer cláusulas de obligatorio cumplimiento para la ejecución del contrato.

Así las cosas, podemos traer a colación lo que Roberto Dromi concibió como pliego y sobre el cual adujo que, *“el pliego o “programa contractual”, es el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante”* (R. Dromi, 1995, p. 245), posición que se acompasa con lo manifestado anteriormente, pero que es oportuno resaltar que aunque se trata de un acto producido unilateralmente por la administración, ello no significa que en su elaboración no se haya presenciado la participación del particular-conocer del mercado- en un dialogo constructivo con el Estado en aras de colaborar en la formulación de la mejor

---

<sup>66</sup> Sobre la naturaleza de los pliegos de condiciones Marín Hernández (2009) señala: “... los aludidos documentos vienen provistos de una doble naturaleza jurídica, de manera que la misma muta según el momento en el cual se analizan los efectos que despliegan (...)” en *“Naturaleza jurídica de las facultades de la administración para confeccionar pliegos de condiciones.”*

propuesta-la que hace la administración en el pliego de condiciones- para obtener la mejor oferta-la que presenta el oferente en el cierre de la licitación-.

Con todo y para efectos de aterrizar lo dicho a voces de nuestro ordenamiento contractual- artículo **2.2.1.1.2.1.3.** del Decreto 1082 de 2015-, el pliego de condiciones deberá contener por lo menos lo siguiente:

- La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo.
- La modalidad del proceso de selección y su justificación.
- Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.
- Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista.
- Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato.
- Las causas que dan lugar a rechazar una oferta.
- El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar.
- Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes.
- Las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones.
- La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial.
- Los términos, condiciones y minuta del contrato.
- Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato.
- El plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir Adendas.
- El Cronograma

Los puntos demarcados en el párrafo precedente obedecen a los parámetros generales que toda entidad deberá sujetarse una vez decida exteriorizar su intención de compra. Y en este sentido, es prolijo informar que tanto la ley como los reglamentos se han cuidado en custodiar la libertad de acción con la que cuenta la administración para establecer el contenido de los pliegos de condiciones, en razón a que a mayor precisión de los contenidos del pliego-en los criterios de selección-, mayor margen de error en la consecución del objetivo; en cambio, a mayor autonomía o libertad para diseñar; mayor probabilidad de acercamiento a la sociedad y a la satisfacción del interés general.

En ese orden de ideas, el aumento del espacio y la confianza a la administración en la confección de los pliegos de condiciones, enaltece la labor de la discrecionalidad y la preconiza como herramienta útil y necesaria para la correcta adecuación y determinación de criterios de selección, de manera objetiva y razonable en procura del interés público general. En similar sentido, el Consejo de Estado de manera reiterada ha manifestado su respaldo a la facultad discrecional, evocando pronunciamientos como el que me permito transcribir:

*“los (actos) denominados discrecionales [...] se emiten por la autoridad administrativa en virtud de que la ley ha creído conveniente dejar a la sensatez, a la oportunidad, al buen criterio y al suficiente tacto que ha de presidir la gestión pública y enmarcar en la prudencia la toma de decisiones, con orden del buen servicio que ha de regir y de guiar sus tareas”.*  
(Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, 1992)

En hora buena, esa confianza es transmitida a través de los preceptos normativos y en tal virtud se robustece la facultad de la administración en el diseño de los pliegos de condiciones. Tema que será abordado en el siguiente aparte.

### **3.2 Facultad de la Administración para el diseño de los pliegos de condiciones**

Como colofón de lo anterior, es oportuno embarcarse en la magnífica atribución discrecional que le asiste a la administración en la confección de los pliegos de condiciones como

expresión inmediata de la voluntad del ejecutor que se ve sosegada por la determinación finalística de los postulados que la originan. Pero esta atribución no sería relevante sino se concreta la importancia de la confección o diseño de los pliegos de condiciones a la luz de lo que deberíamos entender para este trabajo como discrecionalidad administrativa, que por lo anotado en párrafos precedentes, se podría asemejar a la postura planteada por Marzuoli (citado por Marín Hernández (2007, p. 153)), quien afirmó que *“la discrecionalidad consiste en la determinación de aquella decisión que, en un supuesto fáctico concreto, debe adoptarse para alcanzar la satisfacción del interés público, recurriendo al efecto a una comparación y atribución de valor a los distintos intereses involucrados en el supuesto examinado.”*

En efecto, la posición transcrita tiene su fincamiento precisamente en la actividad cuidadosa y detallista que le es propia a la administración en cabeza del servidor público responsable de ajustar, apreciar y aplicar los conceptos forjadores de la relación Ciudadano-Estado y que informan y nutren el actuar administrativo adecuado.

Tal es el caso y el consecuente respeto de los postulados superiores, que a voces de Roberto Dromi (1991, p. 8), se enseña que:

*“La discrecionalidad tiene por lo menos dos límites evidentes. Uno es el respeto a la finalidad jurídica que justifica y da sustento al poder de la autoridad competente; el otro hace referencia a la necesidad de que el uso de la discrecionalidad administrativa, en nada sobrepasa lo rigurosamente necesario para el cumplimiento del interés jurídico que deba ser legítimamente tutelado. De ahí que si la finalidad que justifica cierta decisión discrecional es la de satisfacer adecuadamente el interés público, sólo él puede servir como criterio para la adopción de la medida”*

Pero como el tema neurálgico consiste precisamente en la observancia de esos intereses que cobijan el actuar administrativo, es preciso congeniar a estas alturas, la potestad de determinación propia de las facultades exorbitantes de la administración –por así decirlo-

frente a la apreciación y valoración que le es encomendada en la fijación y construcción de los pliegos de condiciones.

Y sobre este tema, es procedente entender la inmensa responsabilidad que tiene el Estado en plasmar las realidades sociales, económicas y técnicas que atrapan las necesidades de un país y que su inobservancia se convertiría en una impropia sinonimia (Marín Hernández, 2009) - discrecionalidad y arbitrariedad, que conllevaría al repudio inmediato de las facultades discrecionales por desatención de los intereses que la robustecen.

De ahí la categórica afirmación que ilustra Marín Hernández (2007, p. 146), cuando emprende su llamado de atención a la administración en la estricta labor de confección de los pliegos de condiciones y para lo cual compartimos en su totalidad, habida cuenta que señala que:

*“De este modo, se afirma que si bien es indiscutible-en cuanto constitucionalmente consagrado, p.ej. en los arts. 103.I CE y 209 C.P. de Colombia-que la administración o la función administrativa se han instituido con el fin de servir a los intereses generales, ello no quiere en manera alguna significar que dicha Administración “pueda decidir por sí misma cuáles son esos intereses generales que debe servir. Los intereses generales se definen por los órganos de dirección política, que tienen legitimación democrática directa, es decir, por el binomio Parlamento-Gobierno”, respecto de los cuales la Administración “tiene un deber de fidelidad institucional”.”*

Corolario, la facultad de diseñar los pliegos de condiciones, no es otra cosa, que la natural atribución de la administración en representar los intereses superiores que le son encomendados para en consecuencia encauzar las realidades públicas<sup>67</sup> en planteamientos documentales que reflejan la correcta y apropiada “buena administración”.

---

<sup>67</sup> Sobre el punto Marín Hernández (2009) señala: “una necesaria e imprescindible herramienta para la gestión de los asuntos públicos en un Estado *social* de derecho que actúa en medio de realidades sociales, económicas, técnicas o políticas cambiantes y evolutivas– y la arbitrariedad, confusión que, además, suele convertirse en caldo de cultivo para el indebido ejercicio de funciones públicas y, consecuentemente, para la corrupción.”

Supone además, la concreción del carácter social del Estado en tanto y cuanto su raíz se cimienta en la búsqueda constante de la protección y prevalencia del interés general sobre el particular, configurándose el armonioso encuentro entre la sociedad y el ámbito administrativo visto desde todos sus tentáculos, para actuar de manera incluyente.

La visión tradicional acerca de la Discrecionalidad administrativa entiende ésta institución como posibilidad de elección entre una pluralidad de soluciones igualmente permitidas por el Derecho objetivo (Merkl, citado por Cassese (2006, p. 151)).

Lo anterior, no sólo tiene su sustento en las doctrinas decantadas a lo largo de los años, sino también en el complejo jurídico que conforma el edificio del Estado y que a manera ilustrativa tenemos, lo que la Constitución política dice en su artículo 2, así:

*“ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

*Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”*

Es pues claro, que la discrecionalidad florece en el momento en que el creador de la ley cede el terreno al ejecutor de la ley, para que éste no solo la ponga en práctica, sino también para que la ajuste, aprecie y aplique, siempre en procura del interés general.

Empero, lo mencionado en líneas anteriores en nada significa que la discrecionalidad se encuentra lo suficientemente empoderada como para desconocer algunos aspectos que deben tenerse en cuenta ora porque son los lineamientos que impiden el descenso hacia la

arbitrariedad o porque son los que le dan forma al documento plurictado en este capítulo, cual es, el pliego de condiciones.

De antemano reconocemos que la capacidad configurativa en la estructuración de los pliegos corresponde a una actividad altamente reglada y dirigida a una construcción clara y coherente del querer de la administración con la realidad del Estado que obliga a la observancia de limitantes naturales que ciñen la administración al momento de contratar.

Sin más preámbulo, entremos a la terminología empleada por las letras b) y d) del artículo 24-5 de la Ley 80 de 1993, que sin lugar a dudas son criterios que informan la elaboración de los pliegos de condiciones, así:

**“Artículo 24.- DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:<sup>68</sup>**

“.....

“5o. En los pliegos de condiciones:

*b) Se definirán **reglas objetivas, justas, claras y completas** que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación o concurso.<sup>69</sup>*

*d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.*

“(...)”

Este enunciado normativo nos lleva a adentrarnos en las condiciones sin las cuales no podría la administración diseñar de manera correcta un pliego de condiciones en tanto y cuanto el desconocimiento de las mismas la haría incurrir en conductas proscritas por la ley y la Constitución convirtiéndola en hacedora de disposiciones abusivas, vejatoria o leoninas (Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera).

Al respecto, el Consejo de Estado ha predeterminado el margen de libertad de la administración en el sentido de tomar como referente los fines de la contratación y con ello la vinculación irrestricta de elementos necesarios para el fin específico del contrato. Y sobre

---

<sup>68</sup> Ley 80 de 1993. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>

<sup>69</sup> La expresión "Concurso" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

este punto es importante traer a colación un concepto que se puede tornar impreciso pero que al momento de concretarse puede dar visos de claridad en la determinación de los factores de escogencia en materia de contratación estatal. Pues bien, a nuestro criterio uno de los mayores problemas que se presentan en la estructuración de pliegos de condiciones claros, objetivos y justos, es desenmarañar el concepto de proporcionalidad a la luz de la escogencia de los requisitos para contratar con el Estado, puesto que este criterio no podrá quedar a merced del capricho de un funcionario por cuanto su aplicación o inaplicación genera impacto en la esfera jurídica de los particulares con el Estado. Desde esta perspectiva, el principio de proporcionalidad es concebido como una guía de conducta de la Administración pública; es decir, como un mecanismo orientador del buen uso de las potestades administrativas. (Martinez Garcia & Leal Holguin, 2011)

Este mandato o requisito es garante de decisiones más acertadas y más dirigidas a los enunciados del artículo 24 ibídem, en razón a que legitiman un actuar y rompen con la irracionalidad o desproporcionalidad de las exigencias en un pliego de condiciones, haciéndola depender de conceptos que nutren la proporcionalidad en sentido estricto y que para el efecto me permito mencionar de manera similar a la realizada por Martínez García, Juan Diego:

**Idoneidad:** este criterio se vincula directamente con el medio escogido por la Administración para obtener el fin buscado. Entendiendo por “medio” para el caso concreto de la escogencia de criterios de selección, la escogencia del tipo de experiencia que pretendo incorporar al pliego de condiciones como válida para el fin que se busca. Y por “fin” es la obtención de la necesidad planteada, sea este el suministro de determinado bien o servicios o de la construcción de una obra de infraestructura, entre otros. Este criterio encuentra su armonía con el “medio” y el “fin”, cuando los dos se complementan entre sí, es decir que, los años y la especialidad de la experiencia exigida se acompañan con la adquisición del bien o servicio requerido.

**Necesidad:** la medida de este criterio responde a la incorporación o abstención de condiciones menos lesivas a los derechos de los particulares de las que tuvo la administración

a su disposición. La pregunta que sugiere el autor en este punto es: *¿podría obtenerse el mismo fin complementario con otro requisito menos gravoso?* Que otros medios pueden existir para garantizar la igualdad y libre competencia, que permitan obtener el mismo fin.

**Proporcionalidad en sentido estricto:** este principio logra establecer si las ventajas obtenidas con la restricción de los derechos de los participantes se compensa con el sacrificio generado a los titulares del derecho y la sociedad. *“Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”*.<sup>70</sup>

Consecuente con lo dicho, tenemos que la jurisprudencia ha concebido el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80, de la siguiente manera:

*Las normas legales que se ocupan de esta materia -en particular el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80-, se limitan a señalar los parámetros generales a los cuales deben someterse las Entidades Estatales para integrar los pliegos de condiciones en cada procedimiento administrativo de selección en concreto, sin que el contenido de los mismos se determine de forma exhaustiva y detallada, toda vez que ello resulta imposible en abstracto y sólo es viable realizarlo atendiendo a las circunstancias propias de cada supuesto específico; de este modo, en la medida en que las normas recién referidas confieren un amplio margen de libertad de valoración a la Administración para que, en cada caso concreto, establezca el contenido del pliego de condiciones, dichos preceptos consagran una facultad de amplia configuración, que habrá de concretarse en el señalamiento de las reglas, los procedimientos, las exigencias y los criterios, objetivos y razonables, con base en los cuales habrá de adelantarse el respectivo procedimiento administrativo de selección del contratista. (Sentencia de Consejo de Estado, 2008)*

En otra sentencia, la misma corporación indico sobre esta preceptiva legal que: (Sentencia del Consejo de Estado, 2013)

*“En ese orden de ideas, las reglas que de manera **previa** a la apertura del procedimiento administrativo de selección deben ser fijadas por la Administración y que habrán de gobernarlo hasta su culminación —toda vez que a la luz de ellas y sólo de ellas debe adjudicarse el contrato— han de ser*

---

<sup>70</sup> Robert Alexy. La fórmula del peso, en El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional, 18 (Carlos Bernal Pulido, trad., Miguel Carbonell, coord.. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007)

*reglas justas, esto es, que realmente apunten a posibilitar la selección del mejor contratista, a la persona natural o jurídica o al grupo de personas que de mejor manera pueda cumplir con el objeto contractual, haciendo prevalecer, por tanto, las condiciones sustanciales de los proponentes respecto de los meros formalismos; reglas objetivas en la medida en que se establezcan de manera tal que sean ellas y exclusivamente ellas, las que determinen el resultado del procedimiento de selección, cerrando las puertas a que sean las estimaciones o los enfoques y criterios personales de los evaluadores los que devengan definitivos, a tal efecto, en el momento de aplicar las referidas reglas; éstas, por lo demás, como corolario del antes comentado principio de objetividad, deben haber sido fijadas con fundamento en las evaluaciones y en los estudios técnicos, económicos, jurídicos, de conveniencia o de oportunidad que la entidad ha debido llevar a cabo con el propósito de ubicarse en la mejor posición antes de configurar los pliegos de condiciones o sus equivalentes —principio de objetividad—.*

*Deben ser, así mismo, reglas claras, cuya redacción dé lugar a que la interpretación que de ellas efectúe la instancia que las fijó, sea exactamente la misma que puedan realizar tanto los posibles oferentes como quienes tengan a su cargo la evaluación y calificación de las propuestas, de suerte tal que la univocidad de su configuración conduzca a un único entendimiento posible de su contenido y, finalmente, han de ser reglas completas, esto es, que para efectos de resultar aplicables no remitan a o no precisen de la información o de los conceptos o de los criterios incluidos en otros preceptos o, en general, en fuentes externas o ajenas al propio pliego de condiciones, menos aún cuando no exista certeza en punto a cuáles son los elementos que integran dichas fuentes externas, lo cual ocurriría, por vía de ejemplo, cuando se remita “al estado del arte o de la ciencia” en un específico ámbito del saber técnico, científico o especializado.”<sup>71</sup>*

Lo dicho conduce a concluir que ante los amplios márgenes de los cuales dispone la Administración para confeccionar pliegos de condiciones deberá abstenerse de incluir criterios que resulten manifiestamente desproporcionadas o irrazonables o arbitrarias que no atiendan a las necesidades identificadas por la entidad, o dicho por el Consejo de Estdo: “Se trata, entonces, de las prohibiciones consistentes en (i) introducir condiciones y exigencias de imposible cumplimiento; (ii) prever exenciones de la responsabilidad derivada de los

---

<sup>71</sup>Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de junio de 2008, expediente 8.431

*datos, informes y documentos que suministren las entidades; (iii) consignar reglas que induzcan en error a los proponentes y contratistas —especialmente cuando aquellas establezcan efectos o consecuencias contradictorios—; (iv) consagrar reglas que permitan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada y/o (v) fijar reglas que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad contratante.*

### **3.3 Discrecionalidad administrativa en la formulación de criterios de selección**

Tal como lo diría nuestro pluricitado autor Marín Hernández (2009) “*la confección de los pliegos de condiciones constituye un muy ilustrativo ejemplo sobre la dinámica decisoria, argumentativa y de razonamiento que implica la concepción de la discrecionalidad administrativa...*”; consideración que en nuestro concepto le atina de manera simétrica a lo que hemos venido exponiendo a lo largo de este documento y con el fin de aterrizar cada vez más la intervención de la discrecionalidad administrativa en la estructuración de los pliegos de condiciones, debemos precisar cuál es el campo dejado por el legislador para que la administración entre a contender la batalla concurrente de los hechos, principios, intereses y derechos, todos ellos sujetos a ponderación, para el logro de la satisfacción del interés general.

Pues bien, en primer lugar encontramos que los criterios de selección pueden ser vistos como aquellos presupuestos de orden subjetivo y objetivo que acompañan la oferta económica con la cual un proponente pretende acercarse a la administración a fin de hacerse adjudicatario de una licitación. Por ende, estos presupuestos, deberán ser el resultado de la tarea persistente y acuciosa de los entes estatales por propender el equilibrio entre las circunstancias endógenas y exógenas que rodean cada caso concreto.

A razón de lo expuesto, tenemos que el Estado-en este caso la administración- para la consecución de los renombrados criterios de selección, deberá acudir a la laboriosa tarea de indagar e investigar en el mercado, cuáles son las condiciones (presupuesto, plazo, dificultad que pueda tener su ejecución) apropiadas para la ejecución del contrato que pretende

adjudicar; seguido de quiénes son los proveedores, cuál es la capacidad mínima y máxima de liquidez y endeudamiento; años de experiencia con las que se mueve determinado bien o servicio; buenas y malas prácticas del mercado; la costumbre mercantil, entre otros. De manera que, la determinación de los requisitos de escogencia de cualquier contratista del Estado- por pequeña que sea- implica inescindiblemente, la mutua colaboración entre Estado – ciudadano, que le permita integrar de manera cohesionada la realidad del proveedor con la rigidez contractual como premonición para la obtención de una buena selección.

Y como referente de lo dicho, queremos traer a colación la normatividad que erige los contenidos que dan vida a los criterios de selección y que posibilitan el funcionamiento de la potestad discrecional de la administración.

Hallamos al respecto, el artículo 5 de la ley 1150 de 2007 (Santofimio Gamboa, 2009, p. 127), que señala:

*“Artículo 5°. De la selección Objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

- 1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes (...)*”
  - 2. “La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad (...)*”
- “(...)”*

Como pudo hacerse notar, la norma en comento, no solo proscribía toda actividad que privilegie intereses de carácter particular, sino que también introduce un binomio de condiciones que entrarán a motivar tanto la selección del contratista como la mejor oferta.

Por esta razón, al hablarse de criterios de selección de un contratista, es imperante conocer que el legislador al establecer desde el artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el principio de selección objetiva, le entregó la llave de acceso a la administración para que esta a su vez, con suma responsabilidad, transparencia e igualdad, sepa elegir –previa ponderación– tanto los requisitos que habilitan a los oferentes a participar de una licitación pública, como la correcta definición de los factores que le permitirán evaluar la mejor oferta.

En concordancia con lo anterior, si bien la selección objetiva no tiene una definición concreta en la ley diferente a la descripción del cómo se debe adelantar el proceso de selección de un contratista mediante la utilización de conceptos jurídicos indeterminados; también lo es que los enunciados del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, entran a complementar de manera profunda el vacío entregado por el legislador, a razón de la persecución de los fines de la función administrativa contemplados en el artículo 209 de la Carta Política que obligatoriamente influyen en todos los tentáculos del quehacer administrativo, como lo es para este caso, la conformación de los criterios de selección de contratistas.

### 3.3.1 Criterios habilitantes

Como hemos venido nutriendo en la extensión de este capítulo, la confección de los pliegos de condiciones involucra una actividad que va más allá del simple cotejo de los parámetros señalados en la norma; para que en su lugar, se abriera camino a la libertad y autonomía de la administración<sup>72</sup> al escoger la mejor manera de satisfacción de los intereses encomendados.

---

<sup>72</sup> Deseo hacer énfasis en el concepto de la **autonomía de la voluntad** en razón a que fue un concepto rescatado por el legislador en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, en donde de manera clara se hace una disertación acerca de este concepto, enfatizando entre otras cosas, la necesidad de: "... recuperar la trascendencia de la autonomía de la voluntad como principal fuente creativa y reguladora de las relaciones sociales." Pero el legislador no sólo promovió la libertad contractual de la administración sino que también la hizo depender inexcusablemente del interés público general en cuanto a que "la autonomía no puede regular aquellos campos que pertenecen exclusivamente a la esfera del derecho público en razón al interés colectivo que los fundamenta." Gaceta del Congreso, n°75 del 23 de septiembre de 1992. Proyecto de ley n° 149 de 1992 "Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública". p.12. Al respecto, léase también, Corte Constitucional. Sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández: "Con fundamento en la autorización contemplada en el canon 150 Superior para regular los contratos del Estado, el legislador dictó la Ley 80 de 1993, que está apuntalada filosóficamente sobre dos premisas fundamentales: la autonomía de la voluntad y la incorporación de los principios del derecho privado, con los cuales se pretende combatir la ineficiencia administrativa que en este campo de la actividad estatal había originado para esa época el exceso de trámites y la abundancia de procedimientos".

De cara a conseguir este objetivo, se prohíbe la utilización de factores que habían hecho mella tiempo atrás y que impedían garantizar la mejor escogencia y mucho menos propendía por la pluralidad de participación de oferentes; de tal suerte que los órganos estatales se conformaban con contratistas que dominaban las adjudicaciones con ofrecimientos de bajo valor o menor plazo de ejecución, que a voz en cuello se exclamaba en los pasillos de la vieja administración, que estos criterios no permitían determinar la oferta más favorable para la entidad, como tampoco constituían un criterio de comparación acorde con la realidad de un estudio de mercado y de un determinado objeto contractual.

En consecuencia, hoy en día, se saluda con complacencia, la introducción de las reglas de participación o criterios de habilitación que incorpora la ley 1150 de 2007 con el propósito de que sea la misma entidad la que de acuerdo a sus necesidades, o a la naturaleza del contrato, establezca los factores con los cuales se le facilite la selección, pero *“que no sean discriminatorios o constituyan un medio para vulnerar el principio de igualdad”* (Palacio Hincapié, 2010, p. 229).

Sobre este apartado, la reforma a la ley 80 de 1993, produjo una excavación en la manera en que antiguamente se seleccionaba al contratista, a tal punto que implantó un filtro que comúnmente se conoce como “pasa-no pasa”; sistema que tiene su asentamiento en la identidad de la persona o sujeto de derecho que puede presentar ofertar, como también en la verificación de la capacidad e idoneidad técnica y empresarial del futuro contratista.

Pero este esquema de selección o filtro, no solo se mueve en torno a conocer las condiciones que rodean al oferente, sino que al mismo tiempo, observan con detenimiento la posibilidad que tienen los proponente de desarrollar el objeto contractual de acuerdo con su experticia y posicionamiento organizacional y financiera.

La conformación de los criterios habilitantes, como hemos enunciados someramente en líneas anteriores, obedece a la facultad que tiene la administración en establecer condiciones que habiliten a los proponentes a participar de un proceso contractual y para lo cual deberá

suministrar la información necesaria que le permita obtener la tranquilidad suficiente para conocer los dones y aptitudes del empresario que desea tener como proponente.

Así las cosas, la entidad estatal deberá echar un vistazo a los requisitos consignados en el numeral 1° del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, que indican:

- Capacidad jurídica
- Capacidad financiera
- Experiencia
- Organización

Al tenor de lo señalado, relataremos brevemente en qué consiste cada uno de estos requisitos y por qué el legislador impartió su concentración en estos requisitos como objeto de una simple verificación de la primera etapa de la licitación y no como puntos de calificación determinantes para la escogencia.

En cuanto a la capacidad jurídica, tenderemos que decir que es aquella que se refiere a *“la aptitud jurídica de contraer derechos y obligaciones, la capacidad de ejercicio a la que se refiere el código civil en el artículo 1502 al señalar los requisitos para obligarse, y no a la capacidad de goce como atributo de la personalidad”* (Expósito Vélez, 2009, p. 145). Es decir que, este requisito concierne a la capacidad de ejercicio que tiene la persona del proponente en contraer derechos y obligaciones por sí mismas. Es la condición que le permite actuar con plena disposición de los derechos que le son propios para comprometerse ante terceros.

Seguidamente encontramos la capacidad financiera que, como su nombre lo indica, corresponde a la idea de obtener por parte del oferente el soporte que permita demostrar la solvencia económica para asumir los compromisos que le impone el objeto contractual. Para el efecto Expósito Vélez (2009, p. 146), apunta que se deberá analizar *“los indicadores económicos del proponente (patrimonio, liquidez, nivel de endeudamiento) y, con*

*fundamento en ellos, se determina si éste es suficientemente idóneo desde la perspectiva económica para ejecutar adecuadamente el objeto del contrato.”*

Frente a la experiencia, se mirará la habilidad o aptitud desarrolladas por el oferente en torno a las operaciones, obras y/o servicios que demande el objeto del futuro contrato; es decir que, la experiencia para este caso, se consolida como el *“conjunto de conocimientos, habilidades y destrezas adquiridos o desarrolladas mediante el ejercicio de una profesión, ocupación u oficio”*(ibíd., p. 145); lo cual conlleva al reconocimiento por parte de la entidad de las experiencias anteriores que el oferente haya tenido con ocasión del ejercicio de contratos con similitud de objeto al que pretende contratar.

De otra parte, el requisito de organización, atañe a la conformación o distribución del trabajo con la que cuenta el contratista para el cumplimiento de sus obligaciones. Este factor involucra no solo la concepción del negocio que maneja el oferente (empleados, maquinaria, estructura del equipo de trabajo), sino también, trata de predecir la capacidad de ejecución del objeto contractual en el término insinuado en los pliegos de condiciones. Así las cosas, *“la organización es la capacidad administrativa y técnica que puede tener un proponente para efectos de cumplir con las prestaciones a las que se compromete con la presentación de su oferta”* (ibíd., p. 145).

Colofón, los elementos relacionados en párrafos precedentes, realzan la importancia que tiene para la administración el articular los factores que tendrá en cuenta para otorgar el “boleto de entrada” (Reyes Yunis, 2007, p. 46) de un oferente a la segunda etapa con la que evaluará su propuesta. En ese orden de ideas, los requisitos del proponente son solo habilitantes o facilitadores de la segunda etapa y por eso, su verificación se hará bajo el esquema de “pasa-no pasa” sin que en algún momento su experiencia- sea ésta grande o pequeña- se convierta en el factor determinante de la selección de un contratista. Todo lo contrario, la facultad discrecional de la administración en el diseño de los pliegos de condiciones, al ser tan amplia, pero a su vez limitada por los principios que la robustecen, no podrá dar cabida a la importación de requerimientos innecesarios o desproporcionados, que desnaturalicen el objeto del contrato a suscribir y sobrepasen el valor estimado de ejecución.

Por mandato expreso del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [EGCAP], los criterios habilitantes deberán ser proporcionales y para tal fin, el decreto 1082 de 2015, en la “Subsección 6 Análisis del Sector Económico y de los oferentes por parte de las Entidades Estatales”, estipuló de manera textual la determinación de los criterios habilitantes, así:

*“Artículo 2.2.1.1.1.6.2. Determinación de los Requisitos Habilitantes. La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: “(a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes.”*

De esta manera, se coligen virtudes y limitaciones en el momento en que se establecen las exigencias del pliego de condiciones, en tanto que, siempre la administración deberá respetar y acatar los principios que mejor se ajusten a los fines buscados con la selección objetiva y de proporcionalidad, frente a cada caso particular. La justificación de esta prescripción se encuentra en el hecho que los fines de la función administrativa, como los principios que informan la contratación del Estado, conducen a una “...democratización en el acceso a la contratación pública de los oferentes, en la medida en la cual no importará si un proponente es grande o chico, sino si tiene condiciones de capacidad mínima para desarrollar el objeto contractual de que se trate. Una vez superada esa barrera proporcional de entrada al proceso, la competencia estará limitada a la oferta” (Suárez Beltrán, 2014, p. 53).

Así las cosas, la determinación de los requisitos para contratar con el Estado, corresponde a una actividad discrecional que de manera sutil se inmiscuye en el giro ordinario de las actividades de los particulares, en razón a que la inclusión o exclusión de los mismos-dadas sus condiciones especiales - en los negocios del Estado le competen a la administración en medio de su autonomía o libertad. En tal virtud, consideramos que la selección de los

requisitos habilitantes revisten el punto más sensible de la discrecionalidad administrativa dentro de la confección de los pliegos de condiciones, por tratarse de un tema en el que se involucra en mayor medida la conjunción de los principios que informan el derecho y la contratación, que, comparados frente a otros aspectos también relevantes en el mencionado documento, no generan el mismo nivel de comprensión y análisis que se necesita para conformar “el pasa-no pasa”. Por lo anterior, existe más capacidad de configuración en el diseño de los requisitos habilitantes que en los demás aspectos del pliego de condiciones, sin que con ello quiera de manera alguna alejar la discrecionalidad en los demás tópicos que articulan el pluricitado pliego de condiciones.

### **3.3.2 Factores de evaluación**

Con ocasión de la ley 1150 de 2007, el legislador sustrajo de la órbita del gobierno nacional, reglamentar de manera taxativa los factores que serán objeto de constatación y de evaluación en materia contractual y con ello, emplazó a cada una de las entidades la responsabilidad de escoger cuales requisitos verificará y cuales evaluará. Esta diferenciación permite separar los requisitos de evaluación de los habilitantes, con el fin de llegar a la etapa en la que el procedimiento de selección -de manera natural-conduzca a las ofertas a un “cara a cara”, que de por sí, permita la auto-eliminación de la menos ventajosa para los intereses del Estado.

Dada la anterior repercusión, es de suyo pensar que tenía razón el legislador al atribuirle “carácter y fuerza” a la oferta presentada por el proponente habilitado, habida cuenta que sólo con la comparación de las mismas se podría obtener una real y efectiva puja de intereses y ofrecimientos, que las expusiera a tal punto que fueran susceptibles de diferenciación.

Es decir que, *“los factores de ponderación o de evaluación son los que en realidad determinan la propuesta que mejor satisface las necesidades de la administración y no simplemente cuál de los proponentes es el más idóneo en la ejecución del contrato, pues, se insiste, todo oferente que supere los requisitos mínimos habilitantes se entiende que es suficientemente idóneo para la ejecución del objeto contractual”* (Expósito Vélez, 2009, p.

148). Seguidamente tenemos que el numeral 2° del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, señala como factor de evaluación los siguientes (Santofimio Gamboa, 2009, p. 127).:

*2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los consultores o asesores designados para ella”*

De lo transcrito se explica con claridad que el precio no puede ser el factor definitivo para determinar si una oferta es la más ventajosa para la administración, pero sí puede ser un elemento constitutivo, junto con otros, para provocar la oferta más favorable para los intereses comunes entre el Estado y el ciudadano.

Sin embargo, no todo quedó dicho en el artículo precedente, por cuanto el decreto 1510 de 2013, en el artículo 26 dispuso:

*“Artículo 26. Ofrecimiento más favorable. La Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista. En la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio. Si la Entidad Estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliegos de condiciones: 1. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta. 2. Las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, tales como el*

*uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio. 3. Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras. 4. El valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas. La Entidad Estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo. La Entidad Estatal debe adjudicar al oferente que presentó la oferta con la mejor relación costo-beneficio y suscribir el contrato por el precio total ofrecido.”*

Al corte de lo enunciado, vislumbramos que la ponderación de los factores tiene varias aristas que indefectiblemente harán en primer lugar, depender el precio, no sólo de la naturaleza del contrato que pretende adjudicar, sino de las ventajas económicas que devienen de un equilibrio de costo-beneficio (asignación de este criterio a un valor monetario) en términos de economía, eficiencia y eficacia. Y por otro lado, desde la perspectiva técnica, posibilita a la administración a utilizar diversos criterios, tales como, el desempeño del contratista en sus contratos anteriores; la calidad de los materiales, bienes o servicios; el plazo de ejecución o entrega de la prestación; mayor garantía a los servicios prestados; utilización de medios tecnológicos que brinden un “plus” funcional, etc.

Como segunda medida, existe la posibilidad de escoger la oferta más favorable con la monetarización de las condiciones técnicas mínimas y adicionales; y de las condiciones económicas mínimas y adicionales, caso en el cual la administración seleccionará los

parámetros que estará dispuesta a calificar y sobre las que impondrá un método de apreciación que le arroje el valor monetario de la oferta en proyección con la relación costo-beneficio.

Teniendo clara la construcción de los mencionados factores de evaluación, la tarea consecuente por parte de la administración, es la asignación de puntajes con los cuales se acreditará la ponderación de las ofertas. Desde el punto de vista económico, existen varios mecanismos que resultan efectivos al momento de evaluar las propuestas y son: el precio más bajo, la media aritmética, la media geométrica o la mediana. Todas ellas amparadas con fórmulas matemáticas que colaboran con la función de escogencia de la oferta más favorable.

Todo lo anterior nos desemboca nuevamente a la facultad discrecional de la administración en la confección de los pliegos de condiciones, de tal suerte que, *prima facie*, se puede extraer que la tarea de rellenar el supuesto de hecho dejado por la normatividad a la administración en la estructuración de los criterios objetivos, razonables y proporcionales de los documentos precontractuales, se proporciona en razón a la autonomía y la potestad de contratar.

Tal es la razón por la cual se impone que, el pliego de condiciones es el escenario propicio para ejercer la libertad conferida a la administración; siendo ésta una libertad “*relativa, limitada por el bloque de legalidad*, por un lado y, por otro, libertad no para hacer *cualquier cosa*, para escoger entre indiferentes, sino *libertad para establecer criterios objetivos*-de componente técnico, económico, político, de conveniencia, etcétera- *de decisión*, con base en los cuales escoger, elegir, decidir o, lo que es igual, en los cuales *subsumir* los hechos o las circunstancias propias de cada caso concreto” (Marín Hernández, 2009)).

### **3.4 Límites de la discrecionalidad administrativa en la estructuración de los pliegos de condiciones**

#### **3.4.1 El interés general como presupuesto necesario en la confección del pliego de condiciones**

La teoría jurídica ha reconocido con pletóricos argumentos, un nutrido conjunto de principios que vienen a direccionar el actuar de la administración, teniendo como una de sus principales banderas, el interés general; desarrollo que ha tenido sus vicisitudes a lo largo de la historia con el fin de lograr mecanismos eficientes en la limitación del apetito individual sobre el interés colectivo.

Dentro de este horizonte finalístico, logramos discernir, como aparece en Matallana Camacho(2009 p.72)) *“que el principio de prevalencia del interés general se vincula directamente con las finalidades estatales y que para su concreción requiere de todos los niveles del ordenamiento normativo que permitan materializar su alcance, por cuanto su carácter constitucional lo hace abierto e indeterminado.”* Y para el caso colombiano, también agrega el autor que, *“le corresponde eventualmente a la administración calificar ese interés general, pues son muchas las eventualidades en que actúa directamente en desarrollo del texto constitucional sin necesidad de intermediación del legislador”*.

Posición que compartimos en su totalidad y hallamos su soporte- en similitud sentido con Matallana Camacho(2009)- tanto en la Constitución Política, a través del artículo 2º, en donde se prevé cuáles son los fines esenciales del Estado, encontrándose el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; entre otros. Al tiempo que, más adelante, en el artículo 123, insta a los servidores públicos a servir a la comunidad; para que finalmente-corriendo el riesgo que existen mucho más disposiciones de la Carta Política que invitan a administrar con prevalencia del interés general- haga su aparición el artículo 209, que retoma la importancia de la función de quienes se encuentran al servicio del engranaje estatal y los destina al servicio de los intereses generales.

Pero este principio no sólo encuentra descanso en los postulados constitucionales, sino que, como es lógico, en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [EGCAP], que empieza por enseñarle a la administración pública los fines sobre los cuales deberá fincar el acto de contratar y para ese efecto le informó a través del artículo 3° de la Ley 80 de 1993, que *“Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”*. (subrayado fuera del texto)

Al respecto, la Corte Constitucional durante el estudio de constitucionalidad de los artículos de selección objetiva de la ley 80 de 1993, realizó consideraciones relativas al interés general como elemento fundamental de la actividad contractual del Estado, poniendo de presente que: *“Cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas. La celebración de un contrato en la que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio. A veces la relación con el interés público es inmediata, en tanto que en otras ocasiones la relación es apenas indirecta. Sin embargo, el hecho de la celebración del acto jurídico por parte del Estado implica la presencia del interés público. Por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados.”*<sup>73</sup>

*“El interés público implícito en la contratación estatal, afecta de tal manera este instituto jurídico, que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. (...)”*

*“En efecto, la Administración no puede exponer la cabal obtención de aquel interés general, confiando la ejecución de los objetivos contractuales en manos de personas que no reúnan las garantías y condiciones suficientes. Es más, se le impone un celo especial*

---

<sup>73</sup>Exposición de motivos a la Ley 80 de 1993. Jorge Bendeck Olivella . Gaceta del Congreso, N° 75. 23 de septiembre de 1992

*en la selección de aquella persona que mejores condiciones y garantías presenta.”*

(Sentencia Corte Constitucional, 1999)

Con tal virtud se presenta el principio del interés general como fuente primordial de toda la actividad contractual que no sólo tiene un impacto sostenido durante la etapa de selección del contratista a través de la escogencia de los factores determinantes para la participación en los procesos de selección, sino también durante todo el recorrido de una relación contractual que se germina en la elaboración de los documentos previos de la contratación y se culmina con el acta de liquidación. Desde esta perspectiva, el concepto de interés general se consolida como el más importante y precioso de los asuntos y justificaciones de todo lo relacionado con el contrato en materia estatal. (Santofimio Gamboa, 2008)

De manera que, el principio del interés general pone de relieve para el contrato estatal su irremediable vinculación al contexto del Estado social de derecho, con el propósito de satisfacer las necesidades de la comunidad y de proteger lo que a todos nos pertenece; de aquí su carácter teleológico y finalístico. (Sentencia Corte Constitucional, 2003)

Consecuente con lo dicho, el artículo 2.2.1.1.2.1.1. del decreto 1082 de 2015, dotó de contenido la actividad de la administración al presentarle preliminarmente la forma como tendría que concretar la planeación de los documentos que intervienen en la contratación estatal, indicando para ello, los estudios y documentos previos de donde se da inicio a la concepción esencial de interés general, como quiera que desde ese lugar, se incuban los embriones del quehacer de la administración con miras a la obtención del interés que satisfaga la comunidad en general.

Por último, pero no menos importante, vislumbramos que el interés general no sólo hace eco en la planeación de la etapa precontractual, sino también en la escogencia de los factores de selección, toda vez que -como hemos dejado en líneas anteriores- el artículo 5° de la ley 1150 de 2007, formuló la noción de selección objetiva, trayendo como punta del asta, la instrucción de elegir el ofrecimiento más favorable para la entidad y a los fines de la misma,

vociferando que son aquellos que responden a consideraciones alejadas de cualquier motivación subjetiva o individual-aclaración nuestra-.

Desde otro tópico, encontramos que el interés general hace parte del enriquecido mundo de los conceptos jurídicos indeterminados, que dicho sea de paso sin lugar a la menor duda, su función no es otra que “...*dar a la norma la elasticidad necesaria para que resulte adaptable a la cambiante realidad y así el resultado de su aplicación pueda ajustarse con mayor exactitud a la solución que la norma preconiza*”(Villamizar Schiller, 2006).

La utilización de tales conceptos no conlleva *per se* el otorgamiento de facultades discrecionales para que la administración -bajo un supuesto normativo incompleto- incorpore lo que mejor le parezca o lo a que su saber y entender concibe como apropiado; todo lo contrario, los conceptos jurídicos indeterminados cargan implícitamente una idea y visión que conforman el sello de su aplicación, para que en el momento de su interpretación, no se agoten en un solo supuesto de hecho. Esta denominación que ha hecho carrera en el derecho administrativo como una herramienta limitante de la actuación del Estado-autoridad, cada día se posiciona como fuente del actuar estatal, en la medida en que permite dar soluciones que se congenien con circunstancias particulares que aproximan a la administración a la satisfacción del sentir colectivo.

Adicional a lo anterior, la presencia de actividad discrecional, o de la estructuración de conceptos jurídicos indeterminados en la conformación del contenido de los pliegos de condiciones comporta un depósito de libertad a la administración para que, de acuerdo a su consideración, adopte decisiones que vayan más allá de una aplicación técnica que proporciona el legislador- que sea del paso decir que le quedaría imposible establecer un mismo parámetro para todos los contratos- y en su lugar se involucre en terrenos que hagan viable el negocio con el cual se va a satisfacer el fin público.

En esta delicada actividad es donde se empodera la concepción de los conceptos jurídicos indeterminados en tanto y cuanto la norma determina algunas de las condiciones para la adopción de decisiones que deben ser integradas a supuestos de hecho específicos, o, dicho

de otra manera, es el terreno propicio para un aterrizaje manual que permite adecuar el contenido indeterminado o impreciso de la norma en procura de la obtención del bienestar general de la comunidad.

En ese orden de ideas, es coherente afirmar que el interés general hace parte del conglomerado ontológico que respalda la constitución y la ley, y que su naturaleza entraña lo excepcional y exquisito del derecho administrativo, es decir, pertenecer a los denominados conceptos jurídicos indeterminados como limitantes de la facultad discrecional; también lo es que, existen conceptos jurídicos indeterminados-como por ejemplo los enunciados de “ofrecimiento más favorable”, “experiencia”, “capacidad financiera y de organización”- que a cambio de ser vistos como limitantes de la discrecionalidad administrativa, vienen a ser sus colaboradores de gestión, que les permite conformar el equipo “ganador” de la contratación.

Llamo la atención sobre este planteamiento, por cuanto comulgamos con la anotación que frente a la contratación hizo Marín Hernández (2009) y que a la postre me permito compartir:

*“(...) la utilización de conceptos jurídicos indeterminados-verbigracia los de ofrecimiento más favorable, experiencia o capacidad financiera y de organización-, en manera alguna hace desaparecer la discrecionalidad que el ordenamiento atribuye a la administración para configurar los mencionados documentos, pues lejos de lo que sostienen la tesis de conformidad con las cuales la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados constituyen nociones antagónicas, en realidad éstos se constituyen en fuente de aquélla.”*

De este modo, la discrecionalidad consistiría en la habilitación para que la Administración establezca en sede aplicativa los presupuestos de su propia actuación, intencionadamente indeterminados, inacabados o imperfectos en la norma reguladora de su actividad. La máxima discrecionalidad vendría conferida en las denominadas *normas de programación final* o por objetivos, es decir, aquellas que carecen de supuesto de hecho definido y mediante las cuales suele programarse la actividad conformadora y/o planificadora de la

Administración (por oposición a las *normas de programación condicional* que autorizan discrecionalidad en la adopción de su consecuencia jurídica: «Si concurre el supuesto de hecho X, la Administración *podrá* adoptar la consecuencia jurídica Y ó Z»). *La discrecionalidad no radicaría, entonces, en la elección de la consecuencia jurídica, sino en el establecimiento de los criterios que a la postre determinarán la aplicación —o inaplicación— de una u otra consecuencia jurídica»* ( Marín Hernández (2009 p.12)).

Para el caso que nos ocupa, vale la pena traer a colación la materialización de un ejemplo en particular, que a mi juicio podría dimensionar un poco la connotación de la aplicación del interés general como concepto jurídico indeterminado de cara a la realidad, así:

En un proceso licitatorio cuyos factores habilitantes se encuentran por definir por parte del operador administrativo y en donde existan tantas variables que impiden al operador realizar un juicio de valor que le permita tomar la determinación de ajustar los hechos a un parámetro de “aplica” o “no aplica”, es donde nos sumergimos en la necesaria utilización de los conceptos jurídicos indeterminados como fuente de la discrecionalidad a la hora de adoptar dentro de varias posibilidades la más ajustada a la indeterminación permitida por la ley, considerando para ello, algunos como: factores de orden técnico, económico, político, de conveniencia u oportunidad- racionales o razonables, más no concluyentes o definitivos-, con el fin de arribar a la formulación de un criterio objetivo y razonable de decisión.

Tal es el caso de la estructuración de un proceso licitatorio cuyo objetivo primordial es la concesión de la operación y recaudo de estaciones de peaje de algunas vías del territorio nacional y en la que se conjugan muchos intereses provenientes de diferentes actores que participan de actividades relacionadas, como lo son; empresas que recaudan dinero-bancos o entidades financieras, grandes superficies, etc-, empresas transportadoras de valores y empresas concesionarias de vías cuya función es la operación de estaciones de peaje; todos estos son posibles proponentes que entrarían a conformar el círculo de interesados en un negocio que les compete.

Ante este escenario, la exigencia de la experiencia-como ejemplo- debería atender a garantizar que los proponentes cuenten con la experiencia necesaria o suficiente para la obtención del fin público establecido; pero en este trasegar se encuentran interrogantes que la administración entra a razonar a fin de establecer la idoneidad del proponente en línea directa con la necesidad estatal, como lo tuvo que haber hecho la entidad correspondiente en su momento, al preguntarse cosas como: ¿la experiencia en el recaudo de dinero y operación de estaciones de peajes son los únicos elementos que garantizan la obtención del fin perseguido por la entidad? Se está dando prelación al principio de selección objetiva? ¿La experiencia en concesiones viales puede proporcionar un valor agregado para la operación de una estación de peaje? Es razonable sostener que un trasportador de valores es idóneo para recaudar dinero y operar estaciones de peaje? Ante estos requerimientos también es oportuno considerar si la experiencia solicitada resulta gravosa para los interesados en participar, que de una u otra forma hacen parte del desarrollo de las actividades principales planteadas en la necesidad.

Pues bien, como quiera que este caso fue real, a continuación me permito transcribir los requisitos de acreditación de experiencia seleccionados por la entidad respectiva:<sup>74</sup>

“(…)

*“En consecuencia, el proponente o alguno(s) del (los) integrante(s) del proponente plural 5 deberá(n) acreditar que tiene(n) experiencia en una (1) cualquiera de las siguientes 6 modalidades:*

- a. Recaudo en operación de estaciones de peaje o;*
- b. Una combinación de experiencia en recaudo en operación de peajes y recaudo de dinero físico en sistemas de transporte terrestre masivo de pasajeros. En caso de que el Proponente o alguno(s) del (los) integrante(s) del proponente plural opte por ésta opción, la experiencia de recaudo en operación de estaciones de peajes deberá ser igual o mayor al sesenta por ciento (60%) del valor total exigido como experiencia de recaudo.”*

---

<sup>74</sup> Ver esta información en el siguiente link: <http://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do> o <file:///C:/Users/catalina/Downloads/PCD PROCESO 11-1-62987 124002002 2366662.pdf>

En mi criterio, la decisión de la entidad fue razonable con el fin perseguido, por cuanto exigir experiencia en el recaudo tanto en la operación de estaciones de peaje como en el recaudo de dinero físico en sistemas de transporte terrestre masivo de pasajeros, hacen parte del objeto principal del contrato, sin los cuales podría llevarse a cabo tan específica actividad, por tratarse de: (i) una operación que requiere destreza y seguridad en la operación; (ii) requerirse conocimiento técnico de los medios utilizados en una operación, como también sus contingencias y riesgos; y (iii) manejar recurso públicos; entre otros.

De otro lado, considero proporcional con el sector, el no haber exigido experiencia en contratos de concesión, por cuanto muchas de las concesiones –por lo menos las viales- no ejecutan la operación del peaje y el recaudo de manera directa sino a través de terceros que no necesariamente hacen parte de la estructura societaria del concesionario y que en caso de haberse exigido una experiencia en concesión, la misma habría limitado a los prestadores de servicios de la actividad específica de recaudo y operación de peajes.

Algunas de estas consideraciones son las que a mi juicio deberá tener en cuenta el operador administrativo en los casos en los que no haya nitidez normativa para el ajustamiento de las necesidades estatales frente a las realidades del Estado, y que adicionalmente el estudio de los casos particulares no permita una solución lógica deductible que proporcione una única solución, para la cual es permitido asociar de manera armónica los conceptos jurídicos indeterminados con la facultad discrecional de la administración.

Así lo concibió el Consejo de Estado cuando hizo referencia a los conceptos jurídicos indeterminados:

*La comprensión de los conceptos jurídicos indeterminados que, a juicio de la Sala, se acompasa con el relativismo axiológico moderado que imponen el principio del pluralismo y el propio principio democrático, es la que establece entre aquéllos y la discrecionalidad administrativa, una diferencia apenas gradual, no cualitativa o radical, en la medida en que, según las circunstancias del caso concreto, tales conceptos indeterminados pueden constituirse en fuente de discrecionalidad administrativa, de la manera que se explicará a continuación que es como debería entenderse la facultad discrecional.*

*Naturalmente, ello no ocurrirá en aquellos supuestos en los que el concepto jurídico indeterminado provea al operador jurídico -administrativo o judicial- de suficientes elementos de juicio como para poder tener por acreditado que el caso se encuadra, sin lugar a dudas, en alguna de las zonas de certeza del concepto -positiva o negativa, con lo cual, el concepto claramente se aplica o se inaplica. Pero sí es lo que sucede en los casos dudosos, penumbrados, o neutros, los que caen en la zona o halo de incertidumbre del concepto, en los que una decisión estrictamente lógico-deductiva no es posible, y se hace necesario recurrir a argumentos o elementos de juicio de naturaleza técnica, económica, política, de conveniencia u oportunidad, etcétera -que, como se explicó, pueden ser racionales o razonables, más no concluyentes o definitivos-, con el fin de arribar a la formulación de un criterio objetivo y razonable de decisión, que es, como se verá, lo mismo que cabe esperar que realice el operador jurídico que ejercita una facultad discrecional.” “(...)” (Sentencia del Consejo de Estado, MP. Alier Hernandez, 2006)*

#### **3.4.2 La planeación como elemento dinámico dentro de la estructuración de los pliegos de condiciones.**

Hoy en día, es fuente primordial del quehacer de la administración tener en consideración un principio que al principio-valga la redundancia- generaba un gesto de desinterés o irrelevancia al momento de contratar, por cuanto el modus operandi de la contratación respondía a la necesidad de “arrancar y arreglar sobre el camino”, circunstancia que, en algunas ocasiones no salía del todo mal para lo cual sobraba preguntarse: ¿Por qué planear? Pues bien, a raíz de esta interesante concepción anclada en la profundidad del pensamiento del operador administrativo, surge la perspectiva dinámica del principio de planeación, ya no como una definición plana que se agota con saber qué quiero contratar-plan de contratación-sino que involucra factores y actores que sinérgicamente producen la satisfacción del interés general a través de la utilización del conocimiento real y efectivo de las necesidades de la comunidad puestas en comunión con los actores del mercado. Desde esta orbita, el dinamismo de la planeación consistiría entonces en la integración de la cantidad de saberes y técnicas como de seres humanos, que participan en la construcción de la contratación.

Pero la preocupación por la planeación no es algo que recientemente tomó fuerza vinculante en la contratación estatal, pues de tiempo atrás, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de

1993, el legislador dejó anotado en los anaqueles del congreso, el motor de la reforma en materia de contratación estatal, que para nuestro gusto cabe resaltar el acápite denominado *VI Aspectos generales sobre la selección objetiva*, en la que menciona: *“La falta de claridad sobre los propósitos y fines de la contratación ha derivado en la imposición de trámites excesivos que entorpecen enormemente la actividad de la administración y de los particulares en ese campo, al punto que, como se indicó anteriormente, en varios casos el término entre la apertura de la licitación y la iniciación de las obras es de tres a cuatro años. De otra parte, la exigencia de innumerables requisitos ha determinado un ostensible entramamiento de la gestión administrativa en materia de contratación estatal.”*<sup>75</sup> Todo lo anterior, le dio cabida al fortalecimiento del principio de planeación que si bien no se especifica como tal dentro del marco conceptual de la Ley 80 de 1993, si se entreteje de la mano con otros principios como el de eficacia, economía, responsabilidad y transparencia, exhortando tanto a servidores públicos como a particulares a obrar bajo el claro e inequívoco entendimiento de que una de las finalidades de la contratación estatal es el cumplimiento de los fines del Estado.

De ahí que, la planeación *“obedece a la necesidad colectiva y económica de optimizar recursos, reducir costos, minimizar errores humanos y alcanzar el desarrollo de obras que son de prioridad social y no exclusivamente de orden suntuario...”* *“es parte del concepto de modernización y eficiencia del Estado”*. (Aponte Diaz, 2014)

Acorde con lo esbozados en líneas precedentes, el cumplimiento del deber de planeación permite no solo hacer efectivo el conjunto de normas ontológicas que componen el actuar de la administración, sino también de manera pragmática, logra satisfacer las necesidades de la población a través del contemplamiento de variables que los organismos del Estado deben respetar y acatar con sujeción al principio de planeación durante la etapa previa a la publicación de los procesos de selección. Al respecto, El Consejo de Estado, ha reiterado la importancia de tener en cuenta durante la elaboración de los estudios previos, los siguientes

---

<sup>75</sup> *Gaceta del Congreso*, n°75 cit., p.17

aspectos relevantes:

*(i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar. “1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. 2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas. 3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.” (Sentencia, 2006)*

La planeación es entonces un sistema transversal que involucra no sólo el actuar de los servidores públicos que se ven obligados a explorar el mercado planteado en la necesidad, sino también, al proveedor del bien o servicio con el cual se adelantó el reconocimiento conceptual, técnico, operacional y financiero del objeto a contratar.

Como apoyo a este planteamiento tenemos que el alto tribunal de lo Contencioso Administrativo se pronunció en sentido de involucrar al futuro contratista como colaborador de la administración en la etapa de la planeación y para el efecto adujo que:

*“Finalmente, no debe olvidarse que a las voces del inciso 2º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 los particulares “tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades*

*estatales que...<sup>76</sup> colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones” y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse.” (Sentencia , 2013) (subrayado fuera del texto)*

En últimas, es importante recalcar que la administración al confeccionar los pliegos de condiciones también se encuentra limitada a la aplicación de técnicas y métodos provenientes de corrientes diferentes a la gestión propia de la administración que de manera directa influyen en la materialización del fin perseguido, como lo son entre otros, el conocimiento de los oferentes como agentes económicos, el comportamiento de los precios, la conducta de los oferentes en la búsqueda de maximizar sus beneficios o utilidades, costos de oportunidad (Martinez Garcia & Leal Holguin, 2011) y, en general todas aquellas circunstancias exógenas que inciden en la determinación de unos criterios evaluables que se acompañen con la naturaleza y el valor del contrato. Todo lo enunciado se construye indiscutiblemente en asocio con el futuro contratista, quién a voces del Consejo de Estado es un colaborador de la administración.

### **3.4.3 La facultad reglamentaria como manifestación de la potestad de organización que le asiste al ejecutivo como mecanismo de limitación**

El elenco de potestades que vienen a informar el ejercicio de la función administrativa, se nutre no solamente de la potestad reglamentaria sino también, de la potestad de organización que le asiste a cada administración pública. La cual, responde a la ordenación y organización interna de la misma, para un mejor desempeño de la citada función. No obstante lo anterior, ambas potestades pueden coincidir en su contenido y fines cuando se encuentran al servicio de la finalidad constitucional que le asiste a la Administración; con ello nos referimos a la obtención del interés general.

---

<sup>76</sup> El aparte omitido de este inciso fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

Así las cosas, el contenido de la potestad reglamentaria puede traducirse en la posibilidad de adecuación de las realidades organizativas presentadas en la Administración, con miras al cumplimiento del principio de legalidad. Dicho supuesto, implica la coincidencia parcial de la función de ordenación u organización con aquella que se ocupa de la función reglamentaria. Tal aspecto ha ocasionado abundantes pronunciamientos por parte de la jurisdicción contencioso administrativa que no traeremos a colación, en razón a que este estudio se fincó sobre la base de la doctrina y no la jurisprudencia; pero que de manera diáfana nos da la tranquilidad de concluir que la función ejecutiva en su visión tradicional resulta insuficiente para poder dar cuenta del rol cumplido por la Administración, a quien le es asignada la función de materialización de los enunciados normativos respecto de las circunstancias fácticas.

De tal manera que, cuando dicha función apareja los ajustes necesarios respecto de las estructuras de organización, sobre la base de las cuales la organización administrativa se articula, se ejerce de manera simultánea la potestad reglamentaria a la par de la potestad organizativa. Sin embargo, la escisión entre ambas se produce a partir de las autoridades llamadas a su ejercicio. Habida cuenta que, la reglamentaria es por principio una potestad del presidente, en tanto, suprema autoridad administrativa. Mientras que, la organizativa es una facultad ordinaria de todos los jefes de un determinado ente. Por ello, ésta segunda manifestación se encuentra difuminada a lo largo y ancho de la rama ejecutiva del poder público.

Sin embargo, encontramos como contraposición de la facultad reglamentaria del ejecutivo, la facultad propia que tiene la administración en la estructuración de los criterios de selección en los pliegos de condiciones, que dicho sea de paso decir, que la misma proviene de la legalidad, pues es la ley la que le atribuye potestades a la administración para que asuma poder decisorio y produzca efectos jurídicos, de tal suerte que se generen relaciones jurídicas entre Estado y particulares.

La afamada y no siempre bien ponderada potestad reglamentaria, cuenta a la luz de la Constitución Política, con dos límites, a saber:

Por un lado, los límites se establecen respecto del fin perseguido. Así la potestad se contrae a un único fin, cual es el de, velar por la cumplida ejecución de la ley. No otra conclusión puede desprenderse de la lectura del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política que se transcribe:

*“11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.*

Por otro lado, los límites son establecidos constitucionalmente con el fin de demarcar las limitaciones a la libertad que puedan operarse. De ahí que, no le sea dable al ejecutivo establecer límites o requisitos adicionales a los ya establecidos por la ley. Se relaciona para el efecto, el artículo 84 de la Constitución Política así:

*“ART. 84.—Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”.*

El núcleo duro de la disposición constitucional viene representado según Esguerra Portocarrero (2004, p. 90 y ss.) por:

*“Esta circunstancia expresa ante toda la obvia intención de hacer un lado los derechos y las actividades que no participen de esa condición, es decir, que no hayan sido objeto de una reglamentación general. Pero, lo que es mucho más importante, indica así mismo- si bien no con la claridad que fuera deseada-, que es precisamente por causa de haber sido ellos ya reglamentados de modo general es que se impone la prohibición de exigir requisitos, permisos, o licencias adicionales para su ejercicio.*

*(...) Se trata, en fin, de evitar que la potestad reglamentaria, definida como la facultad administrativa de expedir las reglas particulares encaminadas a precisar y concretar la ley para su aplicación y su cumplida ejecución, paradójicamente termine por convertirse en una forma de función legislativa -- paralela y a contrapelo- en manos*

*del Gobierno o en un modo ideal de obstaculizar la efectividad de la ley”.*

Ahora bien, los límites precedentes se ubican respecto de la potestad contractual que la Administración ejerce en aquella parte del bloque de legalidad que se hace corresponder con el sometimiento al ordenamiento entero. Es decir, la obligación de conformidad con todo el sistema jurídico. De ahí que, haga parte de la legalidad externa de la actuación contractual.

Del mismo modo, debe ser puesto de presente que la función administrativa en su vertiente contractual presenta una especial regulación, la cual viene representada por las normas que han de regir en concreto dicha facultad. Así, respecto de dichas normas han sido elaborados unos límites materiales respecto de la potestad reglamentaria en materia contractual.

En lo que respecta a dichos límites, se observa que las reglas establecidas por el mismo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [EGCAP), han delimitado la materia con el pluricitado principio de selección objetiva, de donde emerge la facultad de escogencia de los factores de selección por parte de las entidades dentro de los pliegos de condiciones.

Seguido es manifestar que, la Administración en el marco de los pliegos de condiciones posee un margen de apreciación y de disposición que no podrá el ejecutivo intervenir con sus reglamentos o circulares; pero a su vez, el ejecutivo dentro de sus funciones si podrá en lo que la ley no le prohíba-por existir remisión expresa a la administración- la elaboración de un supuesto legal completo, de tal orden que la función de la administración se circunscriba a la constatación del supuesto de hecho con su consecuencia jurídica correspondiente.

Lo anterior viene a ser confirmado por el análisis que sobre la potestad reglamentaria en materia contractual realizará Benavides (2007, p. 975) quien concluye que:

*“La Administración no sólo fija su voluntad en desarrollo de la reglamentación que a ella se aplica sino también de conformidad con el acuerdo de voluntades que establece con, otro sujeto jurídico, en la mayoría de casos privado, lo que implica el reconocimiento de cierta libertad muy significativa al momento de precisar las*

*distintas cláusulas que regularan el negocio jurídico que celebra. Esta condición inherente a la contratación restringe así las posibilidades de afectación a la voluntad administrativa por parte del reglamento.”*

Vista así la cuestión, ésta modalidad se asemeja bastante con la idea de autolimitación de las potestades discrecionales a partir de la que, la propia administración a voluntad, pasa de estar sometida a un espacio discrecional para verse sujeta a uno reglado (Santos Rodríguez, 2006). Pese a esto, para el caso que nos ocupa no operará una eliminación, ni una transmutación de la potestad. Al contrario, lo que ocurre es un fenómeno de autodirección de la potestad discrecional sin que para ello ésta pierda tal carácter.

En ese explicado orden de ideas, armonizamos lo dicho con lo citado por Marín Hernández (2009) en el sentido de *“Admitir como algo positivo la operatividad de facultades discrecionales y encauzarla dentro de sus precisos límites, con claridad sobre su significado y contenido, en cambio, no es otra cosa que poner el derecho a tono con la realidad y, especialmente, a la administración a tono con su obligación de servir incondicionalmente a los intereses generales.”*

Aprovechando este escenario, es oportuno recalcar que es desde la confección de los pliegos de condiciones donde se expresa la sinergia entre la discrecionalidad y la obligatoriedad del sometimiento del actuar administrativo frente a los intereses de carácter general, lo cual termina por confirmar la tesis de la continuidad de elementos reglados y discrecionales, en una misma potestad que para este caso sería la contractual.

De manera que, se puede vislumbrar que la posición enunciada ha hecho eco en las teorías sobre discrecionalidad administrativa y en tal sentido quisiera recalcar esta posición con lo esbozado por Marín Hernández en el siguiente sentido: *“(…), de modo que “los diversos espacios de libertad en ningún caso significan libertad para la arbitrariedad, pues la Administración está sometida en cualquier caso a numerosas vinculaciones, en virtud del fin de la ley, los límites legales y los principios generales de actuaciones”, como quiera que cuando existe discrecionalidad administrativa, como hemos visto, “no tanto de campos de*

*actuación libres de regulación jurídica cuánto más bien de ámbitos con diferente densidad de regulación jurídica” (Marín Hernández, 2007, p. 182).*

## Conclusiones

La potestad contractual de la administración carece de un contenido puro, esto es, no puede ser bien definida como una potestad meramente discrecional y mucho menos como una meramente reglada.

Dada esta realidad, es que nos animamos a indagar acerca de la existencia de la discrecionalidad administrativa en la estructuración de los pliegos de condiciones de la licitación pública, encontrando en primer lugar que, la discrecionalidad es una llave de acceso que se encuentra habilitada por una norma jurídica que la faculta a actuar, al tiempo que le otorga la posibilidad de acomodarse-como las hendiduras de una llave- a las circunstancias de modo, tiempo, lugar y demás factores relevantes, para la consecución de su objetivo final.

Es por esta razón que la administración cuando actúa en ejercicio de la potestad contractual no sólo se somete al bloque de legalidad mediante la dimensión de legalidad estricta, expresa y previa operada por la vía de los elementos reglados como lo son naturalmente los pliegos de condiciones, sino que también, se ve sujeta en cuanto se refiere a los elementos discretivos a una legalidad teleológica<sup>77</sup> que viene representada por el sometimiento a los principios aplicables al ejercicio de la función pública contractual, tales como la selección objetiva y planeación que constituyen una derivación necesaria del principio general de imparcialidad en la acción administrativa. Consecuente con ello, se podrá aseverar que la discrecionalidad se legitima en respuesta al ejercicio objetivo de la selección del contratista.

Tal es el llamado que tiene la discrecionalidad sobre los pliegos de condiciones, que su injerencia se circunscribe a determinar de manera asertiva los factores de selección y de escogencia, complementando en su totalidad los supuestos de hecho que satisficieran el blanco del interés general, respetando, como es debido, los aspectos reglados del documento estrella de la licitación pública.

---

<sup>77</sup> Sobre esta noción ver Santofimio Gamboa (2003).

Corolario, creemos que las potestades administrativas de las cuales se ramifica la discrecionalidad administrativa, pertenecen a la “potestad-función” (Amazo Parrado, 2007, p. 191) que le es entregada a la administración para la construcción del interés general, que no es solo del resorte de aquella, sino más bien, de la comunidad como tal y en tal sentido la administración le sirve con objetividad a los interés generales.

Tan cierto es lo que planteamos que, es desde la confección de los pliegos de condiciones donde se expone la sinergia entre la discrecionalidad y la obligatoriedad del sometimiento del actuar administrativo frente a los intereses de carácter general, lo cual, sin lugar a la menor hesitación confirma la tesis de la continuidad de elementos reglados y discrecionales, en una misma potestad, sin que se excluya una de la otra, por cuanto actúan de manera armoniosa respetando sus entradas y salidas.

Siendo esto así, el correcto ejercicio de la potestad se hará depender no solamente de la estricta observancia de los elementos reglados sino que se hará depender de la sumisión a los principios en los elementos discrecionales. En esa medida se superará el paradigma de los principios generales del derecho<sup>78</sup> como una técnica de control de las potestades discrecionales para dar paso a uno nuevo, marcado por la aplicación de las potestades discrecionales a través de los principios generales del derecho, el cual se fundamenta en la utilización de los principios como mandatos de optimización que se pueden cumplir en diversos grados, dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas. (Martinez Garcia &

---

<sup>78</sup> “El control por los principios generales del Derecho tiene como fundamento la plena vinculación de toda actividad administrativa a la Ley y al Derecho, incluyendo dentro de éste, como no podía ser de otra manera, la «(...) condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substratum* del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica» en que los principios se traducen. De este modo, el ejercicio de la discrecionalidad debe respetar como límites infranqueables principios como los de objetividad, imparcialidad, protección de la confianza legítima e igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y respeto a los derechos fundamentales”<sup>78</sup>. Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Radicación número: 44001-23-31-000-1999-00827-01(24059). Marzo 14 de 2013.

Leal Holguin, 2011) Solo de esta forma se habrá de superar la equivalencia conceptual entre discrecionalidad e inmunidad.<sup>79</sup>

Finalmente, al momento de evaluar el desempeño de la actividad administrativa y, sobre todo, la contractual, ineluctablemente se verá involucrado el deber de obrar conforme a la buena administración que incide, de modo general, sobre la «calidad» de la actividad administrativa a través de la «continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas. Y, en particular, respecto de la actividad contractual a partir de la doble sumisión, por una parte, al interés general como sustento directo de toda acción administrativa y, por la otra, a los principios específicamente previstos para la función contractual. De modo tal que la buena administración en tratándose de ésta última potestad adquiere un relieve propio derivado de la aplicación de elementos objetivos de selección que en mayor medida se compadezcan con el interés general.

---

<sup>79</sup> A esta idea se llegó gracias al concepto esbozado por Gracia de Enterría (1962).

# Bibliografía

- 1993, L. 8. (s.f.). Alcaldía de Bogota. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>
- Aponte Diaz, I. (2014). Revista Digital de Derecho Administrativo, N° 11, Primer semestre/2014, pp. 177-207. Obtenido de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3831/4024>
- Amazo Parrado, D. C. (2007). ¿Es Paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales? *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 9(2), 181–203.
- Ariño Ortiz, G. (2007). El Enigma del Contrato Administrativo. *Revista de Administración Pública*, (172), 79–102.
- Benavides, J. L. (2007). 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.
- Bravo Lira, B. (1996). *Por la razón o por la fuerza: el Estado de Derecho en la historia de Chile*. Santiago: Universidad Católica de Chile.
- Brewer Carias, A. R. (1986). *El Derecho Administrativo en Latinoamérica II. Seminario realizado por el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, con el auspicio de Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDAL)*. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Brewer Carias, A. R. (2002). *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Cassese, S. (2006). *La globalización jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Chevallier, J. (2015). *El Estado de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- De Vega Pinzón, G. (2005). La Discrecionalidad Administrativa. En *Temas de derecho administrativo contemporáneo* (1ª ed.). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Del Saz Cordero, S. (2002). Las Transformaciones del Derecho Administrativo al Final del Siglo XX. In *La Administración Pública Española*.
- Diez Sastre, S. (2014). El precedente Administrativo: Concepto y efectos jurídicos. In *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudenciales y administrativo* (pp. 179–238). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Dromi, J. R. (1991). *Reforma del Estado y Privatizaciones. Tomo 2: Pliegos de condiciones*. Buenos Aires: Astrea.
- Dromi, R. (1995). *Licitación Pública* (2ª ed.). Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Dussan Hitscherich, J. (2005). *Elementos del contrato estatal*. Bogotá: Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.
- Esguerra Portocarrero, J. C. (2004). *La Protección Constitucional del Ciudadano* (1a ed.). Bogotá: Legis.

- Espinosa de los Monteros, C. C. (1996). ¿Existen potestades discrecionales en ámbitos ajenos al derecho administrativo? En E. Hinojosa Martínez & N. González-Deleito Domínguez (Coords.), *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía* (pp. 75–88). Madrid: Civitas.
- Esteve Pardo, J. (2003). La doctrina alemana del Derecho Público durante el régimen nacionalsocialista. Crónica de un debate tardío. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23(67), 171–180.
- Expósito Vélez, J. C. (2009). El deber de selección objetiva. En *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fernández Rodríguez, T. R. (2008). *De la Arbitrariedad de la Administración* (5ª ed.). Madrid: Civitas.
- Fernández, T. R. (2006). *Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional* (1ª ed.). Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Fiorini, B. A. (1995). *Derecho Administrativo Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- García Costa, F. M. (2011). Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad. *Revista Documentación Administrativa*, (289).
- García de Enterría, E. (1962). La Lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes del gobierno, poderes normativos). *Revista de Administración Pública*, (38), 159–208.
- García de Enterría, E. (2007). *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un Cambio de Paradigma?* Madrid: Thomson Civitas.
- García de Enterría, E., & Fernández, T. R. (1998). *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I* (8ª ed.). Madrid: Ovitás.
- González Jácome, J. (2015). *Estados de Excepción y Democracia Liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia (1930-1990)*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- Gordillo, A. (2003). *Tratado de derecho administrativo: Parte general*.
- Granado Hijelmo, I. (1996). La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos. En E. Hinojosa Martínez & N. González-Deleito Domínguez (Coords.), *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Madrid: Civitas.
- Huergo Lora, A. (1998). *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Madrid: Civitas.
- Jesch, D. (1978). *Ley y administración: estudio de la evolución del principio de legalidad*. Madrid: Instituto de Administración Local.
- Lifante Vidal, I. (2006). Poderes Discrecionales. En A. García Figueroa (Coord.), *Racionalidad y Derecho* (pp. 107–132). Madrid: Centro de Estudios Políticos y

Constitucionales.

- López Rodo, L. (1947). La discrecionalidad administrativa en la doctrina extranjera. *Revista de Estudios de La Vida Local*, vi(31).
- Mairal, H. A. (2004). La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas. *Suplemento Especial de La Revista Jurídica Argentina LA LEY*, (mayo), 1–18.
- Malem Seña, J. (2006). *El error judicial y la formación de los jueces*. Barcelona: Gedisa.
- Marín Hernández, H. A. (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Marín Hernández, H. A. (2009). Naturaleza Jurídica de las Facultades de la Administración para confeccionar Pliegos de Condiciones. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (1). Disponible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2593/2232>
- Martín González, M. (1967). El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos. *Revista de Administración Pública*, (54).
- Martinez Garcia, J. D., & Leal Holguin, A. (julio-diciembre de 2011). International Law, *Revista Colombiana de Derecho Internacional* N° 19: 223-268 ISSN:1692-8156. Obtenido de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationalllaw/article/view/13739>
- Masucci, A. (1997). Apuntes reconstructivos de la Ley sobre el Procedimiento Administrativo en Italia. *Documentación Administrativa*, (248-249), 305–335.
- Matallana Camacho, E. (2009). *Manual de Contratación de la Administración Pública Reforma de la Ley 80 de 1993* (2a ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Maurer, H. (2011). *Derecho Administrativo, Parte General*. Madrid: Marcial Pons.
- Palacio Hincapié, J. A. (2010). *La contratación de las entidades estatales* (6ª ed.). Bogotá: Liberia jurídica Sánchez R. Ltda.
- Palacios Ibarra, J. F. (2001). El Control de la Discrecionalidad Administrativa. *Revista Jurídica Online La Facultad de Jurisprudencia de La Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*. Disponible en [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=161&Itemid=53](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=161&Itemid=53)
- Penagos, G. (1990). *La arbitrariedad política causa nulidad en los actos administrativos : la desviación de poder* (3a ed.). Bogotá: Librería El Profesional.
- Peña Porras, D. I. (2008). *La Construcción del Derecho Administrativo Colombiano*.
- Pimiento Echeverry, J. A. (2015). *Derecho administrativo de Bienes: Los bienes públicos: historia, clasificación, régimen jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ponce Solé, J. (2010). *Derecho administrativo global, organización, procedimiento, control judicial*. Madrid: Marcial Pons.
- Ponce Solé, J. (2011). Crisis económica, deberes jurídicos de eficiencia, economía y derecho administrativo. En A. Blasco Esteve (Coord.), *El derecho público de la crisis*

- económica, transparencia y sector público. Hacia un nuevo derecho administrativo* (pp. 459–474). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Ponce Solé, J. (2014). Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas. Nueva Época.*, (11).
- Porras Nadales, J. c. (2007). La función de gobierno y la dialéctica entre política y Administración. En H. A. MARIN HERNANDEZ, *Discrecionalidad Administrativa* (pág. 368). Bogotá: Universidad Externado.
- Prats I Català, J. (1995). Los fundamentos del sistema de mérito: la obligada distinción entre función público y empleo público. *Documentación Administrativa*, (241-242).
- Prats I Català, J. (2004). Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo. En *Estudios para la reforma de la administración pública* (1ª ed.). Madrid: INAP.
- Prats I Català, J. (2007). La lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de buena administración. *Cuadernos de Derecho Público*, (31).
- Requena López, T. (1996). Ideas en torno a una expresión falaz: el control de la discrecionalidad administrativa. En E. Martínez Hinojosa & N. Domínguez González-Deleito (Coords.), *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía* (pp. 89–96). Madrid: Civitas.
- Reyes Yunis, L. (2007). *Ley de contratación administrativa. Reforma a la contratación estatal*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rivero Ysern, Enrique & Fernando Pablo, M. (2011). Equidad, Derecho Administrativo y Administración pública en España. *Revista de Administración Pública*, (186).
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2009). *Aproximación al derecho administrativo constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2003). *Tratado de derecho Administrativo. Tomo I* (3ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, J. O. (abril de 2008). *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Recuperado el 2016, de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2589/2228>
- Santofimio Gamboa, J. O. (2009). *Contratación Estatal. Legislación* (2ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santos Rodríguez, J. (2006). La Transformación de la Vinculación de la Administración pública a la Legalidad. *Revista Derecho Del Estado*, (18), 171–182.
- Sarmiento, D. (2006). La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law. *Cuadernos de Derecho Público*, (28), 221–266.
- Sarria Olcos, C. (1986). *El Derecho Administrativo en Latinoamérica II*. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Sentencia , Radicación 68001-23-15-000-1998-01743-01 (27315) (Consejo de Estado,

- Sección Tercera 24 de abril de 2013).
- Sentencia, Exp. 14287 (Consejo de Estado, Sección Tercera 31 de agosto de 2006).
- Sentencia Corte Constitucional, C-400 (Corte Constitucional 2 de junio de 1999).
- Sentencia Corte Constitucional, C-128 (Corte Constitucional 18 de febrero de 2003).
- Sentencia de Consejo de Estado, Radicación No. 70001-23-31-000-1997-06303-01 (23003) (Consejo de Estado, Sección Tercera 30 de julio de 2008).
- Sentencia del Consejo de Estado, Radicación No. 44001-23-31-000-1999-00827-01 (24059) (Consejo de Estado, Sección Tercera 14 de marzo de 2013).
- Sentencia del Consejo de Estado, MP. Alier Hernandez, 220656 (Consejo de Estado, Sección Tercera 30 de diciembre de 2006). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, 4249 (Consejo de Estado 10 de junio de 1992).
- Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 12.344 (Consejo de Estado).
- Schmidt-Assmann, E. (2003). *Teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons.
- Solano Sierra, J. E. (1994). *Contratación Administrativa*. Bogotá: Librería del profesional.
- Stolleis, M. (2014). La idea de Estado de Derecho. *Fundamentos*, (8), 27–55.
- Suárez Beltrán, G. (2014). *Estudios de derecho contractual público*. Bogotá: Legis.
- Teré Pérez, A. (1996). La Discrecionalidad Administrativa y el Concurso como Sistema de Adjudicación de los Contratos. In *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía* (pp. 547–560).
- Villamizar Schiller, E. A. (2006). El derecho colectivo: Moralidad administrativa en la contratación estatal. Fortalecimiento de los principios del derecho administrativo. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 8(2), 173–205.
- Villoslada Gutiérrez, M. (2013). El control de la discrecionalidad. Disponible en: [http://biblioteca.unirioja.es/tfe\\_e/TFE000238.pdf](http://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000238.pdf)