

# Naturaleza jurídica de las facultades de la administración para confeccionar pliegos de condiciones

POR HUGO ALBERTO MARÍN HERNÁNDEZ\*

## INTRODUCCIÓN-SUMARIO

Ni la jurisprudencia ni la doctrina nacionales han sostenido planteamientos uniformes o pacíficos en relación con la naturaleza jurídica tanto de los pliegos de condiciones o de sus documentos equivalentes como de las facultades que se atribuyen a las entidades públicas para confeccionarlos. Tal la razón por la cual en el presente documento se dará sucinta cuenta, como punto de partida, 1. de las diversas posturas que el máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha asumido en punto a la entidad jurídica de los pliegos de condiciones, para, a renglón seguido, 2. analizar la clase de potestades que ejerce quien elabora pliegos de condiciones y, finalmente, 3. poner en relación éstas últimas atribuciones con aquellas desplegadas al momento de proferirse el acto de adjudicación.

\* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Docente e investigador de la Universidad Externado de Colombia, Magistrado Auxiliar de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

## 1. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha puesto su atención, en muchas oportunidades, en analizar cuál es la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones o de sus documentos equivalentes, habiendo pasado, en relación con dicho extremo, por la asunción de disímiles posturas, desde las que catalogaron los pliegos como actos de naturaleza "reglamentaria" o "*reglamentos generales*"<sup>1</sup>, por considerar que "[L]as cláusulas del Pliego de Condiciones como reglamento de carácter general constituyen normas de interés general y por lo tanto obligatorias para todos, incluso para la propia administración"<sup>2</sup>, pasando por las que los definen como "acto administrativo general"<sup>3</sup> cuyos alcances y efectos se proyectan tanto en la fase de selección del contratista como en la de ejecución del contrato mismo, de suerte que el pliego constituye una "manifestación unilateral de la voluntad del Estado en ejercicio de la función administrativa, creadora de situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas"<sup>4</sup>, hasta llegar a formular la tesis que, a nuestro entender, de mejor manera explica tanto la función como el contenido de los pliegos de condiciones.

De acuerdo con ésta, 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, pues si bien es cierto que durante la etapa precontractual y hasta producirse la adjudicación del contrato constituyen un clásico acto administrativo general —y no un reglamento, habida cuenta de que el pliego carece de vocación de permanencia indefinida en el tiempo y su vigencia se extiende sólo hasta tanto se profiere el acto de adjudicación o hasta ejecutarse y liquidarse el contrato<sup>5</sup>—, no lo es menos que una vez celebrado el convenio, buena

- 1 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 1.º de octubre de 1992, exp. 6920.
- 2 *Íd.* Sentencia de 19 de junio de 1996, exp. 9868; *Íd.* Sentencia del 3 de mayo de 1999, exp. 12.344.
- 3 *Íd.* Sentencia del 10 de octubre de 1991, exp. 6802.
- 4 *Íd.* Sentencia del 1.º de agosto de 1991, exp. 6802.
- 5 En este sentido, resulta de utilidad la distinción efectuada, por la doctrina española, entre reglamento y acto administrativo, de acuerdo con la cual "aquéllos innovan el ordenamiento, introduciendo en él una norma que perdura en el tiempo, mientras que los actos administrativos, aun cuando puedan ser generales, se agotan con su cumplimiento y no añaden nada a la norma vigente", de suerte que "el criterio de la permanencia es el que con mayor precisión permite establecer una diferenciación que viene impuesta por el ordenamiento jurídico para someter a la administración a unos específicos requisitos y controles cuando desarrolla una actividad que va más allá de la simple aplicación de normas a supuestos concretos y cambiantes". Cfr. IGNACIO DE OTTO. *Sistema de fuentes*, 2.ª ed., Barcelona, Ariel, 1999, p. 216. En similar dirección se ha afirmado que "[...] el acto administrativo, sea singular o general su círculo de destinatarios, se agota con su simple cumplimiento, se consume en éste; para un nuevo cumplimiento habrá que dictar eventualmente un nuevo acto [...] [E]n cambio, la norma ordinamental no se consume con su cumplimiento singular, antes bien

parte de las previsiones contenidas en ese primigenio acto administrativo tienen la virtud de convertirse en estipulaciones o cláusulas contractuales, con lo cual la naturaleza jurídica del pliego es mixta: en determinados aspectos y hasta cierto momento dentro del procedimiento administrativo de selección de contratistas, se trata de un acto administrativo general; en otros extremos y a partir de la celebración del contrato, pasa a formar parte del clausulado del mismo<sup>6</sup>.

En los siguientes dos apartados nos limitaremos a analizar, no obstante, la configuración que el derecho positivo efectúa de las facultades que atribuye a las entidades públicas para confeccionar los pliegos de condiciones, términos de referencia o documentos equivalentes y para expedir los correspondientes *actos administrativos* de carácter general, en los términos que se viene de referir.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS FACULTADES NORMATIVAMENTE CONSAGRADAS PARA LA CONFECCIÓN DE PLIEGOS DE CONDICIONES

Las normas que, desde la vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, han regulado las facultades administrativas de configuración de pliegos de condiciones o de sus equivalentes se limitan a señalar los parámetros generales a los cuales habrá de ceñirse la entidad que prepara y expide dichos actos administrativos generales en cada evento particular. No podría ser de otro modo, en la medida en que resultaría materialmente imposible que tales preceptos descendiesen a la confección de

se afirma, se consolida, se mantiene y es susceptible de una pluralidad indefinida de cumplimientos; sigue «ordenando» la vida social desde su superioridad". Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Curso de derecho administrativo*, volumen I, 11.ª ed., Madrid, Civitas, 2002, pp. 187-188.

- 6 La ejemplificación que de cuanto se viene exponiendo efectúa la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, resulta sumamente ilustrativa: "Así, por ejemplo, la aplicación sucesiva de las condiciones previstas en el pliego, es decir, en la medida en que avanza el procedimiento de licitación o de contratación directa, desaparecen, por agotamiento, las condiciones de participación, de evaluación, de desempate, las causales de rechazo de las ofertas, los plazos internos que rigen el proceso de licitación –apertura y cierre, presentación de ofertas, evaluación, adjudicación–, entre otras condiciones. Estos aspectos hacen parte del pliego de condiciones en tanto "acto administrativo".

En cambio, las exigencias técnicas de los bienes o servicios que se pretende adquirir, la estipulación sobre las garantías del contrato, los intereses a pagar en caso de mora, las condiciones de pago, la entrega del anticipo, la forma como se debe ejecutar el contrato, etc., se integran al contrato como "cláusulas" del mismo –teniendo efectos, en adelante, sólo entre la administración y el contratista–. Más aún, este tipo de condiciones, de usual inclusión en los pliegos, podrían no reproducirse en el instrumento que contiene el clausulado y que, de ordinario, suscriben las partes, no obstante lo cual harán parte del mismo porque están previstas en el pliego; de allí que la doctrina y la jurisprudencia sostengan que "el pliego de condiciones es la ley del contrato", pues a él se acude, en adelante, para resolver conflictos sobre su contenido e interpretación". Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, rad. n.º 11001-03-26-000-2000-0020-01, exp. 18059.

los precisos contenidos de dichos actos administrativos en cada procedimiento administrativo de selección de contratistas en concreto –cosa que sería propia de las facultades regladas, en las cuales la norma detalla exhaustivamente y sin dejar margen alguno de valoración a la administración, las particularidades del contenido de la decisión para adoptar en cada supuesto específico–, toda vez que ello sólo es viable realizarlo atendiendo a las disímiles necesidades del interés público agenciado por cada entidad pública en particular y a las especiales circunstancias propias de cada específico procedimiento de selección de contratistas.

En ese orden de ideas, en la medida en que los recién referidos dispositivos normativos confieren un amplio margen de libertad de valoración a la administración para que, en cada caso concreto, establezca el contenido del pliego de condiciones, tales preceptos consagran facultades de naturaleza discrecional que se atribuyen a quienes han de ejercerlas, mismas que habrán de concretarse en el señalamiento de las reglas, de los procedimientos, de las exigencias y de los criterios, objetivos y razonables, con base en los cuales deberá adelantarse el respectivo proceso de selección del contratista.

No otra es la conclusión a la cual puede arribarse tras un somero examen al contenido de las disposiciones legales –y reglamentarias– pertinentes, esto es, de los artículos 30<sup>7</sup> y 33<sup>8</sup> del Decreto-Ley 222 de 1983, así como de la regulación

- 7 Cuyo tenor literal es el siguiente: “Artículo 30. De cómo se realiza la licitación pública. La licitación pública se efectuará conforme a las siguientes reglas:
1. El jefe del organismo respectivo ordenará su apertura por medio de resolución motivada;
  2. La entidad interesada elaborará un pliego de condiciones que, además de lo que se considere necesario para identificar la licitación, contenga en forma expresa y completa:
    - a. Las especificaciones de los bienes, servicios u obras objeto del contrato proyectado;
    - b. La cantidad y calidad de dichos bienes o servicios o de la obra;
    - c. Las calidades que se exijan a las personas que deseen licitar;
    - d. El lugar, sitio, día y hora en que se abra y cierre la licitación;
    - e. Las condiciones y forma de cumplimiento por el contratista y las modalidades y forma de pago; cuando el pago deba hacerse con recursos del crédito, deberá consignarse expresamente que éste se hará bajo condición del perfeccionamiento del empréstito correspondiente, o la exigencia al proponente de formular oferta de financiación;
    - f. Las sanciones por incumplimiento de la propuesta y la garantía de seriedad de la misma;
    - g. El término dentro del cual se hará la adjudicación una vez cerrada la licitación y el plazo para la firma del contrato, una vez efectuada aquélla, los cuales deberán señalarse teniendo en cuenta la naturaleza y objeto del contrato;
    - h. La minuta del contrato que se pretende celebrar con inclusión de las cláusulas forzosas de ley;
    - i. El número mínimo de participantes hábiles exigido para que la licitación no sea declarada desierta, el cual no podrá ser inferior a dos;
    - j. Los criterios que se tendrán en cuenta para la adjudicación;
    - k. La posibilidad de presentar alternativas;
    - l. La posibilidad de presentar propuestas parciales;
    - m. La posibilidad de efectuar adjudicaciones parciales;
    - n. La posibilidad de presentar propuestas conjuntas”.
- 8 Norma cuyo texto se transcribe a continuación: “Artículo 33. De los criterios para la adjudicación”.

que de esta materia se efectúa en los cuerpos normativos entrados en vigor con posterioridad –Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Decreto 066 de 2008<sup>9</sup>–, toda

cación. La adjudicación deberá hacerse, previos los estudios del caso y efectuado el análisis comparativo, al licitador o concursante *cuya propuesta se estime más favorable* y esté ajustada al pliego de condiciones o términos de referencia, según el caso.

En la evaluación de las propuestas deberán tenerse en cuenta, en forma rigurosa, los criterios de adjudicación y las ponderaciones de esos criterios conforme a lo establecido en el pliego de condiciones correspondiente, con fundamento, *entre otros*, en los siguientes factores: el precio, el plazo, la calidad, cumplimiento en contratos anteriores, *solvencia económica, capacidad técnica, experiencia, organización y equipo de los oferentes*" (énfasis añadido).

- 9 En la Ley 80 de 1993, resulta menester traer a colación los artículos 24.5 y 29 del mencionado Estatuto:

"Artículo 24.5. En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

a) Se indicarán los *requisitos objetivos necesarios para participar* en el correspondiente proceso de selección.

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 desierto de la licitación o concurso.

c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

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.

e) Se definirán reglas que no induzcan 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".

f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía".

"Artículo 29 (derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007). Del deber de selección objetiva. La selección de contratistas será objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace 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.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, *tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos*, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. Si el plazo ofrecido es menor al previsto en los pliegos de condiciones o términos de referencia, no será objeto de evaluación" (énfasis añadidos).

Algo similar ocurre tratándose de las previsiones contenidas en el artículo 5.º de la Ley 1150 de 2.007:

"Artículo 5.º 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* serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para

vez que tales disposiciones, igualmente, se limitan –se insiste, como no podría ser de otra manera– a señalar criterios o parámetros generales que defieren a la administración, en cada supuesto concreto, la responsabilidad de señalar las reglas y los criterios –se insiste, igualmente– objetivos y razonables, que habrán de gobernar el proceso de selección del cual se trate.

La circunstancia de que todos los antes referidos preceptos que en distintos cuerpos normativos –Decreto Ley 222 de 1983, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Decreto 66 de 2008– se ocupan de regular el contenido de los pliegos de condiciones, recurran, a tal efecto, a la utilización de conceptos jurídicos inde-

la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las cámaras de comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

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 organismos consultores o asesores designados para ello* (se subraya).

Finalmente, en la misma dirección orientada a señalar contenidos mínimos, parámetros y criterios generales, apunta el artículo 6.º del Decreto 66 de 2008, norma que preceptúa lo siguiente:

"Artículo 6.º Contenido mínimo del pliego de condiciones. Sin perjuicio de las condiciones especiales que correspondan a los casos de licitación, selección abreviada y concurso de méritos, y de los requisitos exigidos en el numeral 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el pliego de condiciones deberá detallar claramente los requerimientos para la presentación de la propuesta. El pliego contendrá, *cuando menos*:

1. La descripción técnica detallada y completa del objeto a contratar, o la ficha técnica del bien o servicio de condiciones técnicas uniformes, según sea el caso.
2. *Los fundamentos del proceso de selección, su modalidad, términos, procedimientos y las demás reglas objetivas que gobiernan la presentación de las ofertas así como la evaluación y ponderación de las mismas y la adjudicación del contrato.*
3. Las razones y causas que generarían el rechazo de las propuestas o la declaratoria de desierto del proceso.
4. Las condiciones de celebración del contrato, presupuesto, forma de pago, mecanismos de cobertura del riesgo y demás asuntos relativos al mismo" (énfasis añadido).

En relación con la aludida concepción de la discrecionalidad administrativa pueden verse los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del treinta (30) de noviembre de 2006, C. P.: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ; rad. n.º 110010326000199503074 01, exp. 13074; íd. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, C. P.: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ; rad. n.º 11001-03-26-000-2000-0020-01, exp. 18059; íd. Sentencia del 31 de octubre de 2007, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ; ref.: 13.503; rad. n.º 110010326000199713503 00.

terminados<sup>10</sup>—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 las tesis de conformidad con las cuales la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados constituyen nociones antagónicas<sup>11</sup>, en realidad éstos se constituyen en fuente de aquélla<sup>12</sup>.

- 10 Noción de cuyos alcances y de cuya proximidad con la de discrecionalidad administrativa nos hemos ocupado también de manera profusa—véase nuestro trabajo: HUGO ALBERTO MARÍN HERNÁNDEZ. *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 203-271 y 707-728—y que el Consejo de Estado ha definido de la siguiente manera: “Como la composición del sintagma conceptos jurídicos indeterminados lo sugiere, esta categoría indirectamente supone el contraste con la de los conceptos jurídicos determinados, en los que el ámbito de realidad al que se refieren está delimitado—cuando menos en principio—de una manera precisa e inequívoca (verbigracia, conceptos como los de mayoría de edad, la edad de jubilación o el plazo para interponer un recurso, en fin, los numéricos o que expresan cantidades, que serían los únicos exentos de adolecer de algún grado de indeterminación). Por el contrario, los conceptos indeterminados aluden a una realidad cuyos límites no es posible precisar completamente a través de su solo enunciado (caso de nociones como la de buena fe, buen padre de familia, confianza legítima, entre otras), aunque sí puede afirmarse que intentan delimitar un supuesto o serie de supuestos concretos, que sólo en sede aplicativa serán puntualmente precisados”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, M. P.: ALIER HERNÁNDEZ E.; rad. n.º: 11001-03-26-000-2000-0020-01; exp. 18059.
- 11 Posturas doctrinales y jurisprudenciales a cuyo entender la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados y el ejercicio de facultades discrecionales son cuestiones antagónicas en la medida en que, tratándose de la primera, se considera que siempre será posible encontrar la única solución jurídicamente correcta para cada caso, mientras que, en ejercicio de las segundas, el operador jurídico dispone de pluralidad de alternativas o soluciones jurídicamente admisibles. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, uno de los valedores de esta tesis, estima, entonces, que es posible encontrar la «única solución justa» al caso, aun en aquellos eventos en los cuales se aplica un concepto jurídico indeterminado a un supuesto ubicable en su zona de incertidumbre, de acuerdo con la estructura trizonal que suele preconizarse de los referidos conceptos—dos zonas de certeza, una negativa (a la cual se adscriben los casos en los cuales el concepto no se aplica), una positiva (en la cual caen los casos a los que el concepto sí resulta aplicable) y un halo o zona de incertidumbre, en la cual quedarían comprendidos los casos dudosos, en los que se habrá de decidir con base en el margen de apreciación que ejerce el operador jurídico (razonando, en realidad, en los mismos términos que debe hacerlo al ejercer una facultad discrecional).
- 12 Planteamientos con los cuales comulgamos y de acuerdo con los cuales los conceptos jurídicos indeterminados sólo proporcionan a su intérprete un criterio de aplicación—o inaplicación—del propio concepto, en aquellos casos reconducibles, sin ambages, a sus zonas de certeza—positiva o negativa—, cosa que no ocurre en los supuestos encuadrables en su zona de incertidumbre o vaguedad, en los cuales será el aplicador del concepto quien, a la postre, establecerá el criterio con base en el cual se optará por alguna de las alternativas de solución, proceder éste que implica la “necesaria adopción por el órgano actuante de un criterio de aplicación del concepto” y, por consiguiente, se asemeja al desplegado en

Desde esta perspectiva, la confección de pliegos de condiciones constituye un muy ilustrativo ejemplo sobre la dinámica decisoria, argumentativa y de razonamiento que implica la concepción de la discrecionalidad administrativa que hemos defendido en otro lugar<sup>13</sup> y que, en nuestro criterio, en buen momento ha tenido a bien prohiar la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>14</sup>, partiendo de diferenciar las denominadas definiciones "materiales" o "positivas" de dicha figura, de las catalogadas como "formales" o "negativas" de la misma. Las primeras consideran que 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"<sup>15</sup>.

Para las segundas, por su parte –las catalogadas como definiciones "formales" o "negativas"–, el elemento determinante de la existencia de discrecionalidad no

ejercicio de una facultad discrecional, toda vez que éste igualmente supone la adopción, por parte de la administración, de los criterios finalmente determinantes de la aplicación de una u otra consecuencia jurídica. Lo aquí sostenido descarta que la operación llevada a cabo por el aplicador de la norma que contiene el concepto indeterminado sea estrictamente cognitiva, vale decir, lógico-deductiva, toda vez que, en los casos atribuibles a su zona de incertidumbre, el mencionado concepto no contiene la premisa mayor –fijada por la norma– dentro de la cual subsumir la premisa menor –caso concreto–, de suerte que la aplicación, o no, del concepto, no responde a un juicio silogístico. Será entonces dicho operador jurídico quien, en últimas, determinará el contenido de la norma, volitiva, aunque no libérrimamente, procediendo, en definitiva, como debe hacerlo al ejercer una facultad discrecional. Sobre el punto, con mayor profundidad, véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006; rad. n.º 11001-03-26-000-2000-0020-01; exp. 18059.

- 13 Sobre este aspecto, véase nuestro trabajo *Discrecionalidad administrativa*, cit., en especial los capítulos segundo y quinto.
- 14 En relación con la aludida concepción de la discrecionalidad administrativa pueden verse los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, C. P.: ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, rad. n.º 110010326000199503074 01, exp. 13074; íd. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, C. P.: ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, rad. n.º 11001-03-26-000-2000-0020-01, exp. 18059; íd. Sentencia del 31 de octubre de 2007, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, ref.: 13.503; rad. n.º 110010326000199713503 00.
- 15 Cfr. ANTONIO MOZO SEOANE. *La discrecionalidad de la administración pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Madrid, Montecorvo, 1985, p. 411.



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 la *forma* en la cual 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 de forma parcial 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*<sup>16</sup>.

16 Entre tales definiciones formales o negativas de la discrecionalidad puede darse cuenta, en la doctrina alemana, de la propuesta por MARTÍN BULLINGER, autor a cuyo entender la discrecionalidad se configura como un margen de autodeterminación de la administración frente a los demás poderes públicos –legislativo y judicial–, por manera que la facultad discrecional comporta un “margen de libertad que se deriva para la Administración pública cuando su actuación no está completamente predeterminada”. Cfr. MARTÍN BULLINGER. “La discrecionalidad de la administración pública. Evolución, funciones, control judicial”, en *La Ley* [1831], Madrid, 1987, p. 896. En España, entre muchos otros autores quienes se decantan por esta postura –claramente mayoritaria en dicho país– que concibe la discrecionalidad como un “margen de libertad de decisión” –cfr. RAMÓN MARTÍN MATEO. *Manual de derecho administrativo*, 15.ª ed., Madrid, Trivium, 1993, p. 317– conferido a la administración por parte del legislador y, por tanto, inmune al control jurisdiccional, puede citarse la definición propuesta por LUCIANO PAREJO ALFONSO, quien considera 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”. Cfr. LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 121. En similar sentido, en la doctrina francesa, la definición de RENÉ CHAPUS. Cfr. RENÉ CHAPUS. *Droit administratif général*, tomo I, 15.ª ed., París, Montchrestien, 2001, p. 1056. También EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ siguen un rumbo similar, toda vez que consideran que “el ejercicio de una potestad discrecional permite [...] una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho [...]. La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la administración”. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Curso de derecho administrativo*, cit., pp. 455-456 y 460-461. En el mismo sentido, JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ y JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA (*Principios de derecho administrativo*, II, cit., p. 26), afirman que “[...] potestad reglada es aquella cuyos presupuestos de ejercicio, cuyo contenido y cuyo procedimiento están estrictamente regulados por la Ley. Frente a ello, la potestad discrecional se caracteriza por no tener los presupuestos de su ejercicio o su contenido predeterminados por la ley dejando su libre determinación a la administración pública”. Por similares derroteros marcha el concepto que propone MARÍA JOSÉ ALONSO

Sin embargo, tanto en nuestro trabajo recién reseñado como en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado a la cual se ha hecho alusión, se han rechazado frontalmente tales concepciones negativas o formales de la discrecionalidad que no sólo desatienden la consagración constitucional de la totalidad de la actividad administrativa a la satisfacción del interés general —prevista, entre nosotros, de forma expresa, en el artículo 209 superior—, sino que, adicionalmente, no encajan, de forma adecuada, en el diseño de un Estado social y democrático de derecho si se tiene en cuenta que las mencionadas comprensiones *formales* —a la sazón las que tradicional y mayoritariamente se han propugnado de la discrecionalidad— al atribuir *libertad absoluta* (!) de elección a la administración, *sin exigirle a ésta que construya y esgrima criterios objetivos y razonables en los cuales se sustenten sus elecciones*, fácilmente pueden convertirse en una “patente de corso” para la arbitrariedad, si se tiene en cuenta que la administración pública *jamás* puede decidir con libertad; al contrario, constitucional y legalmente se encuentra obligada a razonar y a justificar por qué las decisiones que adopta son las que de mejor manera sirven al interés general, interés del cual no es titular —lo somos todos como ciudadanos o, más ampliamente, como administrados— sino mera *gestora*.

Las concepciones *formales* o *negativas* de la discrecionalidad constituyen, por tanto, aquellas que convierten esta figura en “el caballo de Troya en el Estado de derecho”<sup>17</sup>; aquellas que conducen a asimilar —en una indeseable y absolutamente impropia sinonimia— discrecionalidad y arbitrariedad —voces que más bien cabe catalogar como antónimas—; aquellas que llevan a entender que la discrecionalidad debe ser desterrada del ordenamiento jurídico y de la práctica administrativa, olvidando que, hoy por hoy, la atribución de amplios márgenes de *relativa* libertad de decisión a todo operador jurídico pero, en especial, a la administración —la cual carga a costas con la principal responsabilidad de materializar la cláusula de Estado *social* de derecho—, esa *relativa* libertad no supone ya una mera opción para el derecho positivo, sino una ineludible necesidad para él, pues no resulta posible, por los días que corren, vincular o regular la actuación de las autoridades administrativas, en la gran mayoría de los casos, mediante normas que establezcan detallada y exhaustivamente el quehacer de las entidades públicas —esto es, que consagren facultades regladas—, sino a través de enunciados normativos de contenido programático o finalístico, que le señalan a la autoridad unos objetivos o propósitos por los cuales debe propender, sin indicar nada o prácticamente nada

MÁS, para quien “[...] podemos definir la discrecionalidad como la libertad electiva de que en ocasiones disponen los poderes públicos para decidir lo que estimen más conveniente de acuerdo con las circunstancias de cada caso [...], de modo que cuando la misma existe se dan diversas soluciones jurídicamente válidas”. Cfr. MARÍA JOSÉ ALONSO MÁS. *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Valencia, Tirant lo Blanch-Universitat de Valencia, 1998, p. 223.

17 En la expresión de Hans Huber, traída a cuento por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en su *Curso de derecho administrativo*, cit., p. 457.

en relación con los medios a través de los cuales conseguirlos. La Carta Fundamental colombiana y los propios preceptos que se acaba de mencionar en materia de contratación estatal resultan pletóricos de disposiciones de esta naturaleza y elocuentes al reflejar la actual estructura normativa del derecho administrativo, en la cual la discrecionalidad, por tanto, no es una opción sino una necesaria característica, no constituye una alternativa de técnica legislativa, sino un *dato*, la más importante técnica regulatoria a la cual acuden los estados constitucionales y *sociales* contemporáneos.

Tal la razón por la cual se impone, en un Estado constitucional, *social* y democrático de derecho, propugnar y plantear como deseable la generalización de concepciones materiales o, incluso y para ser más rigurosos, *mixtas* de la discrecionalidad administrativa, según ampliamente lo hemos defendido y planteado<sup>18</sup> y, por fortuna, lo ha recogido el Consejo de Estado al sostener que

[C]omo corolario de lo hasta aquí expuesto, es que se han formulado definiciones de la discrecionalidad administrativa desde enfoques que combinan las dos perspectivas que se acaba de comentar –conceptos “negativos” o “formales”, de un lado, y “materiales” o “positivos”, de otro–, con lo cual ofrecen probablemente la caracterización más completa de la discrecionalidad administrativa, entendiéndola como “[...] el margen de relativa libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico”<sup>19, 20</sup>

La anotada concepción de la discrecionalidad impone la aceptación de una específica y concreta dinámica para seguir, por parte del operador jurídico que ejerce una facultad discrecional, consistente en completar el supuesto de hecho de las normas que atribuyen –en cuanto aquí interesa, a la administración– la correspondiente potestad, con los criterios objetivos y razonables que, fruto de su actividad de investigación, de acopio de información, de identificación de intereses técnicos, económicos, sociales, políticos, de conveniencia u oportunidad relevantes para resolver y de la ponderación entre ellos, la propia administración establece. O sea, ¿discrecionalidad es igual a libertad? Sin duda. Pero a libertad

18 MARÍN HERNÁNDEZ. *Discrecionalidad administrativa*, cit., pp. 199-202 y 684-706.

19 Nota original de la sentencia citada: *ibidem*, p. 100.

20 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, C. P.: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, rad. n.º 110010326000199503074 01, exp. 13074.

*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. Como sintéticamente lo expresara la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado:

Sin embargo, en el seno de un Estado de Derecho, las decisiones de la administración, a la que se encomienda la gestión de los intereses generales, no pueden adoptarse por mero capricho o siguiendo el libérrimo arbitrio del decisor de turno. La salvaguarda de esos intereses generales obliga a sus gestores a decidir, por imperativo constitucional, con acatamiento de los principios de objetividad e interdicción de la arbitrariedad –artículo 209 de la Constitución Política–. Ello implica que la elección entre las diferentes alternativas que la discrecionalidad comporta debe realizarse atendiendo a *criterios objetivos*, fijados en sede aplicativa por la autoridad administrativa en cuanto no previstos por la norma (que por tal razón ha dejado abierta la posibilidad de opción entre una o varias consecuencias jurídicas). De ahí que resulte mucho más acorde con la función constitucionalmente encomendada a la administración en un Estado de derecho, sostener que la discrecionalidad administrativa consiste en habilitación para completar el supuesto de hecho de la norma habilitante:

“De acuerdo con esta posición, debido a que en muchas ocasiones el supuesto de hecho de la norma jurídico- administrativa es deliberadamente imperfecto, por la imprecisión, insuficiencia o incluso ausencia de criterios que determinen si se ha de aplicar la correspondiente consecuencia jurídica, la administración estaría legitimada no ya simplemente para optar entre una u otra consecuencia(s) jurídica(s) preestablecida(s) o no, sino, en un momento previo, para concretar o hasta adoptar los criterios conducentes a definir la aplicación de ésta(s). La discrecionalidad administrativa no se diferenciaría entonces cualitativa, sino cuantitativamente de la discrecionalidad normativa de que la administración dispone en ejercicio de la potestad reglamentaria, o de la que concierne incluso al legislador mismo.

Así, 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” (destaca la Sala)<sup>21</sup>.

De acuerdo con lo sostenido por BACIGALUPO, siguiendo esta tesis, la aplicación de una norma jurídica de derecho administrativo que consagra una potestad discrecional supone la ejecución de dos operaciones diferentes y consecutivas, a saber:

“En primer lugar [...] la perfección o integración, en sede aplicativa, del supuesto de hecho normativo. Es ésta, como es evidente, una tarea materialmente normativa, pues consiste en la concreción o adopción de aquellos criterios determinantes de la aplicación o no de una consecuencia jurídica u otra, que el creador de la norma omitió precisar o bien incluso prefigurar.

Y, en segundo lugar, la posterior subsunción bajo dichos criterios del supuesto fáctico ante el cual la administración está llamada a actuar, en su caso [...] es esta segunda, por el contrario, una operación reglada de aplicación normativa.

[...]

Con otras palabras, el ejercicio de la discrecionalidad radicaría en la transformación del elemento cópula de la norma que la habilita, es decir, en la sustitución del operador permisivo que ésta contiene en origen (el «podrá» o «está autorizado a») –según se diría en la lógica deóntica– por un operador imperativo («deberá» o «está obligado a»)<sup>22, 23</sup>.

Por lo hasta ahora expuesto resulta viable sostener que la facultad normativamente atribuida a la administración para confeccionar los pliegos de condiciones o sus equivalentes, en un procedimiento administrativo de selección de contratistas, permite ilustrar, de inigualable manera, la forma como ha de operar la discrecionalidad administrativa, siguiendo los parámetros recién aludidos: en primer lugar, las antecitadas normas de rango legal o reglamentario que regulan el contenido mínimo y los criterios a los cuales deben sujetarse la elaboración y la expedición de los referidos actos administrativos, en la medida en que son deliberadamente incompletas, inacabadas o indeterminadas, defieren a la administración la responsabilidad de fijar, de manera discrecional, las reglas y los criterios que orientarán, a partir del pliego, cada proceso de selección en particular; en segundo término, la administración ejercerá esa facultad discrecional estableciendo, en los pliegos

21 Nota original de la sentencia citada: Cfr. MARÍN HERNÁNDEZ. *Tratamiento de la discrecionalidad...*, cit., (no lo ha citado) pp. 119-120. En el mismo sentido, MARIANO BACIGALUPO. *La discrecionalidad administrativa...*, cit., (no lo ha citado) pp. 182-183.

22 Nota original de la sentencia citada: cfr. BACIGALUPO. *La discrecionalidad administrativa...*, cit., pp. 33-34 y 183-187.

23 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, C. P.: ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, rad. n.º 110010326000199503074 01, exp. 13074.

o en sus equivalentes, los mencionados reglas y criterios –objetivos y razonables, de forma completa, precisa y detallada– los cuales –los pliegos– completarán el supuesto de hecho de los preceptos normativos inacabados o incompletos que atribuyen la respectiva facultad, para regir tanto el proceso de selección del contratista como la celebración y ejecución del contrato. Según resulta evidente, esa actividad de la administración es materialmente normativa y en ella se concreta el ejercicio de la discrecionalidad.

Y, en tercer término, aquello que debe hacer la administración dentro del procedimiento administrativo de selección de contratistas del cual se trate, es subsumir –procedimiento de aplicación *reglada* del derecho– en las normas legales completadas en su supuesto de hecho con los criterios objetivos y razonables introducidos –en los pliegos de condiciones– por la entidad contratante en cada caso concreto, los presupuestos fácticos de éste para adoptar, así, la decisión más conveniente al interés general, lo cual, en materia de contratación estatal, supone, en especial, escoger la mejor propuesta de conformidad con los parámetros fijados en los mencionados pliegos de condiciones o en sus documentos equivalentes.

### 3. FACULTAD DISCRECIONAL PARA CONFECCIONAR LOS PLIEGOS; FACULTAD EMINENTEMENTE REGLADA PARA APLICARLOS, ESTO ES, PARA ADJUDICAR

En algunas ocasiones la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo que la facultad con base en la cual la administración profiere el acto administrativo de adjudicación en un procedimiento de selección de contratistas entraña un margen de discrecionalidad, que se trataría de una facultad discrecional<sup>24</sup>. No puede compartirse dicha postura y, por el contrario, desde nuestra perspectiva, debe saludarse con complacencia el acogimiento, por parte de la

24 En la anotada dirección se afirmó lo siguiente: “En conclusión, de lo hasta aquí expuesto, el sentenciador observa que aún en el evento de aplicar la legislación relativa a la protección de la industria nacional con la perspectiva que defiende el demandante, esta interpretación no tiene el carácter de absoluta sino que tiene sus limitaciones. En otros términos que la calificación de “nacional” de una propuesta no implica de suyo su adjudicación, sin tener en cuenta que su precio era superior al de otros licitantes calificados como nacionales y extranjeros y que imponía condiciones y reservas a la minuta del contrato más gravosas para la administración. En esta materia la Sala reitera la jurisprudencia de esta corporación que señala que en materia de adjudicación el poder de la administración no es totalmente reglado, sino que la administración guarda un margen de discrecionalidad para hacer la adjudicación. Si bien el procedimiento de adjudicación es reglado, la exigencia no puede llegar hasta la regulación absoluta de todos sus aspectos y detalles, porque ella siempre implica un juicio razonado de alternativas que culmina con una escogencia”, se precisó en Sentencia de proceso n.º 9834, actor: GABRIEL GÓMEZ JARAMILLO, C. P.: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de septiembre de 1996, exp. 9963.

misma Sección Tercera, de la tesis contraria, esto es, de aquella de conformidad con la cual la anotada facultad de adjudicar el contrato es de naturaleza estrictamente reglada, pues

[...] los criterios de adjudicación deben especificarse en el pliego de condiciones en forma clara, y deben estar, además, regulados de manera completa. En este sentido, resulta inadmisibles, que las entidades estatales pudieran, con posterioridad a la presentación de las ofertas, modificar los criterios de selección, o introducir criterios no previstos en los pliegos, pues una conducta tal atendería contra la exigencia legal de que estuvieran contenidos, en forma *expresa y completa*, en dicho documento.

Es claro, pues, que la norma comentada no confiere una facultad discrecional a la administración más allá de la de definir los criterios de adjudicación que considere útiles para el tipo de contrato que desea celebrar. Pero de allí no se puede deducir que la entidad esté autorizada para dejar de observar los criterios definidos en el pliego, pues el mandato contenido en este artículo exige para la seguridad de los oferentes, que los criterios de adjudicación no ofrezcan dudas ni presenten vacíos que se puedan interpretar o llenar a la libre discrecionalidad de la entidad licitante<sup>25</sup>.

En el explicado orden de ideas, el acto administrativo de adjudicación, en la medida en que se circunscribe a poner en práctica los criterios fijados —esos sí, discrecional, más no caprichosa, libérrima o arbitrariamente, no con absoluta sino con *relativa libertad*— por la administración al expedir los pliegos de condiciones o

25 Complementando su razonamiento, el cual compartimos en su integridad, expresó la sentencia en cita: "Estos criterios, introducidos o redefinidos una vez evaluadas las propuestas con aplicación de los factores de evaluación establecidos en el pliego, resultaron siendo una sorpresa para los participantes en el proceso de selección —incluso debió serlo para el propio adjudicatario—, y para la sociedad entera, quien está interesada en que las licitaciones se lleven a cabo ajustándose a la ley y a los pliegos de condiciones. El asunto debió ser desconcertante, porque los parámetros a los cuales se debía ajustar la administración fueron alterados, de manera intempestiva y discrecional, bajo el argumento de escoger la oferta la más favorable.

*Para la Sala, una actitud como esta resulta peligrosa y propensa a satisfacer el capricho y la arbitrariedad de los funcionarios públicos, a cuya discreción y arbitrio quedaría librada la selección de los contratistas, variando, a última hora, las reglas que, para todos los oferentes, quedaron definidas en el pliego de condiciones.*

[...]

*El juez administrativo no puede permitir ninguna manipulación de los procesos de selección, pues con el argumento cómodo de que para el momento de la adjudicación se han descubierto o han aparecido criterios que ayudan a apreciar, de mejor manera, cuál es la oferta más favorable para los intereses de la entidad, se genera una flexibilidad cómplice a la corrupción en la contratación estatal, haciendo nugatorio todo el esfuerzo de los oferentes de presentar propuestas que se ajusten, estrictamente, a los pliegos de condiciones de la licitación.*

Con este proceder los criterios establecidos en los pliegos perderían toda seriedad y eficacia, pues los servidores públicos mantendrían, siempre, la posibilidad de dirigir la adjudicación hacia donde les resultara más conveniente, cubiertos bajo la expresión retórica de la «favorabilidad para el interés general» (énfasis añadido). Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1.º de marzo de 2006, C. P.: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, rad. n.º 66001-23-31-000-1992-01919-01(14576).

su documento equivalente, implica el ejercicio de una facultad reglada, pues entenderlo de otro modo supondría introducir un elemento no sólo de injusticia e incertidumbre, sino de evidente antijuridicidad en el procedimiento administrativo de selección de contratistas, como quiera que ello avalaría evidentes trasgresiones al ordenamiento jurídico y, en especial, a los principios de igualdad, transparencia, selección objetiva e interdicción de la arbitrariedad, además de propiciar la indebida y antes denunciada asimilación que tradicional, aunque equivocadamente, se ha efectuado entre la discrecionalidad –la cual, correctamente entendida, constituye, como se explicó, 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.

Por lo demás, la postura recién descrita de conformidad con la cual la discrecionalidad existe tratándose de la confección de los pliegos de condiciones, pero se encuentra desde todo punto de vista proscrita tratándose de la adjudicación, ha alcanzado, de cierto modo, consagración normativa expresa en el parágrafo 2 del artículo 12 del Decreto 66 de 2008, dispositivo cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 12. Ofrecimiento más favorable a la entidad. El ofrecimiento más favorable para la entidad a que se refiere el artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007 se determinará de la siguiente manera:

[...]

Parágrafo 2.º Para la evaluación de las propuestas en proceso de selección por licitación, selección abreviada o concurso de méritos, el jefe de la entidad o su delegado designará un comité asesor, conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81 del presente decreto, que deberá realizar dicha labor de manera objetiva, *ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en el pliego de condiciones*" (se subraya [subrayado en el original]).

Por último, pero no menos importante, no puede perderse de vista que la descrita discrecionalidad para confeccionar pliegos de condiciones o sus equivalentes en todo procedimiento administrativo de selección de contratistas, debe respetar los límites que no pueden ser transgredidos por la administración al ejercer cualquier potestad configurada de manera discrecional, esto es, los elementos reglados presentes en toda decisión administrativa –aun cuando ésta se adopte en ejercicio de facultades discrecionales<sup>26</sup>–, por un lado y, por otro, los principios generales del

26 Los *elementos reglados*, siempre presentes en el acto administrativo, siguiendo los planteamientos de VEDEL son, como mínimo, tres: el primero, la *competencia* del órgano actuante, siempre prefijada por la ley, la cual establece, de forma imperativa, las atribuciones de cada agente administrativo; el segundo, los *motivos*, vale decir, los presupuestos fácticos y jurídicos que



derecho – que, dicho sea de paso, resultan aplicables a toda la actividad contractual del Estado por virtud de lo normado, con carácter general, por los artículos 1.º, 2.º y 209 de la Constitución Política, así como por el artículo 3.º del Código Contencioso Administrativo y, con carácter más específico, por el artículo 23 de la Ley 80 de 1993–: proporcionalidad, igualdad, objetividad, interdicción de la arbitrariedad, racionalidad y razonabilidad, entre otros<sup>27</sup>.

En conclusión, la facultad de confeccionar y expedir los actos administrativos contentivos de los pliegos de condiciones o de sus equivalentes en todo procedimiento administrativo de selección de contratistas es, sin lugar a la menor hesitación, una facultad de naturaleza discrecional, la cual, ejercida en las condiciones y siguiendo los planteamientos expuestos en este documento –que simplemente refleja la manera como debe ejercerse  *toda* potestad discrecional–, a la vez que provee a la administración de las herramientas para ser acertada, eficaz y eficiente, la aleja de la senda del capricho, del subjetivismo y de la arbitrariedad. Discrecionalidad, empero, en la confección de los pliegos,  *nunca* en la adjudicación. Sin embargo, negar la existencia de discrecionalidad tratándose de ésta –lo cual resulta abiertamente plausible–, no puede conducir a preconizar su desaparición también al ocuparse de aquélla.

Negar la necesidad, incluso la conveniencia, de la discrecionalidad en el derecho administrativo y, por tanto, en la contratación estatal contemporáneas –aunque, se insiste, limitándola, en cuanto aquí se ha analizado, a la confección de pliegos de condiciones– supone pretender tapar el Sol con la manos o po-

sustentan la decisión, los cuales deben ser siempre "*material y jurídicamente exactos*", aún cuando la administración disponga de discrecionalidad para apreciar las consecuencias que se derivan de la concurrencia de los mismos; y, el tercero, el  *fin* perseguido, el cual debe ser siempre de interés público. Cfr. GEORGES VEDEL.  *Derecho administrativo*  (trad. de la sexta edición francesa por JUAN RINCÓN JURADO), Madrid, Aguilar, 1980, pp. 264-265. Adicionalmente, en el ordenamiento jurídico nacional fácilmente puede advertirse que los denominados  *elementos reglados*  del acto administrativo se corresponden con aquellos elementos de los actos administrativos que pueden verse afectados por cada una de las causales de anulación contenidas en el inciso segundo del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, esto es, la  *competencia*  –"cuando hayan sido expedidos por funcionarios incompetentes"–, la  *forma*  –"forma irregular"–, el  *procedimiento*  cuyo agotamiento resulta ineludible previa adopción de la decisión en garantía tanto del derecho de defensa y el debido proceso de quienes pueden verse afectados con ella, como que la administración se ha ubicado en la mejor posición posible para decidir, incorporando todos los elementos de juicio relevantes al efecto –"con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa"–,  *motivos o hechos determinantes*  de la decisión, junto con la  *motivación*  de la misma en los casos en los cuales ésta se encuentra legalmente exigida –"falsa motivación"– y  *finalidad, propósito o fin*  del acto –"con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió".

27 Con el propósito de profundizar en los elementos reglados de las decisiones administrativas y en los principios generales del derecho como límites y, por tanto, como técnicas de control del ejercicio de facultades discrecionales, puede verse nuestro ya citado trabajo  *Discrecionalidad administrativa* , en especial los capítulos tercero y sexto.

nerle puertas al campo. Supone, además, desconocer el carácter *social* del Estado constitucional y democrático de derecho y la modificación que el advenimiento de dicha cláusula de Estado *social* ha conllevado en la estructura de las normas jurídico-administrativas. 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.