

LOS LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD EN LA FASE DE PLANEACIÓN DE LA ETAPA PRECONTRACTUAL EN LA LICITACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA.

Iván Camilo Munevar Villate¹

Resumen:

Desde la importancia de los pliegos de condiciones dentro la modalidad de la Licitación Pública, requieren ser confeccionados por iniciativa de la entidad pública desde un análisis de las necesidades e intereses estatales, donde dicha potestad es de frecuente utilización en la práctica jurídica contractual. Sin embargo, la administración pública posee una facultad discrecional, donde está habilitada de realizar diferentes valoraciones y determinación de elección, con la finalidad de ajustar una situación en particular en la formación de los pliegos de condiciones, dicho actuar conllevaría a la Administración dar aplicación de algunos límites y factores determinantes como fundamento de sus decisiones al respecto. De lo contrario, esta situación conllevaría a una transgresión al principio de legalidad refiriéndonos a la ley, valores y principios generales del derecho que orientan la aplicación de la norma y las facultades otorgadas a la Administración Pública en la Contratación Estatal en la etapa precontractual, en específico en el momento de la elaboración de los pliegos de condiciones.

Palabras Claves: Etapa precontractual, Pliego de Condiciones, Discrecionalidad, Límites, Licitación Pública.

¹ Abogado de la Universidad Santo Tomas seccional Tunja (Boyacá), Estudiante de la especialización en Contratación Estatal con materias finalizadas de la Universidad Santo Tomas Tunja, Estudiante Activo de la Maestría en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Público en la Universidad Externado de Colombia. El presente artículo de investigación presentado como requisito para optar el título de especialista en Contratación Estatal de la Universidad Santo Tomas seccional Tunja, bajo la asesoría de la Doctora Nubia Lorena Daza López. Correo electrónico: camimunevar95@gmail.com

Abstract: Since the importance of the specifications within the modality of the Public Tender, they need to be prepared on the initiative of the public entity from an analysis of state needs and interests, where such power is frequently in contractual legal practice. However, the public administration has a discretionary power, where it is empowered to make different assessments and determination of choice, with the aim adjusting a particular situation in the formation of the specifications, such action would entail the Administration applying certain limits and determining factors as the basis for its decisions in this regard. Otherwise, this situation would lead to a violation of the principle of legality by referring to the law, values and general principles of law that guide the application of the rule and the powers granted to the Public Administration in State Procurement in the pre-contractual stage, specifically at the time of preparation of the specifications.

Key Words: Pre-contractual stage, Sheet of conditions, Discretion, limits, public tender.

Introducción

La presente investigación hace referencia a los límites de la discrecionalidad administrativa dentro de los pliegos de condiciones en la etapa pre contractual en la Licitación Pública, teniendo en cuenta que una característica principal en la estructuración de dicho documento es la iniciativa por parte de la Administración, es decir, es la misma entidad pública la que por medio de los pliegos de condiciones y posterior suscripción del contratos busca satisfacer los fines esenciales del Estado y las necesidades estatales.

Sin embargo, ante la confección de los pliegos de condiciones debe tenerse en cuenta los requisitos mínimos que se encuentran estipulados en la normatividad vigente. Sin embargo, se ha dotado a la Administración de diferentes facultades con el fin de materializar los fines propuestos.

Dentro de las facultades dadas a la Administración encontramos la discrecionalidad administrativa, potestad que ha sido dotada por la ley pero que en su aplicación debe estar sujeta a algunos límites que ayudan a una correcta aplicación, para que con ello no se vea envuelta en el escenario de la arbitrariedad.

Por ende, el presente artículo de investigación se desarrollará por medio de tres capítulos en los cuales consta i) se estudiará la incidencia de los pliegos de condiciones en la etapa precontractual dentro de la modalidad de selección de licitación pública, ii) se definirá la discrecionalidad administrativa según la jurisprudencia y la doctrina, con el fin de establecer la existencia de dicha facultad en materia contractual y iii) por último se analizará la Jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina con el fin de identificar e indicar cuales son los límites que la Administración debe observar al momento de ejercer la facultad discrecional dentro de la elaboración de los pliegos de condiciones.

Del estudio anterior, se permitirá concluir que los pliegos de condiciones es un instrumento mediante el cual la Administración busca satisfacer los fines esenciales del estado y las necesidades estatales por medio de la suscripción de contratos para la adquisición de bienes y servicios.

Así mismo, la Administración cuenta con la libertad de configuración de los pliegos de condiciones con base a los requerimientos establecidos en la ley para la modalidad de la Licitación pública. Sin embargo, la ley fija el contenido mínimo del pliego de condiciones, donde es la administración quien busca establecer las diferentes reglas y parámetros, previa ponderación de los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos para cada caso en concreto orientados a satisfacer el interés público.

De este modo ante la existencia de la facultad discrecional otorgada a la Administración, se hace responsable de determinar las condiciones lícitas, pertinentes y necesarias, atendiendo siempre los límites establecidos por la ley con el fin de atender a los intereses estatales y que atiendan criterios objetivos y

razonable con búsqueda del interés general. Es conveniente decir, dando el cumplimiento de los principios que orientan el ejercicio de la función administrativa donde genera un control judicial basado en principios de razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad, transparencia y planeación.

Planteamiento del Problema:

Por medio de la actividad contractual la Administración Pública busca satisfacer necesidades e intereses generales que se encuentra consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, por ello, la ley ha dotado a la Administración de facultades contractuales en diferentes escenarios que resultan excepcionales al derecho común, con la finalidad de la obtención de los fines esenciales del Estado de manera satisfactoria por medio de la suscripción de contratos estatales.

Es así, como dentro de la etapa precontractual dentro de la modalidad de Licitación Pública al momento de la elaboración de los pliegos de condiciones, la administración contratante es la encargada de organizarlos de manera unilateral con base a la facultad discrecional dada por la ley, teniendo en cuenta una serie de límites y parámetros que deben tener en cuenta al momento de realizar dicha labor.

Por ello, esta potestad puede dirigirse a situaciones en donde la discrecionalidad de la administración busca satisfacer el interés general o por el contrario redundante a una finalidad adversa a esta, a partir de lo anterior es importante preguntarse sobre el alcance de la discrecionalidad administrativa y los criterios limitantes que se deben tener en cuenta al momento de la elaboración de los pliegos de condiciones, con el fin de fundamentar su procedencia y ejecutivo en situaciones en concreto.

Puesto que, la facultad discrecional se encuentra conforme a la normatividad del ejercicio analítico por parte de la administración pública y no a la rigidez de la ley, por esto no puede confundirse lo arbitrario con lo discrecional, puesto que este último está sometido a una serie de límites y normas inviolables conforme a los deberes sociales del Estado, contrario sensu, estaríamos frente a la arbitrariedad.

Pregunta Problema

¿Cuáles son los límites de la discrecionalidad en la elaboración de los pliegos de condiciones en la licitación pública que no se encuentren sujetos a pliegos tipo a la luz de la jurisprudencia y doctrina?

Objetivo General

Identificar los límites de la discrecionalidad en la elaboración de los pliegos de condiciones en la licitación pública que no se encuentren sujetos a pliegos tipo a la luz de la jurisprudencia y doctrina.

Objetivos Específicos

1. Analizar la incidencia de los pliegos de condiciones en la etapa precontractual dentro de la modalidad de selección de licitación pública en Colombia.
2. Definir la discrecionalidad administrativa a la luz de la elaboración de los pliegos de condiciones según la jurisprudencia y la doctrina.
3. Analizar la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina con el objetivo de identificar los límites de la discrecionalidad en los pliegos de condiciones

Justificación

El presente artículo de investigación tiene la finalidad de establecer si la discrecionalidad administrativa tiene aplicación en la etapa precontractual en la elaboración de los pliegos de condiciones en la licitación pública, dado el caso de existir hasta donde se puede dar, extender y como se puede limitar su ámbito de aplicación, teniendo en cuenta que existe dentro de la ley elementos discrecionales como fuente de la consecución de los fines esenciales del estado. En este trabajo de investigación se tiene como objetivo demostrar la aplicabilidad de la discrecionalidad administrativa al momento de determinar los factores de selección contenidos en el pliego de condiciones de la licitación pública, lo anterior también como fundamento que tienen las entidades públicas para satisfacer las necesidades e intereses de carácter general teniendo estrecha relación con el derecho de igualdad y el principio de selección objetiva de los proponentes para conllevar a la práctica de una buena administración, y esta es llamada a tener éxito siempre y

cuando estén guiados por los postulados constitucionales a la función pública consagrado en el artículo 209 de la carta política.

Este artículo de investigación tiene el propósito de dar explicación de la aplicación de la potestad discrecional diferente a la potestad reglamentaria que las entidades estatales dan práctica en la actividad contractual, lo anterior determinando el alcance y sus límites para obtener una buena aplicación de la misma y no caer en el concepto o confusión de que la discrecionalidad conlleva a la arbitrariedad de la administración, sino que por el contrario dicha facultad es un medio por medio del cual se puede obtener el interés general y el fin perseguido dentro del contrato estatal, partiendo de la fase de planeación como una de la actividad más importante dentro de la actividad contractual.

Método y Metodología

La presente investigación se realiza con el método deductivo, con el fin de sacar conclusiones con base de una serie de premisas con relación de la aplicabilidad de la discrecionalidad administrativa al momento de la elaboración del pliego de condiciones en la licitación pública en Colombia y que no se encuentren sujetos a pliegos tipo.

El enfoque utilizado es el cualitativo, donde se va a utilizar técnicas de recolección de datos, como la revisión tanto como doctrina jurídica y jurisprudencia, entre otros. De lo anterior tendremos como resultado una investigación de revisión.

Capítulo I: Los Pliegos de condiciones dentro de la Licitación Pública

Desde la Jurisprudencia Colombiana y la doctrina han visto la importancia de determinar el concepto, naturaleza jurídica y demás elementos concernientes a los pliegos de condiciones, previo al inicio de cualquier proceso contractual para la adquisición de un bien o servicio.

De lo anterior, el pliego de condiciones lo ha sido definido de la siguiente manera:

“corresponde a un acto administrativo de carácter general mediante el cual la administración, en forma previa y unilateral, establece las reglas para determinar la necesidad de servicio público que pretende satisfacer, en ejercicio de una planeación debida, y el procedimiento para que las personas interesadas, en desarrollo del principio de libertad de concurrencia, publicidad, transparencia e igualdad, presenten sus ofertas y pueda la administración seleccionar de forma objetiva la oferta más favorable, según criterios expuestos de evaluación y ponderación, adecuados, razonables y proporcionales”. (Gonzalez, 2010, pág. 42)

Los pliegos de condiciones se convierten en un instrumento importante que le permitirá a la administración satisfacer las necesidades estatales y cumplir los fines del Estado. Sin embargo, deberá contener reglas y/o condiciones claras sobre el objeto a contratar, como también, el conocimiento del mercado para una selección objetiva del contratista, así como “los deberes y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.” (Rodriguez, 2015, pág. 587)

De lo anterior, los pliegos de condiciones se encuentran disposiciones normativas que regulan solamente su contenido, pero la ley no fija detalladamente la totalidad del mismo, no teniendo la exactitud de los derechos, obligaciones y reglas de los pliegos de condiciones. Por lo que la administración es la responsable de la estructuración de dicho documento proveniente de los estudios previos en el marco del principio de planeación.

Como lo indica (Gonzalez, 2010) en su libro el pliego de condiciones en la contratación estatal, dichos pliegos contienen dos tipos de regulaciones, en primer lugar, las condiciones contractuales se refieren a cláusulas relacionadas con su objeto y especificaciones, la cuantía, la forma de pago, actualización de los precios, el plazo de entrega, entre otras. En segundo lugar, contienen reglas y condiciones del proceso de selección objetiva, donde se indican las respectivas etapas y fases del proceso de selección, por ejemplo, la publicación de los avisos, etapa de

aclaración y eventuales modificaciones al pliego de condiciones, plazo de presentación ofertas, etapa de evaluación, aclaración o subsanación de requisitos de la oferta, etapa de selección y adjudicación a la oferta más favorable y etapa de perfeccionamiento, entre otras.

Referente con la Naturaleza Jurídica de los pliegos de condiciones, para el profesor (Gonzalez, 2010) indica que “el pliego de condiciones es un acto administrativo y no deja de serlo, aunque el proceso precontractual culmine con una forma exitosa en un acto de adjudicación y en el perfeccionamiento del contrato estatal”. (pág. 49), negando la doble naturaleza de dichos pliegos, pues de otra manera si cambia su naturaleza y se vuelve una cláusula contractual, estaría vulnerando la normatividad del proceso de selección y los principios orientadores del mismo.

Por el contrario, la Jurisprudencia del Consejo de Estado en su sección tercera ha indicado que la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones es mixta, dado que una vez se adjudica el proceso muta y se incorpora al contrato estatal una vez culminada la etapa precontractual, convirtiéndose en una cláusula contractual. Es así como lo ha manifestado en sentencia con radicado numero 25642 indicó:

“Los pliegos de condiciones han sido definidos como un acto jurídico mixto que nace como un acto administrativo de contenido general, y que, con la adjudicación y suscripción del contrato estatal, algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse a negocio jurídico, se convierten en cláusulas vinculantes del mismo” (Consejo de Estado, 2013).

Así pues, las cláusulas contenidas en el pliego de condiciones como reglamento de carácter general constituyen normas de interés general que tendrán fuerza vinculante y será de obligatorio cumplimiento para los partícipes del proceso de licitación una vez se convierta en cláusula contractual, y por ello se dice que corresponden a ley del contrato, haciendo alusión al principio de *Contratus lex* acatado dentro el ordenamiento jurídico vigente.

En conclusión, la naturaleza jurídica de los pliegos tenemos la existencia de dos tesis. En primer lugar, la postura del profesor Edgar González en la que considera el pliego de condiciones es un acto administrativo de carácter general, como documento dentro de la etapa precontractual para establecer reglas y condiciones de selección objetiva prevaleciéndolas sobre el contrato, sin perder su naturaleza normativa por lo que no se convierte en una cláusula dentro el contrato. En segundo lugar, la jurisprudencia del Consejo de Estado sostiene una naturaleza mixta del pliego de condiciones, donde inicialmente es un acto de administrativo de carácter general y culminada la etapa precontractual, y que, con la adjudicación y suscripción del contrato, el contenido del pliego de condiciones se transforma en cláusula contractual.

De lo anterior, para el autor está de acuerdo con la tesis acogida por el Consejo de Estado en su sección tercera, dándole importancia a la doble naturaleza que tienen los pliegos de condiciones, en el entendido que es un documento con disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la Administración, con efectos obligatorios para los oferentes, en aras de disciplinar el desarrollo del proceso de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar dentro del mismo.

Por otro lado, es conveniente tener presente algunas características importantes de los pliegos de condiciones:

Es un acto administrativo de carácter general, como ya se anotó anteriormente el pliego es un acto unilateral proferido por una entidad pública, con efectos jurídicos dentro el proceso de selección del contratista (etapa precontractual) como en los posterior de la celebración y ejecución del contrato. A su vez, el Consejo de Estado mediante radicado 6802 indica que el pliego de condiciones:

“Es fuente de interpretación de las cláusulas que se acuerden y se ejecutan en los últimos; de allí que su naturaleza corresponde a la de un acto administrativo general entendido este último como la manifestación unilateral de la voluntad del Estado en

ejercicio de la función administrativa, creadora de situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas.” (Consejo de Estado, 1991) (*subrayado fuera del texto*)

Otra característica del pliego de condiciones es considerada como **Ley del Contrato y Ley para las partes.**

Así pues, el pliego de condiciones en etapa precontractual se vuelve en norma esencial y aplicable para el proceso de selección y posteriormente en la etapa contractual para las partes del negocio jurídico, sin embargo, la obligatoriedad del pliego de condiciones no implica que estos no puedan ser objeto de aclaración o modificación por la administración, en la etapa pertinente con el cumplimiento de ciertos requisitos, y como lo señala Edgar González López:

“Por ello la actividad es reglada, y su límite es el contenido de los pliegos de condiciones, y la administración no podría aplicar reglas distintas de evaluación no consagradas en el pliego, o adicionar criterios de ponderación más allá de lo señalado en este acto administrativo” (Gonzalez, 2010, pág. 83)

De lo anterior, podemos concluir que el pliego de condiciones es ley para las partes, es decir, es de obligatorio cumplimiento cada una de las cláusulas dentro del documento, o en su defecto solicitar modificación, aclaración o la interpretación del pliego. Lo anterior, para tener una mejor claridad respecto al alcance, aplicación y su cumplimiento. De lo contrario, si no se llegara a cumplir el contenido plasmado dentro de los pliegos de condiciones podría llegarse a vulnerar el principio de legalidad dentro de la etapa precontractual y el acto de adjudicación, y no estaríamos cumpliendo con la obligatoriedad del pliego de condiciones.

Otra característica, es la iniciativa y **libertad de la configuración** de los pliegos de condiciones por parte de la administración haciendo uso de la facultad discrecional que tiene al momento de la confección de los mismos, esta característica se tomará en el siguiente capítulo del artículo con el objetivo de establecer la definición y su respectivo alcance.

En cuanto la característica de la **claridad** del pliego de condiciones en su elaboración “la entidad licitante tiene a cuenta suya la carga de claridad y precisión dispuesta, entre otras normas legales, en el artículo 24, numeral 5, literales b, c y e de la Ley 80 de 1993, ya referido, que garantiza la selección transparente y objetiva del contratista”. (Jara, 2018, pág. 52).

Respecto a la **interpretación** del contenido de los pliegos de condiciones el Consejo de Estado por medio del expediente 13416 manifiesta que:

“Conviene igualmente advertir que, so pretexto de interpretar el pliego, no resulta procedente alterar o inaplicar sus condiciones, porque con ello se violarían los principios que rigen la selección del contratista. Se tiene entonces que procede la interpretación del pliego para definir su aplicación a circunstancias que no se regularon expresamente en él, a cuyo efecto debe definirse la naturaleza de la disposición -sustancial o de trámite - y buscar el sentido “que más se acomode a la justicia y la conveniencia pública” (Consejo de Estado, 2004)

Es por lo anterior, que la interpretación del pliego de condiciones debe siempre realizarse con el fin de encontrar el sentido más justo con base a la prevalencia del interés general sobre el particular, puesto que lo que se busca con esta interpretación es acomodar los postulados de justicia y conveniencia pública, los cuales va guiando la interpretación del pliego de condiciones.

Para (Gonzalez, 2010), es importante que al momento de la elaboración de los pliegos de condiciones en su contenido se establecieran criterios de interpretación frente a las estipulaciones del mismo pliego, y aún más frente a las estipulaciones de la oferta, con el fin de aclarar de la mejor manera el alcance y la aplicación de la mejor manera que se adecue a su finalidad.

Ahora bien, respecto a las dos anteriores características de claridad e interpretación, es importante que ante las cláusulas contradictorias o confusas incorporadas en el pliego de condiciones, no puede dejarse aplicar dichas cláusulas, en cuanto están en vulnerando los principios que rigen la contratación estatal y desde luego está generando consecuencia jurídicas adversas a la finalidad del pliego, por ende

dichas cláusulas deben ser interpretadas en contra de quien las elabora, es decir, de la misma administración por falta de claridad de las cláusulas contenido en el pliego de condiciones.

Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que, ante la advertencia de un vacío o una contradicción, la administración tiene la posibilidad de optar la solución que más se ajuste a la finalidad que persiga el proceso de selección y del pliego de condiciones, pero siempre con miras y prevalencia del interés general y público.

El siguiente punto trata del contenido mínimo del pliego de condiciones en la ley 80 de 1993 en su artículo 24 ordinal 5 nos indica el contenido de la siguiente manera:

1. Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.
2. Se definirán reglas objetivas, justas, completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.
3. Se definirá con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios para la ejecución del objeto del contrato
4. No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que los suministren.
5. Se definirán las reglas que no introduzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.
6. Se definirán el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Por último, se advierte que serán ineficaces del pleno derecho las estipulaciones de los pliegos de condiciones y de los contratos que contravengan de lo dispuesto a lo

descrito anteriormente, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

Del mismo modo, el artículo 2.2.1.1.2.1.3 del decreto 1082 de 2015, establece el contenido mínimo del pliego de condiciones, sin perjuicio de las condiciones especiales para cada modalidad de selección en los diversos procesos de selección, ni los requisitos exigidos mencionados con anterioridad del numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993, por ende, indica el articulado:

1. 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.
2. La modalidad del proceso de selección y su justificación.
3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.
4. 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.
5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato.
6. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta.
7. 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.
8. Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes.

9. Las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones.
10. La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial.
11. Los términos, condiciones y minuta del contrato.
12. Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato.
13. El plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir Adendas.
14. El Cronograma.

En conclusión, podemos encontrar normatividad donde establecen los criterios que debe contener el pliego de condiciones, teniendo en cuenta las normas particulares para cada proceso de selección sometidos o no al estatuto de contratación, pero si obligados al cumplimiento de los principios generales que rige la actividad contractual.

Capítulo II: La Discrecionalidad Administrativa en la elaboración de los pliegos de condiciones

La elaboración de los pliegos de condiciones está en cabeza de la entidad pública que dispone de una facultad de libertad de configuración del mismo, con base a lo dispuesto por la ley y los requerimientos especiales establecidos dentro de la modalidad de selección de la licitación pública, sin embargo, la ley no fija en su totalidad el contenido preciso y detallado de los pliegos de condiciones y como resultado se ve la imposibilidad de tener con exactitud los derechos, reglas y obligaciones propios del objeto a contratar.

Por ello, Ernesto Matallana en su libro Manual de Contratación de la Administración Pública nos manifiesta:

“Queda a discreción de la administración pública para que previa ponderación de todos los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos comprometidos en el caso en concreto, encuentre una solución para el mismo intentando “elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no cáusticamente predeterminado, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional” (Matallana, 2015, pág. 614)

De lo anterior, en la estructuración de los pliegos de condiciones encontramos la facultad discrecional que es otorgada a la administración, donde es la responsable de establecer dentro de los procesos de selección las condiciones licitas que consideren pertinentes y necesarias para cada caso en concreto, atendiendo siempre a los límites establecidos por la ley, con la finalidad de lograr la mejor manera que dichos intereses atiendan criterios objetivos y razonables con el propósito de la búsqueda del interés general.

Es así, que debemos entender 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.” (Castro A. C., 2015).

Por su parte, el Consejo de Estado mediante radicado No. 25341 en relación con la discrecionalidad ha manifestado:

“Esta figura, además de ser propia del derecho administrativo, se ha construido y explicado en una categoría esencial de este derecho, esto es, el acto administrativo, al punto que se habla de actos administrativos reglados o discrecionales, pese a que se debe entender como el ejercicio de una facultad que se puede manifestar en un acto administrativo, en una simple actuación de la entidad o en un contrato, pues en ellos también se presenta esa necesidad de elección entre posibilidades igualmente válidas y razonables”. (Consejo de Estado, 2015)

Hay que mencionar, además que la facultad discrecional otorgada a la administración pública no es extra legal, sino por el contrario es remitida por la ley, es decir, una discrecionalidad que está al margen de la ley, así como lo indica Jaime Orlando Santofimio G “la potestad discrecional no nace ante la ausencia de la ley o de derecho; todo lo contrario, para que la administración detente cualquier potestad, sea o no discrecional, es necesario que exista una norma atribuida” (Santofimio G., 2003, pág. 46).

Así como lo estipulado en la ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) en su artículo 44, donde nos indica que en la medida en que el contenido de la decisión de carácter general o particular sea discrecional, esta debe estar acorde con los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos de causa.

De lo anterior, la discrecionalidad no es sinónimo de “capricho” o “arbitrariedad”, sino por el contrario, es la misma norma que reviste a la administración de la facultad de elegir entre una variedad de soluciones que guardan relación con la normatividad aplicable para el caso en concreto y con la finalidad de establecer los elementos esenciales del contrato a celebrar por parte de la entidad pública, por ejemplo, la definición del objeto con sus características, la acreditación de las condiciones de los proponentes, los criterios de escogencia y evaluación de los oferentes, entre otras.

Esta facultad discrecional en la actividad contractual debe ser justificada y ajustada a los principios generales que rige en la Contratación Estatal y siempre con miras a la satisfacción del interés general, puesto que la justificación de dicha decisión discrecional debe atender siempre a la realidad, contrario sensu podría confundirse con el deseo personal o subjetivo del funcionario público encargado de la elaboración del pliego de condiciones.

Es de concluir, como lo manifiesta (Gonzalez, 2010) aunque exista dicha discrecionalidad ella se enmarca en el principio de legalidad y demás principios aplicables para el proceso contractual en concreto, puesto que el proceso contractual tiene su fundamento y origen en las reglas señaladas por la administración en el pliego de condiciones, en donde la administración por medio de su facultad discrecional define su contenido, en dos grandes grupos como las reglas del proceso de selección y las reglas aplicables al contrato siempre dentro el marco de la legalidad.

Por medio de la Jurisprudencia y la doctrina, hemos podido analizar dos clases de discrecionalidad y las circunstancias en donde son aplicables, para ello el H. Consejo de Estado nos trae el concepto de la discrecionalidad denominada **“material o positiva”** por medio de la sentencia con expediente No. 24059 la define de la siguiente manera:

“La discrecionalidad opera en circunstancias en las cuales el interés general, para el caso concreto, no se encuentra exhaustivamente precisado por la ley lo cual evidentemente ocurre tratándose de las referidas normas que regulan el contenido mínimo de los pliegos de condiciones, de suerte que la discrecionalidad surge como autorización que se confiere expresa o implícitamente a la Administración para que, previa ponderación de todos los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo intentando *«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»*” (Consejo De Estado, 2013, pág. 50)

Es así, como Beltrán De Felipe citado por (Marin, 2007, pág. 142) en su libro Discrecionalidad Administrativa indica que esta concepción material o positiva de la discrecionalidad le permite a la Administración apreciar el interés público o general, con el fin de establecer reglas objetivas para encontrar la satisfacción del interés propuesto.

En la misma línea, ante la dificultad de establecer el interés general, es la administración que debe constituir el dicho interés para cada caso en concreto mediante herramientas atribuidas como las facultades discrecionales, el uso de conceptos jurídicamente indeterminados, que no es otra cosa que la valoración o apreciación que se realiza del interés público y que cargan a la administración de criterios valorativos, directrices y reglas en la que establecen objetivos a alcanzar dentro de actividad contractual, en el caso en concreto la satisfacción del interés general.

Por su parte, “la discrecionalidad material debe estar precedida de una motivación que recopile la realidad y las variables de orden externo que se ajusten no solo a la situación en conocimiento, sino también a la norma que le ha facultado para discernir sobre tal situación” (Marín Castro, 2019, pág. 7)

De lo anterior, la actuación discrecional de la administración es técnica, puesto que su función consiste en aportar al caso en concreto conocimientos técnicos objetivos y no percepciones personales, esto es no buscar lo que en cada caso le conviene al interés público, por el contrario, concretar la idea del interés público que la ley expresa, para que la actividad de la administración pueda atender a los requerimientos de la sociedad a la que le sirve por medio de la ejecución de los contratos estatales.

Por otro lado, el H. Consejo de Estado por medio de la sentencia en mención anteriormente, indica la existencia de un concepto **formal o negativo** de la discrecionalidad, la cual la define de la siguiente manera:

“Las definiciones catalogadas como “formales” o “negativas” el elemento determinante de la existencia de discrecionalidad no es ya el objeto de la facultad misma y el cómo ella debe ser ejercida esto es, según se acaba de referir, la autorización conferida a la Administración para apreciar o integrar en qué consiste el interés público en cada caso concreto, formulando criterios objetivos y razonables de decisión, sino se configura la *forma* en la cual se redacta el precepto que atribuye

la facultad, entendiéndose, por tanto, la discrecionalidad, desde la perspectiva formal comentada, como un espacio o un ámbito de decisión no regulado o regulado apenas parcialmente por el ordenamiento, ámbito de decisión que el legislador, entonces, ha decidido otorgar a la Administración, con el propósito de que ésta decida de manera *libre*, eligiendo *cualquiera* de las alternativas que se ofrezcan como posibles para resolver el caso, habida cuenta de que supuestamente, según estas posturas todas esas alternativas resultan jurídicamente admisibles, esto es, se trataría de *indiferentes jurídicos*” (Consejo De Estado, 2013, pág. 51)

En esta segunda concepción de discrecionalidad en su sentido formal o negativo, en donde faculta a la propia administración actúa ante la inexistencia de la ley frente a vacíos o lagunas, y como lo dice anteriormente el Consejo de Estado, la discrecionalidad entra a verificar que situaciones se encuentran reguladas parcialmente y cuáles no.

Sin embargo, es la misma jurisprudencia que ha rechazado esta concepción formal o negativa de la discrecionalidad, puesto que va en contra de las disposiciones constitucionales en relación con la satisfacción del interés general y de los principios que rigen la función administrativa contemplada en el artículo 209 superior, al contemplar que dicha discrecionalidad se le atribuye la libertad absoluta de elección de la administración, sin exigirle criterios razonables y objetivas que fundamenten sus elecciones, con llevando a la práctica de la arbitrariedad, dado que esta libertad de escogencia siempre tiene que ir acompañada por la obligación que tiene la administración pública de justificar por qué las decisiones que adoptan son adecuadas a obtener el interés general derivada de la calidad que tiene la administración de gestor de dicho interés.

Es así, como lo manifiesta (Marín, 2009, pág. 10) “las concepciones formales o negativas de la discrecionalidad constituyen, por tanto, aquellas que se conviertan esta figura en “el caballo de Troya en el Estado de derecho” es impropia sinonimia discrecionalidad y arbitrariedad” cuestión que se queda atrás dicha concepción

negativa o formal, dejando solo la aplicación del criterio material y positivo de la discrecionalidad administrativa en la actividad contractual.

De lo anterior, teniendo importancia que la discrecionalidad administrativa en su concepción material dentro de la elaboración de los pliegos de condiciones en la etapa precontractual es el fruto del principio de planeación, esto quiere decir que las decisiones que adopte deben ser motivadas con apoyo de parámetros y directrices fijadas, tal como no lo menciona el Consejo de Estado por medio de la sentencia con radicado 13074 indica que:

“En el sentido de que el contenido discrecional de una decisión administrativa debe adecuarse a los fines de la norma que la autoriza, así como ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. Sólo un criterio objetivo y razonable que justifique la elección entre la pluralidad de alternativas de las que dispone la administración en el caso concreto, permitirá constatar si la opción por la que se decanta respeta los límites establecidos” (Consejo de Estado, 2006)

Así pues, la administración pública debe hacer un estudio minucioso inicialmente de las normas y directrices que se encuentran establecidos previamente. Sin embargo, la administración puede encontrar estipulaciones incompletas y que de manera analítica fijará criterios objetivos y razonables para cada caso en concreto, la cual complementa aquellos preceptos normativos que presenten vacíos, y es así, donde *“la administración dispone de libertad de valoración para la configuración del pliego de condiciones dentro de los parámetros generales señalados en la ley y en el reglamento y conforme a los requerimientos específicos de cada proceso de selección”* (Cifuentes G, 2018, pág. 72).

De lo anterior un argumento más sobre la debida aplicación de la discrecionalidad administrativa con base al principio de razonabilidad tiene la facultad discrecional establecer las medidas y criterios de necesidad, que luego serán plasmadas en la elaboración de los pliegos de condiciones para establecer los requisitos del futuro contrato estatal que se ajuste a cumplir la necesidad descrita por la administración pública. Esta libertad debe ser entendida como aquella donde se deciden o se

determinan cuáles son las mejores exigencias y características dependiendo la necesidad propuesta.

En conclusión, podemos ver que dentro la actividad contractual si existe la facultad discrecional administrativa en un concepto formal y material, teniendo hoy en día, la prevalencia de este último, y definida como aquella facultad que cuenta la administración originada por el mismo ordenamiento donde se elige entre dos o más opciones respecto a un caso en concreto atendiendo los principios constitucionales y la normatividad vigente para que la opción que elija sea válida para el Derecho, en la medida que atienda a la realidad y el interés general y necesidad estatal inicialmente planteada por la Administración pública.

En igual forma, las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de los asuntos propios en materia contractual dentro del margen legal. Por ello, la Sentencia C-119-2020 se ha pronunciado de la siguiente manera:

“La ley 80 de 1993 confirió de manera amplia la capacidad contractual, incluso a entes públicos desprovistos de personalidad jurídica propia, con el fin de que pudieran, cada de uno de ellos, de manera autónoma, y actuando de buena fe (artículo 83 de la Constitución), dirigir procedimientos de selección de contratistas y celebrar contratos, como instrumento indispensable para el logro de los fines de interés general confiados a cada entidad pública” (Corte Constitucional, 2020, pág. 56)

De acuerdo con lo anterior, las entidades públicas buscan el cumplimiento de los fines estatales por medio de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos que colaboran con la consecución de dichos fines. Además, la Corte Constitucional aclara que el estatuto contractual se indican los principios que estructuran y guían la actuación de las entidades públicas en materia contractual. De esta manera, ante la ausencia de reglas precisas o incluso frente a ellas, las entidades públicas deben guiar su actividad hacia la materialización de los principios que rigen la actividad contractual para la realización del interés general.

De allí, para la Corte Constitucional en la sentencia ya referida menciona el papel importante de la discrecionalidad en las entidades públicas, donde indica lo siguiente:

“De esta manera, el estatuto confirió importantes márgenes de discrecionalidad a las entidades públicas para satisfacer, de la mejor manera, el interés general que les es confiado. Para el estatuto de contratación, la discrecionalidad administrativa, lejos de ser un desconocimiento del sometimiento al ordenamiento jurídico y permisión de arbitrariedad, es un instrumento para la actuación administrativa eficiente y eficaz, al permitir márgenes adecuados de valoración y decisión para la toma de la decisión y la actuación que mejor responda a las necesidades de interés general” (Corte Constitucional, 2020, pág. 57)

Por consiguiente, la facultad discrecional de la administración es considerada como un instrumento de dirección administrativa legal guiada para el cumplimiento de la función pública y la consecución de los fines esenciales del Estado, más que al cumplimiento de reglas concretas. Por ello, la elaboración de los pliegos de condiciones es la tarea más importante de la actividad contractual en desarrollo con los principios que rigen el ejercicio de las funciones administrativas y con la adecuada planeación previa, así como la actuación de la administración debe estar acorde al principio constitucional de la buena fe, cuyo desconocimiento generaría invalidez de los pliegos de condiciones.

En efecto, la (Corte Constitucional, 2020) ha sostenido que la elaboración de los pliegos de condiciones por parte de las entidades públicas es una clara manifestación de la autonomía de la voluntad de la que gozan en materia contractual. No obstante, esta facultad no es absoluta, al ser un acto administrativo sujeto al ordenamiento jurídico.

Sin embargo, El Gobierno Nacional tendrá la facultad de estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones de las entidades estatales, cuando se traten de adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniforme y de común utilización por parte de las entidades públicas, con la

finalidad de tener mayor transparencia en los procesos de contratación, por tanto, en el ámbito de la autonomía se determina por la gestión de los asuntos propios de interés local, en tanto, que frente a los intereses nacionales, la intervención del legislador se amplía, sin ir en contra de la garantía de la dicha autonomía que tiene las entidades.

En conclusión la Corte, indica que en la estructuración de los pliegos de condiciones es una manifestación de la autonomía de las entidades para la gestión de sus asuntos propios “es necesario recordar que los pliegos de condiciones se componen de dos elementos: lo relativo a la selección del contratista y lo atinente al contrato que se celebrará. Es en la determinación de los elementos concretos y específicos de cada contrato, donde se manifiesta propiamente la autonomía de los entes territoriales para la gestión de los asuntos propios.” (Corte Constitucional, 2020)

Capítulo III: Límites de la Discrecionalidad Administrativa en la elaboración de los pliegos de condiciones.

Ahora bien, la facultad discrecional que tiene la administración al momento de la estructuración de los pliegos de condiciones en la Licitación Pública debe atender a las disposiciones constitucionales y legales que rigen la actividad contractual. De lo anterior, esta potestad tiene algunos límites que vienen a direccionar el actuar de la administración, con el fin de obtener la consecución de los Fines Esenciales del Estado y el interés general.

Por ende, la discrecionalidad administrativa trabaja desde el punto de vista material, es decir, dicha potestad es creada y está emanada de la ley y no del vacío legal como lo sostiene la vista formal por lo que siempre debe atender a dicho parámetros normativos, sin perder de vista el control judicial. (Castro G. A., 2019).

Es así, como el Doctor Edgar González nos indica que “todas aquellas cláusulas que desconozcan los preceptos constitucionales, legales o reglamentarias de superior jerarquía estarían prohibidas en el contenido del pliego, en especial aquellas que desconozcan sus principios” (Gonzalez, 2010).

En primer lugar, podemos ver el **PRIMER LÍMITE** que tiene la administración al momento de la elaboración de los pliegos de condiciones son los **PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO**, en particular aquellos principios que rigen y orientan el ejercicio de la función administrativa, aplicable a la actividad contractual en cabeza de la Administración, en específico al momento de la elaboración del pliego de condiciones dentro de la Litación Pública.

Es así, que el H. Consejo de Estado mediante Sentencia con No. de expediente 31965 ha indicado que los principios aplicables a la actividad contractual establecen un control basado en principios de dicha potestad discrecional, el cual indica lo siguiente:

“Lo dicho conduce a concluir que ante los amplios márgenes de los cuales dispone la Administración para confeccionar pliegos de condiciones pues el ordenamiento, en esta materia, las más de las veces apenas fija pautas generales y sólo de forma excepcional contiene normas de acción concretas y específicas, la intensidad del control judicial basado en los principios referidos debería, en principio, limitarse a la exclusión de aquellas previsiones que, en el pliego de condiciones o sus equivalentes, resulten manifiestamente desproporcionadas o manifiestamente irrazonables o manifiestamente arbitrarias pues, en los demás casos si, por ejemplo, se trata de fiscalizar los criterios técnicos que tiene en cuenta la Administración Pública para establecer los factores de escogencia entre los ofrecimientos presentados por los proponentes” (Consejo de Estado, 2014)

De lo anterior, los principios dentro de la administración pública cumplen un rol importante al momento que la administración hace uso de la facultad discrecional para la elaboración de los pliegos de condiciones, entre ellos, el principio de racionalidad, razonabilidad, proporcionalidad, transparencia y planeación, así como los principios que orientan la actuación administrativa que se encuentran contenidos en el artículo 209 de nuestra Constitución Política de 1991 y artículo 23 de la ley 80 de 1993 y las demás leyes aplicables a la actividad contractual.

El **principio de Imparcialidad** dentro la actividad contractual tiene una finalidad de la dirección de la administración, inicialmente las decisiones se encuentran en cabeza del ordenador del gasto, teniendo la excepción cuando haya un delegado de tal función, dado que en este caso deberá hacerse el respectivo seguimiento y control. . Por ende, es importante resaltar que

la Administración está caracterizada por una posición de neutralidad política o de total autonomía posible en relación con el Gobierno, pues de ninguna manera puede desconocerse la orientación que este ejerciendo respecto de aquella. Dicha orientación, por tanto, también alcanza el ejercicio de la discrecionalidad, que atenderá a las prioridades y objetivos fijados en sede de dirección política mediante las correspondientes directivas gubernamentales, lo que de suyo impide que la actuación de las facultades administrativas de que se trate sea plenamente neutral (Marín, Discrecionalidad Administrativa, 2007)

De lo anterior, el principio de imparcialidad busca el equilibrio de lo legal y necesario de la actividad de la Administración con base de la toma de decisiones administrativas no sean personales, con preferencias o discriminaciones no amparadas por nuestro ordenamiento jurídico y que carezcan de toda razonabilidad y perdiendo la verdadera función de la discrecionalidad administrativa, en específico de escoger el criterio de elección de una alternativa, la cual no puede ser contrario a la consecución de los interés generales siempre teniendo en cuenta la Imparcialidad.

Por su parte, el **principio de Objetividad** como lo ha explicado (Castro A. C., 2015, pág. 36) aparte de la obligación de tener en cuenta la información disponible, los intereses y necesidades plasmadas, los derechos y demás fuentes para tomar una decisión por parte de funcionario que representa la Administración, este debe observar la ponderación de los intereses que se involucran respecto a la posible valoración que se realice, dando la existencia de la relación entre la función administrativa y el deber de la buena administración, es decir, se tiene que mirar

todos los parámetros necesarios para que la decisión llegue a ser racional, objetiva, imparcial, eficaz y eficiente, entre otros.

Pues el deber del principio de objetividad supone desatender de todos aquellos elementos que no sean pertinente a tal efecto, buscando la relación lógica entre la información, la motivación y el fondo de la decisión adoptada, como igualmente la valoración de las otras alternativas diversas en las que finalmente haya de ser escogida porque es la más adecuada y sirve a los intereses generales pretendidos.

Por otro lado, tenemos los **principios de racionalidad y razonabilidad** y han sido definidos por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 530 93 de la siguiente manera:

La razonabilidad hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad. La racionalidad, en cambio, expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos. (Corte Consitucional, 1993)

Sin embargo, como lo indica (Marin, 2007) para que una decisión esté basada bajo el principio de racionalidad debe reunir los siguientes requisitos, a) Respetar las reglas de la lógica deductiva, b) Se atiene a los criterios de racionalidad práctica, esto es, consistencia, eficiencia y la coherencia y c) No se fundamenta en criterios externos de la naturaleza política o moral; lo anterior, estos requisitos o reglas no conllevan a un razonamiento que proviene de las premisas a la conclusión, sería entonces una decisión racional.

En conclusión, la racionalidad corresponde a la obtención de una decisión por vía deductiva teniendo en cuenta las reglas de eficiencia, coherencia y consistencia respectivamente, a diferencia de la razonabilidad donde implica un análisis de la lógica deductiva, en la cual tiene que tener la capacidad de aceptabilidad entre los miembros de una sociedad.

El **principio de proporcionalidad** tiene estrecha relación con los conceptos que expusimos en el anterior capítulo de este artículo de investigación, habida cuenta que, la administración ejerciendo la potestad discrecional debe elegir una de las varias medidas alternativas para la consecución de los fines esenciales del Estado y del interés general, pues la medida escogida debe ser proporcionada a cada caso en concreto de la actividad contractual, es específico al momento de elaborar los pliegos de condiciones en la Licitación Pública.

Este principio de proporcionalidad tiene unos elementos para su estructuración, en palabras de (Marin, 2007, pág. 409) nos indica que:

los elementos sobre los cuales descansa el principio son, por lo tanto, el presupuesto de hecho, los medios y el fin de acto, si bien es cierto que su más específica cauterización se refiere a la relación de adecuación entre los medios y fines, entre medida adoptada y objetivos perseguidos.

No es otra la conclusión, el principio de proporcionalidad es un claro límite de la facultad discrecional que tiene la administración al momento de escoger entre varias alternativas válidas y reconocidas dentro el ordenamiento jurídico, donde es la administración donde debe fundamentar bajo los principios de razonabilidad y racionalidad la escogencia de la medida que con lleven al Interés general y la consecución de los fines esenciales y propuestos dentro de la actividad contractual.

El **principio de planeación**, no se encuentra expresamente establecido en el estatuto de contratación y ordenamiento jurídico, pero emerge del mismo. Este principio es uno de los pilares de la actividad contractual, en la que se establece una obligación a la Administración al momento de contratar no sean un resultado de mera improvisación o discrecionalidad absoluta, por el contrario, sea una decisión que obedezca a necesidades de la sociedad, donde para satisfacerla debe ser planeada y estudiada por el Estado con antelación, con el fin de cumplir el interés general y cubrir las necesidades estatales por medio de la actividad contractual.

Para ello, el (Consejo de Estado, 2007) por medio de la Sentencia con radicado No. 15324, nos indica que el principio de planeación tiene una serie de implicaciones u observaciones que se debe tener en cuenta al momento de comenzar con la actividad contractual. Entre la cuales están, i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato, ii) las modalidades existentes para la satisfacer la necesidad con su justificación de escogencia, iii) las características de los bienes y servicios a contratar para cubrir la necesidad acompañados de la elaboración de diseños, planos, análisis técnicos y demás, iv) los valores y precios que podrían demandar la celebración y ejecución de la clase de contrato v) la disponibilidad de recursos o capacidad financiera de la entidad contratante y vi) los procedimiento, trámites y requisitos que deben satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar.

En conclusión, el principio de planeación tiene una serie de requisitos y obligaciones por parte de la entidad contratante que debe observar previo a la celebración de un contrato estatal con miras de los fines estatales y la satisfacción del interés general por medio de reglas objetivas, claras y completas.

Por último, tenemos que el **principio transparencia** ha establecido lo siguiente:

quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza y translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así la actuación administrativa, específicamente la relación contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina. (...) Se trata de un postulado que pretende combatir la corrupción en la contratación estatal, que en sus grandes líneas desarrolla también los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad aplicados a la función administrativa (Consejo de Estado, 2007, pág. 22)

La finalidad este principio dentro de la actividad contractual, no es otra cosa que dotar de claridad las actuaciones de la Administración y separando aquellas que van en contra del interés general y los fines esenciales de la contratación pública.

A manera de conclusión, la Administración al momento de hacer uso de su facultad discrecional se encuentra limitada por todos aquellos principios generales del Derecho que rigen y orientan el ejercicio de función administrativa, aplicable a toda actividad contractual del Estado y que se encuentran establecidos en los artículos 1, 2 y 209 de nuestra Constitución Política; en el artículo 3 de Contencioso Administrativo, el artículo 23 de la ley 80 de 1993 y demás que establezca el ordenamiento jurídico

Como **SEGUNDO LÍMITE** de la discrecionalidad administrativa en la elaboración de los pliegos de condiciones en la Licitación Pública, son los conceptos de los **HECHOS JURÍDICOS DETERMINANTES Y CONCEPTOS JURÍDICAMENTE INDETERMINADOS.**

Por su parte, los **hechos jurídico-determinantes** como lo explica Marín respecto a Mozo Seoane (citado por (Marín, 2007, pág. 328) donde nos indican que las normas jurídicas intentan incidir de una u otra manera en las conductas o situaciones sociales que regulan de manera abstracta, es decir, *“operar sobre la realidad concreta a las que aplica las normas pertinentes, esa “correspondencia” entre supuesto de hecho normativo y situación fáctica concreta es un presupuesto imprescindible de corrección del ejercicio de las facultades discrecionales” (ibid.,)*

Es así, como la facultad discrecional que cuenta la Administración exige el requisito del presupuesto fáctico que hace relación a la existencia de una realidad de hecho que dé lugar a la decisión administrativa de que se trate, por ende, es importante mencionar los elementos que configuran y hacen parte de los hechos jurídicamente determinantes para tener en cuenta por la Administración.

Para ello, Como lo menciona (Castro A. C., 2015, pág. 27) establece dos fases para el sustento de la realidad. En primer lugar, se tiene que establecer i) el

acaecimiento del hecho, b) la comprobación del hecho y c) la verificación del mismo, en esta primera fase no se encuentra ninguna facultad discrecional de la Administración, toda vez que la realidad es una y no permite alteración de la misma.

En el segundo lugar, encontramos una faceta donde se aplica la facultad discrecional por parte de la Administración en los siguientes puntos: i) valoración o apreciación y ii) el juicio o calificación. Para ello, la primera es definida como *“la discrecionalidad administrativa consiste, precisamente, en la facultad de órgano de la administración para apreciar la adecuación de los hechos a la norma jurídica”* (Marín, 2007, pág. 336), y el juicio o valoración *“es 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”* (ibid., pág. 337)

En conclusión, el control de la discrecionalidad administrativa a través de los hechos determinantes resulta ser muy procedente con las que la misma administración en primer lugar puede auto limitarse, toda vez que la actividad administrativa no puede desconocer la realidad de los hechos y por otro lado la valoración y calificación de los mismos a los que deben corresponder a los postulados normativos determinados o indeterminados.

Respecto a los **CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS** son una emanación de una facultad reglada, en la cual obliga a la Administración a encontrar dentro de las posibilidades una sola solución jurídica viable, es así como lo menciona el Consejo de Estado con numero de radicado 18059 indica que:

“La denominación teoría de los conceptos jurídicos indeterminados se entiende, en el ámbito del derecho administrativo, la tesis según la cual la utilización de tales conceptos por una norma no significa, por sí sola, la atribución de la facultad de elegir discrecionalmente entre varias soluciones «posibles» aquella que en cada caso se considera conveniente u oportuna; esta tesis, por el contrario, mantiene que

la interpretación y aplicación de todo concepto jurídico, cualquiera que sea el grado de su indeterminación, no admite, si la norma no dispone otra cosa, más que una sola solución correcta y que, por tanto, la corrección de la decisión que se tome puede ser controlada judicialmente sin que tal control implique una mera sustitución de criterios, sino el resultado de la búsqueda de la solución justa” (Consejo de Estado, 2006)

De lo anterior, esta indeterminación de estos conceptos le permite a la Administración actuar dentro de todas las posibilidades ajustadas a derecho, teniendo como resultado escoger la interpretación basada en la lógica y el principio de razonabilidad, lo que no permite y excluye cualquier tipo de arbitrariedad dentro de la actividad contractual.

Por último, tenemos el **INTERÉS GENERAL** como límite de la actividad discrecional de la Administración, en el sentido que (Matallana, 2015, pág. 84) nos indica que:

El principio de la 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.

Pues que el mismo autor agrega 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”*.

De lo anterior, la Administración al darle el sentido al Interés General está cumpliendo los fines esenciales del Estado y de la Contratación Pública, en la cual le sirve a la comunidad, promoviendo la prosperidad de Interés general, la efectividad de los principios, el cumplimiento de los derechos y obligaciones consagrados en la Constitución Política con base de los presupuestos establecidos en el artículo 209 superior.

Ahora, este Interés General se encuentra establecido dentro en el artículo 3 de la ley 80 de 1993 como un fin esencial de la Contratación Estatal donde menciona:

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)

De lo anterior, la prevalencia del interés general dentro de la actividad contractual está presente durante todas las etapas del contrato estatal a través de la escogencia del contratista, elaboración de los documentos previos (pliegos de condiciones) de la contratación hasta el acta de liquidación del contrato. Desde esta perspectiva, el concepto de interés general se ve reflejado en las justificaciones en todo el contrato en materia estatal.

En conclusión, el principio del interés general encierra todos y cada uno de los elementos expuestos en el presente artículo de investigación, en el sentido, que la Administración cuenta con una facultad discrecional al momento de la elaboración de los pliegos de condiciones que a su vez dentro las grandes posibilidades viables tiene que escoger la que se encuentre más acorde con la realidad y la necesidad de la entidad pública, teniendo en cuenta los principios generales del derechos que orientan la actuación administrativa, en específico en la toma de decisiones que estén acordes a Derecho y a la consecución de los fines esenciales del Estado y la prevalencia del interés general al momento de elaborar los pliegos de condiciones.

Conclusiones:

En primer lugar, los pliegos de condiciones es un instrumento importante mediante el cual la Administración busca satisfacer cada uno de los fines esenciales del Estado, entre ellas las necesidades estatales por medio de la adquisición de bienes y servicios. Por ello, deberá contener diferentes reglas y condiciones al momento de su elaboración, pues al no tener una norma expresa que los regule, la

Administración de forma unilateral y ejerciendo una facultad discrecional es la principal responsable en la estructuración de dicho documento proveniente de los estudios previos en el marco del principio de planeación.

La Administración dentro la facultad discrecional al momento de la confección de los pliegos de condiciones tiene un marco de criterios que deben observar para poder establecer las diferentes cláusulas contractuales (objeto, cuantía, forma de pago, plazo, etc.) y condiciones de selección objetiva (reglas y fases del proceso de selección); Este contenido mínimo son establecidas en disposiciones normativas de interés general, que con lleva a resaltar que los pliegos de condiciones tienen una doble naturaleza, comenzando como un acto administrativo y luego de culminar el proceso de selección se transforma en un estipulación contractual de obligatorio cumplimiento para obtener el Interés General.

En segundo lugar, es importante tener presente que la Administración cuenta con la libertad de configuración de los pliegos de condiciones con base a los requerimientos establecidos en la ley para la modalidad de la Licitación pública. Sin embargo, la ley no fija la totalidad del contenido y detallado de los pliegos de condiciones. Por ello, la administración pública con la previa ponderación de los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos elige la medida más adecuada para cada caso en concreto con la finalidad de satisfacer el interés público.

Para ello, se da la existencia de la facultad discrecional otorgada a la Administración, donde se hace responsable de determinar las condiciones lícitas, pertinentes y necesarias para cada caso en concreto, atendiendo siempre los límites establecidos por la ley con el fin de atender a los intereses estatales y que atiendan criterios objetivos y razonables con búsqueda del interés general.

Por último, esta potestad discrecional tiene una serie de límites que se deben respetar al momento de ejercerla dentro de la elaboración de los pliegos de condiciones, puesto que la discrecionalidad administrativa es creada bajo la ley y

no del vacío legal, lo anterior para direccionar el actuar de la administración, con el fin de obtener la consecución de los fines esenciales del estado y el interés general.

Es por ello, que dentro de los límites en el presente trabajo se encuentran los principios generales del Derecho que orientan el ejercicio de la función administrativa, aplicable a la actividad contractual en cabeza de la Administración, donde genera un control judicial basado en principios de razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad, transparencia y planeación.

Lo anterior está unido con los hechos jurídicos determinantes y conceptos jurídicos indeterminados, éste últimos entendidos como la labor de encontrar dentro de las posibilidades una sola solución jurídica viable, mientras que los primeros opera sobre la realidad concreta aplicando las normas pertinentes para tomar un adoptar una decisión administrativa que se trate.

Todo lo anterior, orientado al interés general que su vez tiene relación con cada uno de los elementos expuestos en el presente trabajo de investigación, puesto que la Administración cuenta con una facultad discrecional al momento de la confección de los pliegos de condiciones teniendo en cuenta la realidad y las posibilidades viables a escoger, así como lo dispuesto en la normatividad vigente y con la orientación de los principios generales del Derecho dentro su actuación administrativa para llegar a la consecución de los fines esenciales del estado por medio de la actividad contractual.

Bibliografía

Constitución Política de Colombia

44, L. 1. (2011). Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Bogotá: Leyer.

Castro, A. C. (2015). *La Discrecionalidad Administrativa en la estructuración de los pliegos de condiciones en la licitación pública*. UNIVERSIDAD NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO. Bogotá: Universidad del Rosario. Obtenido de <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/13141/TESIS%20DISCRECIONALIDAD%20ADMINISTRATIVA%20PUBLICAR.pdf?sequence=1>

Castro, G. A. (2019). *Discrecionalidad Administrativa: Los márgenes de apreciación y de volición en la aplicación de las cláusulas excepcionales del contrato estatal*. Bogotá D.C, Colombia: Universidad Católica.

Cifuentes G, O. L. (2018). *Limites a la adenda en la contratación estatal: Análisis a la luz de ley y la jurisprudencia colombiana*. Bogotá D.C, COLOMBIA: Universidad Santo Tomás . Obtenido de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/16663/2018olgacifuentes.pdf?sequence=7&isAllowed=1>

Consejo de Estado, EXP1991-N6802 (Consejo de Estado - Sección 3 1 de Agosto de 1991).

Consejo de Estado, 68001-23-15-000-1997-0261-01 (Consejo de Estado, Sección Tercera 29 de Enero de 2004).

Consejo de Estado, 11001-03-26-000-1995-03074-01 (13074) (Consejo de Estado Sección Tercera Subsección C 30 de Noviembre de 2006).

Consejo de Estado, 11001-03-26-000-2000-00020-01 (18059) (CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN 3 SUBSECCIÓN C 30 de noviembre de 2006).

Consejo de Estado, 850012331000030901 (15324) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 29 de agosto de 2007).

Consejo de Estado, 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642) (CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN 3 SUBSECCIÓN C 24 de JULIO de 2013).

Consejo De Estado, 44001-23-31-000-1999-00827-01(24059) (CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN 3 SUBSECCIÓN C 14 de MARZO de 2013).

Consejo de Estado, 25000-23-26-000-2004-01200-01 (35965) (CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN 3 SUBSECCIÓN C 13 de AGOSTO de 2014).

Consejo de Estado, 19-001-23-31-000-1999.00476-01(25341) (CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN 3 SUBSECCIÓN C 6 de MAYO de 2015).

Corte Consitucional, C-530-1993 (Corte Constitucional, Bogotá 11 de noviembre de 1993).
Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-530-93.htm>

Corte Constitucional, C-119-20 (Corte Constitucional 15 de abril de 2020).

Gonzalez, L. E. (2010). *El pliego de condiciones en la Contratacion Estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

HERNANDEZ, H. A. (2011). NATURALEZA JURIDICA DE LAS FACULTADES DE LA ADMINISTRACION PARA CONFECCIONAR PLIEGOS DE CONDICIONES. BOGOTA, COLOMBIA. Obtenido de file:///D:/Documentos/Downloads/2593-Texto%20del%20art%C3%ADculo-8603-1-10-20110113.pdf

Jara, M. L. (2018). *Elementos y presupuestos de la contratación estatal*. Bogotá: Universidad Catolica de Colombia.

Marin Castro, G. A. (2019). Discrecionalidad Administrativa: Los márgenes de apreciación y de volicion en la aplicacion de las clausulas excepcionales del Contrato Estatal. *Tesis de Grado*. Bogotá D.C, Colombia: Universidad del Rosario.

Marin, H. A. (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Marin, H. A. (13 de Junio de 2009). Artículo. *La naturaleza juridica de las facultades de la administración para confeccionar los pliegos de condiciones*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.

Matallana, E. (2015). *Manual de Contratación de la Administración Publica Reforma de la ely 80 de 1993* (Cuarta ed.). Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.

Regimen de la Contratacion Estatal, Ley 80 de 1990.

Rodriguez, L. (2015). *DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL Y COLOMBIANO*. BOGOTA D.C: TEMIS S.A.

Santofimio G., J. O. (2003). *Tratado de derecho administrativo* (Cuarta ed., Vol. 2). Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.