

**LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES EN LA
GESTIÓN CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS:
SU NATURALEZA JURÍDICA Y LA DETERMINACIÓN
JURISPRUDENCIAL DE SU CONTENIDO Y ALCANCE NORMATIVO**

MARIO BARRAGÁN PACHÓN

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA**

2013

**LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES EN LA
GESTIÓN CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS
SU NATURALEZA JURÍDICA Y LA DETERMINACIÓN
JURISPRUDENCIAL DE SU CONTENIDO Y ALCANCE NORMATIVO**

MARIO BARRAGÁN PACHÓN

**Monografía para optar al título de Magíster en Hermenéutica Jurídica y
Derecho**

Directores:

LILIA AIDEE VELASCO ABRIL

Magíster en Derecho, candidata a Doctora en Derecho

ORLANDO PARDO MARTÍNEZ

Doctor en Derecho

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA**

2013

DEDICATORIA

A mis padres, a quienes les debo todo lo que soy

A Diana Katherine, quien ha acompañado con su permanente sonrisa todas mis jornadas

A mis estudiantes, gestores de mi amor por el derecho

A mi Universidad Pontificia Bolivariana, quien me ha acogido como mi segundo hogar

AGRADECIMIENTOS

Para la realización y conclusión de esta labor fueron invaluable los aportes brindados por la Dra. Lilia Aideé Velasco Abril, directora del proyecto y quien aunque nunca tuve oportunidad de escuchar en las aulas ha sido mi gran maestra de derecho administrativo; el Profesor Héctor Elías Hernández Velasco quien como asesor metodológico fue fundamental a la hora de dar orden a mis ideas y un camino seguro para el tránsito del trabajo; el Profesor Pedro Antonio García Obando, Maestro, por su confianza y apoyo, por sus aportes teóricos y por cada una de las charlas que hemos sostenido y en las cuales ha hecho crecer en mí esa curiosidad que alimenta la investigación; el Dr. Pedro María Osma Gómez, cuya confianza ha sido determinante para poder continuar con mis proyectos académicos y en quien he encontrado un gran compañero y amigo; el Dr. Germán Javier Daza Vargas, quien como compañero laboral brindo un espacio práctico donde aterrizar todas las discusiones teóricas que aquí tienen ahora asiento; el Dr. Gerson Vega Vargas, colega y amigo con quien hemos recorrido los intrincados caminos de la gestión contractual del Estado desde una visión siempre crítica y propositiva.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	11
1. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS	17
1.1 LA NORMA JURÍDICA COMO FUENTE DE DERECHO	17
1.1.1 La teoría de las fuentes del derecho	17
1.1.2 La naturaleza de la norma jurídica como expresión de las fuentes del derecho	24
1.2 LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS REGULATIVAS: REGLAS Y PRINCIPIOS	28
1.2.1 Intentos de clasificaciones estructurales de las normas de carácter regulativo	28
1.2.2 La clasificación de las normas jurídicas entre reglas y principios: Criterios diferenciadores	32
1.2.3 Distinciones internas de los principios	43
1.2.4 Distinciones externas de los principios	45
1.2.5 Las reglas y los principios como normas de deber ser	49
1.2.6 Otros puntos de la distinción entre reglas y principios.	50
1.3 FUERZA NORMATIVA DE LOS PRINCIPIOS	52
1.3.1 Las diferentes dimensiones normativas de los principios	57
1.3.2 La doble dimensión normativa de los principios en un Estado Constitucional	58
 2. EL ALCANCE NORMATIVO DE LOS PRINCIPIOS EN COLOMBIA Y SUS IMPLICACIONES EN LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO	 65
2.1 EL ALCANCE NORMATIVO DE LOS PRINCIPIOS EN COLOMBIA	67
2.1.1 La posición doctrinal respecto del alcance normativo de los principios en Colombia	67
2.1.2 La posición jurisprudencial de la Corte Constitucional respecto del alcance normativo de los principios en Colombia	70

2.1.3 La posición jurisprudencial del Consejo de Estado respecto del alcance normativo de los principios en Colombia	82
2.1.4 La posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia respecto del alcance normativo de los principios en Colombia	87
2.2 LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS COMO FUNCIÓN ADMINISTRATIVA GUIADA POR PRINCIPIOS	90
2.2.1 La función administrativa como función pública	91
2.2.2 Fin de la función administrativa como función pública y principios que le son aplicables	97
2.2.3 La gestión contractual de las Entidades Públicas como una función administrativa sometida a principios.	106
 3. CONCRECIÓN Y DETERMINACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONTENIDO Y ALCANCE NORMATIVO DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES APLICABLES A LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS	 116
3.1 DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO Y ALCANCE NORMATIVO DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO EN MATERIA DE GESTIÓN CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS	122
3.1.1 Reglas que desarrollan el principio constitucional del debido proceso en materia de gestión contractual de las entidades públicas	122
3.1.2 Determinación jurisprudencial del contenido del principio constitucional del debido proceso en materia de gestión contractual de las entidades públicas	128
3.2.1 Reglas que desarrollan el principio constitucional de la buena fe en materia de gestión contractual de las entidades públicas.	161
3.2.2 Determinación jurisprudencial del contenido del principio constitucional de la buena fe en materia de gestión contractual de las entidades públicas	166

3.3 DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO Y ALCANCE NORMATIVO DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD EN MATERIA DE GESTIÓN CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS	197
3.3.1 Reglas que desarrollan el principio constitucional de igualdad en materia de gestión contractual de las entidades públicas	197
3.3.2 Determinación jurisprudencial del contenido del principio constitucional de igualdad en materia de gestión contractual de las entidades públicas	202
4. CONCLUSIONES	225
BIBLIOGRAFIA	230

RESUMEN

TITULO: LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES EN LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS: su naturaleza jurídica y la determinación jurisprudencial de su contenido y alcance normativo *

AUTOR: MARIO BARRAGAN PACHON**

PALABRAS CLAVES: Normas, Principios, Jurisprudencia, Contratación Estatal, Función Administrativa

DESCRIPCIÓN:

En un régimen jurídico constitucional, el paradigma de las normas jurídicas entendidas solo como reglas ha sido superado por un sistema que entiende al derecho como integrado tanto por reglas como otro tipo de enunciados entre los cuales se encuentran los principios. Estos principios y su fuerza normativa han sido objeto de amplios debates, tanto doctrinarios como jurisprudenciales, de los cuales el ordenamiento jurídico colombiano no ha sido ajeno. Le ha correspondido principalmente a la jurisprudencia determinar el papel de los principios dentro del mundo jurídico, dando significado a esos enunciados normativos determinando su alcance en casos concretos. Tratándose de gestión contractual del Estado, por la trascendencia de ésta dentro de la función pública y más precisamente la función administrativa para el logro de los fines del Estado, es de gran importancia la teoría de principios, pues en este ámbito, el exceso de reglamentación ha llevado a la necesidad de integrar el cúmulo de preceptos jurídicos que tratan de la materia, precisando no solo los principios aplicables sino también determinando las implicaciones que éstos tienen en dicho campo de la ciencia jurídica. La determinación jurídica del contenido normativa de estos principios solamente se puede realizar en cada caso particular, por lo cual tal labor le corresponde a la jurisprudencia y todo análisis que se haga al respecto debe tener igual fuente.

* Tesis de grado

** Facultad de ciencias humanas. Escuela de derecho y ciencia política. Maestría en hermenéutica jurídica y derecho. Director: Lilia Aideé Velasco Abril.

ABSTRACT

TÍTULO: FUNDAMENTAL CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN CONTRACTUAL MANAGERMENTS OF PUBLIC FUNCTION. THEIR JUDICIAL NATURE AND DETERMINATION OF NORMATIVE CONTENT *

AUTOR: MARIO BARRAGAN PACHON**

KEY WORDS: Rules, Principles, jurisprudence, public contracting, administrative function

DESCRIPCIÓN:

In a constitutional legal system, the paradigm of legal norms understood only as rules, has been surpassed by a system that understands the law as consisting of both rules as other statements including the principles are. These principles and their normative force have been discussed extensively, both jurisprudential as a doctrine way, of which the Colombian legal system has not been immune. It has been mainly a work for jurisprudence to determine the role of the principles in the legal world, giving meaning to those normative statements, and determining their powerful in specific cases. Talking about public contractual management, because of the importance of this in the public function and more specifically in the administrative function for achieving the goals of the State, is of great importance the principles theory, because in this area, over-regulation has led to the need to integrate the wealth of legal provisions dealing with the matter, not only pointing out the principles but also determining the implications they have on that field of legal science. The judicial determination of those principles' normative content can be done only in particular cases, this is the reason of being a judicial work and every analysis done in that way must have a judicial source

* Work Degree

** Human Sciences Faculty. Law and Political Science School. Magister in Judicial Hermeneutics and Law. Director: Lilia Aideé Velasco Abril.

INTRODUCCIÓN

Las actividades desarrolladas por el Estado y sus agentes para el cumplimiento de los fines que le son propios constituyen la vía para la prestación de los servicios públicos y por excelencia la modalidad de actuación del poder público, le cual, dentro de un régimen de Estado de Derecho, debe estar sometido a los mandatos normativos generales, tanto los consagrados en la Constitución como los consagrados en la ley y reglamentos que la desarrollen, esto es lo que brinda la garantía de satisfacción de las necesidades públicas y prevalencia del interés general en la actividad de la Administración. Lo anterior requiere una labor de precisión de la normatividad que le es aplicable a cada una de las actividades que desarrollan las funciones propias del Estado, y siendo la gestión contractual una de las principales modalidades para la realización de los fines del Estado, es preciso que se logre identificar claramente la normatividad que es aplicable a la actividad contractual de la Administración Pública, definiendo con claridad las disposiciones que la regulan, los sujetos activos y pasivos de dicha regulación y el campo u objeto de regulación específico.

Particularmente en el ámbito de la contratación estatal se ha presentado una permanente variación en las normas que regulan la materia, siendo este tema objeto de nueva normatividad de carácter reglamentario con bastante frecuencia, lo cual, además de generar inseguridad jurídica por la ambigüedad a la que se ven sometidos los operadores jurídicos y los sujetos de regulación de tal campo, termina por ocasionar una profundización en el problema que se pretende solucionar con la producción normativa de la materia; y es que la regulación de los procedimientos de selección de contratistas y otros aspectos relacionados con la contratación estatal se convierte en una necesidad al momento de asegurar que las actuaciones desplegadas por los agentes del Estado cuando coadyuvan con los

particulares en la prestación de servicios públicos estén siempre referidas al logro de la primacía del interés general y nunca en búsqueda de provechos personales particulares que desvíen la actividad administrativa de la voluntad estatal constitucional.

Es por ello que la definición de las normas aplicables a la actividad contractual del Estado constituye un aporte de significativa importancia, al precisar las disposiciones de carácter constitucional, legal y reglamentario a las cuales deben someterse las entidades públicas en todas las fases de los procesos contractuales, precisando igualmente cuáles son esas entidades públicas, los sujetos de dicha normatividad, para tener claridad sobre el carácter vinculante y la aplicabilidad de cada una de esas disposiciones a los diferentes tipos de autoridades que desarrollan gestión contractual pública. La existencia de la multiplicidad de fuente normativa aplicable a este campo se suma a la existencia de multiplicidad de regímenes jurídico contractuales, según los cuales, el cúmulo de disposiciones aplicables a la gestión contractual del Estado no constituye un universo de aplicación uniforme, sino que por lo contrario, significa la existencia de diferentes sub-sistemas normativos con diferentes destinatarios.

Sin embargo, más allá de la identificación de la normatividad aplicable a la gestión contractual del Estado se hace necesario determinar qué tipo de normas componen el sistema de disposiciones aplicables a este campo, logrando precisión sobre el rango de las disposiciones y la fuente de derecho que opera en cada caso, pues si bien el régimen aplicable a las Entidades Públicas, el estatuto general de contratación pública contiene normas de diferentes rangos, algunas de las cuales son de aplicabilidad obligatoria a todas las autoridades públicas, no por regular la actividad contractual del Estado específicamente, sino por constituir mandatos jurídicos de nivel superior y mandatos de optimización en la aplicación de las reglas particulares del ámbito que constituye objeto de estudio.

Este tipo de disposiciones de mayor rango cuyo desarrollo estaría dado en el estatuto general de contratación estatal brindan la posibilidad de establecer un marco general dentro del cual debe desenvolverse la actividad contractual del Estado,. A su vez, este marco normativo fijaría un derrotero a seguir al momento de adoptar las decisiones por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que en conocimiento de las acciones de controversias contractuales se traducen en providencias, de manera tal que las normas que regulan la gestión contractual del Estado no solamente constituyen un parámetro de conducta de las Autoridades sino también de los funcionarios judiciales cuando en ejercicio de las funciones que les son encomendadas deben dictar decisiones dentro de casos concretos con una pretensión de justicia. Estas normas con categoría de principios, especialmente las de carácter constitucional, deben representar al momento de tomar decisiones judiciales por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, fundamento suficiente en derecho de sus determinaciones en la solución de conflictos contractuales, por el mandato superior que ellas contienen y por constituir directamente fuente de derecho.

El poder público constituye la concreción en cabeza del Estado de la radicación del ejercicio la soberanía como representación democrática de la sociedad socio políticamente organizada; este poder público implica obligaciones a cargo del Estado, obligaciones referidas al cumplimiento de sus fines, el desarrollo de funciones públicas. La actividad contractual es la vía que tiene el Estado en desarrollo de la función administrativa para el cumplimiento de los fines estatales buscando la realización del interés general y la satisfacción de las necesidades de los administrados; por lo tanto, cuando se adelanta por parte de las autoridades públicas en desarrollo de la función administrativa los procesos contractuales y la gestión contractual en general, no solamente está en juego la realización efectiva de las funciones de la persona jurídica Estado, sino el manejo de los recursos públicos, la inversión del gasto público, con los cuales la Administración, por

intermedio de los servidores públicos, busca satisfacer las necesidades generales. Lo anterior ha repercutido en un amplio desarrollo legislativo y reglamentario que fija las normas jurídicas a las cuales deben someterse las Entidades Públicas cuando se realizan convocatorias públicas para la selección de los particulares que como contratistas coadyuvarán en la satisfacción de las necesidades de la comunidad.

Las normas tanto de carácter tanto legal como reglamentario aplicables a la actividad contractual del Estado conforman el Estatuto General de Contratación Estatal, cúmulo normativo que tiene como sujetos pasivos destinatarios, por regla general, a toda persona jurídica de derecho público que adelante convocatorias para la selección de contratistas.

Los principios aplicables a la gestión contractual del Estado no se encuentran exclusivamente consagrados en la normatividad en el Estatuto General de la Contratación Pública, sino que por el contrario son desarrollo de principios constitucionales o principios de la función administrativa, cuya aplicación sí es imperativa por tratarse de todas formas de actividad desarrollada por entidades públicas serían aplicables a todo tipo de entidades públicas que desarrollen actividad contractual. Estos principios son pues una fuente autónoma de derecho con lo cual se busca enmarcar la gestión de dichas actividades dentro de principios que expresan mandatos superiores.

Se hace necesario entonces precisar, no solo la aplicación de dichos principios en la actividad relativa a función pública que desarrollan las autoridades sino principalmente como fundamento para las decisiones tomadas por quienes ejercen jurisdicción contencioso administrativa, pues constituyendo dichos principios una fuente de derecho, aquellos deberían ser base necesaria para las decisiones que en desarrollo de las diferentes acciones adopten quienes desarrollan función jurisdiccional. Sin embargo, el entendimiento de los principios como fuente de derecho, más aun dentro de

un paradigma de Estado Constitucional, no es una tarea acabada en nuestro Estado, por lo cual las diferentes autoridades, tanto administrativas como judiciales son aún reacias a fundamentar sus decisiones exclusivamente en normas con la categoría de principios

1. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS

1.1 LA NORMA JURÍDICA COMO FUENTE DE DERECHO

1.1.1 La teoría de las fuentes del derecho. Como un presupuesto necesario al tratar un tema jurídico, se hace pertinente precisar qué es lo que se entiende por derecho, pues esta discusión es fundamental al definir el lenguaje y el campo argumentativo a utilizar. Siendo la claridad sobre lo que se debe entender por derecho no refiere a una labor de conceptualización, como durante mucho tiempo se consideró, no solo en la doctrina sino en la labor misma de la enseñanza, sino que por el contrario refiere a la precisión de los elementos del discurso social que deben entenderse como elementos eminentemente jurídicos en tanto cierta estructura o proveniencia.

De esta manera el tema de discusión sobre qué es derecho se circunscribe a la fijación de los productos sociales que se entienden como derecho, pero para poder determinar cuáles de estos productos sociales se entienden como derecho, como productos esencialmente jurídicos, es necesario fijar el punto respecto de la claridad de los orígenes de la característica jurídica de una expresión en particular, es decir, ¿qué produce que cierta manifestación social sea considerada como derecho en un momento determinado? ¿Cuál es el origen de esas manifestaciones que las hace ser consideradas jurídicas? Dar la categoría de *jurídica* a una manifestación social e identificarla como un producto del derecho conlleva necesariamente a predicar de aquella las características propias del derecho, en términos de coerción, de capacidad regulativa, de representatividad soberana para la organización de la sociedad, temas que no son de nuestra atinencia directa en este trabajo y a los cuales nos referimos solo de paso.

De esta manera, la discusión sobre *qué es derecho* se convierte en la discusión sobre las fuentes mismas del derecho, pues identificamos como un producto jurídico y damos las consecuencias de ser tal solamente a aquellas manifestaciones sociales que cumplan la condición de provenir de una llamada *fente de derecho*. En el punto de las fuentes del derecho se ha sostenido que para hablar del concepto de *fente del derecho*, es necesario previamente identificar a cuál de las acepciones de fuente de derecho nos estamos acercando.

- ***¿Qué se entiende por fuente de derecho?***

Para la reciente doctrina, la acepción de fuente de derecho puede tratarse al menos de tres formas diferentes¹. Por una parte entender las fuentes de derecho como las causas de que un sistema jurídico llegue a existir; igualmente puede estarse hablando cuando nos referimos a las fuentes de derecho, al problema ético de la fuerza moralmente vinculante que supuestamente cabe atribuir al ordenamiento jurídico, es decir, cuál es el fundamento de la obligatoriedad de cada una de las disposiciones de un ordenamiento jurídico; la última de las acepciones de las cuales podemos entender *fente de derecho*, es la de conocer cuál es el fundamento cuando algo es derecho. Esta tercera y última de las acepciones de derecho y fuente de derecho es la que nos resulta de interés, por cuanto ésta es presupuesto para entender las dos primeras; el conocimiento de esta última nos permite estudiar tanto: a) la causa de que un sistema jurídico llegue a existir como b) el fundamento ético de la fuerza moralmente vinculante que se le atribuye al ordenamiento jurídico. Por lo tanto el planteamiento teórico jurídico es el

¹ ROSS, Alf. *El problema de las fuentes del derecho*, capítulo XII: *El Concepto de Fuente del derecho*. En: ***Teoría de las fuentes del derecho***. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico dogmáticas. Traducción de José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García y Pablo López Pietsch. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. Segunda parte. p. 355 y ss.

único que entra en el ámbito de conocimiento específicamente jurídico la doctrina actual; es decir, este problema teórico jurídico de conocer *cuál es el fundamento para poder predicar de algo su calidad de jurídico o que haga parte del derecho* es efectivamente lo que incumbe al problema de las fuentes del derecho².

Dentro de este debate sostiene Ross que la cuestión de las *fuentes del derecho* se considera idéntica a la cuestión práctica acerca de *cómo debe el juez llegar a la fundamentación de su fallo*, es decir, el problema de las fuentes del derecho no es anterior teórico jurídicamente hablando al problema de la identificación de cuáles deben ser los fundamentos para que un juez tome una decisión, ya que el juez – partiendo del dogma constitucional – solamente puede tomar una decisión basándose en el derecho existente, pues en un Estado Constitucional de paradigma democrático el derecho existente que respete el paradigma de legalidad debe ser el único fundamento de las decisiones tomadas por los jueces. Teniendo en cuenta esto, el problema de identificar teórico jurídicamente hablando *qué es derecho* dentro de un orden determinado, se corresponde con completa

² ***Ibídem.*** De esto necesariamente se sigue que teniendo en cuenta que éste problema es teórico jurídico, cada una de las teorías del derecho ofrecerá una respuesta diferente al concepto de fuente del derecho, de esta manera para el autor en cuestión será diferente por las fuentes del derecho en el positivismo, la jurisprudencia lógico normativa, las teorías sociológicas, las teorías filosófico culturales y las teorías iusnaturalistas. Así dentro de cada una de las teorías que han transcurrido por el derecho, se ha tenido una consideración diferente de lo que efectivamente se corresponde a una fuente, es decir, lo que teórico jurídicamente nos sirve para entender qué es derecho y qué hace parte del ordenamiento jurídico. Posiciones diferentes se han tomado desde cada una de las escuelas previamente nombradas partiendo inclusive en algunos casos así dentro de la explicación dogmática teórico jurídica de que se corresponde con el concepto de derecho se ha transcurrido por diferentes tipos de teorías entre las cuales se ubican la de asimilar la fuente de derecho, con la voluntad particularmente calificada con una voluntad superior, con la voluntad estatal y con diferentes tipos de soportes que en cada una de las escuelas jurídicas ha dado fundamento a lo que se puede considerar como derecho en un momento determinado. Este punto no será profundizado en el presente trabajo por tratarse de cuestiones histórico dogmáticas, que si bien son de suma importancia, debemos dejar de lado para casarnos con una posición respecto de lo que vamos a entender como *fuentes de derecho*.

identidad al problema de identificar *cuáles deben ser* los fundamentos que un juez debe tomar en cuenta a la hora de fallar en derecho³.

Así entonces, una de las cosas que permite identificar que una fuente de derecho sea efectivamente de derecho, es el hecho de entenderla como una *obligación* que tiene el juez para basarse en ella a la hora de tomar una determinación; esta obligación o deber jurídico necesariamente nos obliga a determinar el carácter de disposición normativa jurídica que le es aplicable al juez para la determinación del derecho. Cuando nosotros nos encontramos con una disposición que obliga al juez a ser tomada en cuenta para la adopción de su decisión, estamos eminentemente frente a una disposición *jurídica* que hace parte del *derecho* y de la cual se puede predicar efectivamente el cumplimiento de las características como fuente de derecho.

De acuerdo con la posición sostenida por ROSS⁴, el derecho consiste en un sistema de normas específicas, esto es en un sistema de doble función que relaciona ciertas conductas humanas con un tipo específico de sanción y que resulta cognoscible a partir de una determinada totalidad de acciones sociales; de ésta manera, el derecho consistiría como tal en este sistema y en el conocimiento del mismo, basado no solamente en la deducción a partir de una norma fundamental presupuesta como derecho, sino en la misma medida en la inducción a partir de aplicaciones relativo concretas, por la característica de doble función de este sistema que se entiende como derecho. La *verdad jurídica* desde esta teoría reside en la relación continuada, en una correlación que parte de este sistema de doble función; el

³ Esto dentro de un Estado Constitucional, partiendo del dogma de que el juez en la toma de una decisión jurídica en sentido estricto, solamente puede basarse en lo que se considera para ese momento determinado y dentro de una teoría específica que se adecúa a ese paradigma, como derecho. Se hace necesaria esta claridad por cuanto el problema de las *fuentes del derecho* sería variable de un paradigma jurídico a otro, por cuanto estas acotaciones solamente serían argumentativamente válidas en una democracia constitucional occidental donde la labor de la aplicación del derecho esté sometida en todo al principio de legalidad en sentido estricto.

⁴ ROSS, Alf. Op. Cit.

sistema no posee como tal un comienzo absoluto en una norma fundamental de la que salgan necesariamente todo tipo disposiciones que tengan el carácter de *jurídicas* y de la cual todas las demás normas deriven por concreción. En aplicación de la lógica del sistema, aquí lo que funciona es una correlación continuada entre la doble función del sistema, es decir las conductas humanas y el tipo específico de sanción, adicionalmente el carácter epistemológico de la cognoscibilidad de esa sanción y de esas conductas por medio de una determinada totalidad de acciones sociales⁵. Para ROSS, a modo de principio de las fuentes del derecho:

“el fundamento ultimo del conocimiento de dicha teoría [la de las fuentes del derecho], la fuente ultima para identificar algo como jurídico, reside en el sistema entendido como coordinación recíproca y no como una lógica del sistema, de la cual algo provenga de algo necesariamente, de la cual partiera una norma fundamental propuesta”⁶.

Teniendo en cuenta que no se toma como base la *lógica del sistema*, no se tendría la norma fundamental como el origen de las fuentes del derecho – en contra del positivismo tradicional kelseniano – sino que la fuente de derecho sería la *coordinación recíproca del sistema de doble función*. El fundamento último de conocimiento entonces no se encontraría en una norma fundamental o en un principio del cual surgiera todo lo jurídico, ni tampoco en ciertas aplicaciones fácticas en particular, sino en la “*correlación posible de las aplicaciones bajo una norma fundamental*”, de manera tal, que ese tipo de sistema expresaría normativamente la correspondiente totalidad de las acciones que la colectividad pudiera llegar a generar en un momento

⁵ Desde éste punto de vista, sería imposible para ALF ROSS identificar un punto de partida inicial y absoluto de todo lo que se puede considerar como jurídico, es decir, una única fuente de derecho, ésta única fuente derecho, inexistente bajo su teoría no podría ser ni el Estado, ni la potestad jurídica, ni la norma fundamental.

⁶ ROSS, Alf. Op. Cit. p. 374.

determinado, el sistema debe entenderse entonces como la fuente última del derecho como tal.

La tradicional idea de entender como fuente del derecho a “*aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas*”⁷ puede verse entonces complementada si se lee bajo la teoría que hemos explicado. Entenderíamos entonces como fuente del derecho, bien a los hechos y a los actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de las normas de carácter jurídico a manera tal que sean esos hechos y esas normas los partícipes de la interacción propia del sistema, parte ellos mismos de la función correlativa entre los hechos/actos y las consecuencias jurídicas que el ordenamiento derive de los mismos. Es decir, la fuente del derecho no sería exclusivamente, ni los hechos (jurídicos) por un lado, ni los actos (jurídicos) por otro, sino que entendemos como fuente del derecho la correlación existente entre esos hechos o esos actos con una sanción – en términos jurídicos amplios – que se imponga por su ocurrencia, creando así una función de doble vía que genera normatividad cuya característica principal es el hecho de ser normatividad jurídica. La relación establecida sería entre los hechos/actos, los cuales se convierten en jurídicos cuando se les da un tipo específico de sanción por parte del ordenamiento, esto genera el sistema de doble vía entre los hechos/actos y la sanción, siendo como consecuencia el sistema mismo y su función de doble vía la fuente del derecho como tal, pues es ese sistema el que, en palabras de BOBBIO, hace depender la producción de normas jurídicas.

Concluyendo entonces que la fuente del derecho no sería en este caso un punto específico una norma fundamental, no podría ser el Estado, ni la

⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. 2 ed. Bogotá: Temis, 1987. p. 158 citado por AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho y del orden jurídico*. Barcelona: Ariel, 2000. Capítulo III, p. 51.

potestad jurídica, ni la misma norma fundamental como tal, sino que la fuente del derecho sería la correlación propia existente dentro del sistema; el sistema sería la fuente última del derecho, no obedecería a una lógica del sistema como tal, sino a una función doble, a una correlación: el fundamento último del conocimiento no estaría en un punto de partida absoluto, sino que estaría como tal en una función que establece por un lado las conductas humanas, bien sean estas hechos o actos⁸, y por otro lado el tipo específico de sanción bajo una metodología epistemológica específica. En palabras de ROSS “*el sistema como tal y su correlación es la fuente última de derecho*”; el sistema así constituido expresaría *normativamente* la correspondiente totalidad de las acciones colectivas. Decir que el sistema expresaría normativamente la totalidad de acciones colectivas, nos lleva a identificar que este sistema de doble función que hemos entendido como fuente de derecho tiene un contenido material: la norma, entendida esta como expresión, ya que la correlación de conductas (hechos y actos) con las sanciones o resultados institucionales son como tal las normas jurídicas, el sistema que los relaciona tiene un contenido material: la expresión de normas jurídicas; estas normas jurídicas son las fuentes del derecho⁹.

⁸ Al respecto, Cfr. **AGUILÓ REGLA, Josep**, *Teoría general de las fuentes del derecho y del orden jurídico*, Barcelona: Ariel, 2000. Capítulo III. Allí se explica a profundidad que la distinción entre hechos y actos de características jurídicas, a los cuales aquí damos uno de los dos papeles protagónicos dentro del sistema de doble función enunciado por ROSS, no son como tal una clasificación taxonómica de los supuestos de hecho que cada uno de ellos (hechos y actos) encierran como posibilidad para producir norma jurídica – la cual según nuestra teoría se produciría como correlación constante en el sistema en función con la sanción – sino que dicha distinción depende más bien de ciertos “*resultados institucionales o nomen iuris que sirven para conectar antecedentes con consecuentes*”. Para efectos de nuestro trabajo solo interesa precisar que tanto los hechos [jurídicos] como los actos [jurídicos], cuando entran en función con las consecuencias o resultados institucionales así llamados por AGUILÓ o sanciones en sentido amplio como las menciona ROSS, se convierten en tales respecto de *jurídicos*, y de esta función de doble vía es que surge como tal el derecho.

⁹ **Ibídem**, p. 63: “*Las fuentes del derecho son aquellos hechos y actos jurídicos, resultados institucionales, que son normas jurídicas. O dicho con otras palabras, son las normas jurídicas vistas como resultados institucionales, vistas como hechos o actos jurídicos*”. Según lo dicho hasta aquí, serán fuente de derecho estas normas en tanto expresen la relación entre hechos/actos y sus resultados o sanciones.

1.1.2 La naturaleza de la norma jurídica como expresión de las fuentes del derecho

La naturaleza de las normas en general

La única posibilidad de conocer algo necesariamente implica ponerle en relación con otra cosa; bajo este entendido, la existencia ontológica de una realidad únicamente puede explicarse en tanto ese ser sea susceptible de ser puesto en *relación* con otra cosa estableciendo una función. De tal manera no se puede entender un imperativo categórico de forma normativa a menos de que se ponga en conocimiento con algo en contraste que permita establecer una relación entre ellos, de tal manera una norma únicamente podría existir en tanto es susceptible de ser puesta en relación con conocimiento no normativo de la realidad. Una misma realidad puede establecer así entonces una misma función entre la norma y el conocimiento no normativo, ésta función es la que nos va a permitir hablar y establecer la existencia de esa *norma*, la cual estaría radicada en la función de la existencia o no de la realidad que está revelada por esa norma¹⁰.

Una norma como tal *A debe ser*, implicaría necesariamente dos funciones, es decir: *Si A entonces no S* e igualmente *si A entonces S*, de tal manera entonces la norma y la existencia misma de la norma se explicaría teniendo en cuenta la relación que esta misma tiene con el mundo no normativo, con el conocimiento no normativo. Esto necesariamente implica una relación entre la realidad implícita de la norma y una consecuencia funcional de esta realidad; necesariamente si la norma implica A, la existencia de A nos va a relacionar en términos de función con una consecuencia S, si la norma nos indica el *deber de ser A*, implicaría la no consecuencia S, en caso de no realizarse A implicaría la sanción S. Estas dos funciones explican lo que en sentido amplio puede entenderse como una función normativa. Existirían

¹⁰ ROSS, Alf. Op. Cit. *El derecho como sistema de normas que expresa una totalidad de acciones sociales*. Primera parte, cap. XI. p. 333 y ss.

entonces *normas en sentido impropio*, normas que reflejan simplemente el comportamiento científico natural y normas en sentido propio que sí nos revelan un conocimiento individualizador cuyo objeto es una totalidad, es decir, una relación en la cual nosotros individualizamos un conocimiento de la existencia humana y del comportamiento humano con una pretensión de totalización de la función que revela ese conocimiento. Una norma en sentido propio existe cuando la doble función que expresa, es decir, la consecuencia de darse o no darse el imperativo categórico que se busca con esa norma, se basa en el conocimiento de un complejo de voluntad humana particularizador entendido como totalidad individualizadora que permitiría entonces de ese conocimiento de complejo de voluntad humana individualizar esa totalidad.

De la característica propia de las normas jurídicas

La norma jurídica podría explicarse partiendo de al menos dos circunstancias: la clase de totalidad que está en la base del conocimiento de la norma o la relación en la cual se encuentra la sanción con respecto de dicha totalidad, esos dos tipos de cualidades nos podrían explicar qué es la norma jurídica. Teniendo en cuenta la distinción entonces va a partir de hasta qué punto la capacidad normativa es psicológicamente singular y en este sentido individual o si bien es psicológicamente compuesta, esto es tener carácter social colectivo, se obtendrían cuatro tipos bases de normas jurídicas: primero, las *normas psicoindividuales*, que comprenden las normas morales, estéticas y las demás que presupongan una valoración subjetiva autónoma; segundo, las *normas Físico Individuales*, Como la coerción física no puede utilizarse en contra de la propia voluntad estas normas presuponen necesariamente una diferencia psicológica, entre la voluntad normadora y la voluntad en cuyo ámbito se inscribe el acto exigido por la norma, son entonces normas fundadas en relaciones de voluntad individuales; tercero, las *normas Psíquico Colectivas*, donde se habla entonces de una totalidad de voluntad colectiva, no en referencia a una voluntad del pueblo, sino a una colectividad como fuerza eficiente; y cuarto, a

las *normas Físico Colectivas*, se basan en el conocimiento de una totalidad colectiva y cuya sanción presupone que la voluntad colectiva se convierta en acción, éstas normas son en sentido estricto las normas jurídicas.¹¹

El estudio de la norma jurídica puede hacerse desde diferentes aristas. Puede analizarse la norma jurídica ontológicamente considerada para precisar su existencia y en este punto se hablaría de la vigencia de la misma, de su pertenencia a un sistema u orden jurídico, su validez formativa o su formulación¹². Puede realizarse un acercamiento taxonómico a la norma jurídica diferenciando las normas regulativas de las normas netamente constitutivas o de competencia¹³; sin embargo en desarrollo de este acápite nos centraremos en la norma jurídica considerando su existencia como fuente de derecho para continuar con la línea conceptual que venimos tratando y dejaremos de lado los demás puntos para otra oportunidad.

Entendida entonces la fuente del derecho, es decir, aquello que hace que algo sea derecho y se entienda como tal, como la relación sistemática de doble función entre los hechos y actos junto con las consecuencias institucionales o sanciones que a ellos se asignen, relación expresada mediante una norma jurídica¹⁴; debemos entonces precisar el concepto de norma jurídica, ya que a ella hemos llegado como identidad del concepto de *Fuente de Derecho*.

¹¹ *Ibídem*, p. 341 y ss.

¹² **ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio.** Norma y Sistema Jurídico, *Norma Jurídica* En: *"El derecho y la Justicia"*. Ernesto Garzón Valdéz y Francisco J. Laporta (eds.), Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Madrid: Trotta, 1996. Cap. III. p. 136 y ss.

¹³ **ATIENZA, MANUEL y RUÍZ MANERO, JUAN.** *Las piezas del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2004. Capítulos I y II. p. 23 y ss.

¹⁴ Supra, Capítulo 1, numeral 1.1, literal a.

El concepto de *norma* no ha tenido completa equivalencia de resultados en la historia de la teoría jurídica¹⁵, sin embargo, algo común a cualquiera de las posiciones adoptadas respecto de lo que se puede entender como norma consiste en considerar que las normas necesariamente están ligadas con *expresiones lingüísticas* y que solamente pueden ser expresadas a través de la utilización del lenguaje. Serían entonces las normas expresiones lingüísticas utilizadas para prescribir es decir calificar como prohibidas, obligatorias o permitidas ciertas conductas o estados de cosas resultantes de ellas¹⁶. Por lo cual se hace necesario distinguir la norma como una expresión lingüística de la norma como el significado de tal expresión lingüística sin embargo, teniendo en cuenta que es posible que la misma expresión lingüística, aun manteniéndose invariable, disponga cosas diferentes en el transcurso del tiempo, siendo entonces necesario considerar que una norma jurídica debe más identificarse con el significado que está inmerso en la expresión lingüística, es decir, identificar las normas con los significados de las expresiones lingüísticas y no identificar las normas con las expresiones lingüísticas mismas; significaría esto que solo se podría hablar de normas una vez que se hayan interpretado de manera unívoca las formulaciones normativas y no podría considerarse que estamos frente a una norma jurídica cuando lo único que tenemos es una expresión lingüística que pretende prescribir algo en un momento determinado¹⁷.

¹⁵ Así, por una parte es comúnmente citado HANS Kelsen que consideraba la norma jurídica como los “*sentidos de los actos de voluntad dirigidos a la conducta de otros*” (KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, traducción de la 2ed en alemán por Roberto J. Vernengo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982. Cap. III), para ALF ROSS, como acabamos de ver es un sistema de directivas que interrelaciona las conductas con las sanciones (ROSS, Alf. *Teoría de las fuentes del derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico dogmáticas*. Traducción de José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García y Pablo López Pietsch. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. Cap. III.) y para H.L.A. HART la norma se identifica con prácticas sociales (HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. Traducción de G. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.).

¹⁶ ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Op. cit.* p. 133 y ss.

¹⁷ Esto toma mayor trascendencia una vez que entendemos que el análisis del derecho en cuanto a su completitud y su consistencia – es decir las lagunas y los conflictos normativos – sólo puede plantearse en el campo de las relaciones normativas, en tanto las estructuras

1.2 LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS REGULATIVAS: REGLAS Y PRINCIPIOS

1.2.1 Intentos de clasificaciones estructurales de las normas de carácter regulativo. La separación de las categorías normativas y de la norma jurídica como tal se ha visto ampliamente influenciada por la entrada de una nueva forma de Estado, el Estado Constitucional¹⁸, dentro del cual se genera una enorme relevancia a la distinción de las normas jurídicas, específicamente a la distinción estructural de las mismas, ya que en el Estado Constitucional debe valorarse muchísimo más que en las anteriores formas de Estado – los Estados Legislativos positivos decimonónicos – la importancia de las normas jurídicas dentro de la integración del orden jurídico.

Considera ZAGREBELSKY que la norma como tal debe entenderse como algo que ordena que algo se deba hacer, deba ser o deba producirse, en particular; entiende la acepción de *norma* desde el punto de vista en que un hombre debe comportarse de determinada manera. Sin embargo, dice el autor dentro de una noción genérica de norma es importante diferenciar las

normativas hayan sido recubiertas de un significado definido y no solamente por las formulaciones normativas lingüísticamente consideradas sin un sentido: solamente cuando están dotadas de sentido puede hablarse de la resolución de estos problemas de interpretación jurídica.

¹⁸ Respecto del tema del Estado Constitucional como una nueva forma de orden jurídico político puede consultarse: **ZAGREBELSKY, Gustavo: “Jueces Constitucionales”** trad. de Miguel Carbonell. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Julio-Diciembre, 2006. no. 6. ;: “Sobre la Constitución del Estado Constitucional” En: Revista Doxa. 2001. No. 24 y AGUILÓ REGLA, Josep “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la constitución”. En: Leonardo García Jaramillo y Miguel Carbonell. (eds). El canón neoconstitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. Sección dos.; ALEX, Robert. “Interpretación jurídica y discurso racional” En: “Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Cap. I. COMANDUCCI, Paolo. “Constitución y teoría del derecho”. México D.F.:Distribuciones Fontamara S.A., 2007.; FERRAJOLI, Luigi. “Sobre los derechos fundamentales y sus garantías”. Trad. Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Mexico: CNDH, 2006.

normas que constituyen reglas de las normas que constituyen principios como dos categorías estructurales diferentes de las normas jurídicas¹⁹. Esta distinción entre reglas y principios realizada por el autor italiano no es nueva en la dogmática jurídica; contrario a eso, es uno de los problemas centrales que ha enfrentado la doctrina de la teoría jurídica ya desde hace algún tiempo, manteniéndose una cierta inclinación por diferenciar al menos dos clases de normas regulativas. Son muy variadas las clasificaciones que la teoría del derecho ha intentado de las normas que componen un ordenamiento jurídico o más ampliamente de las prescripciones que por su carácter de obligatoriedad tienen la característica de ser consideradas de orden jurídico. La separación entre reglas y principios como normas jurídicas es para el autor italiano fundamental una vez se ha adoptado el Estado Constitucional como forma de organización jurídico política. El derecho estaría entonces así compuesto por normas y estas a su vez podrían ser reglas o principios²⁰.

Entre los intentos de distinción estructural de las normas jurídicas regulativas tenemos aquellos que las han clasificado por una parte, entre normas generales o normas particulares, por otro entre normas de carácter general y normas de carácter abstracto, normas afirmativas o negativas y normas categóricas o normas hipotéticas²¹. Dentro del positivismo jurídico, la distinción con bases silogísticas de las normas en primarias y secundarias ofrecida hace referencia a la consagración contenida en sus enunciados, bien que esta sea la conducta (normas de carácter secundario) bien que sea la sanción predicable de la realización de la mencionada conducta (normas

¹⁹ **ZAGREBELSKY, Gustavo.** *El derecho por principios*. En: **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Traducción de M. Gascón, Madrid: Trotta, 1995. cap VI. p. 109 y ss.

²⁰ **Ibídem.**

²¹ **BOBBIO, Norberto.** Clasificación de las normas jurídicas. En: **Teoría General del Derecho**. Traducción de Jorge Guerrero R. Bogotá: Temis, 2005. 2ed. 5reimpr. Parte Primera. cap. VI. p. 131-137.

de carácter secundario)²². Es de particular interés esta distinción esbozada por el positivismo kelseniano en tanto deja entrever cuando comenta sobre las normas presentes en una *Constitución* en sentido formal, que no solamente son normas de producción legislativa sino también otras normas de cuestiones políticas importantes y normas que necesitan procedimientos especiales para su derogación, permitiendo inferir de ello una diferenciación de las normas partiendo del contenido material de las mismas, del contenido de sus enunciados.²³

El entendimiento de los enunciados jurídicos como normas de mandato que son a su vez clasificables dependiendo de diferentes criterios es un entendimiento que surge con el debate en el positivismo jurídico del siglo XX, identificado desde tres enfoques diferentes: como enfoque metodológico, como ideología y como teoría²⁴. Es así como dentro del positivismo mismo pero desde otra línea conceptual diferente HART²⁵ realiza la distinción entre normas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación según los parámetros de ser normas primarias en cuanto éstas impongan a los destinatarios de las mismas una obligación o normas secundarias cuando consagran la forma en que aquellas normas primarias pueden ser creadas, modificadas o eliminadas y como se puede verificar su incumplimiento junto con las correspondientes consecuencias de dicho incumplimiento²⁶. Esta

²² **KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*.** Traducción de E. García Maynez. México: UNAM, 1983. p. 71.

²³ **KELSEN, Hans. *Dinámica Jurídica* En: Teoría Pura del Derecho,** traducción de la 2ed en alemán por Roberto J. Vernengo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982. cap. V. p. 232-233.

²⁴ **BOBBIO, Norberto. *Sobre el Positivismo Jurídico*.** Traducción de R. de Asís y A. Greppi. Madrid: Debate, 1998.

²⁵ Identificamos a H.L.A. HART como un positivista jurídico al menos en la primera de las acepciones utilizadas por N. BOBBIO, y su obra principal entonces: "*El Concepto de Derecho*" como una obra de positivismo metodológico, en la cual se perfila ya una distinción entre las diferentes clases de normas que componen un sistema jurídico, a saber, en los términos de HART, normas primarias y normas secundarias.

²⁶ **HART. H. L. A. *El Concepto de Derecho*.** Traducción de G. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. p. 117-118.

distinción realizada por HART es referida en la obra de DWORKIN en los siguientes términos:

*“La distinción de Hart entre normas primarias y secundarias es de gran importancia. Las normas primarias son las que aseguran derechos e imponen obligaciones a los miembros de la comunidad. (...) Las secundarias son las que estipulan cómo y por obra de quiénes se pueden formar, reconocer, modificar o extinguir las normas primarias.”*²⁷

En otros apartes de su obra, HART identifica también, hablando de la *regla de reconocimiento* – como norma última en su teoría – de la diferenciación que puede establecerse entre reglas particulares, respecto de su inobservancia y la inobservancia de reglas generales del sistema²⁸

Estas calificaciones de las normas jurídica o de los mandatos imperativos de orden jurídico es siempre de carácter teórico doctrinal, por lo cual no vamos a ver identificada en ninguna de estos casos una fuente de distinción de carácter legal o reglamentario, pues en los cuerpos de normatividad jurídica generalmente las disposiciones allí consagradas no se presentan con la distinción previa de llamarse normas de tal o cual clase o tipología, sino que las distinciones realizadas vienen dadas por la teoría o doctrina jurídicas, determinadas por los contenidos de los enunciados de las mismas²⁹. La diferenciación entonces entre las clases de prescripciones³⁰ que integran un ordenamiento jurídico es importante en tanto nos aporta elementos de juicio que nos permiten definir el grado de aplicación de las diferentes clases de

²⁷ DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1995. p. 68.

²⁸ HART, H.L.A. *Los fundamentos de un sistema jurídico* En: El Concepto de derecho, traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. cap. VI. p. 129.

²⁹ En este sentido: RUÍZ RUÍZ, Ramón. **La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho**. En: Urbe e Ius: Newsletter. No. 20. p. 2.

³⁰ Aunque en desarrollo del texto vamos a usar casi de forma indiscriminada las expresiones “normas” y prescripciones” preferiremos para todos los efectos ésta última en tanto brinda una idea clara y general respecto de las clases de disposiciones jurídicas evitando ser confundidas con solo una de ellas

disposiciones, es decir, proceder a distinguir que existen varias clases de normas dentro de un mismo orden jurídico o sistema jurídico, nos permite identificar que existen sujetos y objetos diferentes en dichos imperativos y con eso podemos clasificar las diferentes relaciones jurídico sustanciales que se puedan presentar, no quedándose entonces el tema en una simple diferenciación teórica sino aportando elementos para definir los derechos y las obligaciones de que es titular o a las que está sujeto cada uno de los miembros de la sociedad que deben someterse al derecho.

1.2.2 La clasificación de las normas jurídicas entre reglas y principios:

Criterios diferenciadores³¹. Adicional a las clasificaciones brindadas por el positivismo encontramos la que distingue las prescripciones jurídicas – según su lenguaje: normas jurídicas – entre *reglas* y *principios*. El punto fuerte de esta discriminación se encuentra enmarcado principalmente en su forma de aplicación y sobre todo la forma de resolver las tensiones o contradicciones que entre ellas se pueden presentar. La distinción entre normas que puedan ser llamadas *reglas* y otras que obedezcan a la categoría de *principios* no se agota en la fuente u origen inmediato de dicha prescripción de carácter jurídico, aunque si bien éste ha sido un intento dentro de la tarea de su distinción, no comprende el universo de sus implicaciones. Un ejemplo de dicha posición que utiliza la fuente originaria de la norma como apoyo para la distinción de reglas y principios lo encontramos en ZAGREBELSKY: “*Por lo general las normas legislativas son reglas, mientras que las normas*

³¹ La distinción de diversas clases de normas presentes en el ordenamiento jurídico no ha escapado a la doctrina nacional. Respecto del tema del clasicismo jurídico en Latinoamérica, LÓPEZ MEDINA destaca dentro de la interpretación de las normas jurídicas que “*se acepta que en la teoría del derecho existen tanto principios (teorías o conceptos) como reglas*” precisando además puntos de encuentro entre unos y otros pues establece que tanto principios como reglas son construidos (es decir, deducidos y utilizados) mediante procedimientos constantes, seguros y objetivos de análisis jurídicos, formando una red constante de teorías y conceptos jurídicos. Cfr. **LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Teoría Impura del Derecho**. Universidad de los Andes y Universidad Nacional de Colombia (eds). Bogotá: Legis, 2005. p. 171. Sobre la acogida de las teorías del antiformalismo jurídico de DWORKIN y ALEXY en nuestro país, puede consultarse en esa misma obra, p. 456 y ss.

*constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son predominantemente, principios*³² Diferencia este autor las reglas de los principios desde un enfoque constitucional, considerando que solo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, constitutivo del orden jurídico, en tanto las reglas, aunque bien pueden estar incluidas en un texto de carácter constitucional, no son más que leyes reforzadas por su forma especial, agotándose en sí mismas, y dejando la fuerza constitutiva solo para los principios³³.

En cuanto a las consecuencias y ventajas de la distinción, SIECKMANN³⁴ hablando de las propiedades lógicas de los principios entendidos como mandatos de acción universales comenta que la diferencia entre reglas y principios sirve para poder constituir ponderaciones en el marco de la fundamentación de la norma.

Dentro de la doctrina, la tesis de la separación entre reglas y principios no ha sido pacíficamente recibida, existen argumentaciones que atacan dicha posición sosteniendo que unos y otros no gozan de un grado de distinción morfológica que permita su diferenciación, reduciendo la pretendida separación de unos y otros a simple criterio de interpretación:

“Quienes sostienen que dentro del Derecho existen dos clases de ingredientes sustancialmente distintos, las reglas y los principios, deben mostrar que hay alguna diferencia estructural y morfológica entre ambos, que es posible identificar algún rasgo que esté presente siempre que usamos la expresión principios y que nunca aparece cuando utilizamos la expresión reglas; en caso contrario, reglas y

³² ZAGREBELSKY, Gustav. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de M. Gascón. Madrid: Trotta, 1995. p. 109.

³³ *Ibídem*. p. 110.

³⁴ SIECKMANN, Jan-R. *El modelo de los principios del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

*principios no aludirán a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas*³⁵

En conclusión, para cierta parte de la doctrina que brinda oposición, esta distinción termina viéndose reflejada en las técnicas de interpretación o justificación y no en la estructura propia de la norma jurídica y los enunciados que ella contiene³⁶.

El derecho entonces no está compuesto exclusivamente por reglas jurídicas, mandatos prescriptivos particulares de aplicación mediante subsunción silogística de un presupuesto fáctico en una presunción jurídica hipotética, sino que también está nutrido de normas de carácter general cuya función está enmarcada en la optimización del actuar jurídico dentro de la sociedad para un logro más eficaz de las pretensiones del ordenamiento jurídico político. Los principios están llamados a ser entonces no solo medios interpretativos que permitan solventar dificultades de aplicación sino que son el fundamento mismo necesario para en una sociedad compleja como la actual³⁷. Esta posición permitiría ir entonces más allá de las limitaciones propias del *normativismo* y el *decisionismo*, entendiendo el concepto del

³⁵ **PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, Principios, Derechos***. Cuadernos Bartolomé de las Casas No. 7. Madrid: Dykinson, 1998, p. 47-63.

³⁶ Existen otras críticas a la distinción entre reglas y principios como la elaborada por KALUS GUNTHER a la cual hace referencia el propio ALEXY en: ALEXY, Robert. “on the structure of legal principles” *En*: Ratio Juris. Septiembre, 2000 Vol. 13 no. 3, p. 299.

³⁷ El papel de los principios es fundante en un orden social determinado, pues son ellos el caldo del cultivo de la normatividad misma y la representan a su máximo nivel. Al respecto HABERMAS, hablando de los derechos fundamentales como principios de un orden jurídico general socio estatal, comenta: “*Las garantías jurídicas básicas son el fundamento reconocido de la estabilidad jurídicamente ordenada, de un orden en el cual tienen que legitimarse el ejercicio de la autoridad, la ejecución del poder y el equilibrio de la fuerza*” Y más adelante continúa: “*La praxis política procede en el Estado Social según la pauta de los derechos fundamentales; no solo está ligada a éstos en cuanto normas jurídicas sino que, al mismo tiempo, es instruida por medio de ellos, en tanto que máximas configurativas, a fin de guiar aquel proceso de transformación.*” *En*: **HABERMAS, Jürgen. *Teoría y Praxis, Estudios de filosofía Social***. Traducción de Salvador Mas Torres y Carlos Moya. Madrid: Tecnos, 2008. p. 116.

derecho no únicamente como reglas o decisiones concretas sino como un ordenamiento jurídico compuesto por diferentes tipos de preceptos³⁸.

Los principios entonces, según las tesis sostenidas por el antiformalismo jurídico, hacen parte del ordenamiento, del derecho, como una clase particular de normas jurídicas con unas características propias. Para DWORKIN, la aplicación de estos principios y su correspondiente importancia se pone particularmente de presente en la solución de los *hard cases*, pues es en estos casos que el papel desempeñado por los principios se vuelve esencial, especialmente en los argumentos que buscan dar fundamentación a ciertos derecho y determinadas obligaciones jurídicas. Al respecto se complementa diciendo: “Una vez decidido el caso podemos decir que el fallo crea una norma determinada (...). Pero la norma no existe antes de que el caso haya sido decidido, el tribunal cita principios que justifican la adopción de una norma nueva”³⁹.

La identificación que permite distinguir que entre las normas jurídicas no solamente se encuentran reglas en el sentido estricto de la expresión sino también cierto tipo de estándares generales de los cuales se hace uso a la hora de argumentar es precisada al establecer que esta referencia a *principios* se realiza no porque implique que su incumplimiento va a tener una consecuencia jurídica directa a modo de sanción sino porque es un requerimiento de justicia, la equidad u otra dimensión de moralidad⁴⁰. Conceptualmente al hacer la diferenciación, se identifica en la teoría de DWORKIN a las *normas* con las *reglas*, para lo cual nos permitimos, en las referencias siguientes, identificar la norma como el género del cual la regla

³⁸ SCHMITT, Carl. *Distinción de los modos de pensar de la ciencia jurídica En: Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Trad. Monserrat Herrero. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1996. p. 5-9.

³⁹ DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.* p. 80.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 1984. p. 23 y ss. Esta constituye una de las formas de integración de la moral en el derecho en la teoría de DWORKIN.

es la especie. Dentro de esta distinción, y respecto del mencionado origen, se sustenta que las reglas son el producto deliberado de creación jurídica, en tanto que los principios no se basan en la decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de convivencia u oportunidad⁴¹. Esta distinción que pone de presente DWORKIN en su obra ya había sido anunciada por otros autores, siempre haciendo referencia al entendimiento de las reglas (normas en Dworkin) como una categoría diferente a la de los principios, pues éstos últimos pueden ser entendidos como verdaderos axiomas de aplicación general que se diferencian del simple derecho legislado⁴².

Esta teoría encuentra que cuando los juristas razonan, no solo lo hacen utilizando reglas sino también otro tipo de normas: los principios, lo cual contraría abiertamente lo sostenido por el positivismo de HART⁴³ – según el cual el derecho era un sistema compuesto esencialmente de reglas⁴⁴ – por lo que se pone de presente la diferencia, bastante fuerte, entre reglas y principios. Incluso una parte de la argumentación halla en la regla de reconocimiento la presencia de principios de carácter moral⁴⁵ haciéndola

⁴¹ **CARRIÓN, Genaro.** Principios jurídicos y positivismo jurídico. Abeledo-Perrot, 1970. Vol. 131. p. 54. citado por **BARTH, José Francisco.** *Principios y normas en la concepción del derecho de Dworkin (comentarios a las observaciones críticas de Luis Prieto Sanchís)*, Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Costa Rica. Septiembre-diciembre 2005. No. 108. p. 185.

⁴² **BARTH, José Francisco.** *Op. Cit.* p. 186 y ss.

⁴³ En su obra, DWORKIN realiza, como él mismo lo relata, un ataque directo contra el positivismo – en especial contra la obra de HART – tomando como punto de partida que los raciocinios que se realizan por los intérpretes o aplicadores del derecho en lo que él llama los *hard cases* no se desarrollan exclusivamente con base en reglas sino también de otro tipo de estándares con un funcionamiento diferente.

⁴⁴ Concluyendo con que la validez de una norma dependerá de su conformidad con los criterios establecidos, es decir, la regla de reconocimiento.

⁴⁵ **MEJÍA QUINTANA, Óscar.** “La norma básica como problema iusfilosófico, Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas postpositivistas de superación”. En: Filosofía del derecho y filosofía social. Memorias del tercer congreso nacional. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2006 p. 13.

normativa no solo en el sentido moral sino también en el sentido jurídico y no estrictamente empírica, como HART sostenía.

Así, siguiendo esta línea conceptual, el ordenamiento jurídico está también compuesto por principios y no exclusivamente por reglas, cuya validez no depende del proceso de su creación sino de la adecuación de sus enunciados a la moral⁴⁶. Se entiende por principio a “*un estándar que ha de ser observado no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad*”⁴⁷.

Para DWORKIN, la distinción a realizar entre las reglas jurídicas y los principios, es una distinción de orden lógico, según lo sostenido en su obra, ambos, tanto *reglas* como *principios* apuntan a decisiones particulares que hacen referencia a obligaciones de carácter jurídico en determinadas circunstancias por cuanto ambos tienen el carácter prescriptivo propio de la norma jurídica⁴⁸, pero difieren unas de otros en el tipo de orientación que dan⁴⁹. Las normas jurídicas que identificamos como reglas se aplican a manera de disyuntivas en el juicio de subsunción: si los hechos que consagra la norma se dan entonces la norma puede o no ser válida, aportando o no a la decisión; en cambio en el caso de revisar cómo se aplican los principios encontramos que en éstos no se presenta que sus enunciados contengan consagraciones que establezcan consecuencias jurídicas que deban seguirse necesariamente de circunstancias precisamente determinadas. Dos características más resaltamos de las enunciaciones que DWORKIN realiza en su obra respecto de las particularidades de los principios: una es la *categoría del principio*, pues decir que cierta norma es un principio dentro de un ordenamiento jurídico implica que los operadores jurídicos, es decir, los

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1995. p. 72.

⁴⁸ Ver *Infra*, el carácter normativo de los principios jurídicos.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.* p. 75-76.

encargados de aplicar derecho a un caso concreto, deben tenerlo en cuenta en caso de que así corresponda, para que les determine inclinarse hacia una posición en un caso determinado. Por otra parte, una cuestión fundamental en la teoría dworkiniana de interpretación, es la dimensión del peso o importancia que puede predicarse de los principios y que no está presente en las normas. Comenta el citado autor:

“Quien debe resolver [un] conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno [de los principios en tensión]. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro, será con frecuencia motivo de controversia. (...) Las normas no tienen esta dimensión. Al hablar de reglas o normas podemos decir que estas son o que no son funcionalmente importantes.”⁵⁰

La importancia, entonces, de las reglas, estaría marcada, según lo sostenido hasta aquí, por su pertinencia a un caso en particular, por su relevancia en la regulación de un comportamiento determinado, mas no podríamos sostener de ellas que cuando entran en contradicción una excluye a la otra en razón de tener un mayor peso y por lo tanto mayor importancia, como se predicaría de los principios en esta teoría.

Una lectura a manera de síntesis sobre esta teoría y la distinción entre Reglas y Principios, se da sosteniendo que el ataque mismo al positivismo hecho por DWORKIN se basa en una “*distinción lógica entre normas, directrices y principios*”⁵¹, pues en el modelo positivista solo se tenía en cuenta las normas que tenían la posibilidad de ser aplicadas a un caso concreto en su totalidad o de lo contrario no aplicarse. Se hace la crítica por

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 77-78.

⁵¹ **CALSAMIGLIA, Albert.** *Ensayo sobre Dworkin*, prólogo a DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio* 5ª Reimpresión, Madrid: Ariel, 2002.

parte de DWORKIN según la cual en el modelo positivista solo se tiene en cuenta a las normas – como ya dijimos, entendidas como reglas – dejando por fuera el análisis de las directrices y de los principios. De la misma manera, CALSAMIGLIA considera, siguiendo a DWORKIN que el criterio de la identificación de los principios y de las directrices no puede ser el test de origen, haciendo aquellos referencia a la justicia y equidad. Al respecto nos permitimos transcribir:

Mientras las normas se aplican o no se aplican, los principios dan razones para decidir en un sentido determinado, pero, a diferencia de las normas, su enunciado no determina las condiciones de su aplicación. (...).

Los principios además, informan las normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el Juez cuando viola un principio que en ese caso específico se considera importante.

Corolario evolutivo de la teoría hasta aquí esbozada lo representa lo sostenido por ALEXY, quien considera vital la distinción entre reglas y principios para la teoría de los derechos fundamentales pues establece que solo gracias a ella puede “existir una teoría adecuada de los límites, [y] una teoría satisfactoria de la colisión [así como] una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico”⁵². En esta teoría se hace la precisa claridad según la cual tanto los principios como las reglas van a estar englobados en la categoría nominal de las normas por cuanto ambos utilizan un lenguaje prescriptivo que es de carácter jurídico, por lo cual las diferencias que se pretende establecer según dicho autor, van

⁵² **ALEXY, Robert.** La estructura de las normas de derecho fundamental En: Teoría de los derechos fundamentales. Versión en castellano de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. cap. III. p. 81 y ss.

encaminadas específicamente a la diferenciación entre los primeros de aquellos, es decir, principios y reglas. En cuanto a los criterios de diferenciación de unos y otros se establecen dos puntos de análisis⁵³:

El primero de los criterios de distinción en la teoría de ALEXY consagra que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible⁵⁴, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Desde este enfoque, los principios son “*mandatos de optimización*” que no necesariamente tienen que ser cumplidos al todo o nada sino que pueden ser aplicados en diferentes grados, dependiendo su cumplimiento no solo de las posibilidades reales (fácticas) sino también de las posibilidades jurídicas del caso concreto según los principios y las reglas que se opongan para cierta cuestión. En contraste a lo anterior, las reglas son *mandatos definitivos*, pues en caso de que sea válida la única opción es su cumplimiento sin que se permitan diferentes grados para dicha conducta, tiene que darse por completo.

La forma como se deben resolver las colisiones de principios⁵⁵ difiere ampliamente de la modalidad de definición de reglas opuestas, pues cuando un principio cede ante otro principio, no implica esto que el primero de aquellos sea inválido, sino que para el caso específico, el peso del principio que prefirió es mayor dadas las circunstancias específicas dadas, esto es lo que se conoce como el ejercicio de ponderación⁵⁶.

⁵³ *Ibíd.*, p. 82 y ss.

⁵⁴ *Ibíd.* ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 87 y ss.

⁵⁶ Sobre la ponderación como forma de resolver las colisiones de principios, tema tangencial al nuestro, es de necesaria referencia la obra de BERNAL PULIDO, Carlos. “Estructura y límites de la ponderación” *En*: Revista Doxa. 2003. no. 26. y “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales” BERNAL PULIDO, Carlos. *En*: Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho. México D.F: Universidad Autónoma de México, 2005., presentes, entre otros trabajos, en: *El derecho de los derechos*, Bogotá:

El segundo de los criterios para la distinción señalados es el de la generalidad, en virtud del cual se considera que los principios son normas jurídicas con un alto grado de generalidad en tanto que las reglas tienen un rango más bajo de generalidad. Pero él mismo considera esta como una tesis débil, pues solo establece una distinción de grado entre unos y otros y no establece una distinción lógica ni cualitativa, siendo fundamental en su teoría que la distinción entre reglas y principios sea de carácter cualitativo y no solamente gradual, pues no podría aceptarse que una norma fuera más o menos regla o más o menos principio, sino que cada una de las prescripciones normativas debería obedecer claramente a alguna de las dos clasificaciones de forma cerrada⁵⁷.

Los principios son adicionalmente un punto fundamental en la interpretación y la argumentación jurídica, en tanto que ellos pueden servir de referencia a procesos de fundamentación de decisiones, basándose no en las reglas aplicables al caso concreto, cuyos enunciados son de contenido particular, sino a parámetros o estándares generales. Esto serviría a la hora de existir vacíos jurídicos en tanto inexistencia de reglas precisas aplicables a un caso concreto, cuando parece que el derecho no da una solución silogística para resolver una cuestión específica entonces la argumentación basada en principios, la cual generalmente suele hacer referencia a normatividad de carácter superior puede permitir encontrar una base para la posición

Universidad Externado de Colombia, 2005; y ***El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho***, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

⁵⁷ Este punto de la diferenciación cualitativa y no gradual entre reglas y principios entendiéndolos como categorías normativas absolutamente diferentes es lo que se denomina en la doctrina la tesis de la demarcación fuerte, en contraposición a la tesis de la demarcación débil según la cual, salvo unas leves distinciones graduales, tanto reglas como principios tienen igual papel normativo dentro de un ordenamiento. Al respecto Cfr. **AARNIO, AULIS. Reglas y Principios en el razonamiento jurídico**. En: Seminario Internacional de Filosofía del Derecho. (2: 24 de marzo de 2000, Universidad de A Coruña) Esta crítica ha sido retomada posteriormente por **CIANCIARDO, JUAN** en ***Principios y reglas una aproximación desde sus criterios de distinción***. Boletín mexicano de derecho comparado, nueva serie, año XXXVI, septiembre – diciembre de 2003, núm. 108, p. 891 y ss.

adoptada. En este sentido, al hablar de los argumentos sistemáticos, se enuncian los *argumentos de principios*, los cuales son de particular significación en un Estado democrático en los cuales se apoyan esencialmente en preceptos constitucionales y su utilización en casos difíciles incluye normalmente una ponderación⁵⁸.

Los principios pueden entenderse entonces desde diferentes perspectivas, todas ellas de carácter complementario, no solo así como principios reflejados en derechos fundamentales, sino aquellos que componen el derecho mismo como cuerpo que refleja el sistema jurídico político de una sociedad. BOURDIEU y TEUBNER citando a HABERMAS comentan:

*“La lógica evolutiva inherente a las tradiciones culturales y a los cambios institucionales da resultado a principios organizativos que generan una regularidad social y el manejo de sus problemas característicos, sin embargo estos desarrollos también nos llevan a una evolución normativa que habrá de obedecer a los principios básicos que dieron lugar a su evolución.”*⁵⁹

⁵⁸ ALEXY, Robert, *Interpretación jurídica y discurso racional* En: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Luis Villar Borda, 1995. p. 56-57.

⁵⁹ BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther. *La fuerza del Derecho*. Siglo del hombre (eds). Bogotá: Ediciones Uniandes, 2005. p. 114. La teoría de HABERMAS al respecto aporta de manera complementaria que los procedimientos presentes en la lógica discursiva resultan ellos mismos en principios puesto que las condiciones sociales de justificación adquieren en sí mismas fuerza legitimadora⁵⁹. Esta es la forma como existe entonces una retroalimentación entre el ordenamiento jurídico entendido como un todo y los principios, que no solo lo nutren sino que son extraíbles de sus propios procedimientos. Quedan así los principios, específicamente los principios del Estado de Derecho y los derechos fundamentales a los que ya hemos realizado referencia, interpretados y encarnados en órdenes jurídicos concretos, tanto en derecho constitucional como en la realidad constitucional de las instituciones y procesos políticos⁵⁹, reflejando así el orden jurídico unos principios concretos. Adicionalmente los principios jurídicos e inclusive con mayor acento aún los principios relativos al Estado de derecho permean diversas esferas de la sociedad tradicionalmente alejadas de la regulación directa por parte del derecho, con lo que vemos la mayor prominencia de esto tipo de normas, ya que logran desarrollar su papel prescriptivo inclusive en ámbitos no jurídicos. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Taurus, 1999. p. 520- 521.

En lo relativo a la distinción entre reglas y principios, con una visión global por encima del debate entre HART y DWORKIN, ATIENZA considera que los principios deben distinguirse, además de internamente, de manera externa de otras pautas de comportamiento que integran un sistema jurídico⁶⁰. Distinguiéndolos de manera externa, las disposiciones de un sistema jurídico pueden ser, siendo solo esta una de sus categorías probables, normas de mandato (llamadas normas regulativas en la edición revisada de dicha teoría⁶¹), caso en el cual, a su vez, pueden estar discriminadas entre reglas y principios.

1.2.3 Distinciones internas de los principios. En cuanto a la distinción precisa que puede establecerse entre reglas y principios, la cual puede estar referida a pluralidad de cuestiones, se han identificado los principios en alguna de las siguientes acepciones⁶², constituyendo ellas las concepciones básicas para la realización de una distinción interna de los principios. Se pueden entender los principios:

- a.** Como una norma de la cual puede predicarse su carácter de generalidad, es decir, aquellas que regulan casos cuyas propiedades relevantes son muy generales
- b.** Norma redactada en términos de vaguedad en sus enunciados
- c.** por la incorporación en ella de conceptos jurídicos indeterminados o por contener términos con una periferia de textura abierta
- d.** Norma en sentido programático o directriz por estipular una obligación de perseguir determinados fines

⁶⁰ ATIENZA, Manuel y RUÍZ MANERO, Juan. Las normas de Mandato: Principios y reglas. En: Las Piezas del Derecho, teoría de los enunciados jurídicos, 1ª edición, Barcelona: Ariel, 1996. cap. I.

⁶¹ La edición revisada de dicha teoría es la que se encuentra presente en ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO: *Las normas regulativas: principios y reglas*. En: Las piezas del derecho, 2ª edición. Barcelona: Ariel, 2004. cap. I. p. 23 y ss.

⁶² ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Las normas regulativas: principios y reglas*. En: Sobre Principios y Reglas en Revista Doxa, 1991. No. 10. p. 101 y ss. También presente en *Las piezas del derecho*, 2ª edición. Barcelona: Ariel, 2004. cap. I. p. 23 y ss.

- e. Norma que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico y que son el reflejo de una determinada forma de vida, de un sector del ordenamiento mismo, de una institución, etc.
- f. Norma de una mayor jerarquía o
- g. Norma de una particular importancia
- h. Norma que está dirigida principalmente a los órganos encargados de aplicar justicia y que señala con carácter general cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.
- i. O por último, norma en el sentido de un enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo, pudiendo o no estar incorporados al derecho.

Con base en todas estas diferentes acepciones del término principio se propone por parte de la doctrina de ATIENZA y RUIZ MANERO una propuesta⁶³ de clasificación de los principios para realizar una distinción interna de los mismos:

1. Diferenciación entre los principios en sentido estricto y las directrices o normas programáticas la cual es exhaustiva y excluyente ya que no puede un mismo enunciado ser utilizado en un mismo contexto argumentativo a la vez como principio y como directriz
2. Diferenciación entre principios en el contexto del sistema primario o sistema del súbdito y principios en el contexto del sistema secundario o sistema del juez y en general de los órganos jurídicos, esto es, distinción

⁶³ Otra propuesta de clasificación de los principios los distingue entre principios que forman parte de la base ideológico-valorativa del orden jurídico y los principios jurídicos positivos, como es el caso de los principios formalmente válidos recogidos expresamente, las generalizaciones jurídicas, los principios referidos a la toma de decisiones y los principios extrasistemáticos. Esta clasificación está presente en **AARNIO, AULIS. Reglas y Principios en el razonamiento jurídico**, En: Seminario Internacional de Filosofía del Derecho. (2: 24 de marzo de 2000, Universidad de Coruña).

entre pautas de comportamiento dirigidas a guiar la conducta de la gente y pautas de comportamiento dirigidas a guiar el ejercicio de poderes normativos públicos de los órganos jurídicos, distinción ésta que es exhaustiva pero no excluyente.

3. Diferenciación entre principios explícitos y principios implícitos en tanto estén formulados expresamente en el ordenamiento jurídico o sean extraídos a partir de enunciados presentes en éste último respectivamente. Distinción a todas luces tanto exhaustiva como excluyente.
4. Diferenciación entre *principios sustantivos*, los cuales expresan exigencias correspondientes a los valores o a los objetivos colectivos que el sistema jurídico trata de realizar y *principios institucionales* los cuales expresan exigencias que derivan centralmente de lo que podemos llamar los valores internos del derecho y del objetivo general de eficacia del derecho y de funcionamiento eficiente de su maquinaria. Distinción exhaustiva pero no excluyente.

ATIENZA en su obra, además de realizar una clasificación de los sentidos en los cuales puede ser entendido un principio, desarrolla una enunciación de tres enfoques para distinguir las reglas de los principios, es decir, para la realización de una distinción externa de los principios: el enfoque estructural, el enfoque funcional y de conexidad con los poderes existentes en la sociedad.

1.2.4 Distinciones externas de los principios. Una distinción externa de los principios es aquella que permite su diferenciación respecto de otro tipo de normas regulativas. Para clarificar esto se hace antes necesario puntualizar en que un ordenamiento jurídico no está compuesto en exclusividad por las normas regulativas, es decir, por las normas que imponen mandatos o

deberes, sino que los enunciados jurídicos pueden igualmente ser disposiciones permisivas, definiciones o normas que confieren poderes, éstas todas de carácter jurídico sin hacer parte del grupo de normas regulativas, las cuales sí, a su vez se encuentran clasificadas en reglas y principios.

Las reglas y los principios, como las dos especies del género de normas regulativas o de mandato pueden distinguirse por medio de alguno de los tres enfoques que se mencionan a continuación:

- ENFOQUE ESTRUCTURAL DE LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

El enfoque estructural de la distinción entre reglas y principios parte de ver las normas regulativas o de mandato como entidades organizadas de una cierta forma, esto es, como enunciados normativos que correlacionan casos genéricos (conjuntos de propiedades) con soluciones⁶⁴. Para este enfoque de distinción se hace necesario identificar si efectivamente es posible formular siempre ambos grupos de normas regulativas en términos lingüísticos enunciativos de correlación o función de doble vía entre caso y solución lo cual conlleva a determinar que por una parte esta función se da buscando que el consecuente sea una determinada conducta, en cuyo caso las llamaremos como *normas de acción*; y en otro caso se da el antecedente buscando que el consecuente no sea una conducta determinada sino un estado de cosas determinado, para las llamadas *normas de fin*. La cuestión aquí estaría en determinar si los operadores deónticos para las reglas y para los principios funcionan o no de la misma manera, es decir, si ambos tienen una estructura condicional correlacionando un caso (conducta, llamada antes

⁶⁴ Esto debe entenderse en los términos de la concepción de fuente de derecho para Alf Ross según lo visto SUPRA y la forma de entender la norma como la fuente de derecho.

hecho/acto) con una solución determinada (entendida también como sanción en términos amplios).

En este punto la doctrina⁶⁵ es reiterativa en considerar que los llamados principios en sentido estricto siempre pueden formularse como enunciados lingüísticos que correlacionen casos con calificaciones normativas de esas conductas determinadas, siendo sin embargo diferenciables de las reglas en que los principios configuran esos casos (conductas, hechos/actos) de forma abierta en tanto las reglas lo hacen de forma cerrada.

*“Mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata solo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es pues más radical que el de las reglas.”*⁶⁶

En este enfoque de la distinción se hace entonces prioritaria la diferenciación enunciada por ALEX Y y que ya se encontraba presente desde DWORKIN entre los principios, como mandatos de optimización que ordenan que algo se realice en la mayor medida de las posibilidades fácticas y de las posibilidades jurídicas, circunscritas éstas últimas al terreno de oposición de otras normas, y las reglas como mandatos definitivos que exigen un cumplimiento pleno⁶⁷. Como complemento de esto se formula que

⁶⁵ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Op. Cit.*, refiriéndose a ALCHOURRÓN y BULYGIN y haciendo mención de DWORKIN, Ronald y ALEX Y, Robert.

⁶⁶ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Op. Cit.*, p. 30-31.

⁶⁷ Esta teoría, de la cual ya habíamos hablado con anterioridad y que se encuentra presente en ALEX Y, Robert. La estructura de las normas de derecho fundamental. *En: Teoría de los derechos fundamentales*. Versión en castellano de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. cap. III. p. 81 y ss, e igualmente en ALEX Y, Robert.

estructuralmente, por una parte los principios pretenden imponer esas soluciones normativas pero únicamente de carácter *prima facie*, dependiendo de las razones a favor o en contra de dicho postulado, a diferencia de las reglas, que en su aplicación evitan la ponderación y pretenden imponer obligaciones o prohibiciones concluyentes.

- ENFOQUE FUNCIONAL DE LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

Este enfoque parte de la diferenciación del carácter *prima facie* de las reglas y de los principios formulada por ALEXY⁶⁸, donde las reglas constituyen *prima facie* razones para la acción y los principios razones para la producción o interpretación de otras normas, pero donde igualmente ese carácter *prima facie* puede verse reforzado en el caso de los principios constituyendo éstos razones para la acción y puede igualmente verse debilitado en las reglas constituyendo solo razones para la formulación de otras normas. En este aspecto, ATIENZA y RUIZ MANERO citan a HART y a RAZ entendiendo a las reglas como razones para la acción de carácter *perentorio e independientes del contenido* en razón a que entran a formar parte del razonamiento justificativo de las decisiones de los órganos de aplicación del derecho por su origen: la autoridad de su fuente. Además de ello, las reglas están destinadas a excluir del órgano de aplicación la deliberación acerca del contenido de la resolución a dictar.

Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003., no es del todo aceptada por ATIENZA y RUIZ MANERO, en tanto estos últimos entienden que grado de posibilidad para el cumplimiento de los principios solo es posible en los principios que obedecen a la acepción de normas programáticas o directrices mas no a los principios en sentido estricto, dando ejemplos para apoyar su teoría, tal como se ve en **ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Op. Cit.**, p. 31. Por lo tanto, para ATIENZA y RUIZ MANERO, esta distinción estructural sería propia de los principios entendidos como normas programáticas o directrices, los cuales constituyen un tipo de pautas que configuran de forma abierta tanto sus condiciones de aplicación como el modelo de conducta prescrito.

⁶⁸ ALEXY, Robert. Op. Cit.

A diferenciación de los principios explícitos, los cuales constituyen únicamente razones independientes de su contenido mas no perentorias por cuanto no están destinadas a excluir del órgano de aplicación la deliberación respecto del contenido de la decisión sino que constituyen meramente razones de primer orden para resolver en un determinado sentido con fuerza ponderable; ocurriendo a su vez de manera diferente con los principios implícitos, los cuales no constituyen razones perentorias ni independientes de su contenido por cuanto deben entrar a formar parte del razonamiento del operador jurídico por cierta cualidad de su contenido y no por el origen o fuente.

De idéntica manera funciona con los principios de primer orden en tanto para la comunidad en general las reglas operan como razones perentorias o protegidas mientras que los principios lo hacen como razones de primer orden que deben ser ponderadas con otras razones.

- ENFOQUE DISTINTIVO DE LAS REGLAS Y LOS PRINCIPIOS EN RELACIÓN CON EL PODER Y LOS INTERESES

Las normas jurídicas están conectadas de diferentes maneras tanto con el poder como con los intereses, por una parte por cuanto son el resultado de intereses y de relaciones de poder, igualmente por cuanto configuran jurídicamente esas relaciones de poder y por último por cuanto ese ejercicio de poder produce alteraciones en las relaciones de poder existentes. De esta manera, los principios en sus diferentes acepciones y las reglas como tales, imponen limitaciones a cada uno de estos aspectos, siendo de manera disímil resultado de esas relaciones y regulando esas relaciones de diferente manera con diferentes resultados.

1.2.5 Las reglas y los principios como normas de deber ser. Si bien tanto reglas como principios caben dentro del conjunto de enunciados

lingüísticos con entidades normativas diferentes, entre unos y otros existen diferencias respecto de su empleo y su función en el razonamiento jurídicos por al menos dos aspectos⁶⁹ que han sido revelados de la siguiente manera: Por una parte, solamente las reglas pertenecen al área de la lógica deóntica en tanto formulaciones prescriptivas pues los principios son empleados mediante la lógica de preferencia; por otra parte las reglas jurídicas son objeto de interpretación en tanto que los principios son objeto de ponderación para su aplicación. Esto conlleva, según LAPORTA citado por AARNIO, que en el caso de las reglas tenemos una lógica que busca que se den acciones determinadas, mediante la figura del deber hacer, en tanto que en el campo de los principios buscamos que se den estados de cosas determinados mediante la lógica del deber ser, ocupándose los principios del estado de cosas ideal ordenando lo que debe ser.

1.2.6 Otros puntos de la distinción entre reglas y principios. En otro punto de la teoría sobre la distinción entre reglas y principios, ZAGREBELSKY⁷⁰ hace referencia a que las normas que se identifican como reglas son primordialmente normas de carácter legislativo, de un Estado Legislativo positivo decimonónico de tal manera, las producciones normativas emanadas del legislativo, es decir del Congreso en un Estado Democrático, se identificarían generalmente como reglas y completarían con ésta estructura dentro de la categoría normativa jurídica, por otro lado y como categoría complementaria a lo anterior, los principios serían prevalentemente normas constitucionales, de tal manera las normas que fueran de origen constitucional serían las que equivaldrían a la categoría estructural de normas principios.

Se realizan varios ejemplos por parte de este autor de cómo se pueden identificar específicamente cuando una norma legislativa se corresponde con

⁶⁹ AARNIO, AULIS. *Op. Cit.*

⁷⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. Cit.*, p.114 y ss.

una regla y cuando una norma constitucional se corresponde con un principio, mas sin embargo, se hace necesario distinguir cuales son las diferencias específicas de las que podemos hablar entre una y otra dinámica estructural normativa, es decir, entre la estructura propia de las reglas y de los principios.

En primer lugar se considera que la primera distinción, hace referencia a que por una parte los principios son *constitutivos del orden jurídico* en cambio las reglas *se agotan en sí mismas*, por así decirlo mientras los principios tienen una función de generar como tales el ordenamiento jurídico a las reglas solamente les corresponde mandar lo que en ellas está específicamente dispuesto.

Esta sería la primera distinción entre reglas y principios para ZAGREBELSKY, posteriormente se alude a que la distinción sustancial no es esta, sino que sería la que hace referencia al tipo de mandato implicado en las reglas y al tipo de mandato implicado en los principios, por cuanto por un lado las reglas determinan exactamente *qué es lo que debe producirse* como consecuencia por parte de la acción humana ante una situación determinada, es decir, las reglas indican *cómo* se debe o *cómo no* se debe actuar frente a una situación específica que también se encuentra determinada por la regla misma. Los principios no tienen esta capacidad, dado que los mismos no tiene la misma estructura normativa que tiene las reglas y por lo mismo y tanto no gozan de un supuesto de hecho en términos silogísticos lógicos, los principios no ordenan por medio de su mandato que se tome una acción determinada ante una situación, sino que generan criterios para una posición ante una situación a priori indeterminada, pero que puede concretarse.

De tal manera los principios no nos estarían ordenando qué hacer o qué no hacer ante una situación, sino que nos estarían ofreciendo un *criterio* para tomar una posición determinada ante una situación indeterminada *a priori*,

pero que podría determinarse y concretarse efectivamente, esto es la distinción esencial entre reglas y principios y obedece a básicamente a la distinción entre la estructura propia de las reglas, que gozan de una estructura silogística lógica que nos ofrece un supuesto de hecho y la estructura de los principios que no nos la ofrece y que en cambio ofrece una posibilidad de toma de criterio dentro de una situación.

Se indica entonces que solamente las reglas pueden ser observadas y aplicadas de una manera mecánica, sabiéndose de manera exacta que es lo que se debe hacer, lo que automatizaría la posibilidad de aplicación de las reglas, implicando entonces que la anterior distinción esencial de la cual se habló tiene una consecuencia en la aplicación del derecho, aplicándose éste de una manera automática cuando lo que se está aplicando son reglas porque se tiene claridad sobre el supuesto de hecho y sobre el comportamiento esperado frente a dicho supuesto. Por otra parte, los principios no permitirían esta aplicación automática por cuanto no se podría ejercer la subsunción dado que no se goza de la estructura lógica silogística de las reglas en los principios, sino que solamente se permite la generación de una posición o una efectiva reacción de conformidad con los supuestos que son el mandato del principio, no podría hablarse de la posibilidad de tomar una posición de manera automática como sí lo permite el caso de las reglas, no podría así hacerse en el caso de los principios.

1.3 FUERZA NORMATIVA DE LOS PRINCIPIOS

Ya entendido hasta este punto que si bien existen diferentes grados de distinción y formas de acercamiento a las distinciones entre reglas y principios, tanto las unas como los otros hacen parte del grupo de normas regulativas o de mandato y que por lo tanto se entienden como normas o enunciados jurídicos que además de su expresión eminentemente lingüística tienen un contenido material que refleja el sistema de doble función entre

conductas o hechos / actos y consecuencias normativas o sanciones que los hacen ser fuentes de derecho. Se hace preciso ahora estudiar si existe o no alguna diferencia entre la fuerza normativa que puede predicarse de las normas reglas y la que se predica de las normas principios, para saber si ambos tienen igual calidad de fuentes para regular la conducta del conglomerado y por lo tanto pueden imponerse de la misma manera.

El punto estaría en analizar la obligatoriedad de la aplicación de los principios y si éstos tienen entonces el mismo carácter vinculante de las reglas jurídicas en sentido estricto, ante esta problemática DWORKIN plantea dos posibilidades: una, la de considerar que los principios hacen parte del derecho y son de obligatorio cumplimiento; otra, la de entenderlos como estándares extra jurídicos a los cuales apela el juez para la decisión en ciertos casos en que no se agota aquella con las reglas jurídicas que sí estaría obligado a aplicar⁷¹. El problema entonces se centra en la obligatoriedad de estas normas, en si tienen o no la categoría de *obligación jurídica* y si son o no vinculantes para el operador jurídico.

La primera cuestión a resolver sería la que tiene que ver con la obligatoriedad de los principios en cuanto a su aplicación y en cuanto a su obediencia. Las normas jurídicas que según lo visto tienen el carácter de principios jurídicos, ¿son de obligatoria aplicación en la interpretación del derecho? En tal caso los operadores jurídicos, no solo de carácter judicial sino en general, estarían obligados a recurrir a los principios en la solución de los casos que le sean planteados. Dicha obligatoriedad igualmente puede predicarse de la obligatoriedad de su obediencia, entonces, cuando se ha aplicado derecho con base en principios ¿tales decisiones tienen carácter vinculante para el destinatario de la decisión? DWORKIN se plantea ya la problemática respecto de la obligatoriedad de los principios, dejando claro que existen dos posiciones al respecto, pensar que son obligatorios y que

⁷¹ DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*, p. 81.

hacen parte de las normas jurídicas o que son recursos extra jurídicos que no gozan de carácter vinculante⁷². El tema sobre la obligatoriedad de los principios es abordado por DWORKIN dando respuestas a posibles argumentos que se tendrían desde las teorías positivistas para sostener la tesis respecto de la discrecionalidad. Así, ante la posibilidad de que se argumentara la no obligatoriedad de los principios, DWORKIN sostiene que *en el carácter lógico de un principio no hay nada que lo incapacite para hacerlo de hecho obligatorio para los funcionarios forenses*⁷³. Según lo anterior, los principios serían entonces obligatorios para el Juez, debiendo éste seguirlos en la resolución de un caso si son adecuados y pertinentes y pudiéndose predicar responsabilidad del operador jurídico en caso de no hacerlo, pues incurriría en un error⁷⁴.

Como un argumento adicional y rebatiendo las hipotéticas tesis que le sirven de desarrollo a su obra, se comenta que en tanto que los principios no determinan un resultado no puede atacarse la obligatoriedad de los mismos por la falta de determinación de tal resultado, insiste en que los “*principios no operan de esa forma*” sino que lo que hacen es orientar en un sentido específico una decisión, marcando una dirección, lo cual no implica, como sí sucede con las reglas, que cuando dicho sentido no sea logrado, se afecte la validez del principio. La inconmensurabilidad de los principios tampoco es, según este autor, óbice de su obligatoriedad, en cambio se considera que la importancia de la aplicación de los principios los lleva incluso a ser protagonistas en los casos en que es preciso inaplicar las reglas de derecho a favor de aquellos⁷⁵. Termina concluyendo DWORKIN que los principios deben ser tratados como derecho⁷⁶ y entendemos entonces, siguiendo a este autor, que el contenido de dichas normas jurídicas, que se distinguen de las

⁷² DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*

⁷³ *Ibíd.*, p. 88.

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 89-91.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 99.

reglas, es de aplicación inmediata y obligatoria, aunque dicha aplicación funcione de una forma distinta a la aplicación de las reglas jurídicas.

GARCÍA MAYNEZ se hace la misma pregunta respecto de si puede predicarse de los principios el carácter de normas; en su análisis cita a BOBBIO y su convencimiento de que en efectos los principios ostentan dicho carácter, ya que el hecho de que en la mayoría de los casos éstos constituyan construcciones de tipo doctrinal de ninguna manera esto excluye su eficiencia normativa⁷⁷. En otra cita, el mismo GARCÍA MAYNEZ comenta que en la mayor parte de los casos, esos principios son obtenidos mediante generalizaciones sucesivas de las normas particulares, por lo cual “*resulta imposible considerar que cuando llegan a cierto grado de generalidad, cambien de naturaleza*”; inclusive en el caso de que los principios no se obtengan como resultado de la generalización de normas particulares, siguen conservando la función de ofrecer prescripciones o normas de conducta a quienes están encargados de la aplicación del derecho⁷⁸.

La misma teoría de los principios de justicia de RAWLS, tiene el papel de especificar los términos equitativos de la cooperación social, pero más allá de eso, marca su función en la definición de los derechos y deberes básicos que se deben asignar a las instituciones políticas y sociales⁷⁹, inclusive tienen un papel importante en la concepción de la teoría de la posición original, pues es necesaria su aplicación para mitigar las condiciones de superioridad. De esta forma, los principios por una parte pueden aplicarse a la función pública desarrollada por el Estado a manera de directrices que establecen la forma como se realizaría la idea misma del derecho entendido éste como justicia, de forma tal que se establezcan parámetros de convivencia. Estos

⁷⁷ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Filosofía del derecho*. 2ª ed. México: Editorial Porrúa S.A., 1977. p. 311-315.

⁷⁸ *Ibídem*.

⁷⁹ RAWLS, John. La justicia como equidad. Una reformulación. Erin Kelly (ed). Barcelona: Ediciones Paidós Iberica, S.A., 2002. p. 34-35.

parámetros pueden entonces ser aplicados a la solución de casos o presupuestos fácticos como mecanismo de interpretación de las normas ante la inexistencia de una regla que consagre una solución definitiva. Lo anterior permitiría entonces que por medio de la utilización de los principios se pueda enmarcar la actividad estatal, logrando que esté se arregle a fines en su realización y dando pautas para su actuación que permitan controlarle y resguardar con ello el principio del Estado de Derecho.

Adicionalmente, la diferencia marcada por ALEXY según la cual por un lado se encuentran los principios que tienen un carácter *prima facie* en tanto las reglas tienen un carácter definitivo⁸⁰ nos permite entender que por medio de los principios y su aplicabilidad podemos lograr derecho aplicable a casos que no tengan una regla determinada para su solución; y es que esta diferenciación es la que nos establece que al ser los principios mandatos de optimización que no ofrecen una solución definitiva a un caso determinado pues no requieren de la existencia de aquel sino que dependiendo de las condiciones jurídicas y reales del caso marcan un sentido que debe seguirse, así podemos entonces entender que ante la ausencia de normatividad – entiéndase reglas determinadas, es decir los casos de lagunas o antinomias – aplicable a un caso específico, podemos acudir a la aplicación de principios. Esto se haría aún mucho más evidente en el caso de la función del derecho como elemento de control al Estado y a sus agentes, pues los principios del Estado de Derecho se harían aplicables de manera directa, no solo por estar consagrados en el texto constitucional sino por cuanto hacen parte como tal del sistema jurídico, tal y como lo hemos visto, entendido éste como una integridad, lo cual permite que hagamos referencia a ellos, y en el proceso de someter las actuaciones estatales a los principios para la garantía de la legalidad y la salvaguarda del Estado de Derecho, seguir aplicando

⁸⁰ ALEXY, Robert. La estructura de las normas de derecho fundamental. *En: Teoría de los derechos fundamentales*. Versión en castellano de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. cap. III p. 98 y ss.

derecho, normas, aún sin la existencia de una respuesta definitiva en las reglas. Al respecto una lectura muy precisa de la posición de DWORKIN:

“La virtud de la integridad [del derecho] exige por tanto que las leyes no sean el fruto de un compromiso entre concepciones de justicia contradictorias, sino que respondan a una concepción coherente de la justicia pública. Una sociedad democrática requiere, por tanto, que los actos de la coacción estatal estén justificados conforme a principios. Supone tratar a la comunidad como si fuera una persona moral y exigir a esa persona integridad moral”⁸¹.

1.3.1 Las diferentes dimensiones normativas de los principios⁸². Cada uno de los enfoques de distinción externa de los principios se corresponde con diferentes dimensiones del papel que los mismos cumplen dentro del derecho, pues ello consiste en identificar qué lugar ocupan unos determinados enunciados normativos regulativos que por lo tanto constituyen normas y como tal fuentes de derecho, dentro del ordenamiento jurídico.

Una distinción estructural de los principios permite ver a los mismos como piezas o instrumentos que permiten por lo tanto dar cuenta de la realidad a la cual aplica el derecho, primero por la gran capacidad de los principios para almacenar y sintetizar información respecto del funcionamiento de las instituciones jurídicas en el conjunto de ordenamiento jurídico y en relación con el orden social y segundo porque permiten entender no solamente el derecho como un conjunto de disposiciones o pautas de comportamiento sino como un sistema ordenado, un *“conjunto dotado de sentido”*⁸³.

⁸¹ CALSAMIGLIA, Albert. *El concepto de integridad en Dworkin*. En: Revista Doxa. 1992. Vol. 12, no. 5. p. 155. basándose en “El Imperio del Derecho” de DWORKIN, Ronald.

⁸² ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Op. Cit.*, p. 43 y ss.

⁸³ *Ibidem*.

Entendidos como razones para la acción es preciso determinar el papel que los principios juegan dentro del razonamiento jurídico, es decir, la dimensión explicativa de los principios. Por una parte, si bien los principios no permiten ahorrar complejidad en el proceso argumentativo y no son igual de concluyentes que las reglas en cuanto a su papel normativo, sí ganan en ventaja los principios toda vez que son aplicables a un mayor número de situaciones – dada su redacción o enunciación en términos más generales que los propios de las reglas – por lo cual tienen no solo un mayor poder explicativo sino una mayor capacidad justificativa, al igual que ganan en que tienen una mayor fuerza expansiva que la que caracteriza a las reglas ya que en relación con los principios, las dimensiones directiva y valorativa de las normas tienden a confundirse, lo que no ocurre con las reglas.

Por último, por estar los principios conectados con la realización de todas las funciones sociales y las funciones internas desempeñadas por el derecho, entran aquellos en relación con el uso, la legitimación y la limitación del poder. Dentro de las características propias del paradigma del Estado Constitucional actual, se ha hecho más relevante la necesidad de que el poder esté limitado bajo condicionamientos morales que los ordenamientos jurídicos suelen incorporar bajo formas normativas propias de los principios como lo son los derechos humanos y los derechos fundamentales. En este escenario, el logro del equilibrio entre el logro efectivo de los fines sociales sin violentar los derechos fundamentales con una adecuada fundamentación de las decisiones se da en buena medida mediante un buen desarrollo y una práctica adecuada de los principios jurídicos.

1.3.2 La doble dimensión normativa de los principios en un Estado Constitucional. Sin embargo, se hace necesario, no confundir los principios, específicamente los constitucionales, con la ley y entender que ellos tienen unas características diferentes. De esta manera, pudiéndose hacer una analogía entre el derecho natural y los principios constitucionales, el

positivismo jurídico a la vez que ha considerado que los principios no tienen un rango normativo les ha dado entonces la posibilidad de poder tener unas funciones específicas de importante relevancia dentro del orden jurídico; Según el positivismo jurídico tradicional los principios en el derecho desempeñan una función de carácter eminentemente *supletorio* en tanto ellos deben integrar o corregir las reglas jurídicas, los principios de esta manera, serían los llamados a perfeccionar el ordenamiento jurídico, pero serían partícipes dentro del juego de las normas solamente de una forma supletoria, después de las reglas, de tal manera que solamente cuando las reglas no tienen condición de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que les es atribuida estarán llamados a entrar los principios, para corregir esa función y llenar los vacíos que sean del caso, para darles un sentido a esas reglas que no tuvieron un sentido claro inicialmente.

Señala ZAGREBELSKY⁸⁴ que cuando una regla por ejemplo, presenta un grado de ambigüedad, están llamados a operar los principios como forma de interpretación de estas reglas, mas sin embargo, en caso de que las reglas no tengan la posibilidad de interpretarse de diferentes maneras, no resulta correcto que los principios entren en el juego de la interpretación, de esta manera entonces, cuando existen ciertos vacíos interpretativos, están llamados a entrar los principios para superar estas dudas interpretativas, no en los casos contrarios; entran en acción entonces los principios cuando los métodos tradicionales de superación de antinomia no son suficientes para lograr la colisión entre reglas y su efectiva resolución, por lo mismo y tanto se hace necesario que los principios cumplan un papel fundamental allí y con aun mayor grado de importancia, en tanto provengan de una fuente constitucional.

⁸⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. : *El derecho por principios*. En: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de M. Gascón. Madrid: Trotta, 1995. Cap. 6. p.114 y ss.

Este primer punto, abordado por el positivismo ya es darle un papel importante a los principios, en tanto que son ellos los encargados de corregir e integrar el sistema jurídico, los principios entonces de esta manera vienen a desempeñar una función en la práctica del derecho aun cuando esta concepción le está negado la fuerza eminentemente normativa que sí tienen las reglas; sin embargo, el hecho de considerar que los principios son coadyuvantes en la labor realizada por los operadores jurídicos que son los llamados a suplir e integrar el ordenamiento jurídico, para corregirlo de tal manera que pueda tener un efecto regulador, se está permitiendo que los principios tengan una incidencia en la práctica del derecho.

Sin embargo, este primer alcance normativo de los principios, en tanto que sí permite regular la vida de la sociedad, es meramente parcial, por cuanto existe una segunda posibilidad en donde los principios también puedan implicar un accionar y un efecto sobre la práctica jurídica no solamente desde el punto del positivismo, según el cual estos principios sirven como coadyuvantes hermenéuticos, como integradores sistemáticos y como correctores de la unidad del sistema jurídico. Este segundo alcance normativo de los principios, hace referencia a la posibilidad de que los principios efectivamente estén llamados a regir la conducta de las personas, dentro de una sociedad, es decir que también constituye un mandato normativo del mismo modo que las reglas.

ZAGREBELSKY considera entonces que la fuerza normativa de los principios no se agota con una función simplemente supletoria de las reglas como coadyuvante hermenéutico para la operación judicial y como integrador del sistema jurídico buscando corregirlo, sino que teniendo en cuenta la diferencia estructural que se establece entre reglas y principios, a los principios es imposible reducirlos a una mera función accesorio de la regla; si bien los principios no imponen una acción de manera cerrada como las reglas por cuanto no tienen un supuesto de hecho que se aplique a una

situación particular, los principios si imponen una toma de decisión conforme al *ethos* en todas las eventualidades, no precisadas o no predecibles en la vida regulada por el sistema jurídico. Los principios por lo tanto no agotan sus posibilidades como apoyo de las reglas jurídicas, sino que tienen una autonomía frente a la realidad, pudiendo regularla, obligando a la toma de una posición, respecto de ciertas posturas en particular, referidas a circunstancias de orden también particular.

La realidad, comenta este autor italiano, al ponerse en contacto con el principio se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor, en lugar de presentarse como materia inerte objeto meramente pasivo de la aplicación de las reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias.

De esta manera, una segunda acepción normativa y una segunda implicación normativa de los principios estaría entonces encaminada, no solamente a la integración y corrección del sistema jurídico y a la posibilidad de ayuda en la labor hermenéutica interpretativa realizada por los jueces y los operadores jurídicos en general, sino también a la integración de valores, a los hechos que los principios regulan mediante la adopción de posiciones jurídicas conforme a dichos principios, en este caso el operador jurídico, bien sean Legislador, jurisprudencia, Administración, particulares y en general a todos quienes interpretan el derecho, se les obligaría a tomar una posición en cierta y particular situación respecto de lo materialmente contenido en el principio, es decir, el principio iluminaría, no necesariamente solo el *deber ser* de la regla, si no que tendría la posibilidad de ser aplicado al *ser* del hecho, indicando entonces al menos, la dirección que la que debe aplicarse la regla para no contravenir el valor que viene en el principio y pudiendo entonces de esta manera aplicarse directamente, incidiendo así en la realidad. Esta es una posibilidad, que le conferiría entonces los hechos en donde se han

aplicado los principios un valor normativo propio y no necesariamente por una estructura jurídico-normativa silogística lógica sino por el hecho de que inclusive en el positivismo jurídico, pueda entonces aplicarse a los hechos en lo no previsto todo lo mandado por los principios en un alcance eminentemente normativo.

Como consecuencia última, esto implicaría romper con una de las doctrinas clásicas del positivismo jurídico que es la incomunicabilidad y la rigidez entre el dualismo del *deber ser* y el *ser*: ésta se vería rota por la posibilidad de aplicación jurídica normativa de los principios, donde no hay una distinción abiertamente dicotómica entre el *ser* y el *deber ser* sino que existe una comunicabilidad directa entre uno y otro por la posibilidad de que los principios e apliquen a la vida jurídica y tengan incidencia en los hechos de la realidad a manera tal de que éstos son entendidos también como normas jurídicas y por lo tanto revelan la relación entre los hechos/actos, es decir las conductas, y las consecuencias o sanciones, aplicación normativas que se hacen a las mismas, es decir, constituyen fuente de derecho, por ser norma jurídica, por demás de carácter regulativa o de mandato, al igual que las reglas.

Corolario de todo lo anterior es la teoría de *La Pluralidad de los Principios*, que impide que se establezca una jerarquía inmóvil entre estos. Esto también permite identificar que es propio de los principios la capacidad para relativizarse en fin de poder conciliarse recíprocamente, de tal manera que uno no va a excluir necesariamente al otro en la generalidad de los casos, sino que esto puede variar de una situación concreta otra situación de igual naturaleza.

Como un segundo punto, ZAGREBELSKY analiza los ataques frontales que se han hecho a los principios, que aluden al hecho de que no constituyen estos verdaderas normas jurídicas por cuanto ellos no tienen la idoneidad

necesaria para operar en la actividad judicial, analiza el autor, que el hecho de la primera distinción fundamental entre reglas y principios, obedezca a que las reglas están contenidos en mandatos legislativos y los principios en mandatos eminentemente constitucionales, implica que en el momento en que un juez deba realizar la aplicación del derecho, tomará posición básicamente en las reglas que son de producción legislativa positiva y no tanto en los principios y por lo mismo y tanto, los principios no tendrían la idoneidad para producir una consecuencia en la actividad judicial encargada de la aplicación del derecho, como si lo podrían hacer las normas que se corresponden con la categoría estructural de reglas.

Se ponía entonces en evidencia, sobre todo en cuestiones de historia y evolución de la teoría del derecho, cómo los principios, eminentemente constitucionales, diferían de las normas jurídicas que los jueces tomaban en consideración para fallar un caso en particular, dado que como hemos venido diciendo, los principios carecían de la estructura lógica y logística que brindaran un supuesto de hecho, no pudiendo ser utilizados así, en la operación lógica jurídica por medio de la cual el juez aplica derecho a un caso determinado, por lo que no podría hablarse de aplicación de los principios para el caso, solamente podría hablarse de que los principios eran netamente orientadores y como tal no constituían una norma jurídica. Sin embargo, continúa esta teoría indicando, esta distinción según la cual los principios constitucionales no podían constituir una base para la operación judicial era una simple radicalización, operada por motivos de carácter político vinculados con el positivismo jurídico decimonónico.

De esta manera, la discusión para Zagrebelsky termina centrándose, en la clásica distinción, claro adaptada a las condiciones actuales, entre derecho positivo y derecho natural. De tal manera, considerar que los principios no están dotados de rango jurídico, sería una característica propia del derecho positivo clásico, que considera necesario el cumplimiento de la estructura

típica de las reglas, consistente un supuesto de hecho que da la fuerza normativa y que permite así la incidencia efectiva dentro de la operación judicial⁸⁵.

⁸⁵ *Ibídem.*

2. EL ALCANCE NORMATIVO DE LOS PRINCIPIOS EN COLOMBIA Y SUS IMPLICACIONES EN LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO

Teniendo en cuenta que el entendimiento de los principios como enunciados normativos con contenido sustancial que conforman, junto con las reglas, un género más amplio denominado “normas jurídicas”, depende en gran parte del paradigma jurídico político y constitucional en el que un sistema jurídico se encuentre, se hace preciso ubicar la discusión respecto del alcance normativo de los principios en Colombia a una época histórica posterior a la expedición de la Carta Política de 1991, con la cual se da entrada a la cultura nacional de una nueva forma de entender el derecho, con una presencia mucho más significativa de lo que una parte de la doctrina ha dado en llamar “Neoconstitucionalismo”⁸⁶ y que hace referencia a una forma de entender el derecho y las expresiones constitucionales con la superación de las concepciones positivistas legalistas clásicas.

Este paradigma jurídico que ha sido denominado *Neoconstitucionalismo* y que FERRAJOLI entiende como un “horizonte axiológico que se impone a los juristas en su trabajo”⁸⁷ tiene entre sus principales características el entendimiento de una constitución sustantiva y garantizada, con carácter normativo, de aplicación directa e inmediata, que cuenta con una garantía judicial – es decir, la existencia de acciones que protegen la obligatoriedad de sus enunciados – de denso contenido material y altamente rígida⁸⁸, todo

⁸⁶ Al respecto puede consultarse: **CARBONELL, Miguel.** *El Neoconstitucionalismo, significado y niveles de análisis.* En: “**El Canón Neoconstitucional**”, Leonardo García Jaramillo & Miguel Carbonell (eds). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010; **MORESO, José Juan.** “**Comanducci sobre Neoconstitucionalismo**” trabajo presentado como réplica a la contribución de Paolo Comanducci En: Seminario Albert Calsamiglia (13-14, febrero, 2003: Universitat Pompeu Fabra, Barcelona).

⁸⁷ **FERRAJOLI, Luigi.** *Derechos y garantías, la ley del más débil.* Madrid: Trotta, 1999. p. 157.

⁸⁸ **ORDÓÑEZ ESCOBAR, Jorge Roberto.** *Informe del curso de postgrado en derecho “El constitucionalismo del Estado social de derecho”.* México: SJCN, 2006.

ello como superación del legalismo tradicional del Estado de Derecho positivista; en este escenario, partiendo del carácter razonable de la ley, es decir, la exigencia de que los hechos que se toman en cuenta para que su aplicación corresponda, tomen en cuenta todos los principios implicados, individualizando el marco de las condiciones limitadoras del derecho para el caso concreto⁸⁹, uno de los principales impactos en la teoría del derecho es precisamente la existencia de diversas clases de normas, no solo reglas sino también principios, y la prevalencia de una aplicación de las mismas mediante ponderación⁹⁰ más que mediante la tradicional subsunción.

Precisamente la existencia de *principios* y su aceptación como normas jurídicas es una de las características del Neoconstitucionalismo identificadas por PRIETO SANCHÍS, tal como se describe a continuación:

“La Constitución establece una regulación principialista. En este tipo de regulación <<se recogen derecho (y deberes correlativos) sin especificar sus posibles colisiones, ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros; o donde se fijan objetivos o conductas también sin establecer el umbral mínimo de cumplimiento constitucionalmente

⁸⁹ *Ibídem*, p. 11.

⁹⁰ Sobre las características de los principios y la ponderación para resolver sus colisiones puede consultarse: Corte Constitucional, sentencia C-818 de 2005 que sostiene: “El juicio de ponderación conduce a que en un caso concreto se le otorgue primacía jurídica a un principio frente a otro, sin que ineludiblemente en todas las hipótesis de conflicto, la solución deba ser exactamente la misma, pues dependerá de las circunstancias fácticas y jurídicas que se hagan presente en cada asunto. De otro lado, es posible que una regla entre en contradicción con la vocación normativa de un principio, sea o no de rango constitucional, en dicha situación y dado el mayor peso que se reconoce a los principios en el ordenamiento jurídico, debe introducirse una cláusula de excepción en cuanto al carácter normativo de la regla jurídica, con motivo de la decisión del caso en concreto”. También, entre otras, las sentencias: SU-337 de 1999, T-551 de 1999, T-692 de 1999, C-647 de 2001, T-823 de 2002, T-1025 de 2002, T-1021 de 2003, C-1186 de 2003, C-131 de 2004, C-229 de 2004 y T-739 de 2004. Igualmente, desde una perspectiva teórico doctrinaria **ALEXY, Robert**. La estructura de las normas de derecho fundamental. En: **Teoría de los derechos fundamentales**. Versión en castellano de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. cap. III. p. 81 y ss.

obligado>>. Por ello, <<se produce [...] una pluralidad de mundos constitucionalmente posibles>>. La constitución es abierta y <<habla con muchas voces>>, pero el legislados y el juez escuchan la misma voz".⁹¹

2.1 EL ALCANCE NORMATIVO DE LOS PRINCIPIOS EN COLOMBIA

2.1.1 La posición doctrinal respecto del alcance normativo de los principios en Colombia. La doctrina nacional no ha sido ajena a la tendencia doctrinaria occidental general de identificar a los principios como una modalidad de enunciados normativos, en los dos sentidos en que los hemos venido manejando; por una parte, como criterios hermenéuticos⁹² y por otra parte dejando claro antes que cualquier otra cosa que los *principios* responden a las plenas características de las normas jurídicas, en estos términos "*Los principios prescriben cómo se deben crear, interpretar e integrar las normas...Pues los principios son auténticas normas, entonces, como cualquiera de ellas, deben ellos contar de sus dos elementos estructurales: supuesto y consecuencias.*"⁹³.

La doctrina nacional también, aparte de haber aceptado el carácter normativo de los principios, no ha dejado de lado la discusión respecto de la diferenciación categórica y cualitativa de fondo existente entre los principios y otras formas de enunciados que no constituyen normas regulativas como es

⁹¹ **BERNAL PULIDO, Carlos:** "Refutación y defensa del Neoconstitucionalismo", presente, entre otros trabajos, en: ***El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho***. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009; y ***Teoría del Neoconstitucionalismo, ensayos escogidos***. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 289-325.

⁹² **CAMPILLO PARRA, Carlos Enrique.** "Nueva visión del contrato estatal". *En: Celebración y Ejecución de contratos estatales*. Bogotá: ECOE ediciones, 2006. Sección tercera. p. 102., se lee: "*Los principios que por regla se encuentran en los primeros artículos de las leyes muestran al operador los valores y la concepción filosófica adoptada por el Estado. Si el operador los ignora no está aplicando criterios sistemáticos de interpretación y, por el contrario, está desconociendo una de las reglas sustanciales de la hermenéutica.*"

⁹³ **VALENCIA RESTREPO, Hernan, Nomoárquica, Principialística Jurídica o Los principios Generales del Derecho**. Bogotá: Temis S.A., 1993. p. 164-165.

el caso de los valores, al respecto, en el análisis que ESTRADA VÉLEZ realiza respecto de la utilización de aquellos dos conceptos en la jurisprudencia constitucional nacional, insiste en que se hace preciso establecer una diferenciación teórica, en el siguiente sentido:

“Cuando se acude a los valores se emplea la estimativa y cuando ésta pretende estar vinculada al derecho se denomina estimativa jurídica o axiología jurídica, encargada del estudio de “los problemas generales de la valoración y justificación del derecho. Indaga acerca del deber ser del derecho”. Cuando se emplean los principios pueden ocurrir dos cosas: que se mantenga el lenguaje estimativo al ser confundidos con los valores (principios de derecho natural) o que se advierta una inclinación hacia la ciencia del derecho al ser considerados normas jurídicas en virtud de un proceso de generalización a partir de las mismas normas del ordenamiento (analogía iuris). Esta puede ser la posición de autores como Alchourrón y Boulygin, Álvarez, Guastini.”⁹⁴

En conclusión, se resalta que dentro del discurso jurídico no solo se debe dar a los principios el papel determinante que ellos ocupan como verdaderas normas jurídicas, sino que debe dárseles un trato distinto con los valores, no permitiendo que se preste para confusiones el uso de estos dos términos pues ello es necesario para la *“formulación o construcción de argumentos jurídicos dentro del discurso constitucional”*⁹⁵.

En el mismo sentido, la doctrina ha dicho:

“[Los] principios jurídicos tienen pleno valor de fuente jurídica; forman parte del ordenamiento jurídico. Con frases harto expresivas lo ha

⁹⁴ ESTRADA VÉLEZ, Sergio. *“La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín. Julio, 2011, vol. 41, no. 115.

⁹⁵ *Ibídem.*

*proclamado RIVERO: ‘Los principios generales tienen pleno valor de Derecho Positivo, considerándoles éste como parte integrante esencial del orden jurídico y sancionando su violación con la misma energía que la de la regla escrita’. Por consiguiente, su valor es indiscutible, hayan logrado o no el reconocimiento jurisprudencial”.*⁹⁶

La Corte Constitucional, en sentencia C-818 de 2005 realiza una cita doctrinal incluyéndola como soporte de su argumentación sobre la categoría y fuerza normativa de los principios en los siguientes términos:

Con acierto, la doctrina ha sostenido que:

“[Los principios constituyen los] soportes estructurales del sistema entero del ordenamiento, al que por ello prestan todo su sentido. Son <<generales>> por lo mismo, porque trascienden de un precepto concreto y organizan y dan sentido a muchos, y, a la vez, porque no deben confundirse con apreciaciones singulares y particulares que pudieran expresar la exigencia de una supuesta <<justicia de caso concreto>> (...) Son los principios institucionales los que organizan las distintas normas reguladoras disponibles para el régimen de la institución, los que dan a las mismas todo su sentido y alcance, y a la vez, los que precisan, según una lógica propia, la articulación de todas ellas, así como la solución procedente en caso de insuficiencia de alguna de ellas o de laguna. Los principios institucionales son principios generales del Derecho porque trascienden a las normas concretas y porque en ellos se expresa siempre necesariamente un orden de valores de justicia material; son así, a la vez, nódulos de condensación

⁹⁶ **GONZÁLEZ PÉREZ. Jesús.** *El principio general de la Buena Fe en el Derecho Administrativo.* Madrid: Editorial Civitas S.A, 2009. p. 50.

*de valores ético-sociales y centros de organización del régimen positivo de las instituciones y animadores de su funcionamiento*⁹⁷.

2.1.2 La posición jurisprudencial de la Corte Constitucional respecto del alcance normativo de los principios en Colombia. Bajo este entendido, en Colombia es fundamental la posición adoptada por la Corte Constitucional respecto del papel de los principios como integradores del Sistema Jurídico. En este tema constituye un hito la sentencia T-406 de 1992 donde la Corte comenta, hablando de la naturaleza de los principios y su aplicabilidad práctica:

*“Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.”*⁹⁸

⁹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ. Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 8ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997. Tomo I. p. 74-75. Citados por: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-818 (09, agosto, 2005). MP. Rodrigo Escobar Gil.

⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 (5, Junio, 1992). MP. Dr. Ciro Angarita Barón.

Con esta providencia, la Corte Constitucional colombiana, en el caso de establecer las bases fundamentales y los criterios diferenciadores de lo que constituía un Estado Social de Derecho, reforzó la tesis doctrinal según la cual los principios constituyen enunciados jurídicos normativos, que establecen deberes específicos y tienen capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata.

Continúa la Corte Constitucional sobre la descripción de la categoría jurídica de los principios:

“[...] el establecimiento de principios obedece, en el Estado social de derecho, a la voluntad constituyente de otorgar una mayor protección a los valores constitucionales. Esta mayor protección tiene lugar por el hecho de que el principio se irradia a toda la organización político jurídica y, en consecuencia, está garantizado en la aplicación de todas las reglas de aplicación directa. Los valores y principios incluidos en el texto constitucional cumplen la función de asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la Constitución. Aquí se refleja la voluntad constituyente de hacer obligatorio el respeto de principios considerados como universales e inherentes a la persona, cuya obligatoriedad va más allá de las contingencias propias del ordenamiento jurídico nacional”

La posición de la Corte Constitucional anteriormente descrita ha tomado fuerza durante los años siguientes en dicha corporación y en las demás Altas Cortes, siendo objeto de insistencia por parte de la función jurisdiccional que los principios – más aún los principios de rango constitucional – son enunciados con fuerza normativa. Así, en más reciente pronunciamiento y de manera reiterativa con la posición ya comentada, el Alto Tribunal constitucional ha manifestado lo transcrito a continuación a efectos de indicar que los principios también son disposiciones de talante constitucional que

deben ser protegidas en virtud de la supremacía de dicha escala jurídica por encima del resto del ordenamiento:

*“Los principios constitucionales, a pesar de tener una forma de interpretación y aplicación diversa a las reglas, pues están sujetos a un ejercicio de ponderación, **no por ello dejan de ser normas constitucionales**, por lo cual deben ser respetados por la ley.”⁹⁹*

Estos principios constitucionales, diferentes a los principios generales del derecho, constituyen parte esencial de la Constitución Política, que ahora pasa a tener un contenido material, y son pautas de obligatorio cumplimiento para el intérprete, ha sostenido la Corte Constitucional, clarificando el asunto:

*“El artículo 2º de la Constitución señala como uno de los fines esenciales del Estado: “Garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”. Esos principios corren por todo el cuerpo de la Ley de leyes, integrando, interpretando y criticando aún el mismo ordenamiento constitucional porque **sus disposiciones deben ser leídas de acuerdo con esos PRINCIPIOS**. Sólo así se acata en su integridad la supremacía de la Constitución (art. 4º ibídem). Los principios mínimos (...) son VINCULANTES aún cuando no se haya dictado la ley que lo desarrolla. Es que los valores y principios que se encuentran en la Constitución son obligatorias para el intérprete. Lo anterior implica que para interpretar una Constitución de principios y valores materiales, como la de 1991 hay que adoptar, de*

⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-126 (1, Abril, 1998). MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero. En igual sentido se encuentra la sentencia C-818 de 2005 de la Corte Constitucional, a la cual nos referiremos más adelante en profundidad y que respecto de la fuerza normativa de los principios comenta: “En la teoría del derecho se reconocen a los principios y a las reglas como categorías de normas jurídicas. Ambas se suelen clasificar dentro de dicho concepto pues desde un punto de vista general (principio) o desde otro concreto y específico (regla) establecen aquello que es o debe ser. Así las cosas, tanto los principios como las reglas al tener vocación normativa se manifiestan en mandatos, permisiones o prohibiciones que delimitan y exigen un determinado comportamiento.”

entre los métodos interpretativos, el argumento axiológico -evaluación de valores- para concretar sus cláusulas abiertas. Por supuesto que no hay que confundir los principios constitucionales con los principios generales del derecho. Estos últimos son criterios auxiliares de la actividad jurídica (art 230 C.P.), mientras que los primeros encuentran su sustento en la propia Carta Fundamental.”¹⁰⁰ (Mayúsculas son originales del texto de la sentencia, resaltado es nuestro).

Igualmente, en otro pronunciamiento jurisprudencial en sede de revisión abstracta de constitucionalidad, el Alto Tribunal sostuvo que dentro de nuestro ordenamiento jurídico actual, los principios gozan de eficacia normativa y de fuerza constitucional, en sus propias palabras:

“Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental.”¹⁰¹

Es así como para el ordenamiento jurídico colombiano, todo lo comentado hasta ahora tiene plena vigencia, pues la Corte Constitucional ha entendido que dentro del paradigma jurídico constitucional actual, también los principios son entendidos como normas de derecho, y que por lo tanto gozan de fuerza impositiva por tratarse de enunciados prescriptivos o de mandato, ya que el derecho no solamente se reduce a reglas sino que dentro de la categoría de normas jurídicas también encajan los principios, enunciados que cuentan con unas características particularísimas en cuanto a su estructura y a su forma de aplicación, pero que no por esto están ausentes de eficacia material.

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-079 (28, febrero, 1995). MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-574 (28, Octubre, 1992). MP. Dr. Ciro Angarita Barón.

El papel de los principios en el ordenamiento jurídico para la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁰²

Ahora, se hace pertinente que una vez se ha establecido que para la jurisprudencia constitucional los principios constituyen verdaderas normas jurídicas, se precise cuál es la función de estos *principios* dentro del sistema jurídico. La Corte Constitucional¹⁰³ ha adoptado el reconocimiento de la posición doctrinal según la cual los principios cumplen tres papeles principales dentro del ordenamiento jurídico y más precisamente dentro del sistema normativo, esas tres funciones serían:

1. Servir de base y fundamento del todo el ordenamiento jurídico
2. Actuar como directriz hermenéutica para la aplicación de las normas jurídicas con categoría de reglas
3. En caso de insuficiencia normativa concreta y específica, ser utilizados como fuente integradora del derecho

Para la Corte Constitucional, se hace indiscutible el hecho según el cual los principios como normas jurídicas cumplen una triple función dentro del ordenamiento jurídico para su fundamento, su interpretación y su integración.

Los principios como fundamento del ordenamiento jurídico: lo constituyen en la medida en que aquellos contribuyen a la organización deontológica de las diversas instituciones que soportan la vida jurídica fijando criterios básicos o pilares estructurales de determinadas situaciones o relaciones sociales que han sido catalogadas como de importancia o que

¹⁰² Las funciones de los principios que se describen a continuación se extraen del análisis de la sentencia C-818 de 2005 de la Corte Constitucional y de diferentes apartes de contenidos constitucionales y legales como son: el artículo 230 del Texto Superior, el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, los artículos 4° y 5° del Código de Procedimiento Civil, el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 21 de la Ley 734 de 2002.

¹⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-818 (9, agosto, 2005) MP. Rodrigo Escobar Gil.

gozan de trascendencia para el derecho, como lo son por ejemplo los contratos, la familia, la responsabilidad, el matrimonio, el ejercicio del poder público, etc. De todo esto resulta que en desarrollo de esta función, los principios adquieren la figura de ser el *“punto cardinal que sirve de orientación para la aplicación de las innumerables reglas jurídicas que se apoyan sobre unos mismos valores que las explican, justifican y las dotan de sentido”*¹⁰⁴. Adicionalmente, también se ha sostenido desde la teoría jurídica que los principios constituyen la base del sistema jurídica ya que suponen la existencia de *“la parte permanente y eterna del derecho y también la cambiante y mutable que determina la evolución jurídica; son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación”*¹⁰⁵.

Los principios como instrumento hermenéutico: Ha insistido la Corte Constitucional en que los principios se convierten en guías para la interpretación a la hora de descifrar el contenido normativo de las reglas jurídicas que al momento de ser aplicadas puedan resultar oscuras, dudosas, imprecisas, indeterminadas o hasta contradictorias en relación con otras normas de rango superior, incluyendo dentro de las mismas a los principios de naturaleza constitucional; así, en sentencia de revisión de tutela, refiriéndose a la aplicación de un principio en particular, la Corporación expuso que:

“El concepto de solidaridad opera como un principio cuya fuerza normativa se pone en evidencia en aquellos casos en los cuales entran en conflicto obligaciones definidas de manera específica en la ley, de cuya eficacia depende la protección de derechos fundamentales. Los principios sirven para sustentar soluciones a los problemas de sopesamiento de intereses y valores, de tal manera que

¹⁰⁴ *ibídem*, numeral 13.

¹⁰⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 2009. p. 50.

la decisión final no habría sido la misma de no existir dicho principio".¹⁰⁶ (Subrayado en cita de la Corte Constitucional, sentencia C-818 de 2005).

En igual sentido, sobre la función de coadyuvancia hermenéutica de los principios, en posterior pronunciamiento en sede de revisión de tutela, sostuvo que “[l]os principios juegan un papel esencial en la interpretación jurídica, en especial cuando se presentan casos difíciles, producto del conflicto de varias normas”¹⁰⁷.

Los principios como integradores del sistema jurídico: Los principios cumplen una función de integración del ordenamiento jurídico al asumir un rol de fuente formal de derecho ante la insuficiencia material de la ley¹⁰⁸ para regular todas y cada una de las situaciones que pueden presentarse en el devenir social. De esta manera, el ordenamiento jurídico desarrolla un mecanismo que le permite a todos los operadores jurídicos y en especial a aquellos que cumplen función jurisdiccional, resolver los problemas que escapan a la previsión humana en el momento de expedir los correspondientes estatutos normativos que están dirigidos a la regulación de los comportamientos, o a los que se presentan como novedosos e impredecibles a razón del desarrollo progresivo de la sociedad y a la exigencia de dar respuesta jurídica a las múltiples necesidades que en ella se presentan.

¹⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-005 (16, enero, 1995). MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-058 (21, febrero, 1995). MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰⁸ La Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-818 de 2005 se refiere a “ley” debiendo referirse a “regla”, teniendo en cuenta las diferencias conceptuales que existen entre las dos, entendiendo el vocablo “ley” como la norma jurídica proferida por el Congreso de la República en cumplimiento de las formalidades de previstas para tal efecto y en ejercicio de la función legislativa. Sobre los principios nos hemos ya pronunciado *in extenso*.

Esta descripción del papel de los principios también ha sido adoptada por parte de la literatura jurídica especializada al comentar que dentro del ámbito jurídico a los principios les corresponde al menos tres funciones: interpretar la ley, integrar las distintas regulaciones y normas y llenar los vacíos o lagunas que se presenten en las leyes¹⁰⁹.

La diferenciación de los principios y los valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Iniciemos con una reflexión doctrinal que muestra la importancia de lograr una diferenciación clara entre los conceptos de principios y valores:

“A diferencia de principios y reglas, que son normas jurídicas, que son Derecho en el sentido fuerte de la expresión, los valores no reúnen esa condición. Los valores orientan al legislador, inspira institutos y normas, postulan reglas concretas, pero no son normas y de ellos no se puede predicar la estructura, propiedades y eficacia de aquellas”¹¹⁰

La Corte Constitucional colombiana ha tenido una amplísima manifestación jurisprudencial respecto de las diferencias entre principios y valores – generalmente de rango constitucional – y las implicaciones de uno y otro concepto. La discusión al respecto inició con una sentencia ya comentada, donde en sede de revisión de tutela bajo la ponencia del Magistrado Dr. Ciro Angarita Barón tuvo la oportunidad de pronunciarse como se refiere a continuación:

¹⁰⁹ ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. *Comentarios al nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Ley 1437 de 2011*. 2ª ed, actualizada. 3ª reimpresión. Bogotá: Legis, 2012. p. 11 y ss.

¹¹⁰ MARTÍNEZ, Manuel. *Manual de derecho Constitucional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007 y NINO, Carlos. *Derecho, Moral y Política*. Barcelona: Ariel, 1994.

*Los valores son **normas que establecen fines** dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son **normas que establecen un deber ser específico** del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, **una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata**, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto.”¹¹¹ (negrita original)*

En esta sentencia, la Sala indica que los principios representan prescripciones jurídicas capaces de definir el campo de aplicación axiológico y político, convirtiéndose en verdaderas normas de aplicación inmediata y pautas de interpretación obligatoria pues son en sí mismos partes de la Constitución y se encuentran protegidos por la cláusula de superioridad del artículo cuarto; en tanto que los valores deben ser entendidos, no como normas jurídicas sino como fines del derecho.

¹¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 (5, Junio, 1992) MP. Dr. Ciro Angarita Barón.

Esta posición en lo que respecta a la distinción entre principios y valores¹¹² fue posteriormente reiterada por la Corte Constitucional¹¹³ en los siguientes términos:

“Ha distinguido esta Corporación entre principios y valores constitucionales, definiendo los primeros como “...aquellas prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata tanto para el legislador como para el juez constitucional. ...Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológica-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser.”

La diferenciación de los principios y las reglas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Una vez zanjada la discusión respecto de la diferenciación existente entre los conceptos de principios y valores, tanto doctrinalmente como en la

¹¹² Sobre la distinción entre principios y valores realizada por la Corte Constitucional de Colombia es de más que fundamental importancia el texto de **ESTRADA VÉLEZ, Sergio**. **“La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”**. En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana. Julio, 2011. vol. 41, no. 115., donde se estudia la noción de principios constitucionales, valores jurídicos y valores superiores, la inexistencia de una línea jurisprudencial que dé explicación clara y coherente sobre su naturaleza y funciones.

¹¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-563 (17, mayo, 2000). MP. Fabio Morón Díaz.

jurisprudencia de la Corte Constitucional, se hace necesario remitirnos a un punto que desarrolla en el ámbito jurídico nacional lo que ya se ha puesto de presente en este trabajo, como es la diferenciación de los principios y las reglas como dos formas de normas regulativas. Al respecto nos hemos extendido ampliamente en el primer capítulo de estas anotaciones, sin embargo dicho tema no ha sido ajeno a los pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia. Para la Corte, efectivamente existen en la teoría del derecho dos tipos de normas jurídicas: las reglas y los principios, y se dice que ambas son normas jurídicas por cuanto las dos tienen la vocación de establecer juicios específicos de deber ser y regular de tal manera la conducta humana, aun cuando lo hagan de formas diferentes:

“En la teoría del derecho se reconocen a los principios y a las reglas como categorías de normas jurídicas. Ambas se suelen clasificar dentro de dicho concepto pues desde un punto de vista general (principio) o desde otro concreto y específico (regla) establecen aquello que es o debe ser. Así las cosas, tanto los principios como las reglas al tener vocación normativa se manifiestan en mandatos, permisiones o prohibiciones que delimitan y exigen un determinado comportamiento.”¹¹⁴

Partimos entonces así del reconocimiento de los principios como verdaderas normas jurídicas en igual condición inicial que las reglas en tanto que ambas tienen la capacidad de constituir fundamento para juicios deontológicos pero que son diferenciadas, por una parte, por cuanto los principios lo hacen de una manera más general y las reglas de una forma bastante más particular; y por otra parte, por la naturaleza de sus órdenes o preceptos, ya que se entiende, para la Alta Corporación Constitucional, que los principios son típicas normas de organización que se utilizan para unificar y estructurar cada una de las instituciones jurídicas que dan fundamento o valor al

¹¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-818 (9, agosto, 2005). MP. Rodrigo Escobar Gil.

derecho, condensando valores éticos y valores de justicia. Por su parte, la naturaleza de las órdenes o preceptos de las reglas es ser normas de conducta que consagran imperativos, bien categóricos o bien hipotéticos, los cuales deben ser exactamente cumplidos en cuanto a lo que exigen, independientemente del ámbito jurídico o fáctico en el que se produzcan. Concluye la Corte:

“Así las cosas, mientras las reglas se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado, los principios trascienden a la mera descripción de una conducta prevista en un precepto jurídico, para darle valor y sentido a muchos de ellos, a través de la unificación de los distintos pilares que soportan una institución jurídica”¹¹⁵

Ésta anteriormente descrita constituiría la diferenciación primordial entre reglas y principios para la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que aquellas exigen comportamientos concretos y determinados mediante la consagración de imperativos en tanto que éstos van más allá de la enunciación silogística de una consecuencia que deba darse ante la actualización de un presupuesto jurídico, dándoles valor a los contenidos normativos, unificando el sistema jurídico.

Adicionalmente, se ha distinguido tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia constitucional, que principios y reglas tienen diferentes maneras de ser aplicados, bien mediante ponderación los primeros, bien mediante subsunción silogística las segundas. Ha comentado al respecto la Corte Constitucional¹¹⁶ que mientras una regla jurídica se somete a pautas y criterios que determinan su aplicabilidad a cada caso en concreto basándose en la pérdida de su fuerza normativa, en el caso de los principios dicha

¹¹⁵ *ibídem.*

¹¹⁶ *ibídem*, numeral 14.

fuerza se mantiene inalterable, independientemente de que resulten o no aplicables a un caso concreto. Concluye la Corte Constitucional:

“De suerte que, como lo ha reconocido esta Corporación, los principios tienen una naturaleza normativa que opera prima facie sobre las reglas, por virtud de la cual o bien pueden conducir a inaplicar los preceptos jurídicos que se derivan de éstas en un caso en concreto , o en definitiva, podrían dar lugar a la declaratoria de ilegalidad o inconstitucionalidad de las mismas, cuando su contradicción u oposición resulte clara, manifiesta e indiscutible con un principio jurídico de mayor jerarquía.”¹¹⁷

2.1.3 La posición jurisprudencial del Consejo de Estado respecto del alcance normativo de los principios en Colombia. El análisis respecto de la naturaleza normativa de los principios y la posibilidad de que ellos por sí produzcan juicios específicos de deber ser concretando su contenido también se ha realizado por parte del más alto tribunal de lo contencioso administrativo, que en materia de defensa de derechos colectivos que gozan de la estructura de principios se ha visto sometido al reto de explicar el porqué de los principios como normas y su papel dentro del ordenamiento jurídico.

En magistral exposición realizada por la sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado partió del entendido según el cual las normas jurídicas pueden ser de dos categorías: reglas o principios, supuesto que ya hemos explicado ampliamente en estas líneas:

“Si, como se dijo, el derecho actual está compuesto por reglas y principios, cabe anotar que las normas prescritas en las leyes son, casi siempre, reglas, mientras que las normas de rango constitucional son,

¹¹⁷ *Ibídem.*

en su mayoría, principios; por ello, “diferenciar los principios de las reglas significa diferenciar la Constitución de la ley”.

*De ahí también la diferencia de forma entre unos y otras; las reglas, en la medida en que prescriben lo que se debe, no se debe o se puede hacer, tienen un supuesto de hecho; en cambio, los principios no, porque ellos proporcionan “criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas”.*¹¹⁸

Posteriormente, el Consejo de Estado cita a la Corte Constitucional¹¹⁹, recordando que dicha corporación también ha reconocido las diferencias existentes entre reglas y principios y ha explicado bien que aunque los principios están dotados de toda la fuerza normativa – la cual les es otorgada por el artículo 4 de la Constitución Política – éstos no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto, pues a pesar de ser verdaderas normas tienen un carácter eminentemente general y por lo tanto una textura abierta, la cual en ocasiones limita la eficacia directa de aquellos como enunciados normativos.

Cita a Zagrebelsky el Consejo de Estado y comenta como la ausencia de supuestos de hecho en las normas con categorías de principios ha permitido que una parte de la teoría positivista afirme que éstos únicamente tienen una función interpretativa, pues – como la única forma de aplicar las normas es por medio de una subsunción silogística – los principios no podrían ser

¹¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Alier E. Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil uno (2001). Radicación número: AP-170, Actor: Epaminonda Moreno Parrado y OTROS, también citando a ZAGREBELSKY, al igual que lo ha hecho Corte Constitucional y según veremos más adelante, Corte Suprema de Justicia. Esta posición de la Sala es luego reasumida en: CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá, D.C. diecisiete (17) de junio de dos mil uno (2001). Radicación número: AP-166, Actor: Manuel Jesus Bravo

¹¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-574 de Octubre 28 de 1992, ponencia del Magistrado Dr. Ciro Angarita Barón.

utilizados en operaciones lógico jurídicas. Y es que es cierto que no es tarea fácil para el operador jurídico o aplicador del derecho encontrar una premisa menor, un supuesto de hecho en el cual se pueda subsumir el caso concreto por medio de un principio, por lo tanto sería imposible llegar a una conclusión. Acepta el Consejo de Estado, en el pronunciamiento bajo estudio, que esta situación es la que ha llevado equivocadamente a pensar que las normas de principio suponen un vacío jurídico por contener exclusivamente aspiraciones ético políticas. Pero, para superar el aparente problema, prosigue la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera:

*“Sin embargo, ello no tiene cabida dentro de la concepción actual de derecho. En efecto, supeditar la aplicación del derecho al resultado de un método lógico formal podría suponer un retroceso, por esa vía se privaría de toda eficacia a los principios y se les reduciría a mecanismos de segunda categoría únicamente útiles para la interpretación de las reglas, desconociendo que **sólo ellos desempeñan un papel propiamente constitutivo del orden jurídico**, mientras que éstas se agotan en sí mismas”¹²⁰* (negrilla por fuera del texto original).

El mismo Consejo de Estado nos propone una solución para no caer en la falacia positivista que lleva erradamente a pensar en que los principios constituyen un vacío jurídico que genera desconfianza en el derecho. Comenta la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo que los principios son normas que necesitan concreción dada la textura abierta que les es propia, haciendo que ellos escapen de toda tentativa de definición conceptual, que su significado no pueda alcanzarse de manera inductiva identificando características en las diferentes reglas que los desarrollan¹²¹

¹²⁰ CONSEJO DE ESTADO, ibídem, nuevamente citando a Zagrebelsky

¹²¹ Esta es la razón por la cual el tercer capítulo de este texto, en el cual se busca determinar el alcance y el contenido normativo de los principios constitucionales aplicables a la gestión contractual de las Entidades Públicas, no utiliza como forma de lograr su objetivo la

dado que tales reglas responden a criterios específicos de las ramas del derecho de que se trata, a situaciones especiales y a fines determinados perseguidos por el legislador. Por ello, para el Consejo de Estado, la concreción de los principios se realiza más bien mediante ejemplos¹²² y cuando se produce la concreción, ella tiene capacidad de obrar, respecto del principio, como elemento que lo hace reaccionar con un alcance determinado.

Concluye el Consejo de Estado:

*“(...) es posible aplicar los principios sin necesidad de una subsunción silogística, pues ellos operan por reacción, en cada caso concreto planteado por las reglas que los han desarrollado. Esto supone evidentemente, una idea básica -no necesariamente delimitada- del contenido del principio, que **le permite al juez reconocerlo en el ejemplo planteado**. Al respecto, resulta pertinente lo expuesto por Gustavo Zagrebelsky en los siguientes términos:*

“El conjunto de principios constitucionales debería constituir una suerte de “sentido común” del derecho, el ámbito de entendimiento y de recíproca comprensión en todo discurso jurídico deberían desempeñar el mismo papel que los axiomas en los sistemas de lógica formal. Ahora bien, mientras estos últimos se mantienen siempre igual en la medida en que se permanezca en el mismo sistema, los axiomas de las ciencias prácticas, como el sentido común en la vida social, están sometidos al efecto del tiempo”*

transcripción y el estudio de las normas con categoría de reglas que han desarrollado el principio sino que hace uso de un análisis de los casos que han sido objeto de pronunciamiento jurisprudencial para la determinación del contenido del principio.

¹²² LARENZ, Karl. **Derecho Justo, fundamentos de ética jurídica**. Editorial Civitas. Madrid, 1993. P 36 citado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, ibídem

También respecto de la naturaleza de los principios, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en el mismo pronunciamiento anotó que en la medida en que los principios ejercen un papel constitutivo del orden jurídico, todos ellos deben coexistir, por lo cual se relacionan íntimamente entre sí, de manera que la necesidad de que todos existan hace que ninguno de ellos sea absoluto, pues de no ser así se excluirían unos a otros; dice el Consejo de Estado: *“En ese sentido, es probable que la protección de uno de ellos suponga, a la vez, la protección de otro diferente, sin que pueda concluirse que son idénticos”*¹²³

Sobre la forma de aplicación de los principios, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado, también en sede de acción popular ha resaltado que, siguiendo la doctrina

*“la concepción sustancialista del derecho, que ha sido adoptada por el pensamiento jurídico occidental, encuentra su “punto de penetración... en los principios generales del Derecho..., verdaderos principios en sentido ontológico, que informan la institución en que se manifiestan...”*¹²⁴

Lo anteriormente comentado por el Tribunal Contencioso Administrativo cobra importancia al tener en cuenta, como se relata en el citado aparte jurisprudencial, que los principios operan a través de instituciones jurídicas, de manera que, generalmente, su contenido es idéntico al de la idea central de la institución positiva que informan. Son de trascendental importancia para la cuestión las palabras textuales de la Sala en tal caso que transcribimos a continuación:

¹²³ CONSEJO DE ESTADO, ibídem.

¹²⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá, D.C. diecisiete (17) de junio de dos mil uno (2001). Radicación número: AP-166, Actor: Manuel Jesús Bravo

“Los principios, normas e instituciones se relacionan a la manera de círculos concéntricos, siendo su núcleo los principios, como corresponde a su papel constitutivo del orden jurídico. Se trata de una relación dinámica, en la cual el centro termina proyectándose a los demás círculos, pues actúa desenvolviéndose en la vida de la institución por medio de las normas que lo desarrollan; de este modo preside y orienta todo el funcionamiento de la institución de que se trate. Por lo dicho, para aplicar los principios es imprescindible determinar, para el caso concreto, cuál es la institución jurídica comprometida”

Posteriormente, la Sala realiza un estudio sobre la ponderación como el método por excelencia para la aplicación de los principios dada su categoría de mandatos de optimización, diciendo de la ponderación que ésta *“se trata de un mecanismo de aplicación normativa al que debe recurrirse cuando no funcione el silogismo, para aplicar normas que no estén formuladas condicionalmente”*¹²⁵

2.1.4 La posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia respecto del alcance normativo de los principios en Colombia. La jurisprudencia del más alto tribunal de la jurisdicción ordinaria no ha escapado a la aceptación de la fuerza normativa de los principios y su categorización como verdaderas normas jurídicas. En este sentido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en providencia que constituye un hito para la jurisdicción ordinaria¹²⁶ estableció lo siguiente:

“Según hoy se tiene por establecido, el concepto de norma rebasa el de regla en sentido restringido, pues conforme ha dicho la doctrina

¹²⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, ibídem.

¹²⁶ Citando también a Zagrebelsky como se ha hecho en repetidas ocasiones en este trabajo.

*autorizada “con la palabra norma se alude a que algo deba ser o producirse; en particular, a que un hombre deba comportarse de determinada manera. Sin embargo, de cara al significado de la separación de la ley respecto de los derechos y de la justicia, dentro de una noción genérica de norma de este tipo es importante diferenciar lo que podría denominarse «regla» de lo que podría, por el contrario, denominarse «principio»...”*¹²⁷

En la providencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia antes comentada, la Alta Corporación jurisdiccional, luego de realizar una exposición sobre los criterios distintivos de las reglas y los principios, el significado de unos y otros, las referencias que los diferencian, su estructura propia – realizando un parangón entre la subsunción y la ponderación – concluye parcialmente sosteniendo que los principios son un *“acumulado de saber práctico que sirve de guía a las acciones humanas”*¹²⁸ cuya estructura corresponde a la de una regla jurídica por constituir, tal como se ha establecido a lo largo de este capítulo, enunciados lingüísticos, imperativos o prescriptivos y deontológicos por hacer referencia al deber ser; comenta la Sala que *“Hay en ellos mandatos, prohibiciones, permisiones o valoraciones implícitas que no tienen como función describir la realidad, sino ser guías para las acciones humanas o exhortaciones al logro de metas social e individualmente deseables”* y que los diferencian de las reglas, entre otras cosas, que éstas últimas tienen un supuesto de hecho, lo cual les permite tener un mayor grado de determinación.

En la amplia explicación que la Sala realiza respecto de la diferenciación de las reglas y los principios, comenta que el carácter dicotómico de las reglas no está presente en los principios y que éstos últimos no son sujetos de

¹²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Resuelve Recurso de Casación. Exp. de Referencia: 05360-31-03-001-2003-00164-01. (7, octubre, 2009) MP. Dr. Edgardo Villamil Portilla.

¹²⁸ *Ibídem.*

juicios de validez por no ser expedidos de acuerdo a procedimientos preestablecidos por autoridades legitimadas para tales efectos, sino que *“ingresan al torrente jurídico como lo hacen las palabras al idioma, es decir, surgen en la práctica común, su existencia depende del uso y de la adhesión de los hablantes”*¹²⁹. Realiza la Sala un recuento de la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha hecho referencia a la aceptación de los Principios [generales del derecho o generales del ordenamiento del Estado] como normas jurídicas¹³⁰ además de identificar diferentes apartes de la normatividad legal donde se hace referencia a dichos principios como fuentes de derecho, entre ellos el más importante: la ley 153 de 1887, el cual fue objeto de revisión de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-083 del 1 de marzo de 1995 donde sostuvo, palabras más palabras menos, que cuando se recurre a los principios no se está huyendo del sistema jurídico sino que se está acudiendo a la consulta del mismo.

Para la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la discusión teórica se resume en aclarar que *“[los] principios (...) tienen el carácter de normas de derecho sustancial en aquellos eventos en los cuales, por sí mismos, poseen la idoneidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas concretas”*.¹³¹

Es así como queda clara que para la jurisprudencia y la doctrina nacional, los principios también tienen un carácter normativo como enunciados que hacen parte del sistema jurídico y como tal tienen eficacia y fuerza reguladora sirviendo particularmente en dos sentidos: como coadyuvantes hermenéuticos en caso de ambigüedades en la interpretación de las reglas, como integradores sistemáticos y correctores de la unidad del sistema y

¹²⁹ ***Ibídem***

¹³⁰ Fallos de 19 de agosto de 1935, 30 de octubre de 1935, 5 de octubre de 1939, 20 de mayo de 1936, 29 de octubre de 1936, 19 de noviembre de 1936, 19 de agosto, 19 de septiembre de 1935 y 23 de junio de 1958 citados ***ibídem***.

¹³¹ ***Ibídem***

también como fundamento de juicios específicos de deber ser por estar llamados a regir la conducta de las personas dentro de una sociedad constituyendo también mandatos normativos del mismo modo que las reglas, no agotándose su fuerza normativa en una función simplemente supletoria de las reglas para la interpretación judicial y como integradores del sistema jurídico sino también imponiendo una forma de decisión en las eventualidades no predecibles en el ordenamiento jurídico, gozando de autonomía respecto de las reglas pudiendo regular la realidad, obligando a la toma de una decisión, respecto de ciertas posturas en particular, referidas a circunstancias de orden también particular¹³².

2.2 LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS COMO FUNCIÓN ADMINISTRATIVA GUIADA POR PRINCIPIOS

Al hablar de *derecho* necesariamente haremos entonces referencia a las fuentes del derecho como aquellos criterios que permiten que algo sea considerado como derecho; ya hemos tenido la oportunidad de analizar en el desarrollo de este trabajo las razones por las cuales se entiende a las normas jurídicas como fuentes de derecho. Adicionalmente y como punto central hemos determinado que dentro del paradigma jurídico actual, las normas jurídicas no solamente se reducen a la categoría de reglas como mandatos definitivos con una camino dicotómico sino que, en vez de agotarse en éstas últimas, las normas jurídicas – expresiones lingüísticas de carácter imperativo o de mandato que están orientadas al deber ser y por lo tanto se consideran deontológicas – también pueden ser de otra categoría: principios. Estos principios al igual que las reglas, por tener la característica de ser normas jurídicas, tienen igualmente eficacia y fuerza normativa y están llamados a tener una aplicación práctica en dos direcciones, como coadyuvantes hermenéuticos en aquellos lugares donde las reglas dejan

¹³² ZAGREBELSKY, Gustav. *Op. Cit.*

abierto un lugar para la interpretación, y como constituyentes de juicios específicos de deber ser que permiten regular la conducta humana.

2.2.1 La función administrativa como función pública

Estado de derecho y función pública

En el *Estado de Derecho* una de las funciones del derecho es entonces la de limitar el ejercicio del poder, la de controlar la actividad de la Administración, ciñendo así las posibilidades de las autoridades a la normatividad, la cual demarcará el ámbito de movilidad, las situaciones fácticas de desempeño del poder en las cuales no se estaría sobrepasando de sus funciones; ello es lo que permite poder predicar del Estado moderno su sujeción a los derechos y deberes demarcados por las normas y con esto poderlo entender como un sujeto de responsabilidad, lo cual es fundamento del principio de legalidad como la nuez misma del Estado de Derecho: que los agentes del gobierno también se encuentren reglados en sus actuaciones y solo puedan hacer lo que el derecho así manda¹³³.

La posibilidad de que el derecho mismo controle la actividad estatal es resaltada como una de las cuestiones que permite la permanencia y estabilidad de los regímenes políticos, parafraseando a BODENHEIMER: “(...) es un acto de buena política y gobierno limitar el propio poder (...) dando a los súbditos un código jurídico que especifique sus derechos y deberes”¹³⁴

El Estado de Derecho, íntimamente atado con un sistema político de corte democrático, tiene una referencia necesaria en la legalidad de las actuaciones del poder público, que ya no sería entonces ilimitado en términos

¹³³ Esta cláusula general de responsabilidad está también incluida, por ejemplo, en el texto constitucional colombiano artículo 6, con la prescripción especial según la cual quienes desempeñan funciones públicas solo pueden hacer lo que la ley les ordena.

¹³⁴ BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho*. Bogotá: Leyer, 2008. p. 184 y ss.

contractualistas tradicionales, sino que se vería enmarcado en el cumplimiento de las normas que le son aplicables. En este escenario el derecho se convierte en una herramienta de protección para los ciudadanos, de protección tendiente a garantizar que el Estado no desborde las competencias que constitucional y legalmente le son atribuidas, a garantizar la existencia de ámbitos donde no está llamado el gobernante a imponerse, logrando con esto la realización de uno de los ideales de justicia, el referido a la seguridad jurídica en relación con el papel del Estado en la sociedad.

En este punto se hace necesario recordar que al Estado de Derecho le corresponde realizar una lectura del derecho más allá simplemente del culto a la ley, en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA: *“Estado de Derecho es (...) bastante más que un mecanismo formal resuelto en una simple legalidad; es una inequívoca proclamación de valores supralegales y de su valor vinculante directo”*¹³⁵.

Poder Público y función pública

El poder público constituye la concreción en cabeza del Estado de la radicación del ejercicio la soberanía como representación democrática de la sociedad socio-políticamente organizada; este poder público implica obligaciones a cargo del Estado, obligaciones referidas al cumplimiento de sus fines, el desarrollo de funciones públicas. La actividad contractual es la vía que tiene el Estado en desarrollo de la función administrativa para el cumplimiento de los fines estatales buscando la realización del interés general y la satisfacción de las necesidades de los administrados; por lo tanto, cuando se adelanta por parte de las autoridades públicas en desarrollo de la función administrativa los procesos contractuales y la gestión contractual en general, no solamente está en juego la realización efectiva de las funciones de la persona jurídica Estado, sino el manejo de los recursos

¹³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Editorial Civitas S.A. Madrid 1986. P 170

públicos, la inversión del gasto público, con los cuales la Administración, por intermedio de los servidores públicos, busca satisfacer las necesidades generales. Lo anterior ha repercutido en un amplio desarrollo legislativo y reglamentario que fija las normas jurídicas a las cuales deben someterse las Entidades Públicas cuando se realizan convocatorias públicas para la selección de los particulares que como contratistas coadyuvarán en la satisfacción de las necesidades de la comunidad.

Las actividades desarrolladas por el Estado y sus agentes para el cumplimiento de los fines que le son propios constituyen la vía para la prestación de los servicios públicos y por excelencia la modalidad de actuación del poder público, le cual, dentro de un régimen de Estado de Derecho, debe estar sometido a los mandatos normativos generales, tanto los consagrados en la Constitución como los consagrados en la ley y reglamentos que la desarrollen, esto es lo que brinda la garantía de satisfacción de las necesidades públicas y prevalencia del interés general en la actividad de la Administración. Lo anterior requiere una labor de precisión de la normatividad que le es aplicable a cada una de las actividades que desarrollan las funciones propias del Estado, y siendo la gestión contractual una de las principales modalidades para la realización de los fines del Estado, es preciso que se logre identificar claramente la normatividad que es aplicable a la actividad contractual de la Administración Pública, definiendo con claridad las disposiciones que la regulan, los sujetos activos y pasivos de dicha regulación y el campo u objeto de regulación específico.

Función Pública: diversas nociones

Esta labor que se viene comentando y que es la que materializa el poder público es lo denominado por la doctrina *función pública*, la cual debe estar siempre encaminada al logro de los fines del Estado, habiendo sido entendida como la razón misma de ser del Estado propiamente dicho, en cuanto tiene como finalidad primordial la garantía y la protección de los

derechos fundamentales¹³⁶, siendo ella el andamiaje sobre el cual se soporta la actividad estatal y teniendo como punto principal de llegada la defensa y la eficacia de los derecho, los cuales hacen parte integral del concepto inicialmente utilizado: el de los fines estatales. En palabras de la Corte Constitucional, es a la función pública a la que le corresponde ser el medio principal para la consecución de los fines del Estado, de manera tal que la relación existente entre la Constitución Política y la Función Pública es una relación de simple eficacia, siendo que el logro de sus fines es elemento estructural de la prevalencia del interés general.

Las múltiples acepciones que se han hecho alrededor del tema de la función pública dejan ver la importancia del mismo, pero a su vez pueden llegar a convertirse en un cúmulo de palabras que no transmiten un significado claro y determinante. Es por esta razón que nos parece pertinente construir un concepto de función pública para lo cual es oportuno acudir a lo que al respecto ha señalado tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Colombiano han venido puliéndose, valga para ello reseñar algunos conceptos que han sido referidos en sus sentencias.

Antes que nada es necesario aclarar que cuando se habla de *función pública* puede estarse utilizando dicho concepto de dos formas. En un sentido amplio o en un sentido restringido; el sentido más general, la noción amplia de lo que constituye la función pública está representado por el conjunto de actividades realizadas por el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines. Por su parte el sentido estricto o restringido de la acepción de función pública es el que la entiende como el conjunto de principios y reglas que son

¹³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-028 (25, enero, 2000). MP. Carlos Gaviria Díaz. numeral 6.1.

aplicadas a quienes tienen un vínculo laboral subordinado con las diferentes autoridades u organismos del Estado¹³⁷.

Una parte de la doctrina, al referirse a función pública ha utilizado la noción restringida que ya arriba comentamos, en este sentido VIDAL PERDOMO comenta que la función pública en temas de derecho administrativo se refiere a los recursos (sic) humanos que el aparato estatal requiere para atender a sus funciones, es decir, la identifica con la vinculación de personal al servicio del Estado, regulándose nociones como las de servidor público, trabajador oficial, empleados de carrera, etc., incluidos en los artículos 122 a 131 de la Constitución¹³⁸.

Importa para el desarrollo de nuestra temática la noción más amplia del concepto de función pública, pues es dentro de ella que se enmarca la actividad de la gestión contractual del Estado, sin caer en las particularidades del régimen jurídico al cual está sometido el cúmulo de trabajadores de la Administración.

Es esta noción amplia la que refleja la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, en el siguiente sentido:

*“La función pública, en sentido amplio, está relacionado con las actividades que realiza el Estado a través de las ramas del poder público y de los órganos autónomos e independientes, como también mediante las entidades o agencias públicas para alcanzar los fines estatales”*¹³⁹

¹³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-563 (7, octubre, 1998). MP. Dr. Antonio Barrera Carbonell y Dr. Carlos Gaviria Díaz. Fecha: octubre siete (7) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

¹³⁸ VIDAL PERDOMO, Jaime. **Derecho Administrativo**. 13ª edición. Bogotá: Legis, 2008. p. 443- 445.

¹³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-620 (25, junio, 2008). MP. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

De una manera más precisa, una providencia hito al respecto de las consecuencias jurídicas de desempeñar función pública estableció:

“La función pública, implica el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines. Se dirige a la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, en sus diferentes órdenes y, por consiguiente, se exige de ella que se desarrolle con arreglo a unos principios mínimos que garanticen la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, que permitan asegurar su correcto y eficiente funcionamiento y generar la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante la comunidad”¹⁴⁰

Aquí vemos cómo para la Corte Constitucional colombiana la función pública, de acuerdo con lo que veníamos sosteniendo, constituye nada más ni nada menos que el conjunto de actividades desarrolladas por todas sus autoridades con el fin de cumplir sus funciones, lograr sus cometidos y así asegurar la realización de sus fines, siendo un concepto de cardinal importancia dentro del derecho público en general. Es de valor especial mencionar que esta función pública, es decir, estas actividades para el cumplimiento de los fines del Estado deben desarrollarse, en palabras del Tribunal Constitucional, con arreglo a unos principios mínimos que son los que garantizan su eficiente funcionamiento; vamos a ver cómo en todas las definiciones aportadas se insiste en el carácter principialista de la regulación de la función pública.

¹⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-631 (21, noviembre, 1996). MP. Antonio Barrera Carbonell.

Es preciso tener en cuenta que las definiciones presentadas están dadas bajo el concepto amplio de la función pública. Para los efectos de esta primera acepción cabe llamar la atención sobre la semejanza que existe entre los conceptos referenciados, lo cual nos permite extraer elementos comunes que han permanecido incólumes para la Corte Constitucional al momento de definir la función pública:

- a. Conjunto de actividades
- b. Realizadas por el Estado y sus órganos
- c. Cuyo propósito es alcanzar los fines estatales

2.2.2 Fin de la función administrativa como función pública y principios que le son aplicables. Entendido el concepto de función pública y una vez se ha precisado que para nuestro desarrollo temático importa la noción más amplia de dicho concepto, se hace ahora necesario precisar cuál es el fin de esa función pública. El ejercicio de la función pública se orienta, según pronunciamiento hecho por la Corte Constitucional¹⁴¹, hacia la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, lo cual implica que, en aras de asegurar su correcto y eficiente funcionamiento, la misma deba realizarse siguiendo unos parámetros mínimos de conducta en los que predominen los criterios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. En otra decisión de la Alta Corporación constitucional se ha mencionado los conceptos de probidad, imparcialidad, decoro y dignidad como elementos rectores de la función pública¹⁴².

Un apartado de un fallo de constitucionalidad que enlaza magistralmente los temas hasta ahora vistos – (neo) Constitucionalismo, Estado Social de

¹⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-209 (1, marzo, 2000). MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁴² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-427 (29, octubre, 1994). MP. Fabio Morón Díaz.

Derecho, Función Pública, Función Administrativa – es el que nos permitimos transcribir a continuación:

“Al desarrollar el concepto de Estado social de derecho, paradigma de organización jurídico-político por el que optó el Constituyente colombiano de 1991, esta Corporación señaló, que el mismo sirvió para “...transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social...”; en esa perspectiva, la función administrativa adquirió una nueva dimensión, pues a través de ella el Estado materializa las funciones y objetivos a su cargo, dirigidos fundamentalmente a la realización plena del individuo y de los intereses superiores de la sociedad, de ahí el espacio concreto que a la misma se le dio en el artículo 209 del ordenamiento superior.”¹⁴³

Nuevamente encontramos que la función pública – como un conjunto de actividades que concretan el poder público y busca el pleno cumplimiento de los fines del Estado – al orientarse hacia la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad debe realizarse de acuerdo a unos parámetros que constituyen precisamente principios mínimos que garanticen el logro de sus fines. Ha dicho al respecto la Alta Corporación constitucional colombiana:

*“En pos de que la función pública cumpliera su objetivo, la misma Constitución Política se encargó de estipular expresamente en su artículo 209 unos principios a los cuales debe sujetarse el ejercicio de la actividad administrativa, si bien, **dicha norma hace referencia específica a la función administrativa y la ubica dentro del capítulo***

¹⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-406 (05, junio, 1992). MP. Ciro Angarita Barón. Citada por la Sentencia C-1163 (06, septiembre, 2000) MP. Fabio Morón Díaz de la misma Corporación.

concerniente a la rama ejecutiva, es pertinente señalar que dichas directrices orientan toda la actividad estatal, razón por la cual en caso de no ser cumplidos dan lugar inequívocamente a la realización de un correspondiente control disciplinario, de allí que garantizar la aplicación de los mismos sea una de las prioridades de la potestad disciplinaria.¹⁴⁴ (subrayado por fuera del texto original).

Teniendo en cuenta lo arriba transcrito, cuando mencionamos que la función pública debe someterse a ciertos parámetros para garantizar que sus actividades estén encaminadas al cumplimiento de los fines estatales y al logro de la prevalencia del interés general como materialización del poder público, no estamos más que identificando cuáles son las normas con categoría de principios que le son aplicables a quienes desempeñen función pública, las cuales, según interpretación legítima de la Corte Constitucional, son las mismas que la Constitución Política identifica como *principios de la función administrativa*; es decir, los llamados *principios de la función administrativa*, son igualmente los parámetros aplicables a la función pública en general, en palabras de la Sala Plena de la Corte Constitucional, directrices [que] orientan toda la actividad estatal. Esta es la forma como llegamos de los principios aplicables a la función pública, a los principios aplicables a la función administrativa: por identidad de objeto.

Al referirnos al concepto de *función administrativa*, tal y como se refiere a ella el artículo 209 superior, estamos entendiendo la función que “*sintetiza los*

¹⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-028 (26, enero, 2006). MP. Humberto Antonio Sierra Porto. Más adelante, la misma providencia comenta: “*el artículo 209 constitucional establece los fundamentos sobre los cuales debe desarrollarse la función pública, esto es, establece unos parámetros que orientan su correspondiente desarrollo. Dicha norma en forma manifiesta indica que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”.* Vale la pena señalar que es a través del desempeño de la funciones públicas en esos términos, que se asegura el cumplimiento del interés general para el cual las mismas han sido establecidas, por encima del interés particular que cualquier persona pueda tener en ese ejercicio

*objetivos generales del Estado*¹⁴⁵ haciendo referencia a los principios y a las finalidades constitucionales tanto del Estado como de la Administración, entendida como una consecuencia de la división funcional del poder público¹⁴⁶. Esta *función administrativa*, tal y como se ha venido entendiendo, adquiere un nuevo significado dentro del paradigma constitucionalista actual y, en Colombia, más aún desde la vigencia de la Constitución Política de 1991, pues ahora adquiere un papel protagónico como el mecanismo ideal para la realización efectiva de los derechos de la comunidad, suponiendo entonces que aquel concepto clásico de función administrativa ha venido a ser reemplazado por un concepto que se encuentra ahora más aparejado con la realidad jurídica actual, favoreciendo así que el Estado moderno responda a estos nuevos criterios jurídicos¹⁴⁷. Se ha entendido que estos conceptos de administración pública y de función pública han presentado así una progresión a partir de nuestra nueva Carta Constitucional, adaptándose más a los postulados de un Estado que pretende la eficacia de la realización de sus funciones¹⁴⁸.

A manera de síntesis de todo lo anterior y para insistir en la asimilación de los conceptos de función pública y función administrativa, ha dicho la Corte Constitucional en una gran cantidad de fallos, que la actividad del Estado debe ceñirse al cumplimiento de los principios predicables de la función administrativa, los cuales garantizan que el desarrollo de sus actividades esté orientado a la satisfacción del interés general y al logro de los fines estatales,

¹⁴⁵ VIDAL PERDOMO, Jaime. Op. Cit.

¹⁴⁶ Al respecto de la “división funcional del poder público” como superación de la teoría clásica de la división orgánica del poder público puede consultarse a **IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. *Estudios de derecho constitucional y administrativo***. 2ª edición. Bogotá: Legis Editores S.A., 2007.

¹⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-722 (29, septiembre, 1999). MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁴⁸ **CASTRO CUENCA, Carlos y GARCIA LÓPEZ, Luisa Fernanda. *Los principios de la función y de la contratación públicas. En: La contratación estatal. Teoría general. Perspectiva comparada y regulación internacional***. Primera parte. Teoría general de la contratación administrativa. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010. p. 89-161.

y que éstos son los consagrados en el artículo 209 superior. Transcribimos uno de esos apartes:

“(…) la organización administrativa del Estado tiene a su cargo, primordialmente, el ejercicio de la función administrativa estatal, la que, de conformidad con lo prescrito en el artículo 209 de la Constitución colombiana “... está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.¹⁴⁹

Estos principios de la función administrativa han sido distinguidos en tres diferentes categorías que vale la pena mencionar solo para efectos ilustrativos: los principios finalísticos, los principios funcionales y los principios organizacionales; entendiendo entre los primeros que la función administrativa se encuentra al servicio de los intereses generales del Estado; entre los principios funcionales se encuentran la igualdad, la moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y entre los principios organizacionales se hallan la descentralización, desconcentración y delegación de funciones¹⁵⁰.

¹⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-629 (29, julio, 2003). MP. Álvaro Tafur Galvis. La CORTE CONSTITUCIONAL en Sentencia C-427 (29, septiembre, 1994) MP. Fabián Morón Díaz., dice al tenor: “El artículo 209 de la Carta, dispone que la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que integran una moral del funcionario y unos patrones objetivos de lo que son las buenas costumbres en la administración”. En el mismo sentido pueden consultarse entre otras, la sentencias C-564 de 1997, C-563 de 2000, C-010 de 2001, C-051 de 2001, C-830 de 2001, C-012 de 2002, C-037 de 2003 (según la cual: “La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado”), C-252 de 2003, C-652 de 2003, C-835 de 2003, C-893 de 2003, C-036 de 2005, C-1265 de 2005, T-142 de 2006, C-988 de 2006 y C-300 de 2012

¹⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-561 (04, agosto, 1999). MP. Alfredo Beltrán Sierra.

Toda esta teoría aplicada al campo del desempeño de función administrativa, es decir, a la actividad estatal como medio para el cumplimiento de los fines del Estado encuentra su puesta en práctica en trabajos no solo respecto de derecho constitucional sino de derecho administrativo, desde obras como las de GORDILLO¹⁵¹ y DROMI¹⁵², donde se resalta que el sometimiento del Estado a la ley, lo cual constituye la columna vertebral del Estado de Derecho, se ve materializada principalmente en la aplicación, tanto de las normas, bien sean están reglas, pero principalmente principios, a la actividad administrativa, que constituye el principal medio de actuación del Estado.

En la teoría jurídica colombiana se destaca el papel desempeñado por SANTOFIMIO, tanto desde la teoría doctrinal como desde las providencias de la Sección tercera de la sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado. En su principal obra, la cual ha sido varias veces ampliada y revisada, SANTOFIMIO realiza una juiciosa traducción de los principios a la regulación particular de la actividad estatal siempre con la óptica del cumplimiento de los fines estatales y la satisfacción de las necesidades públicas mediante la prevalencia del interés general¹⁵³.

Sin embargo, se hace preciso traer a cuenta lo contenido en los artículos segundo y tercero de la ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente desde el tres (03) de julio del año 2012 y que reemplaza el anterior Decreto Ley No. 01 de 1984 que contenía el Código Contencioso Administrativo. La primera de las disposiciones legales mencionadas hace referencia a la determinación del ámbito de aplicación de las disposiciones de la Parte Primera del Código, es

¹⁵¹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo: el procedimiento administrativo*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 2001.

¹⁵² DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo*. 10ª edición. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2004.

¹⁵³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de derecho administrativo. Introducción a los conceptos de la Administración Pública y el Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. Tomo I.

decir, a las disposiciones que regulan todo lo concerniente al procedimiento administrativo y dice lo siguiente en su inciso inicial:

*Ley 1437 de 2011 (Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) **ARTÍCULO 2o. ÁMBITO DE APLICACIÓN.** Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.*

El ámbito de aplicación de las disposiciones relativas al procedimiento administrativo, que son las contenidas en la parte primera de la ley 1437 de 2011, está – como se puede leer del aparte legal transcrito – determinado por el ejercicio de funciones administrativas, siendo todos quienes desarrollen estas funciones – los que reciben el nombre genérico de *Autoridades* – a quienes está dirigido dicha codificación. Como lo comenta la doctrina especializada¹⁵⁴, la aplicación del código se estructura alrededor de la definición de actividades o funciones administrativas, concepto que hemos venido desarrollando aquí, teniendo como requisito de aplicación de la parte primera del código el cumplimiento de funciones administrativas. La doctrina incluye en este aspecto – tal y como aquí se ha sostenido – el “*derecho de la creación, de la organización, el de los contratos, el de los bienes, el de las rentas y caudales, el del personal y el tributario*”¹⁵⁵.

A continuación el Código de Procedimiento Administrativo en su artículo tercero realiza una enunciación de los principios con base en los cuales

¹⁵⁴ **ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Ley 1437 de 2011.** 2ª ed, actualizada. 3ª reimp. Bogotá: Legis, 2012.

¹⁵⁵ *Ibídem.*, p. 6 y ss.

todas las autoridades deben interpretar y aplicar las disposiciones que regulan sus actuaciones en desarrollo de funciones administrativas, haciendo claridad que además de los principios allí especialmente enunciados, la actuación administrativa debe realizarse a la luz de los principios constitucionales y los de las leyes especiales. El artículo reza:

*Ley 1437 de 2011 (Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) **ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS.** Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

Procedió posteriormente el legislador a realizar una enunciación no exhaustiva de las implicaciones prácticas, los deberes y las prohibiciones que se desprenden de cada uno de esos principios. Al respecto comenta la doctrina administrativa¹⁵⁶ que, según lo allí descrito una interpretación teleológica la norma, el procedimiento administrativo – es decir, aquel que desarrollan las autoridades en cumplimiento de funciones administrativas – se encuentra circunscrito a:

- Los principios de la función administrativa que enuncia el artículo 209 constitucional

¹⁵⁶ SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. *Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo comentado y concordado*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2011. p. 8 y ss.

- Los principios constitucionales de orden superior como aquellos de buena fe, responsabilidad, igualdad y debido proceso
- Los principios del procedimiento administrativo, aplicables a todas las autoridades que desarrollan funciones administrativas, consagrados en el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
- Otros postulados de predicados esenciales contenidos en regulaciones especiales

Nos distanciamos del sector de la doctrina jurídica administrativa¹⁵⁷ que considera que la mención realizada por el legislador en el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo implica que los principios solamente son auxiliares de la interpretación de las normas de dicha ley sin que constituyan normas en sentido estricto, pues, como ya hemos explicado *in extenso* en las presentes anotaciones, los principios constituyen, a la luz de la teoría del derecho, la doctrina nacional mayoritaria y la jurisprudencia constitucional y ordinaria, verdaderas normas con fuerza y eficacia inmediata.

Con lo aquí descrito ampliamos el panorama de discusión, ya que debemos tener en cuenta que las funciones administrativas llevadas a cabo por las autoridades – entre las cuales se cuenta la actividad contractual pública – no solo están regidas por los principios de la función administrativa y demás principios constitucionales superiores además de los principios consagrados en sus regulaciones especiales sino también por los principios del procedimiento administrativo, razón por la cual también se ha incluido dentro de los principios aplicables a la gestión contractual de las Entidades Públicas, aquellos que informan el actuar de las autoridades en desarrollo de funciones

¹⁵⁷ **ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Ley 1437 de 2011.** 2ª ed, actualizada. 3ª reimp. Bogotá: Legis, 2012. p. 12.

administrativas, es decir, los principios del procedimiento administrativo consagrados en el artículo 3 de la ley 1437 de 2011¹⁵⁸.

La aplicación de estos principios de la función administrativa y más especialmente la concreción de su contenido normativo le corresponde a la función jurisdiccional¹⁵⁹, dada la naturaleza abierta de la textura del principio que, a pesar de constituir norma jurídica, exige su determinación mediante casos concretos, tal y como lo ha mencionado el Consejo de Estado que al tenor comenta:

“(…) es tarea del juez garantizar la vinculación directa de la función administrativa al valor de los principios generales proclamados por la Constitución, aunque eso le cueste, como ya lo ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación, hacerse cargo de la difícil tarea de aplicar directamente tales principios, cuyo contenido, por esencia, es imposible de definir a priori, pues de hacerlo se corre el riesgo de quedarse en un nivel tan general, que cada persona puede extraer significados distintos y llegar a soluciones diversas”¹⁶⁰

2.2.3 La gestión contractual de las Entidades Públicas como una función administrativa sometida a principios. No se puede perder de vista que cuando se pretende precisar los principios que son aplicables a un ámbito específico de regulación jurídica se está reviviendo un problema

¹⁵⁸ Posición compartida por la jurisprudencia contencioso administrativa, al respecto consúltese: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección segunda. Subsección, "A". Radicación no: 25000-23-25-000-1999-06324-01 (1155-2008). Diecisiete (17) de agosto de 2011. CP. Luis Rafael Vergara Quintero. Bogotá D.C

¹⁵⁹ En el tercer capítulo de estos apuntes procederemos a realizar la determinación y concreción del contenido y el alcance normativo de los principios aplicables a la gestión contractual de las entidades públicas de la manera aquí comentada: mediante los análisis jurisprudenciales de los casos concretos donde estos principios hayan tenido eficacia normativa directa

¹⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá, D.C. diecisiete (17) de junio de dos mil uno (2001). Radicación número: AP-166, Actor: Manuel Jesus Bravo

clásico de la relación de la moral con el derecho y sin duda alguna volviendo en parte a una concepción iusnaturalista según la cual el objeto del derecho no puede escapar a cuestión que rebasan las reglas¹⁶¹, mas sin embargo ese punto no será objeto de adicional profundización pues entendemos que el primer capítulo del presente trabajo brinda un enfoque completo respecto de la posibilidad de entender los principios como enunciados normativos.

En cuanto a la aplicación de estos conceptos a la contratación estatal, no ha sido amplia la doctrina, pues la literatura existente al respecto generalmente la constituyen manuales de contratación que poco o nada se preocupan por la creación de una teoría general aplicable a la actividad de la gestión contractual del Estado. Los tratadistas tradicionales de los temas de contratación estatal como ESCOBAR¹⁶² y PALACIO¹⁶³ lograron en su momento crear grandes obras de referencia en cuanto al tema de la

¹⁶¹ Al respecto se realiza un muy buen análisis introductorio al tema de la relación de la moral con el derecho respecto de algunos principios de la función administrativa aplicables a la contratación estatal, particularmente el de la moralidad administrativa en **VILLAMIZAR SCHILLER, Eddy Alexandra**. *"El derecho colectivo: "moralidad administrativa" en la contratación estatal. Fortalecimiento de los principios del derecho administrativo"* En: Revista Estudios Socio Jurídicos, Noviembre, 2006. no. 8-2, p. 173-208. Al respecto comenta la autora: *"Para un sector de la doctrina los principios conducen a una conexión necesaria entre el derecho y alguna moral, aun cuando los sistemas jurídicos contengan normas con estructuras de principios. La tesis moral conduce a una conexión necesaria entre el derecho y la moral, a la que se acude cuando las soluciones en derecho obedecen a la pregunta ¿qué es lo debido?, y su respuesta deberá apoyarse en los principios relevantes y en ellos se encuentran aquellos que pertenecen a alguna moral, lo que implica que la interpretación varía del positivismo a la interpretación sobre principios; en consecuencia el juez, desde el punto de vista del contenido, decidirá sobre la base de razones morales, y desde el punto de vista formal, sobre la base de razones jurídicas. Estos mandatos de optimización exigen la realización de un ideal jurídico, y cuando el juez acude a ellos para fundar su decisión, efectúa una ponderación, que por su contenido adquiere el carácter de argumentos morales."* (citando a Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 1 edición, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 79 y 80. El autor reconoce que estos principios "a menudo son relativamente concretos, como los de protección de la confianza o los de protección del medio ambiente)

¹⁶² **ESCOBAR GIL, Rodrigo**. *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Legis, 1999.

¹⁶³ **PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel**. *La contratación de las Entidades Estatales*. Medellín: Librería jurídica Sánchez, 2005.

contratación administrativa, las cuales han perdido vigencia práctica por el cambio legislativo y reglamentario constante al cual se ve sometida esta rama de regulación jurídica. En estas obras se hacían las respectivas menciones a los principios que regían la contratación pública, sin establecer un catálogo claro de aquellos ni identificar su alcance y su contenido normativo, mas sí dejando de presente que la Contratación Estatal, como gestión pública a cargo de las autoridades, debe cumplir las diferentes categorías de principios que les son aplicables.

Algunos trabajos especializados han logrado el mérito de aplicar los conceptos de principios a la contratación estatal, identificando su presencia dentro de las disposiciones legales y reglamentarias en la materia. Intentos como este son justamente los que deben rescatarse pero ante la ausencia de pluralidad de casos es justificable la realización de un catálogo de identificación de esos principios aplicables a la gestión contractual de la actividad de las Entidades Públicas¹⁶⁴.

Finalidad de la gestión contractual de las Entidades Públicas como función administrativa

Respecto de la finalidad que le corresponde a la gestión contractual del Estado dentro de un Estado Social de Derecho, ha comentado la Alta Corporación que la prevalencia del interés general es el objetivo primordial que debe tenerse en la mira en toda actividad que desarrolle la gestión contractual del Estado, esto por cuanto “*la proclamación de un orden justo y la vigencia de los principios axiológicos*” son los que constituyen guía para la contratación pública en el Estado Social de Derecho, entendiendo esta contratación administrativa como “*modalidad de gestión que compromete el*

¹⁶⁴ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. *El deber de selección objetiva en Contratación Estatal: Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual, ley 1150 de 2007*. Bogotá: Editorial Externado de Colombia, 2009.

*patrimonio y los recursos públicos, cuya intangibilidad las autoridades están obligadas a preservar*¹⁶⁵. Como consecuencia de lo anterior, la Sala Plena de la Corporación, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad sobre una norma legal mencionó que le corresponde a las autoridades que desarrollan gestión contractual pública dirigir su ejercicio al logro de la efectividad de los principios rectores de la función administrativa, especialmente los consagrados en el artículo 209 constitucional¹⁶⁶. Al respecto transcribimos el aparte fundamental:

*“(...) la actividad contractual en el Estado Social de Derecho, **es una modalidad de gestión pública que ha de guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad** que los artículos 209 y 123 de la Constitución Política prevén, como parámetros específicos de la función administrativa y que, en general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado Social de Derecho*¹⁶⁷ (subrayado no es original).

En más reciente pronunciamiento y reforzando dicha tesis, sostuvo la Corte Constitucional:

“El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los

¹⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-088 (02, febrero, 2000). MP. Fabio Morón Díaz.

¹⁶⁶ En el mismo sentido, la CORTE CONSTITUCIONAL en Sentencia C-429 (04, septiembre, 1997). MP. Alejandro Martínez Caballero., que al tenor comenta: “*En efecto, si el contrato es una de las formas jurídicas de la función administrativa, la cual se exterioriza a través de etapas anteriores y posteriores a la celebración del contrato, todo el proceso debe configurarse conforme a los principios rectores de la función administrativa consagrados en el artículo 209 superior*”

¹⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-088 (02, febrero, 2000). MP. Fabio Morón Díaz. Numeral 2.

*deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado*¹⁶⁸.

Es reiterativo así para la jurisprudencia constitucional que la finalidad de la Contratación Estatal, en el ámbito de un Estado Social de Derecho la constituye la defensa del interés general y el hecho de propender constantemente por el logro de los objetivos constitucionales del Estado, toda vez que para cumplir dichas metas se requiere el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de las Entidades Públicas, lo cual se logra por medio de la contratación administrativa, “[En] este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado.”¹⁶⁹. Esta posición no es exclusiva de la jurisdicción constitucional, en tanto que también el Consejo de Estado, en su Sala Jurisdiccional Contencioso Administrativa, cúspide de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia, ha sostenido que la finalidad de toda contratación estatal es en últimas la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los cometidos estatales¹⁷⁰, criterio armónico con la expresado por la Corte Constitucional.

¹⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 (07, octubre, 2009). MP. María Victoria Calle Correa.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección segunda. Subsección "A". Radicación no: 25000-23-25-000-1999-06324-01(1155-2008). Diecisiete (17) de agosto de 2011. CP: Luis Rafael Vergara Quintero. Bogotá D.C.

En reiterados pronunciamientos la Corte Constitucional – algunos de ellos bastante recientes – respaldada en tal postura por la doctrina especializada a nivel nacional, ha insistido en que la gestión contractual del Estado, por la categoría de intereses que maneja – el cumplimiento de los fines del Estado, el logro de la prevalencia del interés general, la transacción de recursos públicos – es fundamental para el buen desarrollo de los cometidos estatales, razón por la cual las autoridades que ejercen sus actividades deben responder a criterios objetivos, en concordancia con los principios que rigen la función administrativa¹⁷¹, concluyéndose en que *“De esa manera los principios se convierten en una <<tabla de ley>> que deben aplicar los funcionarios competentes para adjudicar contratos y que a su vez se erigen como una garantía de que la contratación se hará para cumplir los cometidos estatales”*¹⁷².

El papel de los principios en la gestión contractual de las Entidades Públicas

Para la Corte Constitucional de Colombia, es claro que la gestión contractual desarrollada por el Estado es la representación de la función administrativa para el cumplimiento de los fines que le son propios y por lo tanto su desarrollo está sometido al imperio de los principios¹⁷³ que regulan la función pública y la función administrativa, asegurando el logro de sus cometidos y brindando un marco para el ejercicio del poder público. Al respecto, la sentencia fundante de la línea que establece que la contratación estatal es

¹⁷¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-300 (25, abril, 2012). MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. También puede consultarse: Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-429 (04, septiembre, 1997). MP. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷² **CAMPILLO PARRA, Carlos Enrique.** *Op. Cit.*

¹⁷³ En este sentido se ha pronunciado: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. Radicación No. 11001032500020100019400, (1479-2010). Doce (12) de julio de 2012. CP. Luis Rafael Vergara Quintero., y CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. Radicación No. 25000232500019990632401 (1155-2008). Diecisiete (17) de agosto de 2011. CP. Luis Rafael Vergara Quintero.

gestión pública guiada por principios, la constituye la sentencia C-449 de 1992, que junto con la sentencia T-406 de 1992 armonizan el concepto de Estado Social de Derecho en el campo de la actividad de las autoridades. En aquella ocasión puntualizó la Sala que la gestión pública – de la cual la contratación administrativa es una de sus formas – en un Estado Social de Derecho debe estar inspirada en los principios de legalidad, de independencia y de colaboración armónica, y en criterios de excelencia¹⁷⁴; el anterior constituye uno de los pronunciamientos base sobre la regulación principalista de la actividad contractual de las Entidades Públicas. Insiste la Corte en que la contratación, a la luz de la Constitución Política de 1991 debe regirse por los tres principios del Estado Social de Derecho: legalidad, independencia y colaboración de los órganos, siempre para el cumplimiento de los fines del Estado y la excelencia de la gestión.

Esta posición doctrinal y jurisprudencial que nos ata de manera irrevocable la gestión contractual del Estado con los principios constitucionales que guían la actividad de las autoridades públicas en un Estado Social de Derecho es fácilmente entendible si consideramos, como la Corte Constitucional, que ya que para el cumplimiento de los fines del Estado es necesario el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos, el papel de la Contratación Pública no es otro que la adquisición de bienes y servicios que tienden a lograr dichos fines en forma legal, armónica y eficaz. Es por ello, comenta la Corte, que *“el estudio de la contratación estatal debe inscribirse en los principios axiológicos del Estado social de derecho, que irradian todas las disposiciones contractuales previstas en la Constitución”*¹⁷⁵

Para concluir, huelga la pena mencionar que por la naturaleza jurídica de los principios como verdaderas normas pero con una cualidad diferente a la de

¹⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-449 (09, julio, 1992). MP. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷⁵ *Ibídem*. En igual sentido: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-209 (17, marzo, 2006). MP. Jaime Córdoba Triviño.

las reglas, aquellos que son aplicables a la contratación estatal lo son en cualquiera que sea el procedimiento para la selección del contratista que se adelante¹⁷⁶, siendo su cumplimiento obligatorio y no marcando solo directrices sino dando verdaderos parámetros de conducta que imponen juicios específicos de deber ser. Tal y como lo ha dicho la Corte Constitucional: *“Los principios de la contratación estatal (...) no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, **de obligatorio acatamiento** en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice”*¹⁷⁷ (Resaltado por fuera del texto original).

Todo lo comentado en el título denominado “El papel de los principios en el ordenamiento jurídico para la jurisprudencia de la Corte Constitucional” más arriba, es aplicable a la gestión contractual del Estado, por lo cual entendemos así que a los principios que rigen la actividad de la contratación administrativa le corresponden tres funciones primordiales: 1. Servir de base y fundamento del todo el ordenamiento jurídico; 2. Actuar como directriz hermenéutica para la aplicación de las normas jurídicas con categoría de reglas; y 3. En caso de insuficiencia normativa concreta y específica, ser utilizados como fuente integradora del derecho.

En conclusión, por tratarse la gestión contractual de las Entidades Públicas de una función administrativa que concreta la función pública, en desarrollo a su vez del poder público y por lo tanto está llamada a perseguir el cumplimiento de los fines del Estado y la prevalencia del interés general, ésta

¹⁷⁶ Lo cual se encuentra reforzado por varias sentencias expedidas por la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado en diferentes de sus secciones, entre las cuales pueden consultarse CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. Radicación No. 11001032500020100019400, (1479-2010). Doce (12) de julio de 2012. CP. Luis Rafael Vergara Quintero., y CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. Radicación No. 25000232500019990632401 (1155-2008). Diecisiete (17) de agosto de 2011. CP. Luis Rafael Vergara Quintero

¹⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-508 (03, julio, 2002). MP. Alfredo Beltrán Sierra.

debe guiarse no solo por las reglas que la regulen de manera específica y particular, sino también por los principios, que por tener categoría de normas regulativas, tienen eficacia directa y fuerza normativa.

Estos principios que deben aplicarse al desarrollo de las actividades concernientes a la gestión contractual pública son no solo los que sean propios de su ámbito jurídico sino también los principios constitucionales, los de la función administrativa¹⁷⁸ y los aplicables al procedimiento administrativo, ya que como toda función administrativa – por mandato del artículo 2 de la ley 1437 de 2011 que contiene el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – está sometida a la implementación del procedimiento administrativo para la concreción de sus finalidades, siéndole aplicables entonces los principios contenidos en el artículo 3 de dicho código.

Esta posición es soportada por lo que ha manifestado la Sala Jurisdiccional Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, cuando expuso como se transcribe a continuación:

“(...) que el procedimiento que se emplee se ajuste a los principios que rigen la función administrativa en general, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, que establece que la “función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad ...” y en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo, conforme al cual las actuaciones administrativas deben desarrollarse “con arreglo a los principios de

¹⁷⁸ Además por expresa referencia del artículo 77 de la ley 80 de 1993, dispone que “las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de dicha ley”.

*economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción*¹⁷⁹

En el capítulo siguiente del presente trabajo procederemos, por medio de un análisis jurisprudencial de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Sala jurisdiccional contencioso administrativa del Consejo de Estado al respecto, a precisar cuál es el alcance normativo y el contenido de cada uno de los principios constitucionales que son aplicables al ejercicio de la gestión contractual de las Entidades Públicas como concreción de la función administrativa.

¹⁷⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección segunda, subsección "A". Radicación No. 25000232500019990632401 (1155-2008). Diecisiete (17) de agosto de 2011. CP. Luis Rafael Vergara Quintero.

3. CONCRECIÓN Y DETERMINACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONTENIDO Y ALCANCE NORMATIVO DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES APLICABLES A LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS

Tal y como se ha venido desarrollando, la gestión contractual desarrollada por las Entidades Públicas hace parte de la función administrativa que busca la materialización de los fines del Estado dentro de un Estado Social de Derecho mediante – entre otras cosas – la prestación de servicios públicos; por medio de la contratación pública el Estado se abastece de los bienes y servicios necesarios para desarrollar sus funciones, siendo por lo tanto aquella labor indispensable para el cumplimiento de sus fines.

En el capítulo anterior vimos cómo, por tratarse la gestión contractual de las Entidades públicas de una función pública propiamente dicha y, más aun, de una función administrativa en particular, le son aplicables todos los principios constitucionalmente consagrados y que guían el accionar de las autoridades en el cumplimiento de las funciones administrativas, aquellos consagrados en el artículo 209 superior, es decir:

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

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

Además de los anteriores, por desarrollo del principio de legalidad, a la actividades de las Entidades Públicas que ejercen gestión contractual les son aplicables ciertos principios constitucionales, que tal y como vimos, tienen rango normativo directo por su naturaleza jurídica. Estos principios constitucionales que comportan garantías fundamentales dentro de un Estado Constitucional no escapan a su aplicación a las autoridades, y se ven con mayor preponderancia en ciertas actividades desarrolladas por el Estado que por sus características exigen ser normadas de tal manera.

Estos principios constitucionales que implican garantías fundamentales superiores son: el debido proceso y la buena fe. El primero de ellos por expresa mención constitucional sobre su aplicación no solo a las actuaciones judiciales sino también a las administrativas¹⁸⁰, dentro de las cuales se

¹⁸⁰ La CORTE CONSTITUCIONAL en Sentencia T-1263 (29, noviembre, 2001). MP. Jaime Cordoba Triviño, la Corte Constitucional manifestó: *“El derecho fundamental al debido proceso se consagra constitucionalmente como la garantía que tiene toda persona a un proceso justo y adecuado, esto es, que en el momento en que el Estado pretenda comprometer o privar a alguien de un bien jurídico no puede hacerlo sacrificando o suspendiendo derechos fundamentales. El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda –legítimamente- imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales.”* En el mismo sentido, ver: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-120 (29, marzo, 1993). MP. Alejandro Martínez Caballero., entre muchas otras. Por su parte, la jurisprudencia contencioso administrativa, ha comentado, entre otras, en la sentencia: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-26-000-1996-07474-01(16816): *“La exigencia de formalidades en la toma de decisiones por parte de la Administración Pública, obedece a la necesidad de rodear de seguridad tanto al administrado como a la propia Administración, en la medida en que: De un lado, se garantiza al primero que la autoridad estatal que actúa en ejercicio de la función administrativa, seguirá un trámite objetivamente dispuesto para esa clase de actuación, que impedirá arbitrariedades de su parte a la hora de tomar una decisión que pueda afectar al particular, permitiéndole a su vez a éste, participar activamente y ejercer los derechos a ser oído y de defensa y contradicción, antes de resolver. Y de otro lado, se le brinda así mismo a la Administración, un sendero claro y concreto a seguir, que le permita actuar de manera eficaz y eficiente, evitando dudas, demoras, contradicciones y dilaciones,*

encuentra la gestión contractual de las Entidades Públicas. El segundo de aquellos, la buena fe, por cuanto ésta debe guiar y presumirse en todas las actuaciones, tanto públicas como privadas, y por constituir la gestión contractual del Estado precisamente el ámbito de encuentro entre las funciones públicas y el desarrollo de actividades privadas, la buena fe debe guiar el proceder de quienes realicen tales actividades.

Estos dos principios superiores que comportan garantías constitucionales sin perder su vocación normativa, están consagrados en la constitución de la siguiente manera:

ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

provenientes de la incertidumbre respecto de su actuación y la forma como la misma debe ser adelantada, es decir que se le otorga certeza a la misma"

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. (negrilla por fuera del texto original)

ARTICULO 83. *Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas. (negrilla por fuera del texto original)*

De la necesidad de determinar o concretar el alcance y contenido normativo de los principios aplicables a la gestión contractual de las entidades públicas

Estos principios, aplicables a la gestión contractual de las Entidades Públicas, bien por vía de constituir garantías fundamentales superiores del ordenamiento jurídico, como lo es el caso del debido proceso y la buena fe, o bien por ser los que guíen el ejercicio de función administrativa como lo son la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y publicidad, no constituyen normas con categoría de reglas, así que no gozan ellas de antecedentes jurídicos claros que al actualizarse mediante la realización de su fáctico hipotético permitan el surgimiento deontológico de una consecuencia normativa referente a la relación jurídica que se establecería entre los sujetos de su relación, sino que por el contrario, por constituir principios, gozan de una textura abierta¹⁸¹ que debe ser determinable por medio de la función jurisdiccional, aplicándolos a casos concretos para así poder fijar su contenido y su alcance normativo.

Así lo sostuvo el propio Consejo de Estado analizando un caso sobre las implicaciones prácticas del principio de moralidad administrativa contenido precisamente en el artículo 209 superior, donde la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo puntualizó que “*La textura abierta del principio*

¹⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 (05, junio, 1992). MP. Ciro Angarita Barón.

*constitucional de moralidad obliga a la Sala a determinar su alcance según los hechos del caso concreto*¹⁸², lo cual muestra que el contenido de cada principio no puede ser predicado en abstracto, pues éstos constituyen solo mandatos de optimización¹⁸³, sino que debe realizarse una aplicación a un caso concreto donde puedan tener la capacidad de servir como fundamento para juicios concretos de deber ser, siendo estos los casos que permiten identificar su contenido normativo y su alcance, evitando así que dicha textura abierta limite, como lo prevé la Corte Constitucional, la eficacia normativa del principio, eficacia que se predica a priori de los principios jurídicos por constituir éstos normas jurídicas.

Al respecto se hace preciso traer a colación lo comentado por el Consejo de Estado en un caso de estudio de una acción popular¹⁸⁴ que buscaba proteger la moralidad administrativa, enunciado que goza de una doble dimensión como derecho colectivo y como principio; en tal ocasión la Sala de lo Contencioso Administrativo, citando a Zagrebelsky, recordó que la ausencia de supuestos de hecho que aqueja a la principios es la que ha llevado a la teoría positivista mayoritaria a afirmar que, ya que la única forma de aplicar las normas es por medio de una subsunción silogística, entonces los principios no pueden ser utilizados en las operaciones lógico jurídicas y por la falta del supuesto de hecho, ellos solo tienen una función interpretativa¹⁸⁵.

¹⁸² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Bogotá, D.C. diecisiete (17) de junio de dos mil uno (2001). Radicación número: AP-166, Actor: MANUEL JESUS BRAVO

¹⁸³ **ALEXY, Robert.**, Teoría de los derechos fundamentales, ibídem.

¹⁸⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero Ponente: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil uno (2001). Radicación número: AP-170, Actor: EPAMINONDA MORENO PARRADO y OTROS

¹⁸⁵ **ZAGREBELSKY, Gustavo.** El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 1999. P 111 a 117, **ZAGREBELSKY, Gustav. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.** Traducción de M. Gascón. Madrid: Trotta, 1995. p. 109, citado por el Consejo de Estado, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero Ponente: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil uno (2001). Radicación número: AP-170 reiterada por: CONSEJO DE ESTADO, SALA

Ante tal aparente problemática, recordemos lo comentado por el Consejo de Estado:

*“A pesar de la dificultad, es posible esbozar una solución que privilegie la eficacia de los principios, sin hacer que la sociedad pierda confianza en el derecho. Recuérdese que **los principios necesitan concreción, por su textura abierta**, que escapen de toda tentativa de definición conceptual, que su significado no puede alcanzarse de manera inductiva identificando características en las diferentes reglas que los han desarrollado dado que tales reglas responden a criterios especiales de la rama de derecho de que se trate, a situaciones históricas específicas y a determinados fines perseguidos por el legislador. Por ello, **la concreción de los principios se realiza, más bien, mediante ejemplos¹⁸⁶**, y cuando se produce la concreción, ella tiene la capacidad de obrar, respecto del principio, como elemento que lo **hace reaccionar con un alcance determinado¹⁸⁷**.”* (negrilla por fuera del texto original)

Teniendo en cuenta lo anterior, se hace preciso acudir a un análisis cuidadoso de las providencias judiciales que han llevado a la superación de la textura abierta de los principios, permitiendo la determinación de su contenido, la concreción de sus enunciados de mandato, mediante el estudio de los casos específicos donde aquellos han servido como base para juicios de deber ser, para adecuar el comportamiento de las personas. En las líneas que prosiguen realizaremos un análisis de la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa en materia de gestión contractual de las

DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Bogotá, D.C. diecisiete (17) de junio de dos mil uno (2001). Radicación número: AP-166, Actor: MANUEL JESUS BRAVO

¹⁸⁶ **LARENZ , Karl. Derecho Justo, fundamentos de ética jurídica.** Editorial Civitas. Madrid 1993. P 37. Citado por el Consejo de Estado, ibídem

¹⁸⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Ibídem.

Entidades Públicas para determinar el contenido y el alcance normativo de los principios constitucionales a ella aplicables por medio del estudio de casos concretos que han sido objeto de pronunciamiento jurisdiccional.

3.1 DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO Y ALCANCE NORMATIVO DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO EN MATERIA DE GESTIÓN CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS

3.1.1 Reglas que desarrollan el principio constitucional del debido proceso en materia de gestión contractual de las entidades públicas. En materia de gestión contractual de Entidades Públicas, el debido proceso ha sido desarrollado por la ley 1150 de 2007 en el ámbito sancionatorio de las actuaciones contractuales. A ese respecto, el artículo 17 de la ley 1150 de 2007¹⁸⁸ establece:

***Artículo 17. Del derecho al debido proceso.** El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto

¹⁸⁸ Respecto de tal disposición legal ha dicho el CONSEJO DE ESTADO: “*el debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales y en tal virtud, las entidades podrán imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, pero dicha decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado, que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso. Sin perjuicio de la consagración legal de esta garantía, ya por vía jurisprudencial se había llegado a la misma conclusión y se venía exigiendo su plena observancia en todos los procedimientos contractuales*”. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ. Bogotá D.C. dieciocho (18) de enero de dos mil doce (2012). Radicación número: 19001-23-31-000-1999-00780-01 (20611). Actor: MARINA OLINA WATLER GUZMAN. Demandado: CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CAUCA. Referencia: ACCION CONTRACTUAL

General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

El legislador ha establecido entonces que el principio constitucional del debido proceso en materia de gestión contractual de las entidades públicas se eleva como un principio rector en materia sancionatoria, sin que ello implique no se aplique a todas las demás actuaciones administrativas desarrolladas por las autoridades dentro del ámbito de la contratación estatal, esto por directo imperativo del artículo 29 constitucional. Para la jurisprudencia contencioso administrativa, este artículo 17 de la ley 1150 de 2007 tuvo como propósito “*afirmar lo que constitucionalmente es indiscutible, pero que materialmente ofrece dificultades*”¹⁸⁹. Aclaran los pronunciamientos jurisprudenciales que la inclusión de tal artículo:

¹⁸⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., junio veintitrés (23) de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00225-01 (16367). Actor: Jaime Hernández Torres.

“(…) no supone que sólo a partir de ese momento la contratación estatal debió ajustarse a este derecho, en virtud a que de ninguna manera una norma inferior a la Constitución tiene la posibilidad de hacerla regir, sobre todo porque ella misma no pidió la colaboración legislativa para tal efecto.

Este precepto exhorta a incrementar, en materia administrativa contractual, las garantías que integran el debido proceso, tomando el legislador partido por esa situación histórica deplorable que ha vivido este derecho fundamental, y que urge introducirlo en los distintos procedimientos, y en particular en el contractual. Se trata de un impulso que reafirma –no crea- el canon constitucional que impone la razón y el juicio en las actuaciones administrativas. Visto así, surge para la contratación pública la necesidad de incrementar las garantías del debido proceso, tratando de evolucionar hacia los procedimientos más progresistas en este campo”¹⁹⁰.

La ley 1437 de 2011, contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo, aplicable a la gestión contractual de las Entidades Públicas como se comentó en el capítulo segundo de estas anotaciones y por expreso mandato de su artículo 2 al ser la contratación estatal una función administrativa desarrollada por autoridades, regula en su artículo 3 los principios que son aplicables a las autoridades al interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos, entre ellos el debido proceso, sobre el cual consagra:

Artículo 3°. Principios. *Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*

¹⁹⁰ Ibídem

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso (...).

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem.

La codificación administrativa vigente extiende pues los efectos del debido proceso, no solo a la materia sancionatoria, la cual consagra, sino también a toda actuación, estableciendo que en virtud de dicho principio deben respetarse las *formas propias de cada juicio*, consagración constitucional presente desde el artículo 29 superior, haciendo especial referencia a los derechos de representación, defensa y contradicción, así como a otros principios que se entienden como parte de la garantía del debido proceso, los cuales son aplicables en materia sancionatoria: la legalidad de las faltas y las sanciones, la presunción de inocencia, el principio de *no reformatio in pejus* y el *non bin in ídem*, que por lo tanto serían de aplicación en las sanciones que se apliquen como consecuencia de la gestión contractual de las entidades públicas por directa consagración legal.

La reglamentación respectiva del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenida en el decreto 734 de 2012, hace referencia al debido proceso al tratar el tema de la efectividad de las garantías, obligando a que previamente a ser proferidos los respectivos actos administrativos de declaratoria de caducidad, imposición de multas o declaratoria de incumplimiento, se agote el debido proceso y se garanticen los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su respectivo

garante de conformidad con lo consagrado en el artículo 86 del Estatuto Anticorrupción¹⁹¹. El decreto reglamentario en ese sentido dispone como a continuación se comenta:

Artículo 5.1.13. Efectividad de las garantías. Cuando se presente alguno de los eventos de incumplimiento cubiertos por las garantías

¹⁹¹ El debido proceso consagrado en el artículo 86 del Estatuto Anticorrupción, Ley 1474 de 2011 es: Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento

previstas en este decreto, la entidad contratante procederá a hacerlas efectivas de la siguiente forma:

*5.1.13.1 En caso de caducidad, **una vez agotado el debido proceso** y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual, además de la declaratoria de caducidad, procederá a hacer efectiva la cláusula penal o a cuantificar el monto del perjuicio y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.*

*5.1.13.2 En caso de aplicación de multas, **una vez agotado el debido proceso** y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual impondrá la multa y ordenará su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.*

*5.1.13.3 En los demás casos de incumplimiento, **una vez agotado el debido proceso** y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual declarará el incumplimiento, procederá a cuantificar el monto de la pérdida o a hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo*

constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro. (Negrilla por fuera del texto original).

3.1.2 Determinación jurisprudencial del contenido del principio constitucional del debido proceso en materia de gestión contractual de las entidades públicas. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha ofrecido múltiples pronunciamientos sobre el debido proceso en actuaciones administrativas y más precisamente en el ámbito de la gestión contractual de las Entidades Públicas, entendiendo desde siempre *que entre los derechos fundamentales que hacen presencia directa y constante en la contratación estatal se encuentra el debido proceso*¹⁹². La principal de esas providencias, por realizar un muy completo estudio sobre la figura del debido proceso en el ámbito de la gestión contractual pública es el expediente 16367, de la sentencia de Junio 23 de 2010, proferida por la sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Dr. Enrique Gil Botero, a la cual que haremos varias veces referencia en estos apuntes y a donde nos remitimos por la completa línea jurisprudencial que establece la evolución y el estado de la cuestión de manera amplia y por demás profunda.

- ***Debido Proceso en actuaciones contractuales como requisito para la adopción de decisiones, elementos constitutivos y armonización de la figura:***

Para el Consejo de Estado, el cumplimiento de todos los elementos del debido proceso que implican fases previas a la adopción de decisiones por parte de la administración, entre las cuales se encuentran las actuaciones contractuales, es requisito para que se pueda predicar el carácter justo de la

¹⁹² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., junio veintitrés (23) de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00225-01 (16367). Actor: Jaime Hernández Torres.

decisión, es decir, que ella esté adecuada a derecho¹⁹³. Según la jurisprudencia contencioso administrativa¹⁹⁴ en la materia, el principio constitucional del debido proceso tiene como proyección en las actuaciones administrativas relativas a la gestión contractual de las entidades públicas los siguientes alcances:

1. ser oído antes de que se tome la decisión;
2. participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación;
3. ofrecer y producir pruebas;
4. obtener decisiones fundadas o motivadas;
5. recibir notificaciones oportunas y conforme a la ley;
6. tener acceso a la información y documentación sobre la actuación;
7. controvertir los elementos probatorios antes de la decisión;
8. obtener asesoría legal;
9. tener la posibilidad de intentar mecanismos contra las decisiones administrativas

En el muy completo recorrido jurisprudencial realizado por la providencia con número de radicado 16367 de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, la cual ya ha sido citada en este trabajo, se realizó un estudio de la vigencia y el alcance en materia

¹⁹³ Al respecto se hace necesario tener en cuenta el contenido del artículo 42 de la ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: *“Artículo 42. Contenido de la decisión. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada.”*

¹⁹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 05001-23-26-000-1992-00117-01 (18394). Actor: SCANOLOGRAFIA NEUROLOGICA LIMITADA

contractual de cada una de las garantías del debido proceso administrativo¹⁹⁵, incluyendo las siguientes:

- a.** Derecho a no ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa
- b.** El derecho a ser juzgado ante juez o tribunal competente
- c.** Derecho a que el procedimiento administrativo se adelante con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio
- d.** El derecho a que “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable
- e.** El derecho a que “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable” también rige en la contratación estatal
- f.** Derecho a que “Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa”
- g.** Derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra

¹⁹⁵ En ese sentido: CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., junio veintitrés (23) de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00225-01 (16367). Actor: Jaime Hernández Torres y CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 05001-23-26-000-1992-00117-01 (18394). Actor: SCANOLOGRAFIA NEUROLOGICA LIMITADA donde se indica que el debido proceso rige en materia administrativa y contractual, porque: “De acuerdo con lo expuesto, no es materia de discusión que el debido proceso consagrado como derecho fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política, y que implica, entre otros aspectos, el derecho de ser juzgado por conductas que estén previamente contempladas en la ley, por juez o autoridad pública competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, con garantía de los derechos de presunción de inocencia, de audiencia, defensa y contradicción, entre otros, es extensiva a toda clase de actuación tanto judicial como administrativa, incluyendo dentro de ésta última las derivadas de la actividad contractual del Estado.”. Estas posiciones se reiteraron posteriormente, en: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Subsección C. Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., marzo treinta (30) de dos mil once (2011). Radicado No: 20.917

- h. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso
- i. El derecho “a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas
- j. El derecho a “a impugnar la sentencia condenatoria”
- k. El derecho a “no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”
- l. La culpabilidad de la conducta

Todas las implicaciones dogmáticas de estas garantías dentro del ámbito de la contratación estatal son estudiadas por la referida providencia jurisdiccional contencioso administrativa que realizó el estudio del debido proceso administrativo en la gestión contractual de las entidades públicas¹⁹⁶.

Aun cuando en muchas ocasiones la especificidad y naturaleza del asunto y la concurrencia del derecho individual fundamental con el interés general, conlleva a que el conjunto de garantías que integran el debido proceso deba regir en forma ajustada, matizada o atemperada en ciertas actuaciones administrativas en el ámbito de la contratación, es decir, con modificaciones, alcances y proyecciones diferentes, por regla general, todos los derechos que integran el debido proceso deben ser aplicables en esta actividad administrativa en cumplimiento del mandato perentorio del artículo 29 de la Constitución Política¹⁹⁷. Ha reiterado el Consejo de Estado, sin embargo, que para lograr lo anterior se hace necesario precisar la manera, forma y grado en que se aplican las garantías del debido proceso a la contratación estatal:

¹⁹⁶ Por efectos pedagógicos no transcribimos todos los apartes de la referida sentencia, ya que además no trae a colación casos concretos sino explicaciones que desarrollan el contenido del debido proceso en la contratación estatal. Consúltase CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., junio veintitrés (23) de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00225-01 (16367). Actor: Jaime Hernández Torres

¹⁹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 05001-23-26-000-1992-00117-01 (18394). Actor: SCANOLOGRAFIA NEUROLOGICA LIMITADA

“dado que el mismo debe ser armonizado con la naturaleza y objetivos de la contratación pública, en tanto los contratos son celebrados por las entidades públicas para cumplir los fines estatales (art. 2 C.P.) , 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 (artículo 3 de la Ley 80 de 1993), bajo el principio de legalidad, en desarrollo del interés general y en ejercicio de la función administrativa (art. 209 de C.P.)”¹⁹⁸

Así mismo ha sido posteriormente reiterado por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que como argumentación en una de sus providencias incluyó lo siguiente:

“el artículo 29 de la Constitución Política donde se consagra el derecho fundamental al debido proceso, que cobija no sólo a los procesos sino a todas las actuaciones administrativas, rige también en materia contractual, con matices propios, pero cumpliendo actualmente su función garantística en esta materia, con la misma fuerza con que es observado en otros campos”¹⁹⁹

Al respecto, el Consejo de Estado ha precisado que el debido proceso no se entiende garantizado por el hecho de haber tenido el interesado la oportunidad de interponer los recursos de la vía gubernativa. En ese sentido, para un caso particular²⁰⁰ estimó que una sanción fue impuesta con violación del debido proceso por no haber existido trámite previo a la decisión y estar

¹⁹⁸ Consejo de Estado, *ibídem*.

¹⁹⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ. Bogotá D.C. dieciocho (18) de enero de dos mil doce (2012). Radicación número: 19001-23-31-000-1999-00780-01 (20611). Actor: MARINA OLINA WATLER GUZMAN. Demandado: CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CAUCA. Referencia: ACCION CONTRACTUAL

²⁰⁰ Consejo de Estado, *ibídem*.

ésta última soportada únicamente en lo manifestado por el interventor del contrato sin contradicción de la parte interesada, razón por la cual anuló los actos administrativos demandados.

El respeto a las formas propias de cada juicio, garantía que hace parte del principio del debido proceso, también es exigible en las actuaciones administrativas contractuales, tal y como lo recordó el Consejo de Estado en sentencia de la sección primera, donde concedió la razón al recurrente al declarar que efectivamente la Entidad Pública vulneró el debido proceso por cuanto no se le respetó al demandante un verdadero procedimiento que le garantizara el derecho a un trámite con el respeto a las formas propias de cada juicio, en detrimento de su derecho a la contradicción ya que en la resolución que decretó la caducidad no se probaron los hechos y jamás se solicitó la ratificación de los quejosos, así como también se pretermitió la oportunidad de controvertir pruebas²⁰¹.

- ***La garantía del debido proceso contractual no rige exclusivamente en multas y cláusula penal sino también en toda actuación sancionatoria²⁰² y más aún en toda la actuación contractual pero con implicaciones diferentes.***

Si bien la norma contenida en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 consagra que el debido proceso es un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales, para el Consejo de Estado el contenido del principio constitucional superior del debido proceso no rige solo los temas

²⁰¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C. Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ. Bogotá, D. C, Veinticinco (25) de julio de dos mil once (2011). Radicación número: 15001-23-31-000-1996-06217-01(20273) (20279), Actor: ALVARO HERNANDEZ TORRES

²⁰² Sobre el debido proceso administrativo sancionatorio como forma de proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad y asegurar la igualdad de todas las personas ante el *ius puniendi* estatal pueden consultarse, entre otras, la sentencia T-284 de 2006 de la Corte Constitucional con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Inés Vargas Hernández y C-653 de 2001 también de Corte Constitucional.

puntuales mencionados en dicho articulado (la multa y la cláusula penal) sino todas las actuaciones sancionatorias, como lo son por ejemplo la declaratoria de caducidad, la declaración de un siniestro, la declaración de que un oferente se niega a suscribir el contrato estatal adjudicado, entre otras decisiones de similar naturaleza sancionadora. Para la Sala:

“De hecho, no podría entenderse ni admitirse que esta garantía sólo rija en las sanciones que regula el artículo 17 –la multa y la cláusula penal–, pues constitucionalmente hablando sería injustificado. De entenderse en sentido restringido su ámbito de aplicación, se vulneraría el art. 29 de la Constitución Política, que no distingue entre las diversas actuaciones administrativas.”²⁰³

De esta manera, la sala impuso a esta norma una interpretación conforme a la Constitución, exigiendo la aplicación de las garantías del debido proceso no solo cuando se impone la multa o la cláusula penal, sino cuando se impone cualquier otro tipo de sanción o carga derivada de la relación contractual. Insiste la Sala:

“(…) carece de justificación que la caducidad se pudiera declarar sin audiencia del afectado, o sin adelantar un procedimiento previo, aduciendo que el art. 17 sólo alude a las multas y a la cláusula penal. El mismo razonamiento aplica a la declaración de un siniestro, o a cualquier otra decisión que imponga cargas o gravámenes a los involucrados en la contratación estatal”²⁰⁴

²⁰³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., junio veintitrés (23) de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00225-01 (16367). Actor: Jaime Hernández Torres.

²⁰⁴ *Ibídem*

Aunque la redacción del inciso primero del artículo 17²⁰⁵ de la ley 1150 de 2007 pareciera dar a entender que por oposición a lo allí consagrado, el debido proceso no rige en las actuaciones contractuales que no son sancionatorias, es decir, en aquellas donde se asignan o niegan derechos o se imponen obligaciones, actuaciones de trascendencia sustancial (como lo serían los procesos de selección de contratistas - cuya naturaleza de procedimiento es innegable - la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la liquidación unilateral, entre muchos otros) la jurisprudencia contencioso administrativa del Consejo de Estado ha establecido que dicha perplejidad se supera si se tiene en cuenta, al igual que la Sala, que *“no cabe duda que el debido proceso rige en todos los procedimientos administrativos, sin importar que sean sancionatorios o no”*²⁰⁶

En el caso de la terminación unilateral del contrato, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que el principio del debido proceso debe presidir una determinación de tal índole, por tener aquella un carácter sancionatorio para el contratista incumplido²⁰⁷. En este caso particular, comento la Sala:

²⁰⁵ La norma consagra al tenor: *“El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales”*.

²⁰⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., junio veintitrés (23) de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00225-01 (16367). Actor: Jaime Hernández Torres. Del mismo criterio ha sido la Corte Constitucional, porque en muchas decisiones, entre ellas la sentencia T-149 de 2002 con ponencia del Magistrado Ponente, Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, expresa que este derecho también se debe garantizar para definir la asignación o exclusión de un derecho aplicable a una persona: *“En materia de prestaciones positivas del Estado, en desarrollo del principio de Estado social de derecho, el debido proceso administrativo cumple una función de primer orden. Quien puede ser beneficiario de una prestación estatal no puede ser privado de la misma sino mediante una decisión respetuosa del debido proceso”*

²⁰⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, Consejera ponente: Dra. OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ, Bogotá D. C., trece (13) de abril de dos mil once (2011), Radicación número: 25000232600019980304001 (18878).

Todo lo anterior para concluir que en el sub lite, los hechos demuestran que si bien la Administración le anuncia al contratista su intención de terminar unilateralmente el contrato o demandarlo por considerar que mediaba una causal de nulidad absoluta, actuaciones para las cuales estaba facultada legalmente para hacerlo,...), sin embargo la administración no actúa, no se pronuncia al respecto.²⁰⁸

Ahora bien, respecto de la determinación de la calidad o no de sancionatoria de una actuación administrativa del ámbito contractual tiene incidencia para otros efectos, por ejemplo para determinar los derechos y garantías del debido proceso que rigen en unas y en otras actuaciones – bien que sean o no administrativas sancionatorias – como quiera que es indiscutible que las garantías se potencializan en las primeras y se reducen en las segundas, por razones obvias.

Así, según la Sala:

“(...) en las actuaciones sancionatorias es exigible el derecho a la preexistencia de la falta y la sanción, pero en las no sancionatorias carece de espacio. Lo mismo aplica para el derecho a la presunción de inocencia, ya que en los procedimientos sancionatorios tiene aplicación plena, mientras que en los no sancionatorios carece de sentido introducirlo, porque allí no se imputa nada a quienes participan de ellos”²⁰⁹.

De tal manera que la diferenciación entre actuaciones sancionatorias y actuaciones administrativas no sancionatorias no es determinante para el

²⁰⁸ *Ibídem*

²⁰⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., junio veintitrés (23) de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00225-01 (16367). Actor: Jaime Hernández Torres.

establecimiento de la procedencia o no del debido proceso como garantía y principio que rige las actuaciones sino para establecer los derechos que hacen parte de tal principio y que operan en uno y en otro caso²¹⁰.

- ***Tanto la declaración de caducidad de un contrato como la declaración de siniestro de una póliza exigen la garantía del debido proceso***

La jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de declaratoria de caducidad de contratos públicos ha reconocido la categoría sancionatoria de dicha figura jurídica y por lo tanto ha insistido en que en tales casos se hace preciso garantizar todos los elementos propios del debido proceso administrativo. La Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado ha comentado:

“Conocidas en forma sucinta la noción y condiciones materiales de configuración de la facultad exorbitante de declarar la caducidad de un contrato, y teniendo en cuenta que se trata de una sanción cuya imposición tiene la potencialidad de lesionar derechos subjetivos de los

²¹⁰ En el mismo sentido se pronunció la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en los siguientes términos: *“Quiere decir lo anterior que, en las voces del artículo 29 de la Constitución Política, por una parte, con antelación a la adopción de una decisión administrativa en la actividad contractual que pueda resultar perjudicial o contraria a los intereses del contratista es indispensable observar el debido proceso en las diferentes fases o etapas de dicha actividad, en especial, desde la formación de la voluntad entre el Estado y los particulares contratistas para la suscripción del contrato (precontractual) hasta su cumplimiento (ejecución contractual); y por otra parte, es menester determinar el campo de aplicación de cada uno de los derechos que contempla el debido proceso y su intensidad, según el caso y la etapa de la actividad contractual de que se trate, pues va de suyo que varios de esos principios rigen en forma plena y absoluta en algunos eventos, pero en otros lo será en forma matizada, modulada o proporcional a la finalidad de la etapa y de los supuestos que condicionan la actuación de la Administración”*. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 05001-23-26-000-1992-00117-01 (18394). Actor: SCANOLOGRAFIA NEUROLOGICA LIMITADA

*contratistas, es indiscutible, según se vio, que su ejercicio implica que se garantice el derecho constitucional al debido proceso.”*²¹¹

El debido proceso que debe adelantarse como requisito para la declaratoria caducidad del contrato celebrado por la Administración (y de la misma manera para la imposición de las multas y la cláusula penal, entre otras) no puede ser concebido como un procedimiento administrativo general, sino que debe entenderse cumplido, respetado y satisfecho mediante el adelantamiento de un procedimiento ágil, que consiste en un requerimiento previo al contratista para que se pueda pronunciar sobre la responsabilidad que le endilga la entidad pública contratante, defenderse de aquella, así como pedir la práctica de pruebas y contradecir las que se aduzcan en su contra.

Sin embargo, ha recordado el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que el debido proceso rige para las actuaciones administrativas aun cuando éstas no sean de carácter sancionatorio, así que tal garantía constitucional fundamental no le es exclusiva a la actividad sancionatoria de las autoridades sino a todo el desarrollo de función administrativa. Lo anterior fue comentado en el estudio de un caso de declaratoria de siniestro de una póliza de seguro, donde precisó que *“el debido proceso también aplica en la actuación que adelanta la administración para declarar el siniestro de una póliza”*²¹². En tal caso la Sección Tercera declaró la nulidad de unas resoluciones en las que Industria Militar declaró la realización de un riesgo y ordenó hacer efectiva

²¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 05001-23-26-000-1992-00117-01 (18394). Actor: SCANOGRAFIA NEUROLOGICA LIMITADA

²¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Subsección C. Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., marzo treinta (30) de dos mil once (2011). Radicado No: 20.917. Actor: La Nacional Compañía de Seguros Generales SA.

una garantía en un contrato de suministro de granadas, por las fallas que algunas de estas presentaron.

Se hace imprescindible, por ser de la esencia de nuestro objeto de estudio, mencionar que en dicha providencia la Sala aclaró que la aseguradora en su calidad de garante solo puede alegar la violación de una garantía de debido proceso propia y no del contratista²¹³.

- ***La manifestación del trámite de imposición de una sanción debe cumplir ciertos requisitos pero no es un procedimiento estrictamente separado de la ejecución contractual***

Para la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el requerimiento previo al contratista para que se pueda pronunciar sobre la responsabilidad que le endilga la entidad pública contratante puede entenderse satisfecho cuando la Entidad durante el lapso de ejecución del contrato le ha venido manifestado al contratista sus observaciones, quejas, reclamos, incumplimientos y le ha solicitado mejorar o corregir los servicios, obras y suministros en los informes y correspondencia dirigida a éste por el interventor o supervisor del contrato, o en las inspecciones y visitas in situ de la obra, o en las reuniones efectuadas con el

²¹³ En el mismo sentido: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Subsección C. Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., marzo treinta (30) de dos mil once (2011). Radicado No: 20.917, allí se comentó: la Sala no compartirá la posición planteada por el actor, por las siguientes razones: *"De un lado, porque el derecho que aduce violado no es el debido proceso suyo, sino el del contratista, y la Sala entiende que por tratarse de un derecho subjetivo, característico de los derechos fundamentales, su trasgresión debe ser invocada por el titular, en este caso la sociedad extranjera contratante. En este horizonte, no es posible discutir la validez de un acto administrativo por violación al derecho al debido proceso de otro sujeto de la actuación administrativa, cuando este no es quien impugna la decisión. Para confirmar esta perspectiva, basta pensar en la siguiente circunstancia: si en otro proceso contractual el contratista discutió este mismo asunto –lo cual se desconoce ahora-, ¿cómo explicar que la compañía de seguros traiga a este otro proceso las razones que sólo le interesa debatir a aquél?"*

contratista, etc., y en consecuencia, le ha pedido las explicaciones del caso y otorgado la oportunidad de justificar²¹⁴.

Continúa la Sala en el mismo pronunciamiento diciendo:

*“durante la etapa de la ejecución del contrato en materia del ejercicio de las potestades exorbitantes sancionatorias (caducidad, multas y cláusula penal) la aplicación matizada y razonada de las garantías del debido proceso, se impone y resulta necesaria para la satisfacción de las necesidades, carencias, exigencias y requerimientos asociados a los contratos, en tanto los motivos que fundamentan la aplicación de esas prerrogativas están relacionados con el interés público, los servicios públicos y las necesidades colectivas apremiantes, cuya responsabilidad se encuentra radicada en la Administración, quien, por tal razón, no puede permitir incumplimientos que retrasen o demoren la obtención del objeto contractual, lo que se presentaría en grado mayor si tuviese que adelantar una serie de actuaciones rodeadas de un excesivo ritualismo y adicionales a las propias de la ejecución del contrato para ejercer dichas facultades y adoptar las medidas necesarias con el fin de salvaguardar y lograr el objeto del contrato”*²¹⁵

Sin embargo, es necesario resaltar que el Consejo de Estado ha considerado que para que sea válido ese requerimiento como garantía del debido proceso, su contenido u objeto debe guardar correspondencia, coincidir o ser congruente o, mejor aún, tener relación directa con los hechos y motivos que luego dan lugar a la declaratoria de responsabilidad por causa del contrato – entiéndase caducidad, multas, cláusula penal, siniestro, etc. – pues, en caso

²¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 05001-23-26-000-1992-00117-01 (18394). Actor: SCANOLOGRAFIA NEUROLOGICA LIMITADA

²¹⁵ Consejo de Estado, *Ibídem*

contrario, esto es, si dicho requerimiento está referido a circunstancias, situaciones o materias ajenas o extrañas a las que sirvieron de fundamento para la adopción de la medida sancionatoria, no puede tener la propiedad o virtualidad de garantizar el debido proceso contractual.

Según la Sala:

“Este entendimiento tiene sustento en el interés público de que la ejecución de los servicios, el suministro de los bienes o la realización de las obras no se interrumpa o paralice, lo que ocurriría si somete en todos los casos a la Administración a un trámite dispendioso que frustre la finalidad de la medida sancionatoria y, por ende, el cumplimiento oportuno del contrato, con desfase de los plazos generales y parciales para su ejecución en tiempo debido, los cuales, como se sabe, se fijan y pactan de acuerdo con la oportunidad en que se necesita el bien, el servicio o la obra para satisfacer el interés público o colectivo involucrado en el contrato”²¹⁶

Para el caso puntual, la Sala consideró que so pretexto de la garantía al debido proceso que se deba cumplir no puede diluirse la responsabilidad que le quepa al contratista y menos aún debilitarse las facultades sancionatorias con que cuenta la Administración para la cabal ejecución del contrato, pues lo que se pretende es que el contratista tenga conocimiento de las razones que a juicio de la entidad configuran un incumplimiento de sus obligaciones, el cual está sujeto a la aplicación de las sanciones que prevé la normatividad legal y el mismo contrato, cuyo contenido conoce el contratista desde la iniciación de la ejecución del contrato.

Para la Sala, lo fundamental es subrayar que, por regla general, en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales, es en la propia etapa de la

²¹⁶ Consejo de Estado, *Ibídem*

ejecución contractual donde se da el escenario procesal idóneo en el cual el contratista debe haber tenido la oportunidad de: rendir descargos, solicitar pruebas o presentar alegaciones, sobre los incumplimientos que se le atribuyen durante el transcurso contractual, esto por cuanto, en palabras de la jurisprudencia del Consejo de Estado:

“(...) la Administración a lo largo de la relación comercial le ha dado a conocer al contratista los hechos de incumplimiento que dan lugar al ejercicio de la facultades sancionatorias y, además, le ha dado traslado de los elementos de convicción recaudados, con el fin de que aquél tenga la oportunidad de presentar sus explicaciones y contradecir las pruebas que se aduzcan en su contra”²¹⁷

De tal manera que para la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo, si bien las garantías del debido proceso son plenamente aplicables en materia de potestades sancionadoras contractuales y en actuaciones administrativas contractuales en general, lo cierto es que ello no tiene lugar con el mismo ritualismo que en el derecho de estirpe eminentemente sancionatoria como el penal o el disciplinario. Por el contrario, el derecho al debido proceso contractual en el ejercicio de las facultades sancionatorias no debe ser entendido como la necesidad de adelantar una actuación con formación de un expediente como si fuera un proceso penal o disciplinario, dado que esa visión no sería congruente con lo perseguido por la ley al otorgar los poderes excepcionales de la Administración; por el contrario, el procedimiento en materia sancionatoria contractual de la Administración debe ser armonizado con el interés público y general ínsito en los contratos que celebra la administración.

A modo de corolario respecto del momento idóneo para el adelantamiento del procedimiento contractual sancionatorio:

²¹⁷ Consejo de Estado, *Ibídem*

“En materia de aplicación de sanciones contractuales, lo que la jurisprudencia ha reclamado es que la medida sancionatoria no resulte sorpresiva o intempestiva, y que, en todo caso, se otorgue al interesado la oportunidad de expresar su opinión y contradecir los elementos de juicio que se esgrimen en su contra, antes de que se adopte la decisión”²¹⁸

- ***La oportunidad de defensa en el trámite seguido para imponer sanciones contractuales es fundamental para la garantía del debido proceso***

Para la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado:

“El juez de instancia está obligado a analizar que las pruebas y el trámite seguido para imponer una sanción de tipo contractual cumplan con los elementos mínimos que permitan concluir que se le ha dado al contratista la oportunidad de defenderse”²¹⁹

En tal sentido, se hace de fundamental importancia llevar a cabo un debido proceso integral cuando la entidad pública contratante realiza una imputación de cargos de responsabilidad al contratista, lo cual significa:

²¹⁸ Consejo de Estado, *Ibídem*

²¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C. Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ. Bogotá, D. C, Veinticinco (25) de julio de dos mil once (2011). Radicación número: 15001-23-31-000-1996-06217-01(20273) (20279), Actor: ALVARO HERNANDEZ TORRES. En esta providencia la Sala hace una transcripción del estudio acerca del derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas y la evolución jurisprudencial del derecho al debido proceso en materia contractual realizados por: CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., junio veintitrés (23) de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00225-01 (16367). Actor: Jaime Hernández Torres.

1. Comunicación al contratista de los hechos que originan la eventual declaratoria de responsabilidad
2. Comunicación al contratista de la sanción que podría imponerse
3. Qué pruebas de ello tiene la Administración a fin de darle oportunidad al contratista para que haga valer su derecho de defensa frente a los hechos que se le imputan

En un caso concreto, por no haberse verificado la oportunidad de defensa, la Sala declaró la nulidad de varias resoluciones que ordenaban la caducidad de un contrato de prestación de servicios celebrado para el apoyo en la administración, conservación, manejo y protección del Parque Natural Santuario de Fauna y Flora Iguaque. En dicho caso se declaró la obligación de pagar perjuicios al contratista, lo cual ocasionó una aclaración de voto²²⁰ en aras de dejar por sentado que no se estuvo de acuerdo con establecer como regla absoluta que la declaración de caducidad del contrato con violación del derecho de defensa implique el reconocimiento y pago de perjuicios.

Las pruebas y el trámite seguido para imponer una sanción de tipo contractual debe cumplir con los elementos mínimos que permitan concluir que se le ha dado al contratista la oportunidad de defenderse y no que simplemente se le reprochó una conducta o hecho sin especificarle su derecho a manifestar su criterio al respecto, ya que la Entidad a partir de allí iniciará un trámite que puede culminar con una sanción. La Jurisprudencia de la Sección²²¹ ha estimado indispensable que se lleve a cabo un debido proceso integral que permita la plena realización del derecho de defensa desde la fase de formación de la voluntad. Este debido proceso integral debe

²²⁰ Por parte del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa

²²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C. Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ. Bogotá, D. C, Veinticinco (25) de julio de dos mil once (2011). Radicación número: 15001-23-31-000-1996-06217-01(20273) (20279), Actor: ALVARO HERNANDEZ TORRES.

necesariamente implicar la vinculación del afectado al proceso sancionatorio para que exponga las razones que explican su percepción de los hechos investigados²²².

Para el Consejo de Estado, el derecho de defensa no tiene más limitaciones en materia contractual, por lo cual se admite cualquier manifestación suya, ha dicho la Sala:

“Es decir, que se ejerce mediante la presentación de pruebas, la controversia de las existentes, ser oído y que se practiquen pruebas y se controviertan, es decir, en síntesis, que se respete su derecho de audiencia y defensa, que permita fijar la posición de la parte, y en general, toda forma de participación en el procedimiento, que contribuya a defender una posición o postura jurídica”²²³.

En el mismo sentido, ha reiterado la Sala en reciente pronunciamiento:

“De ahí que no basta con que esas decisiones estén debidamente motivadas y sean notificadas con el fin de que el particular pueda agotar los recursos gubernativos y judiciales en defensa de la legalidad o de los derechos que considera desconocidos por la actuación pública”²²⁴

- ***La consagración de inhabilidades no constituye per se una violación al debido proceso***

²²² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION C. CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C. veinticinco (25) de julio de dos mil once (2011). Radicación: 85-001-23-31-001-1999-0200-01

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ Auto de Sección Tercera de Septiembre veinticuatro (24) de 1998, Exp. 14.821 citado en: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Subsección C. Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., marzo treinta (30) de dos mil once (2011). Radicado No: 20.917

Rindiendo el concepto²²⁵ que por Constitución le corresponde al Ministerio Público dentro de las demandas de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, la Procuraduría General de la Nación comentó que el principio del debido proceso se exige de las funciones jurisdiccionales y administrativas en tanto no de la función legislativa; adicionalmente explica que la causal de inhabilidad creada por el parágrafo 2º del artículo 84 de la Ley 1474 del 2011, que adicionó el literal K) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993²²⁶ se aplicaría, de acuerdo con lo allí comentado, una vez se cumpla la actuación administrativa correspondiente, por lo cual no debe ser declarada inexecutable²²⁷. En este caso el concepto rendido por el Ministerio Público se soporta en la tesis según la cual la mera consagración legal de una inhabilidad no implica la violación al principio del debido proceso en tanto se cumpla la debida actuación administrativa previa de acuerdo con las reglas que desarrollan el principio.

²²⁵ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Concepto 5525 (D-9441), quince (15) de febrero de 2013

²²⁶ **Artículo 84. Facultades y deberes de los supervisores y los interventores.** *La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.*

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.

Parágrafo 2º. *Adiciónese la Ley 80 de 1993, artículo 8º, numeral 1, con el siguiente literal:*

k) El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato. Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.

²²⁷ Si bien el presente capítulo trata de la determinación jurisprudencial del contenido del principio, hacemos mención aquí al concepto rendido por la Procuraduría General de la Nación como representante del Ministerio Público en tanto aún está pendiente de fallo la respectiva demanda contra el parágrafo 2 del artículo 84 de la ley 1474 de 2011, la cual tendrá ponencia del Magistrado Dr. Alexei Julio Estrada.

En igual sentido, en desarrollo del análisis de la constitucionalidad de la inhabilidad permanente consagrada en el artículo 6 de la ley 1150 de 2007 para el caso de los proponentes que suministren información errada al registro único de proponentes en caso de reincidencia, la Sala Plena condicionó la constitucionalidad de la disposición a que se observen las garantías del debido proceso para los sancionados²²⁸.

- ***Las inhabilidades e incompatibilidades consagradas en la normatividad contractual no constituyen penas ni sanciones***

La Corte Constitucional en sede de revisión abstracta de constitucionalidad ha comentado que las inhabilidades e incompatibilidades consagradas en la normatividad no constituyen ni penas ni sanciones administrativas sino que buscan evitar efectos lesivos para la función administrativa, como lo son por ejemplo, el nepotismo, el uso de la potestad nominadora a favor de los allegados o el interés indebido en la celebración de contratos en los casos relativos a las inhabilidades e incompatibilidades relativas al parentesco, que pretenden la preservación de principios como la igualdad, la transparencia o la moralidad, sin que por ello se constituyan como sanciones impuestas a los familiares de los servidores públicos. En palabras literales de la Alta Corporación Constitucional: “(...) *las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado no constituyen sanción penal ni administrativa para los participantes o interesados en un proceso licitatorio*”²²⁹. En tal sentido, las prohibiciones de contratar con el Estado provenientes de inhabilidades e incompatibilidades, al no consagrar faltas ni constituir sanciones de ninguna clase, no vulneran los derechos de defensa, el debido proceso, igualdad y el trabajo así como tampoco el principio de proporcionalidad de la pena.

²²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1016 del veintiocho (28) de noviembre de 2012 con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Iván Palacio Palacio

²²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1016 del veintiocho (28) de noviembre de 2012 con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Iván Palacio Palacio

- ***La valoración de las pruebas que fundamentan la decisión hace parte integral de la garantía al debido proceso administrativo contractual. No pueden existir sanciones de plano.***

Para el Consejo de Estado:

“(...) la necesidad de la prueba de los hechos que se imputan es conditio sine qua non de la validez de la decisión administrativa, porque sólo así se legitima la misma, y se contrarresta la arbitrariedad y el abuso del poder, que fácilmente se esconde tras una medida sin soporte en hechos demostrados”²³⁰

También en esta misma línea argumentativa se ha manifestado la Corte Constitucional, al comentar en sede de tutela que *“en toda actuación administrativa la apreciación de las pruebas por parte del funcionario deberá ceñirse a las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil, en desarrollo del principio constitucional del debido proceso en actuaciones administrativas”²³¹.*

Con base en estos fundamentos, el Consejo de Estado ha considerado que no es posible que comprobada la inexactitud de la documentación fundamento de una decisión administrativa procede automáticamente la imposición de la sanción, quedándole al afectado la posibilidad de ejercer su defensa mediante el ejercicio oportuno de los recursos de reposición y apelación, pues aunque el principio de legalidad y los principios de celeridad y eficacia podrían argüirse a favor de la posibilidad de imponer sanciones de

²³⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION C. CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C. veinticinco (25) de julio de dos mil once (2011). Radicación: 85-001-23-31-001-1999-0200-01

²³¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-011 del dieciocho (18) de enero de 1993, con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero.

plano en defensa del interés general, la prevalencia de los derechos fundamentales y la especificidad del principio de presunción de inocencia aplicable al ámbito de las actuaciones administrativas harían indispensable que la sanción solo pudiera imponerse luego de conceder al contratista la oportunidad del ejercicio de su derecho de defensa.

En el caso particular analizado, la entidad pública adelantó una mínima investigación para demostrar la ocurrencia del presupuesto fáctico de una infracción administrativa – cumpliendo así con la legalidad y la tipicidad – más sin embargo, la no vinculación del interesado al procedimiento que llevaría a modificar su situación jurídica de favor y permitirle ejercer los derechos a ser oído y a controvertir las pruebas que obraban en su contra, desconoció el principio de presunción de inocencia e invirtió la carga de la prueba terminando por colocarlo en situación de indefensión por la vulneración flagrante al debido proceso administrativo.

Para el Consejo de Estado es claro que *“La notoriedad de la infracción y la posible prueba objetiva de la misma no justifica una sanción que prive de cualquier elemental garantía de defensa al inculpado, quedando ésta reducida al mero ejercicio posterior de los recursos administrativos”*²³² pues éstos últimos no son como tal una garantía plena del debido proceso como sí una institución a favor de la Administración para la corrección de sus errores, sin que impliquen la oportunidad procesal imparcial y previa para el ejercicio

²³² Consejo de Estado, citando a Corte Constitucional, sentencia T-145 de del veintiuno (21) de Abril de 1993 con ponencia del Magistrado Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Allí mismo estableció la Corte Constitucional: *“La presunción de inocencia no se quiebra por la prueba objetiva de una infracción legal porque ello llevaría a desvirtuar el principio de nulla poena sine culpa. Acierta la sociedad solicitante de tutela al afirmar que la administración debía haberle dado oportunidad para expresar sus opiniones y controvertir las pruebas allegadas en su contra.”*. Más adelante, y de gran función ilustrativa, dice la Corte Constitucional: *“es errada la razón esgrimida por el juzgador de instancia para desechar el cargo de violación del debido proceso, pues reduce el alcance de este derecho fundamental al procedimiento establecido por la ley. Mal podría el legislador prever un trámite especial para cada uno de los asuntos que surjan de las relaciones entre el Estado y los particulares”*

del derecho de defensa²³³. Si bien es posible que por la prevalencia del interés general y por la eficacia de su protección se permita omitir en los procedimientos administrativo ciertas formalidades propias de un proceso penal, en todo caso deben constar como mínimo en el trámite administrativo las pruebas directas e incontrovertibles de los hechos imputados, garantizándose el ejercicio de los medios normales de defensa.

Concluye la Sala, citando a la Corte Constitucional²³⁴:

*“Carece de respaldo constitucional la imposición de sanciones administrativas de plano con fundamento en la comprobación objetiva de una conducta ilegal, en razón del desconocimiento que ello implica de los principios de contradicción y de presunción de inocencia, los cuales hacen parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso”*²³⁵

Para el Consejo de Estado es fundamental que con anterioridad a la imposición de la sanción se le haya concedido al interesado la oportunidad para que exprese sus puntos de vista y ejerza su derecho de defensa, y por tal razón:

“no es suficiente que esas decisiones estén debidamente motivadas y que sean notificadas, pues hay un procedimiento de imperativo

²³³ Eso así al menos en vigencia del decreto ley No. 01 de 1984, anterior Código Contencioso Administrativo.

²³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-145 de del veintiuno (21) de Abril de 1993 con ponencia del Magistrado Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

²³⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION C. CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C veinticinco (25) de julio de dos mil once (2011). Radicación: 85-001-23-31-001-1999-0200-01

cumplimiento que debe surtir en todas las actuaciones administrativas para garantizar el debido proceso”²³⁶

Ese tipo de vulneraciones al debido proceso, según el criterio de la Sala, implican la nulidad de los actos administrativos sancionatorios y los relacionados.

- ***Las garantías que hacen parte del debido proceso y que se encuentran consagradas en otras normatividades administrativas se integran a la gestión contractual de las entidades públicas***

Eso es lo que ha dado a entender la jurisprudencia del Consejo de Estado al comentar que cuando el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, dispone que “*las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales*”, condiciona esa remisión “*en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de dicha ley*”, de manera que las reglas contenidas en los artículos 3, 14, 15, 28, 29, 34, 35 y 36 del Decreto 01 de 1984 -Código Contencioso Administrativo²³⁷-, y los artículos 3º a 8º de la Ley 58 de 1982, que le ordenan a las entidades públicas comunicarle a los interesados la existencia y el objeto de las actuaciones que los puedan afectar, y le otorga a éstos el derecho de formular descargos, solicitar pruebas o presentar alegaciones, y en particular el artículo 35, según el cual “... habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares...”, deben ser armonizadas con los fines de la contratación pública y la prevalencia del interés general²³⁸.

²³⁶ *Ibídem*

²³⁷ Para este efecto deben entenderse más bien las normas correspondientes de la ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

²³⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., diecisiete

- ***La acción popular no es el medio idóneo para la anulación ni de los contratos estatales ni de los actos administrativos que le son propios***

Luego de la diversidad de posiciones jurídicas respecto de la posibilidad de que el Juez Constitucional, al conocer del trámite de acciones populares pudiera o no declarar la nulidad de los contratos estatales, la sección segunda de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado²³⁹ ha reiterado la posición de la Corte Constitucional²⁴⁰ según la cual es claro que mediante la acción popular no se pueden dejar sin efectos los contratos estatales. En el caso particular comentado, la Sección Segunda tuteló el derecho al debido proceso luego que el Tribunal Administrativo del Magdalena, en el trámite de una acción popular, declarara la nulidad absoluta del contrato de Concesión 001 del 2003, celebrado entre la Unión Temporal Servicios Integrados y Especializados de Tránsito y Transporte de Santa Marta, Sielt Santa Marta, y el Instituto Distrital de Tránsito y Transportes de Santa Marta, Indistran, hoy en estado de liquidación. El tribunal adoptó la decisión luego de conocido el fallo de la Corte Constitucional. Por tanto, la Sala recordó que el desconocimiento de la cosa juzgada constitucional originada en juicios de control de constitucionalidad constituye una vía de hecho que hace procedente el amparo constitucional de la acción de tutela, pues sus efectos son erga omnes y obligan a todos los jueces sin distinción.

Por lo tanto, cuando un Juez Constitucional en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales conociendo del trámite de una acción popular deja sin efectos

(17) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 05001-23-26-000-1992-00117-01 (18394). Actor: SCANOGRAFIA NEUROLOGICA LIMITADA

²³⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Sentencia 11001031500020120005800 (AC), del veintinueve (29) de mayo de 2012, con ponencia del Consejero, Dr. Luis Rafael Vergara

²⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-644 del treinta y uno (31) de Agosto de 2011 con ponencia del Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

un contrato público está violando el precedente constitucional en la materia y además vulnerando el debido proceso.

- ***Los mecanismos de desempate aleatorio que no estén previstos en la ley para establecer un orden de prelación son violatorios del debido proceso.***

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha consagrado que la imposición de condicionamientos que no estaban exigidos por las normas legales vulnera el principio de jerarquía normativa y el debido proceso. La sala explicó que existe el principio de “primero en el tiempo, primero en el derecho”, de tal forma que:

“consagrar un mecanismo de desempate, por sorteo, entre las solicitudes presentadas en un término de 30 minutos afecta la legalidad del proceso, pues el Ejecutivo no puede cambiar las reglas de juego fijadas por el Legislativo bajo el argumento de desarrollarlas”²⁴¹.

En este orden de ideas, los mecanismos de desempate que utilizan el alea solo pueden ser utilizados por las Entidades Públicas o reglamentados dentro de los procedimientos de selección cuando así están previstos por las normas legales o reglamentarias que regulan la materia, pues no es facultad de la Administración implementarlos en casos particulares para supuestamente desarrollar las normas superiores cuando éstas últimas no los han previsto.

- ***Los Actos Administrativos de revocatoria de una adjudicación de contrato no son actos de ejecución***

²⁴¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia No. 110010326000200600052 (33187) y 11001032600020070002700 (33962), del tres (03) de Febrero de 2010 con ponencia del Consejero Dr. Enrique Gil Botero.

El simple hecho de que la Entidad Pública consagre dentro de un acto administrativo de revocatoria de una adjudicación de contrato su característica de ser un acto de ejecución y que por lo tanto contra aquel no procede recurso alguno es debilitar notablemente las garantías del debido proceso. Así lo consideró en sede de tutela la Corte Constitucional, al considerar que el debido proceso, como derecho que debe predicarse también de todas las actuaciones administrativas, implica para la administración el deber de evitar la indefensión de los administrados, y se materializa, por ejemplo, en la necesidad jurídica de motivar los actos de manera que no se resten injustificadamente, las posibilidades legítimas que tiene, el administrado, de cuestionarlos en los términos de la ley²⁴².

Comentó la Sala de Revisión:

*“Aun cuando la administración estime que la naturaleza de su acto es de ejecución, lo determinante para establecer si contra él proceden las acciones de ley, es la configuración, naturaleza, fines y efectos del mismo, y no la simple voluntad exteriorizada de la administración. Por consiguiente, la Corte considera que con independencia de cuál sea la naturaleza del acto, no es suficiente para determinar si es cuestionable ante la jurisdicción el que la administración considere expresamente que no lo es”.*²⁴³

²⁴² CORTE CONSTITUCIONAL, T-841 del veinte (20) de noviembre de 2009 con ponencia de la Magistrada Dra. María Victoria Calle Correa.

²⁴³ *Ibídem*. Allí la Corte Constitucional hace referencia a la sentencia SU-201 de 1994 con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, donde se precisaron las diferencias entre los actos de trámite y los actos definitivos, así: “[l]os actos de trámite o preparatorios, a diferencia de los actos definitivos, no expresan en concreto la voluntad de la administración, simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo”

- ***La Falsa Motivación de los actos administrativos puede generar una vulneración al debido proceso***

La motivación de los actos administrativos que se profieran con ocasión de la gestión contractual de las entidades públicas tiene estrecha relación con el principio constitucional del debido proceso.

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, las autoridades administrativas se encuentran en la obligación de motivar suficientemente sus actos administrativos so pena de incurrir en una vulneración al debido proceso como garantía constitucional superior. En desarrollo de lo anterior debe poner de presente al contratista y a su garante las situaciones y los elementos de juicio que, potencialmente, puedan conducir a la generación o extinción del vínculo jurídico o de cualquier relación jurídica, de modo que tengan oportunidad de ejercer su derecho de contradicción y de defensa mediante la exposición de razones, la aportación de pruebas y la contradicción de las obrantes, pues esta clase de decisiones debe garantizar, necesariamente, el derecho fundamental al debido proceso, en los términos del artículo 29 de la Constitución Política, aplicable tanto a las actuaciones judiciales como a las administrativas, especialmente cuando las mismas traen como consecuencia jurídica la imposición de sanciones.

En un caso particular dijo el Consejo de Estado:

“La decisión de la Administración no es consecuente con la motivación del acto, pues si la entidad contratante consideraba que las obras que venía ejecutando el contratista no coincidían con el objeto contractual pactado, el hecho de que la construcción presentara fallas o defectos resultaba irrelevante para efectos de declarar la caducidad del negocio. Resulta contradictorio afirmar que las obras ejecutadas no estaban pactadas en el contrato y, al mismo tiempo, aseverar que se presentaba un incumplimiento

grave porque las obras presentaban defectos constructivos; en últimas, no era posible que el contratista se sustrajera de cumplir obligaciones que, a juicio de la entidad territorial, no estaban pactadas dentro del objeto del contrato, lo cual hace evidente la falsa motivación del acto de caducidad. (...) la Sala considera que la actuación de la Administración, orientada a declarar la caducidad del contrato, transgredió las más elementales reglas que informan el debido proceso (...).

La Sala considera que el acto administrativo contenido en la resolución 100, del 17 de abril de 1995, estuvo falsamente motivado y, con su expedición, se vulneró el debido proceso de la parte demandante”²⁴⁴

- ***No se vulnera el debido proceso cuando la administración solicita la nulidad de un contrato estatal y luego lo da por terminado***

Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia, La declaratoria judicial de nulidad absoluta de un contrato estatal y la terminación administrativa unilateral del mismo son institutos completamente diferentes y autónomos, aunque apuntan a la consecución de un mismo objetivo: la salvaguarda del interés general. Por lo tanto no se configura violación al debido proceso cuando la administración ha acudido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo solicitando la nulidad de un contrato estatal y, posteriormente, decide darlo por terminado en ejercicio de sus facultades legales. En el fallo, la corporación revocó una sentencia de un juzgado de Barranquilla que había amparado el derecho fundamental de Métodos y Sistemas S. A. por la actuación de la Alcaldía Distrital de

²⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil doce (2012). Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07799-01(17434). Actor: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

Barranquilla, que dio por terminado unilateralmente un contrato de consultoría.

Para la Sala de revisión de la Corte Constitucional, la declaratoria judicial de nulidad de un contrato y la terminación unilateral del mismo son dos vías jurídicas que pueden llegar a utilizarse de manera simultánea o sucesiva sin que ello constituya, en principio, vulneración alguna al debido proceso administrativo.

Comenta la Corte Constitucional:

“Siendo ello así, no se configura, prima facie, vulneración alguna al derecho fundamental a un debido proceso, cuando quiera que la administración acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a efectos de solicitar la declaratoria de nulidad de un contrato estatal, y posteriormente, en ejercicio de sus facultades legales decide darlo por terminado, tal y como sucedió en el caso bajo análisis”²⁴⁵

- ***La garantía del debido proceso administrativo sancionatorio también se predica de las personas jurídicas***

Para la Corte Constitucional, es claro que la naturaleza propia de las mismas personas jurídicas, la función específica que cumplen y los contenidos de los derechos constitucionales conducen necesariamente a que no todos los que se enuncian o se derivan de la Carta en favor de la persona humana les resulten aplicables. Pero, de los que sí lo son y deben ser garantizados cuidadosamente por el sistema jurídico en cuanto de una u otra forma se reflejan en las personas naturales que integran la población, la Corte

²⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-387 de 2009, con ponencia del Magistrado Dr. Humberto Sierra Porto

Constitucional ha destacado derechos fundamentales como el debido proceso y la igualdad, entre otros. Lo anterior quiere decir que de igual forma a como se predica de las personas naturales, las personas jurídicas son sujetos de protección constitucional del principio del debido proceso. En estos términos, la Corporación ha dicho:

“En último término, de lo que se trata es de evitar que la suerte del particular quede en manos del ente administrativo. Por lo cual, todo acto arbitrario de éste, entendido por tal el que se aparta de las normas aplicables, para realizar su propia voluntad, implica violación del debido proceso. (...) Así las cosas, al ser el debido proceso un derecho fundamental aplicable a toda actuación de carácter administrativo (C.P., art. 29), el cual está reconocido a las personas jurídicas.”²⁴⁶

- **No es dable a las entidades públicas fijar ellas mismas los procedimientos sancionatorios contractuales**

La Sala de lo Contencioso Administrativo, al juzgar la validez del artículo 87 del decreto 2.474 de 2008, conceptuó que no es posible que mediante normas internas se establezca el procedimiento sancionatorio contractual. Se fundamentó en que sólo la ley puede regular el tema, por tratarse de una materia reservada al legislador, y que mientras esto no ocurra se deben aplicar las reglas del Código Contencioso Administrativo²⁴⁷. En tal ocasión, la Sala, preguntándose sobre la legalidad de confiar a cada entidad estatal la potestad reglamentaria para el procedimiento de imposición de multas, comentó:

²⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia T-193 del cinco (05) de marzo de 2003 con ponencia del Magistrado Dr. Jaime Araújo Rentería.

²⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Acción de Nulidad, procedimientos de selección de contratistas. Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010). Radicación número: 110010326000200800101 00 (36054). Actor: PABLO ENRIQUE MANRIQUE CONVERS

“La Sala, en primer lugar precisa que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa. Esta conclusión, tal como lo señala la doctrina especializada, se desprende directamente del artículo 150 de la Constitución, si se tiene en cuenta que asigna como competencia exclusiva de la rama legislativa la expedición de códigos y sucede que los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo.

“Por consiguiente, no es admisible que mediante reglamento se asigne la competencia a cada entidad estatal de establecer aspectos procedimentales que comprometan o condicionen las garantías propias del derecho fundamental del debido proceso reconocido a toda persona en el ordenamiento jurídico. Cuando se trata de la relación que se establece entre administración y ciudadano (relación extra-orgánica), y se constata que la ley no ha definido los mínimos procedimentales, es indispensable acudir al procedimiento administrativo general consignado en el Código Contencioso Administrativo, norma supletoria para estos casos”²⁴⁸

Sería pues, violatorio de varias garantías del debido proceso, permitir a las entidades públicas en particular la libertad para la fijación interna de los procedimientos sancionatorios contractuales, pues esta facultad es exclusiva del legislador.

- ***Suspender el pronunciamiento un tribunal de arbitramento hasta tanto no exista decisión de la jurisdicción es violatorio del debido proceso***

²⁴⁸ Consejo de Estado, Ibídem.

Así lo manifestó la Corte Constitucional en sede de control concreto de constitucionalidad en un caso de tutela, al considerar que la decisión del Tribunal de Arbitramento de suspender su pronunciamiento sobre la cuestión hasta tanto la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no decidiera acerca de la procedencia de una causal de nulidad absoluta del Convenio propuesta por una de las partes contratantes sujetos de la relación jurídico procesal, desconocía el principio de autonomía de la cláusula compromisoria del contrato suscrito, con lo cual se vulnera el derecho a un debido proceso y de acceso a la administración de justicia que asiste a las partes contratantes²⁴⁹.

3.2 DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO Y ALCANCE NORMATIVO DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA BUENA FE EN MATERIA DE GESTIÓN CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS²⁵⁰

²⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia T-136 del veinte (20) de febrero de 2003 con ponencia del Magistrado Dr. Jaime Córdoba Triviño.

²⁵⁰ Respecto del principio de buena fe en el derecho administrativo, debe consultarse a: **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la Buena Fe en el Derecho Administrativo***. Editorial Civitas S.A. Madrid. P. 137 y 138, Quien comenta: “La buena fe implica un deber de comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían preveer (sic). Como dice una sentencia de 22 de abril de 1967, “la buena fe que debe presidir el trámite jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestado explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, por lo que no es dable al actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel acto; y que, conforme con la doctrina sentada en sentencias de esta jurisdicción, como las del Tribunal Supremo de 5 de julio, 14 de noviembre y 27 de diciembre de 1963 y 19 de diciembre de 1964, no puede prosperar el recurso, cuando el recurrente se produce contra sus propios actos”. Y la de 27 de febrero de 1981... dice que “constituye un principio del Derecho civil, y de la Teoría General del Derecho, la inadmisión de la contradicción con una propia conducta previa, como una exigencia de fides que impone al mantenimiento de una palabra dada, la constancia en la conducta, la lealtad a lo pactado o prometido, la observancia de la buena fe, una de cuyas exigencias es impedir venire contra factum proprium: principios de la dogmática jurídica que han sido plenamente refrendados por la jurisprudencia”a

3.2.1 Reglas que desarrollan el principio constitucional de la buena fe en materia de gestión contractual de las entidades públicas. En materia de gestión contractual de las Entidades Públicas, el principio constitucional de la buena fe ha sido consagrado en el estatuto general de contratación pública como un derecho y deber de los contratistas y como un criterio de interpretación de las reglas contractuales. Las mencionadas disposiciones se leen como se relata a continuación:

***Artículo 5º.- De los Derechos y Deberes de los Contratistas.** Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas:*

***2o.** Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y **buena fe** en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramamiento que pudieran presentarse.*

***Artículo 28º.- De la Interpretación de las Reglas Contractuales.** En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, **los mandatos de la buena fe** y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.*

(Negrillas por fuera de la transcripción original)

Se observa entonces con claridad como para el estatuto general de contratación de la Administración Pública la buena fe se constituye en un

mandato, un imperativo directo dotado de eficacia que impone a las partes contractuales el deber de obrar de acuerdo a sus criterios en todas las etapas contractuales, extrayendo de aquello consecuencias como las de evitar las dilaciones injustificadas y los entramamientos de los procedimientos contractuales. En el transcrito numeral segundo del artículo 5 de la ley 80 de 1993, al elevar la buena fe a la categoría de derecho de las partes contractuales – con su correlativo deber – se la da la suficiente eficacia normativa para regular la conducta de los extremos de la relación jurídica contractual.

Por su parte, para completar las dos funciones que cumplen las normas con categoría de principios dentro de un Estado Constitucional, el artículo 28 de la citada ley, le da al principio de buena fe y a sus mandatos la capacidad de orientar como criterio integrador del sistema jurídico la interpretación que realizan las partes del contrato, junto con otros mandatos como los de igualdad y equidad.

Los principios de la legislación administrativa general del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aplicables a la gestión contractual de las entidades públicas por constituir ésta última una función administrativa (artículo 2, ley 1437 de 2011) desarrollada por medio de procedimientos administrativos y por remisión directa del artículo 77 de la ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación Pública, también desarrollan el contenido del principio constitucional de la buena fe como se transcribe a continuación:

Artículo 3°. Principios. *Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

La regla del CPACA, enunciativa mas no exhaustiva, de los principios aplicables a los procedimientos administrativos, explica cómo en virtud del mandato del principio de buena fe, los sujetos de las actuaciones administrativas, tanto las Autoridades como las personas que llegan a sus despachos, deben presumir el comportamiento leal y fiel de los otros, esto como un desarrollo de la consagración constitucional que realiza dicha exigencia en el mismo sentido.

Igualmente, de manera similar a lo consagrado en la Ley 80 de 1993, el Código de Procedimiento Administrativo en su artículo 6 numeral segundo impone como un deber de las personas en sus actuaciones ante las Autoridades obrar de acuerdo al principio de la buena fe, dándosele a dicho principio un alcance similar al establecido en el Estatuto de Contratación, relativo a la no realización de dilaciones en las actuaciones, así como también abstenerse de efectuar o aportar a la actuación administrativa documentos o declaraciones que no se correspondan con la verdad, pero dejando abierta la textura del principio y aclarando que su contenido no se agota en lo descrito en la disposición legal. Dice la norma del CPACA:

Artículo 6º. *Deberes de las personas. Correlativamente con los derechos que les asisten, las personas tienen, en las actuaciones ante las autoridades, los siguientes deberes:*

2. Obrar conforme al principio de buena fe, absteniéndose de emplear maniobras dilatorias en las actuaciones, y de efectuar o aportar, a sabiendas, declaraciones o documentos falsos o hacer afirmaciones temerarias, entre otras conductas.

Más adelante, en el párrafo del artículo 6 se precisa como el incumplimiento de esos deberes, entre los cuales – como vimos – se encuentra el de buena fe, puede dar lugar a las sanciones penales, disciplinarias o de policía que sean del caso según la ley, dotando a los enunciados de mandato contenidos en el principio de plena eficacia, permitiendo la coacción oficial como consecuencia de su incumplimiento. Esto se ve confirmado en la legislación disciplinaria, que consagra como falta disciplinaria – entre otras – el incumplimiento de los deberes²⁵¹ que son predicables de los servidores públicos y en general de quienes cumplan funciones públicas. Consagra el referido párrafo del artículo 6 del CPACA:

“El incumplimiento de estos deberes no podrá ser invocado por la administración como pretexto para desconocer el derecho reclamado por el particular. Empero podrá dar lugar a las sanciones penales, disciplinarias o de policía que sean del caso según la ley.”

Esto llama la atención pues implica la posibilidad de exigir el cumplimiento forzado de los postulados propios del principio de buena fe solo por su transgresión sin que sea necesario realizar una juicio silogístico de

²⁵¹ Consagra el Código Disciplinario Único, ley 734 del cinco (05) de febrero de 2002: **Artículo 23.** *La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve **incumplimiento de deberes**, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento*

adecuación en una regla que desarrolle su contenido, el cual, insistimos, de acuerdo con la redacción de la norma del artículo 3 del CPACA no se agota en su simple enunciación sino que deja abierta su textura para ser desarrollada en casos puntuales.

Sobre la aplicación directa del principio constitucional de la buena fe ha comentado la Corte Constitucional en sede de revisión abstracta de constitucionalidad:

“La circunstancia de que el principio de la buena fe tenga un claro fundamento constitucional, es de gran trascendencia en el área del derecho público. De un lado, por cuanto permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados”²⁵²

Para terminar merece especial mención como la buena fe fue uno de los – si no el más importante – fundamentos que tuvo el Gobierno Nacional para la adopción del estatuto antitrámites contenido en el Decreto No. 019 del diez (10) de enero de 2012, por el cual se dictaron normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública; en dicha regulación no solo hacen referencia al mandato fundamental superior de la buena fe contenido en el artículo 83 de la Constitución Política, sino que en los considerandos que expresan la motivación para la adopción de la decisión reitera que el enunciado de la buena fe al cual deben someterse tanto las personas como las autoridades en el ejercicio de sus funciones, impone el deber “de obrar bajo los postulados

²⁵² Corte Constitucional, sentencia C-892 del veintidós (22) de agosto de 2001 con ponencia del Magistrado Dr. Rodrigo Escobar Gil.

de la buena fe, es decir que deben sujetarse a los mandatos de honestidad, lealtad y sinceridad". La buena fe se erige así como uno de los postulados fundamentales y de los principios a cuyo logro debe estar enfocada la actividad de la Administración.

3.2.2 Determinación jurisprudencial del contenido del principio constitucional de la buena fe en materia de gestión contractual de las entidades públicas²⁵³. Respecto del principio de buena fe en el ámbito de la contratación estatal junto con otros preceptos de diversas partes del ordenamiento jurídico, sostuvo la Corte Constitucional²⁵⁴:

"[El régimen de contratación estatal] no se nutre únicamente de las orientaciones normativas que sobre la materia aparecen desarrolladas en los códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, sino que integra a este régimen aquellos principios consustanciales a los contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, que para el Derecho Administrativo son de gran importancia y trascendencia en cuanto que, como ya se explicó, cumplen el objetivo de trasladar a la administración pública la carga del daño antijurídico sufrido por el contratista, asegurándose el equilibrio de la relación jurídica contractual y la integridad del patrimonio particular"

En dicho fallo, la Sala Plena sostuvo que los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales y sus respectivas implicaciones prácticas son:

²⁵³ Corte Constitucional, Sentencia T-209 del diecisiete (17) de marzo de 2006 con ponencia del Magistrado Dr. Jaime Córdoba Triviño. Comenta la Corporación: *"Es claro que no existen aplicaciones tipificadas de la buena fe, pues ello equivaldría a reducir tal categoría a unos cuantos supuestos, por ello diremos inicialmente, siguiendo la jurisprudencia que se ha mencionado en los antecedentes de estas consideraciones, que en la contratación administrativa debe estar proscrita toda conducta que atente contra los intereses de las partes y la finalidad de la ley de contratación"*

²⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-892 del veintidós (22) de agosto de 2001 con ponencia del Magistrado Dr. Rodrigo Escobar Gil.

1. El principio de la autonomía de voluntad, en virtud del cual la Administración pública está en capacidad de celebrar todos los contratos que resulten necesarios para satisfacer los intereses de la comunidad;
2. El principio de la prevalencia del interés público, que le reconoce a la administración una prerrogativa especial para ajustar el objeto del contrato a las necesidades variables de la comunidad;
3. El principio de la reciprocidad de prestaciones, según el cual, lo importante y relevante en el régimen de contratación es la equivalencia real y objetiva entre los derechos y obligaciones que surgen de la relación contractual, y no la mera equivalencia formal y subjetiva con la que se llega a la simple satisfacción de los intereses individuales considerados por las partes cuando se formalizó el contrato; y
4. El principio de la buena fe, que obliga a la administración pública y a los particulares contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos

Ya específicamente en relación con el principio de buena fe en la gestión contractual de las Entidades Públicas, la sentencia comentó que en el ordenamiento jurídico colombiano la buena fe se reconoce como un principio general de derecho, a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. Para la Corte, por intermedio de este principio: *“se le impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan —lealtad y honestidad—, estableciéndola como presunción en todas las gestiones que ‘aquellos adelanten ante estas’*²⁵⁵

²⁵⁵ Corte Constitucional, Ibídem

- ***La legalidad y las normas vigentes implican una limitante a las aplicaciones prácticas del principio de buena fe***

Para el Consejo de Estado:

“Difícil resulta aceptar, que el principio de la buena fe, implicaba (...) el deber de adoptar las medidas necesarias para apropiar recursos suficientes que permitieran la ejecución total de la obra, y prorrogar el plazo indefinidamente como para predicar que el no haberlo hecho, configure un verdadero incumplimiento contractual, pues no debe perderse de vista que bajo el manto de la aplicación de dicho principio, no pueden las partes del negocio jurídico celebrado, violar abiertamente el estatuto contractual”²⁵⁶

Ciertamente que, para la Sala de lo Contencioso Administrativo, la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia de una conducta *“enmarcada dentro del contexto de la corrección, la claridad y la recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato”*.

Pero ello es, según el Consejo de Estado, bien diferente a pretender derivar conductas y deberes que se concretarían en una violación manifiesta de las normas de orden público que disciplinan la actividad negocial de las entidades públicas, dentro de las cuales, desde luego, ocupa lugar preponderante las que regulan los mecanismos de selección y la forma de ejecución de los contratos estatales.

²⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del dieciséis (16) de marzo de 1998, radicación 11196, ponencia del Consejero Dr. Daniel Suárez Hernández.

No se olvide que el valor del contrato, es un elemento del negocio cuya precisión inicial y adecuada determinación resultan indispensables para determinar el régimen aplicable en punto de los requisitos de perfeccionamiento a la luz del estatuto contractual. La regla general bien podría sostenerse es la adecuada determinación de aquél. La excepción es la posibilidad de su modificación.

Concluye la Sala:

“Lo que sí no puede aceptarse, por ser una práctica contraria al espíritu del estatuto de contratación, es que las partes puedan asignar a su antojo, casi que arbitrariamente cualquier valor al contrato estatal, para luego por la vía de las adiciones, incrementarlo en proporciones inacceptables”.²⁵⁷

En igual sentido y reforzando la posición anterior, ha comentado igualmente la corporación, respecto de la legalidad como limitante para las implicaciones del principio de buena fe, particularmente relativo a las prórrogas automáticas:

“(…) difícil resulta aceptar, que el principio de la buena fe, implicaba para el demandado el deber de prorrogar el plazo indefinidamente como para predicar que el no haberlo hecho, configure un verdadero incumplimiento contractual, pues no debe perderse de vista que bajo el manto de la aplicación de dicho principio, no pueden las partes del negocio jurídico celebrado, violar abiertamente el estatuto contractual”²⁵⁸

²⁵⁷ Consejo de Estado, Ibídem

²⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION “C”. Consejera Ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ.

- ***Contenido del principio de buena fe en sede contractual pública como integrador del contrato***

Para la Sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, el principio de la buena fe contractual impone a las partes contractuales hacer todo lo que se requiera, incluso más allá del texto específicamente convenido, en procura de proteger los intereses propios y los de la contraparte y, refiriéndose de la contratación estatal, el interés que atañe a la comunidad en general y al Estado respecto de la celebración y ejecución de negocios jurídicos para el cumplimiento de las finalidades públicas y los fines del Estado²⁵⁹.

En el comentado pronunciamiento, el Consejo de Estado estableció que la buena fe cumple una función de integración de los enunciados contractuales y sus disposiciones, esto *“en la medida en que constituye una causa o fuente de creación de especiales deberes de conducta, exigibles, en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes”*²⁶⁰. Siendo claro que el principio de la buena fe no ofrece una única regla para resolver un caso particular, sino que en virtud de la necesidad de concreción que le es connatural por su naturaleza de principio, en cada supuesto exige un juicio valorativo para la aplicación del contenido objetivo general del principio, teniendo en cuenta las especiales consecuencias del caso en relación con los ideales jurídicos a que el principio se refiere; obviamente, concluye la Sala, *“si llega a ocurrir que el incumplimiento de los deberes u obligaciones que impone el principio de*

Bogotá, D. C, dieciocho (18) de enero de dos mil doce (2012). Radicación número: 41001-23-31-000-1994-7682-01 (20461). Actor: Sociedad de Apuestas Permanentes del Huila Ltda.

²⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010). Radicación número: 44001233100019980045001(17935). Actor: DANELFI PEÑARANDA MEDINA

²⁶⁰ Consejo de Estado, Ibídem

buena fe genera perjuicios, habrá lugar al reconocimiento y pago de las indemnizaciones correspondientes”

Como desarrollo del principio de buena fe en materia contractual, la Corte Constitucional, citando al Consejo de Estado²⁶¹ ha comentado:

“Las exigencias éticas que se extraen del principio de la bona fides, coloca a los contratantes en el plano de observar con carácter obligatorio los criterios de lealtad y honestidad, en el propósito de garantizar la óptima ejecución del contrato que, a su vez, se concreta en un conjunto de prestaciones de dar, hacer o no hacer a cargo de las partes y según la naturaleza del contrato, las cuales comprenden, inclusive, aquella de proporcionarle al contratista una compensación económica para asegurarle la integridad del patrimonio en caso de sufrir un daño antijurídico. Con buen criterio, el Consejo de Estado ha venido considerando en su extensa jurisprudencia, acorde con la que ya ha sido citada en esta Sentencia, que el principio de la buena fe debe reinar e imperar durante el periodo de celebración y ejecución del contrato, concentrando toda su atención en la estructura económica del negocio jurídico, con el propósito específico de mantener su equivalencia económica y evitar que puedan resultar afectados los intereses patrimoniales de las partes”

En otro pronunciamiento, el Consejo de Estado advirtió que principios como el de la buena fe se entienden incluidos en el contrato sin importar que los contratantes no los hayan pactado al respecto de manera expresa en el texto contractual, pues el ordenamiento jurídico colombiano genera obligaciones y derechos en los contratos, puesto que las normas imperativas, las normas

²⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 1996. C.P. Jesús María Carrillo, citado en Corte Constitucional sentencia T-209 de 2006. Texto original de: Corte Constitucional, sentencia C-892 del veintidós (22) de agosto de 2001 con ponencia del Magistrado Dr. Rodrigo Escobar Gil.

supletorias, la buena fe en particular, la costumbre y la equidad se integran al contrato y adicionan o añaden obligaciones y derechos más allá de lo expresado por las partes contractuales en ejercicio de su autonomía contractual, tal y como está dispuesto en los artículos 8 y 1603 del Código Civil, 871 del Código de Comercio y 38 de la Ley 153 de 1887 , los cuales son aplicables en su integridad a la contratación estatal, por remisión expresa de la Ley 80 de 1993²⁶².

- ***La confianza legítima en el actuar de la Administración como una consecuencia del principio de buena fe en la contratación pública. Especial referencia a las obligaciones de imposible cumplimiento por yerro del contratista: éstas no deben adjudicarse***

Una clara proyección del principio constitucional de la buena fe es el de la confianza legítima²⁶³ en la Administración y en la esperanza de que no se actuará lesionando los intereses de los contratistas. Por esta especial circunstancia que la Corte Constitucional quiso destacar, resultó lesionado en un caso particular el principio de la buena fe, pues como se viene señalando, la aplicación del dicho principio en el escenario contractual permite al administrado tener la confianza en que la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines que se persiguen. Y en que no le va a ser exigido en la forma más inadecuada y gravosa en atención a sus condiciones personales y a las propias de la

²⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de febrero de 2013, radicación 470012331000199806185 01 (24166) con ponencia del Consejero Dr. Danilo Rojas Betancourth, Actor: Ingeléctrica del Caribe Ltda.

²⁶³ Esta posición ha sido adoptada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia 15001-23-31-000-1994-0135-01(12853) del ocho (08) de noviembre de 2001, con ponencia de la Consejera Dra. Maria Elena Giraldo Gómez, en los siguientes términos: “La jurisprudencia constitucional ha enseñado, en vigencia de la nueva Carta Política, que el principio de confianza legítima que el Estado propugna con sus conductas tiene que tener un efecto vinculante en las relaciones sociales. Dicho de otro modo ese principio conduce a que no resulta justo desamparar a quienes actuando de buena fe, creen, dada la conducta del Estado, tener legitimidad”

administración pública. Confianza legítima en que no se le va a imponer una obligación que ni aun superando dificultades extraordinarias puede cumplir. Confianza, en fin, en que la administración no va a adoptar una conducta inesperada y contraevidente que sólo sirve para eludirla²⁶⁴.

En el caso particular analizado por la Sala de revisión de tutelas de la Corte Constitucional, la posición de la entidad pública de adjudicar un contrato imposible de ejecutar, agravando las condiciones del contratista y a sabiendas de que no le era posible el cumplimiento del contrato, se infringió el principio de buena fe. Es así como cuando una vez el contratista ha confesado su error, la administración no debía mantenerse en la posición de adjudicar el contrato teniendo como base los cuadros de precios que acompañaron la propuesta, los cuales contenían el referido yerro, desatendiendo la solicitud de corrección presentada por el accionante, sino que es entendible la posición del contratista de esperar de la Administración las soluciones que la propia ley ofrece para esos casos, como el rechazo de la oferta por contradictoria.

Hay mala fe de parte de la Entidad cuando, a sabiendas del error y de la imposibilidad en que se colocaba al contratista que ya lo había confesado, decide adjudicar el contrato con los precios de ítem sobre los cuales recaía el error de la oferta con marcada desproporción. Para la Corte Constitucional, en este caso hay claramente una contravención al principio de buena fe pues existe un aprovechamiento deliberado del error del contratista por parte de la Administración para beneficiarse del mismo, callando el conocimiento que tenía de la equivocación de aquel y adjudicando. Explica la Sala de Revisión de la Corte:

²⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-209 del diecisiete (17) de marzo de 2006 con ponencia del Magistrado Dr. Jaime Córdoba Triviño.

“En este caso, se insiste, so pretexto de aplicar con rigor la ley, adjudica un contrato con el pleno conocimiento de que no se iba a ejecutar. La aplicación del principio de buena fe en este caso se aprecia de gran valía, porque constituye un límite al poder público en tanto su aplicación impide que el ejercicio de potestades públicas se tornen arbitrarias”²⁶⁵

- ***Principio de buena fe implica el deber de coherencia en el comportamiento y la proporcionalidad en la sanción o prestación impuesta.***

Como concepto que irrumpe en el contenido ético social del orden jurídico y sirve de cauce para la integración del ordenamiento jurídico, la buena fe impone el deber de coherencia en el comportamiento, conllevando una regla de comportamiento *civiliter*, es decir, que lo que debe esperarse de las partes es que actúen de manera seria y honesta. Para la Corte Constitucional, por lo tanto:

“[S]e infringe la buena fe cuando se toma una decisión que no era la esperada de una entidad que en un Estado Social de derecho vela por los intereses de los contratistas y del Estado mismo. La mayor de las quejas frente al proceder de la Administración en este caso estriba en la adopción de una decisión que perjudicaba al contratista y la posterior sanción a sabiendas de que el oferente sí había actuado de buena fe, o por lo menos con la lealtad que se esperaba al poner en conocimiento el yerro de su oferta.”²⁶⁶

El de proporcionalidad es también un postulado que informa toda la actividad administrativa y no pretende otra cosa que la adecuación entre medios y fines, entre las medidas utilizadas y las necesidades que se tratan de

²⁶⁵ Corte Constitucional, Ibídem

²⁶⁶ Corte Constitucional, Ibídem

satisfacer. En el caso concreto la Administración debe optar por lo menos restrictivo, no por lo más gravoso, e imponer sanciones que no sean superiores a las estrictamente necesarias para el cumplimiento del fin perseguido. En caso contrario, el juez constitucional debe apelar al principio de la buena fe para evitar los resultados injustos que a veces ocasiona una rigurosa aplicación de la ley²⁶⁷. En el caso particular, la Entidad Pública ejerció una potestad administrativa cuando la administración conocía plenamente que el proponente no iba poder cumplir el contrato que le imponía formalizar, lo que constituye una infracción al principio de la buena fe.

- ***Suministrar información hace parte del deber de cooperación y es desarrollo del principio de buena fe en la contratación estatal***

El Consejo de Estado señaló que en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho o conforme al contrato, lo que es relevante son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de las funciones del contrato, dentro del ámbito de la legalidad, lealtad y corrección. Dentro de los deberes propios de la buena fe contractual, agregó la Sala, está el de brindar información a la otra parte en virtud de lo que hoy se conoce como un deber de cooperación o solidaridad. Para el alto tribunal, este deber es más relevante en la contratación estatal, porque en esta la finalidad que se persigue es la satisfacción del interés general mediante la prestación de servicios públicos. Este deber de información, que debe ser veraz, auténtica y completa, encuentra sus límites en la ley y en la carga de la autorresponsabilidad negocial²⁶⁸.

²⁶⁷ *Ibídem*

²⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia Rad. No. 25000232600019980032401 (22043), del diecinueve (19) de noviembre de 2012, ponencia del Consejero Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

- ***No deben las partes guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan al momento de realizar modificaciones o adiciones al contrato***

El silencio de las partes contractuales sobre reclamaciones económicas que tengan al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales, cuyo propósito es precisamente el de ajusta el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica de la ejecución de las prestaciones contractuales al momento de su realización, no solo es contrario a derecho sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales. Para la jurisprudencia del Consejo de Estado atenta contra el principio de la buena fe tal silencio para posteriormente sorprender a la otra parte con tal reclamación, más adelante en la ejecución contractual o al terminar la misma. Recordó al respecto la Sala:

“(...) la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato”²⁶⁹

El Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha expuesto su criterio jurisprudencial según el cual la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por hechos previos que fueran conocidos a la fecha de suscripción de un contrato modificatorio, adicional o un acta de suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente esos hechos anteriores (excepto por vicios en el

²⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del veintinueve (29) de octubre de 2012, Radicación número: 13001233100019920852201, Expediente número: 21.429; Consejero Ponente (E): Dr. Danilo Rojas Betancourth. Actor: Sociedad Construcciones Lety Ltda.

consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos²⁷⁰, o sea *“venire contra factum proprium non valet”*, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.

En el caso particular estudiado por el Consejo de Estado en la providencia citada, la Sala considero que no podían prosperar las pretensiones de la parte actora respecto de la mayor permanencia en obra, dado que la ampliación del plazo así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en negocios jurídicos adicionales que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato, máxime cuando, en el caso particular, en los mismos hizo expresa renuncia de reclamaciones por los hechos que dieron lugar a su celebración. Haber procedido de forma diferente implicaría atentar contra el postulado superior de la buena fe en materia contractual

En posterior pronunciamiento de la Sección Tercera de la sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se reiteró la anterior posición y se precisó que la omisión o silencio sobre reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificador, adicional o suspensión impide que se discutan posteriormente esas situaciones.

“A juicio de la corporación, una actuación contraria desconoce los deberes de corrección, claridad y lealtad negociables respecto de las reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de

²⁷⁰ La teoría de los actos propios será explicada más adelante en este mismo trabajo, adelantamos que se trata de que *“nadie puede venir válidamente contra sus propios actos, regla cimentada en el aforismo “adversus factum suum quis venire non potest”, que se concreta sencillamente en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, o sea, “venire contra factum proprium non valet”*.

*celebrar contratos modificatorios o adicionales. Además, no es lícito que las partes entren en desacuerdo con sus propios actos o vayan en contra de la buena fe que impera en las relaciones jurídicas.*²⁷¹

En tal sentido la Sección tercera negó, para ese caso en particular que se configurara un desequilibrio económico en un contrato de obra pública, pues aunque incurrió en una falta grave de planeación, las partes tomaron las medidas que permitieron conjurar y superar la falencia, sin que alguna de ellas manifestara discrepancias.

- ***No puede la Entidad alegar en su favor su propia demora en la aprobación de garantías***

También como una aplicación de la prohibición de abusar de sus propios actos se encuentra la posición sostenida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, según la cual una entidad pública no puede aducir como argumento para enervar la acción contractual impetrada por el contratista su propio silencio frente a la obligación de avalar la garantía o dejar de hacerlo (exponiendo en tal caso las razones que acompañan su negativa), ya que, en palabras de la Sala: *“contraría el postulado constitucional de buena fe y repugna al deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios que, una alegación fundada en la propia culpa pueda salir adelante”*²⁷².

²⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 25000232600019970439001, Expediente: 18080 del treinta y uno (31) de agosto de 2011, ponencia de la Consejera Ruth Stella Correa Palacio.

²⁷² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Sentencia No. 19970534601 (23966). Veintiocho (28) de junio de dos mil doce. CP. Stella Conto Díaz del Castillo. Actor: SOCIEDAD CONSTRUCCIONES Y FACHADAS LTDA. Demandado INSTITUTO COLOMBIANO PARA EL FOMENTO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR–ICFES.

Para el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su sala jurisdiccional:

“La aprobación de la garantía no se sujeta a la merced de la entidad demandada, en cuanto más que la potestad de resolver si el contrato se ejecuta o no comporta una prestación de cumplimiento imperativo, lo que hace al silencio de la administración subversivo de un deber legal y conlleva responsabilidades”²⁷³

- ***En materia contractual pública rige la buena fe objetiva²⁷⁴: no puede pretenderse contrario a lo consagrado en el texto contractual un reajuste de precios.***

En reciente providencia del Consejo de Estado se recordó que de acuerdo a lo consagrado en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan, por lo tanto, a lo que en ellos se pacte y a todo lo que corresponda a su naturaleza. Estos preceptos consagran lo que se conoce como buena fe objetiva, y que consiste fundamentalmente, según las propias palabras de la Sala:

“(...) en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante

²⁷³ Ibídem

²⁷⁴ En este mismo sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 1996. C.P. Jesús María Carrillo citada en: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-209 (17, marzo, 2006). MP. Jaime Córdoba Triviño. cuando comenta: “El principio de la buena fe, como elemento normativo de imputación, no supone, en consecuencia, una actitud de ignorancia o creencia de no causar daño al derecho ajeno, ni implica una valoración subjetiva de la conducta o del fuero interno del sujeto. En realidad, tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado.”

*también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia*²⁷⁵

Lo anterior implica que en sede contractual no interesa tanto la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho (buena fe subjetiva), sino lo que importa es el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución de los acuerdos contractuales (buena fe objetiva). Por lo tanto, si por ejemplo una parte busca privilegiar sus intereses en detrimento del interés de la otra parte contractual y, téngase muy en cuenta, alejándose de lo que se ha convenido, tal comportamiento contraria el deber de buena fe objetiva que debe imperar en las relaciones jurídico negociales.

Para el caso particular, la Sala revisó un contrato donde se había pactado que las revisiones periódicas de precios debían hacerse “en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos”, por lo cual, como categoría complementaria, se excluían las variaciones de aquellos factores que no eran determinantes en los costos del correspondiente contrato. Así, en dicho libelo, si bien se aceptó que la inflación era un factor que afectaba la ecuación financiera del contrato estatal – más aun en caso de que la fórmula prevista por las partes para el reajuste de los precios no tenía en cuenta tal factor – podría entonces restablecerse el equilibrio económico perdido si se demostraba el incremento anormal del valor de los insumos propios de la obra y de otro lado que la fórmula de ajuste de precios pactada es insuficiente.

Sin embargo, la Sala encontró que era contrario a la buena fe objetiva el hecho de que la parte demandante pretendiera apartarse de lo convenido

²⁷⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Sentencia 85001-23-31-003-1998-0070-01 (18836). CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Actor: TOPCO S. A. Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS “INVÍAS”.

contractualmente para que con fundamento en el IPC – un índice diferente al pactado y que no guardaba relación directa con el objeto negocial – se le reajustaran los precios del contrato por el simple hecho de encontrarlo más favorable a sus intereses, con desantención de los intereses de la otra parte contractual *“toda vez que no fue motivo de su preocupación demostrar que los factores del índice acordado sufrieron incrementos anormales que alteraron gravemente el equilibrio financiero e hicieron inoperante la fórmula prevista”*²⁷⁶, razón por la cual se falló en su contra.

Por todo lo anterior, el desconocimiento del principio de buena fe en la ejecución del contrato, conlleva al surgimiento de la obligación a cargo del incumplido de responder por los daños antijurídicos causados²⁷⁷. Esto como una clara consecuencia de la regla según la cual todo comportamiento contrario a la misma, en cuanto ilícito, tiene implícita la obligación de pagar perjuicios.

- ***Demandar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando ya ha sido recibida la contraprestación por su ejecución es ir contra los actos propios***

En los contratos de tracto sucesivo o ejecución continuada, de acuerdo con la buena fe y la costumbre y en atención a su naturaleza, la entidad estatal y el interventor, si lo hay, reciben y aceptan las obras o bienes de parte del contratista, antes de pagar el saldo del precio, de manera que no se incurre en exceso alguno al someter al contratista a esas exigencias mínimas, que simplemente constituyen un desarrollo de lo acordado en las cláusulas referidas.

²⁷⁶ *Ibídem*

²⁷⁷ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 1996. C.P. Jesús María Carrillo

Para la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado²⁷⁸, obra en contra de sus propios actos el contratista que demanda el restablecimiento del equilibrio económico de un contrato respecto del cual ya celebró un convenio con la entidad estatal y recibió el pago correspondiente.

La teoría de los actos propios es una de las formas como se concreta el principio de buena fe aplicable en materia de contratos. El *venire contra factum proprium non valet* ha sido definido por la Sección Tercera del Consejo de Estado en los siguientes términos:

“Y es que vale la pena subrayar que nadie puede venir validamente contra sus propios actos, regla cimentada en el aforismo “adversus factum suum quis venire non potest”, que se concreta sencillamente en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, o sea, “venire contra factum proprium non valet”. Es decir va contra los propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente, lo que significa que la pretensión que se funda en tal proceder contradictorio, es inadmisibile y no puede en juicio prosperar. La jurisprudencia nacional no ha sido ajena a la aplicación de esta regla. En suma, la regla “venire contra factum proprium non valet” tiene una clara aplicación jurisprudencial, pero además goza de un particular valor normativo en la medida en que está fundada en la buena fe, la cual el ordenamiento erige como principio de derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, como ética media de comportamiento exigible entre los particulares y entre éstos y el Estado”²⁷⁹

²⁷⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de febrero de 2013, radicación 470012331000199806185 01 (24166) con ponencia del Consejero Dr. Danilo Rojas Betancourth, Actor: Ingelétrica del Caribe Ltda.

²⁷⁹ *Ibíd.*

- ***Las obras adicionales ejecutadas de buena fe deben ser reconocidas aunque no se hayan formalizado***

Después de discurrir sobre la naturaleza del principio de buena fe²⁸⁰ y su incidencia en las actuaciones contractuales de la administración²⁸¹, en un caso particular la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, analizando sobre el mantenimiento de la ecuación financiera del contrato (artículo 27 de la ley 80 de 1993) y la obligación de suscribir los acuerdos y pactos necesarios para su restablecimiento, expresó como dicha disposición otorga a las partes contractuales la facultad de solucionar aquellas situaciones que, en el devenir normal del contrato, pueden poner en riesgo su equilibrio financiera, la igualdad de las cargas en las prestaciones y

²⁸⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469). Veintinueve (29) de agosto de dos mil siete. CP. Mauricio Fajardo Gómez. Actor: MARIO EDUARDO ROSASCO ESTUPIÑÁN. Demandado: MUNICIPIO DE TUMACO. Al respecto el Consejo de Estado: *“El principio de la buena fe que se sustenta en el valor ético de la confianza constituye la base de las relaciones jurídicas, que impone a los sujetos de derecho determinados comportamientos y reglas de conducta, tanto en el ejercicio de sus derechos como en el cumplimiento de sus obligaciones. La buena fe ha sido considerada por la doctrina como el tipo de conducta social que se expresa en la lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado y diligente que supone necesariamente no defraudar la confianza de los demás, ni abusar de ella, guardar fidelidad a la palabra dada y conducirse de forma honrada en cada una de las relaciones jurídicas(7); también ha señalado que todo comportamiento de una de las partes (deudor o acreedor, autoridad o súbdito), contrario a la honestidad, a la lealtad, a la cooperación, etc., entraña una infracción del principio de la bona fides porque defrauda la confianza puesta por la otra parte, que es el fundamento del tráfico jurídico”*

²⁸¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469). Veintinueve (29) de agosto de dos mil siete. CP. Mauricio Fajardo Gómez. Actor: MARIO EDUARDO ROSASCO ESTUPIÑÁN. Demandado: MUNICIPIO DE TUMACO. En esta oportunidad sostuvo la Sala: *“El principio de la buena fe, en la relación contractual, tiene singular incidencia en los contratos bilaterales o sinalagmáticos que contienen prestaciones recíprocas, a fin de preservar la equivalencia o proporcionalidad entre las prestaciones desde el inicio del contrato y durante su ejecución, dado que en tales contratos cada parte se obliga a una prestación a cambio de que la otra se obligue a la propia, regla “do ut des”, (te doy para que me des); es decir, que entre las partes surgen derechos y obligaciones que conforman la equivalencia económica de las prestaciones recíprocas.”*

contraprestaciones, esto por cuanto el contratista es un colaborador del Estado en el cumplimiento de los cometidos estatales y la satisfacción del interés público. Como consecuencia de lo anterior, comentó la Sala:

“(...) por lo tanto las partes se encuentran comprometidas no solo en realizar todas las actividades necesarias para cumplir el objeto contractual, con lealtad y buena fe, sino también tienen el deber de tomar las medidas necesarias para que aquella parte que ha sufrido una mayor carga en sus prestaciones pueda ser restablecida, puesto que no consulta el ideal ético jurídico de la justicia conmutativa que la parte que fue ajena a los hechos, tenga que sufrir menoscabo en su patrimonio por la conducta de la otra, que conllevó a la alteración de las condiciones que se tuvieron en cuenta al momento de proponer o contratar.”²⁸²

De tal manera que, resolviendo las cuestiones del caso sub lite, la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo se expresó en el sentido de que so pretexto de la falta de formalización de las obras adicionales por causas imputables exclusivamente a la Administración, no pueden quedar burlados los principios de buena fe y equivalencia de las prestaciones mutuas para la parte contratista; mucho menos se puede propiciar el detrimento patrimonial de éste, cuya conducta no fue otra que la de colaborar de buena fe con en el cumplimiento de los fines del Estado, para entregar una obra completamente terminada y a satisfacción de la entidad contratante. Así que el principio de la buena fe informa que es deber de la Administración el reconocimiento del pago de las obras adicionales ejecutadas por el contratista aun cuando éstas no cuenten con el respectivo respaldo en un

²⁸² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469). Veintinueve (29) de agosto de dos mil siete. CP. Mauricio Fajardo Gómez. Actor: MARIO EDUARDO ROSASCO ESTUPIÑÁN. Demandado: MUNICIPIO DE TUMACO.

contrato adicional, lo cual implicaría un requisito formal al que no se le puede dar mayor importancia que el principio constitucional superior.

Recordó en este caso la Sala, el criterio que se ha tenido para el reconocimiento del pago de las obras adicionales ejecutadas de buena fe pero no pactadas previamente:

“La administración consintió en la ejecución de las obras que llevó a cabo el contratista, y que una vez construidas e incorporadas al patrimonio de ésta no puede negarse a pagarlas, porque la negligencia y la incuria de ésta, no permitió oportunamente la firma de un contrato adicional, para sustentar la legalidad de las mismas. La Sala no patrocina el razonamiento del apoderado de la entidad demandada, que lo lleva a afirmar. “Por el contrario quien desconoció el principio de la buena fe en la ejecución de este fue el contratista...”. Y no la patrocina, pues la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión resulta de mayor interés que la de la propia ley, situaciones como la que se ha dejado descrita merecen censura y rechazo pues dejan la impresión de que en el manejo de la relación negocial la administración al negarse a pagar las obras construidas, pretende sacar provecho o beneficio a cargo del contratista, generándose por contera un desequilibrio patrimonial que de todos modos debe ser remediado. Por algo se enseña que nadie puede enriquecerse sin causa, siendo esta figura una de las fuentes de las obligaciones. La administración debe proceder de buena fe en el momento de suscribir los contratos y a lo largo del cumplimiento de deberes jurídicos”²⁸³

²⁸³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 9409. Once (11) de julio de mil novecientos noventa y seis. CP. Jesús María Carrillo Ballesteros. Actor: AITOR DE LARRAURI. Demandado: BENEFICENCIA DEL TOLIMA. citada en: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469). Veintinueve (29) de agosto de dos mil siete. CP. Mauricio Fajardo Gómez. Actor: MARIO EDUARDO ROSASCO ESTUPIÑÁN. Demandado: MUNICIPIO DE TUMACO.

Como conclusión, en virtud del principio de la buena fe y la preservación de la equivalencia de las prestaciones mutuas:

- a) Las partes están en el deber de tomar las medidas necesarias para que aquella que fue ajena a los hechos y sin embargo sufrió una mayor carga en sus prestaciones pueda ser restablecida al no tener la obligación de soportar una disminución patrimonial por causa de la conducta de la otra
- b) La falta de formalización o legalización, mediante contrato escrito de las obras adicionales, por causas imputables exclusivamente a la Administración, no pueden burlar los principios de buena fe y equivalencia de las prestaciones mutuas, ni tampoco propiciar el detrimento patrimonial del contratista cuya conducta estuvo siempre orientada al cumplimiento de los fines del Estado, para entregar una obra completamente terminada y a satisfacción de la entidad contratante

En variados pronunciamientos²⁸⁴ la Sala de lo Contencioso Administrativo ha insistido en que para la Administración surge la obligación de pagar las obras ejecutadas con asentimiento de su parte, con el fin de evitar un enriquecimiento injustificado y de conformidad con el principio de la buena fe,

²⁸⁴ Consúltense en el mismo sentido: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 11.099. veintinueve (29) de enero de mil novecientos noventa y ocho. CP: Daniel Suárez Hernández. Actor: SOCIEDAD OTI DE COLOMBIA LTDA. Demandada: FONDO DE SEGURIDAD Y EDUCACIÓN VIAL “FONDATT”. Que respecto de la obligación indemnizatoria a este respecto comentó: “No está de sobra recordar que la ruptura injustificada por una de las partes de los tratos que preceden al perfeccionamiento del negocio jurídico, que por cierto en el presente proceso ya se encontraban bien adelantados, es el fundamento de la obligación indemnizatoria, precisamente en aplicación del principio de la buena fe, entendida naturalmente como corrección y lealtad, que imponía en el desarrollo de las negociaciones un deber de información de una parte a la otra sobre las circunstancias que pudieran dar al traste o frustrar el negocio proyectado” y reconoció el valor de los perjuicios en aplicación del principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal aun cuando había negado todas las demás pretensiones de la demanda; considerando que ello no implicaba en manera alguna sobrepasar el límite del libelo de demanda.

la cual se presume y cuyos mandatos deben ceñirse los particulares y las autoridades públicas²⁸⁵. Para ese caso particular comentó la Sala:

“Resultaría un contrasentido llevar a extremos inadmisibles la fuerza normativa de las disposiciones a la sazón reguladoras de los requisitos a que estaba sujeta la entidad demandada y el contrato... que aspiraba a realizar, como justificación del no pago de una prestación realizada por el demandante, dentro del contexto de la más (sic) buena fe exigible para un particular, ajeno al conocimiento de los trámites y diligenciamientos administrativos, que rodean de ordinario la celebración y perfeccionamiento del contrato de derecho público o del que siendo de derecho privado está sujeto sin embargo a la observancia de formalidades, de ordinario desconocidas por el contratante”²⁸⁶

Lo anterior no es más que la aplicación de la cláusula general de buena fe, mediante la valoración del comportamiento de las partes que estando concorde con los postulados de la confianza, se encuentra protegida en el precepto constitucional del artículo 83.

Todo lo anterior se refuerza en tanto la misma Corte Constitucional ha sostenido en que materia contractual, igual a lo que ocurre con el principio de reciprocidad²⁸⁷, la buena fe comporta entonces uno de los criterios de

²⁸⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 11895. Treinta (30) de noviembre de dos mil. CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Actor: EULISES BARÓN GÓMEZ

²⁸⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 11.099. Enero, veintinueve (29) de mil novecientos noventa y ocho. CP: Daniel Suárez Hernández. Actor: SOCIEDAD OTI DE COLOMBIA LTDA. Demandada: FONDO DE SEGURIDAD Y EDUCACIÓN VIAL “FONDATT”.

²⁸⁷ Sobre el principio de reciprocidad y el de buena fe en materia contractual, consúltese: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-892 (22, agosto, 2001). MP. Rodrigo Escobar Gil. “los principios de reciprocidad de prestaciones y de buena fe en materia contractual, constituyen claros criterios de imputación que persiguen hacer realidad los postulados

imputación dentro de la teoría de la equivalencia de los contratos estatales y, por ese aspecto, se convierte en la causa jurídica de la que surge la obligación para la Administración Pública de reconocerle al contratista los mayores costos y las pérdidas que haya podido sufrir, como consecuencia del surgimiento de algunas contingencias extraordinarias o anormales que alteran la ecuación financiera prevista en el acuerdo de voluntades²⁸⁸

Esta misma teoría en aplicación y desarrollo de los mandatos del principio de buena fe ha sido sostenida por el Consejo de Estado para supuestos similares, como el incumplimiento de acuerdos laborales. Con ocasión de un caso en particular, la Sala comentó:

“(...) es aplicable el principio anterior [de la Buena Fe] a la entidad demandada, porque desconoció los acuerdos que pactó con el Sindicato de la empresa comprometiendo al consorcio contratista, el cual, en aras de darle continuidad y normalidad a los trabajos los cumplió, con la convicción de que al pagarle los salarios a sus trabajadores por el tiempo que estuvieron cesantes, le serían reconocidos por la contratante como fruto de la buena fe contractual.”²⁸⁹

constitucionales de la justicia conmutativa y de la confianza legítima, garantizando el derecho de los contratistas a ser indemnizados por los daños antijurídicos que sufran como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de las entidades públicas; indemnización que, en todos los casos, comprende el pago de intereses de mora”

²⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-892 (22, agosto, 2001). MP. Rodrigo Escobar Gil.

²⁸⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 11101. veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa y ocho. CP: Ricardo Hoyos Duque. Actor: SOCIEDAD SHINEL COMPAÑÍA LTDA. Y SOCIEDAD EQUIPROL LTDA. Demandada: EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS – ECOPETROL.

- ***Atenta contra el principio de buena fe la tardanza en la expedición del registro presupuestal***

Según providencia del Consejo de Estado, en materia contractual pública impera, quizás con mayor trascendencia que entre particulares, el principio de la buena fe consagrado en los artículos 871 del código de comercio y 1603 del código civil, en virtud del cual entre las partes debe primar una mutua confianza, un sentido de recíproca colaboración, ajustada en todo momento a la legalidad, de tal forma que ninguna de las partes resulte sorprendida y perjudicada por acciones u omisiones causadas a sus espaldas, las que pueden hacer más onerosa la respectiva obligación, como sucedió en el subjúdice con la tardanza en el registro presupuestal, desconociendo que al tenor del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo (sic), *“La entidad contratante se comprometerá a incluir las partidas necesarias en su proyecto o proyectos anuales de gastos”*.²⁹⁰

- ***No existe responsabilidad patrimonial de la Administración por los acercamientos que permitieran pensar al contratista que sus reclamaciones serían atendidas cuando se adopta una posición contraria***²⁹¹

²⁹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 7679. tres (3) de junio de mil novecientos noventa y tres. CP: Dr. Daniel Suarez Hernández. Demandado: Instituto Colombiano de Energía Eléctrica - ICEL. Actor: C.G.E.E. ALSTHOM S.A.

²⁹¹ GONZALEZ PEREZ, Jesús. “El principio General de la buena fe en el derecho administrativo”. Madrid-España: Editorial Civitas S.A., 2009. 5ed. El tratadista sostiene: “es indudable que también juega el principio respecto de la actuación de la administración pública conducente al acto del que nacerán las relaciones jurídicas. Pero su ámbito de aplicación quedará delimitado por el principio de legalidad, principio que si bien no excluye la aplicación del principio de la buena fe en derecho administrativo, como se señaló, determina indudables limitaciones. Si la administración pública, en el procedimiento para el perfeccionamiento del acto, incurre en una conducta confusa, equívoca o maliciosa, no podrá ciertamente, beneficiarse de su conducta en contra del administrado que actuó confiado en ella. Pero tampoco vendrá obligada al mantenimiento de los actos que, como consecuencia de ella, hayan podido nacer contraviniendo el ordenamiento jurídico”. Según cita el Consejo de Estado en: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO

Así lo sostuvo el Consejo de Estado al comentar que no puede perderse de vista que si bien la administración pública está sometida al principio general de la buena fe al igual que las personas que con ella se relacionan, el principio de legalidad que no excluye la aplicación de aquél, puede delimitarla. La doctrina ha elaborado distintas aplicaciones del principio de la buena fe, se pueden traer a colación:

- La actitud de fidelidad al vínculo, por el cual una de las partes de la relación obligatoria está pronta a satisfacer las expectativas de prestación de la contraparte
- Cuando la administración otorgó una razonable esperanza de obtener un derecho a favor del interesado

En estos casos se hace necesario contemplar todo el ámbito fáctico del caso”, a fin de examinar si la conducta de la administración tiene efectos vinculantes y puede calificarse contraria a las exigencias de la buena fe²⁹²

Sin embargo, en un caso de particular estudio del Consejo de Estado, la Sala sostuvo que la Administración no incurrió en la violación del principio de buena fe ya que no hay violación de este principio superior:

ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 10038. Marzo seis (6) de mil novecientos noventa y siete. CP: Doctor Ricardo Hoyos Duque. Actor: ÓSCAR GÓMEZ ESPAÑA. Demandado: EMPOPASTO S.A.: este autor comenta: *“[El principio de la buena fe] juega en el ámbito del ejercicio de derechos y potestades, en la constitución de las relaciones y en el cumplimiento de los deberes. Este, no hace referencia al comportamiento general de la persona, sino a su posición en una relación jurídica concreta, la cual tiene una mayor trascendencia cuando la persona con quien se traba la relación es la titular de un órgano de la administración pública*

²⁹² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 25000-23-26-000-1995-1324-01(14582). Veinte (20) de septiembre de dos mil uno. CP: Ricardo Hoyos Duque. Actor: SOCIEDAD SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A. Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ

“(...) por haber generado la expectativa de que iba a atender los reclamos del contratista, ni lo indujo a error, ni burló su confianza, puesto que si bien es cierto su actitud demostraba que se llegaría a un acuerdo frente al asunto sometido a su consideración, la circunstancia del paso del tiempo era inexorable y en la medida que la administración no resolvía las reclamaciones en forma oportuna ya que tardó más de un año en pronunciarse, el contratista debió someterlas al conocimiento o a la ejecución judicial dentro del término de la caducidad procesal correspondiente, contado a partir de la firma de las actas de liquidación del contrato”²⁹³

En este caso se aclaró que la simple expectativa aislada de todo el entorno fáctico no genera responsabilidad de la Administración ni implica violación a los postulados del principio de la buena fe.

- ***Revocatoria o terminación del contrato del contratista de buena fe debe reconocer las prestaciones ejecutadas.***

De acuerdo con las normas del Código Contencioso Administrativo, hoy Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el caso de que resulte manifiesta la utilización de medios ilegales no solamente procederá la revocatoria sin necesidad del consentimiento del implicado, respetando en todo caso el procedimiento señalado en el artículo 74 C.C.A.²⁹⁴, sino que serán aplicables las sanciones a que haya lugar dentro del proceso penal o disciplinario respectivo, incluida la inhabilidad que

²⁹³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 25000-23-26-000-1995-1324-01(14582). Veinte (20) de septiembre de dos mil uno. CP: Ricardo Hoyos Duque. Actor: SOCIEDAD SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A. Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA.

²⁹⁴ CONGRESO DE LA REPUBLICA. LEY 1437 DE 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso. Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011. Artículo 93 y ss.

establece el inciso segundo del artículo 5° del cual se solicitó declaración de inexequibilidad.

Explica la Sala Plena de la Corte Constitucional que:

- Opción 1: si el particular obró de buena fe y ha venido cumpliendo con el objeto contractual, la terminación del contrato en estas circunstancias no pone en entredicho sus derechos y en consecuencia la liquidación respectiva tendrá cuenta de la ejecución que se haya dado al contrato.
- Opción 2: Si el particular obró de mala fe y aportó documentación falsa u ocultó información, no solamente la administración contratante podrá dictar, previo el procedimiento respectivo, el acto administrativo que dé por terminado el contrato, sino que le serán aplicables las sanciones respectivas en los procesos disciplinarios o penales a que haya lugar incluida la inhabilidad
- Opción 3: Si se ha obrado de buena fe por parte de la administración, así como por parte de quien ha sido nombrado o del contratista, resulta claro, como ya se explicó que los derechos que de manera legítima se hayan consolidado en cabeza de la persona cuyo nombramiento se revoca o cuyo contrato se termina resultan protegidos dentro del procedimiento que ha sido objeto de examen por la Corte.

Dice la Corte Constitucional en dicho caso:

“Tanto en el Código Contencioso Administrativo, como en la ley 80 de 1993 se dan las garantías necesarias para que los derechos adquiridos con arreglo a la ley sean respetados, sin que el deber que tiene la administración de luchar contra la corrupción administrativa y de

propender por la moralización de la administración con aplicación de la disposición atacada, contravenga en nada esta circunstancia.”²⁹⁵

- ***El sistema de inhabilidades no es contrario a la buena fe***

Para la sala Plena de la Corte Constitucional, no es violatorio del postulado constitucional fundamental de la buena fe que el legislador haya diseñado un sistema de inhabilidades en el campo de la contratación estatal, siendo en cambio que precisamente aquellas están establecidas con el fin de evitar el eventual dolo o aprovechamiento en que puedan incurrir las personas a las que ellas se extiende cuando hagan parte de procesos de selección de contratistas.

Es claro que en ausencia de tales restricciones – el sistema de inhabilidades – el dolo y la colusión contra el Estado y los demás participantes en la licitación o concurso podrían ocurrir.

Para la Corte Constitucional: “*No puede reprocharse a la ley que con sano criterio preventivo se anticipe y mediante las inhabilidades que consagra, clausure esa posibilidad*”²⁹⁶. Prevenir males es la principal función de la ley; para hacerlo, primero hay que imaginarlos y preverlos. La buena fe se afianza gracias a estas disposiciones del derecho positivo que se inspiran en ese postulado y así logran crear un cauce y un marco seguros a la actividad estatal y particular

- ***La Administración no puede incumplir el contrato amparándose en controles y reproches administrativos externos que se le realicen al mismo***

²⁹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-672 (28, junio, 2001). MP. Álvaro Tafur Galvis.

²⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 (22, septiembre, 1994). MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

No constituye ninguna justificación válida para que la Administración se abstenga de cumplir el contrato, el hecho que un órgano de control hubiese formulado algunos reparos sobre la legalidad del proceso precontractual y contractual puesto que, como se declaró judicialmente, estas observaciones en ningún momento afectan la validez jurídica del contrato.

Así las cosas, sería contrario a derecho que el particular contratista que actuó amparado en la buena fe y en el convencimiento de la legalidad y seriedad del pacto convencional suscrito con la entidad pública, resulte soportando un perjuicio producido por el exclusivo error de la administración.

En un caso particular donde se estudiaba dicha actitud por parte de la Entidad Administrativa, concluyó el Consejo de Estado:

“En conclusión, se ha demostrado que la entidad demandada al faltar a su compromiso contractual, vulneró los principios de lealtad y buena fe que rigen la correcta ejecución de los contratos y, en consecuencia, está obligada a indemnizar los perjuicios producidos a la parte que fue fiel al mismo.”²⁹⁷

- ***La exigencia de acreditación documental de factores de escogencia no se contrapone al principio de la buena fe***

Para la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, según el principio de igualdad de oportunidades toda persona que esté en capacidad de contratar con la administración debe tener acceso a ella, sin discriminación alguna, pero ello obviamente no se opone a que la demostración de aquellos factores de escogencia de cuya ponderación sea

²⁹⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 13070. Veintinueve (29) de enero de mil novecientos noventa y ocho. CP: Juan de Dios Montes Hernández. Actor: SOCIEDAD INDUSTRIAS CARPER LTDA. DEMANDADO: INSTITUTO NACIONAL DE FOMENTO MUNICIPAL “INSFOPAL”.

posible deducir el ofrecimiento más favorable, implique un desconocimiento del principio constitucional de la buena fe; todo lo contrario, en razón de los principios superiores de justicia y equidad se debe conceder a los oferentes la oportunidad para que acrediten sus calidades y condiciones, con la finalidad de que la Administración pueda escoger la mejor propuesta.

Con ocasión de dar respuesta a una solicitud de concepto, comentó la Sala en dicha oportunidad:

“En este orden de ideas se llega a la conclusión de que se pueda exigir especial idoneidad a quienes participen en una licitación, lo cual deberá acreditarse con las constancias o certificaciones pertinentes, específicamente la experiencia profesional, cuando este sea factor determinante para la ejecución satisfactoria del objeto del contrato. Con la demostración de tales circunstancias la administración pretende garantizar los derechos de los licitantes más idóneos para evitar que uno de ellos, amparándose bajo la presunción de la buena fe, pueda vulnerar los derechos de los demás participantes en la licitación.”²⁹⁸

Por lo tanto, la exigencia de la acreditación de los documentos que soporten las cualidades y los factores de escogencia fijados por la Entidad no solo no contrarían el principio de buena fe, sino que protege los derechos de la generalidad de los proponentes participantes en el proceso de selección. En dicho caso la respuesta de la Sala fue enfática: La exigencia de acreditar documentalmente los factores de evaluación NO se contrapone al principio de la buena fe siempre y cuando se exijan en el pliego de condiciones.

²⁹⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Concepto No. 811-1996. CP: Roberto Suarez Franco. Santa Fe de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

- ***Atenta contra el principio de buena fe dejar un procedimiento de contratación directa sin concluir ni cerrar por parte de la Entidad convocante***²⁹⁹

La entidad que promueve un procedimiento de selección de contratistas de contratación directa tiene la obligación de concluirlo y no dejar una actuación administrativa inconclusa, pues se puede configurar una omisión atribuible al ente demandado, y procede la acción de reparación directa frente al caso concreto.

Así lo señaló el Consejo de Estado al declarar administrativamente responsable al departamento de Risaralda por el daño ocasionado al ingeniero Miguel Antonio Casas Garzón, a quien no se le adjudicó el contrato para la construcción del coliseo del municipio de Belén de Umbría, en un proceso inconcluso de contratación directa.

Según la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, el ente territorial debió concluir el proceso de adjudicación por el procedimiento de contratación directa, calificando las diferentes propuestas presentadas antes de iniciar un procedimiento adicional como el de convocar a una nueva licitación pública. Precisa la Corporación:

“No es de recibo el argumento de que esa actuación precontractual (de contratación directa) no vinculaba a la entidad, cuando ella misma la inició y, al hacerlo, quedó sujeta a los principios que informan y

²⁹⁹ En igual sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado sosteniendo que implica violación del principio de la buena fe contractual el fraccionamiento de contratos. Para tal efecto puede consultarse: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 2500023260001995086701 (17767). Treinta y uno (31) de enero de dos mil once. CP. Olga Mérida Valle de La Hoz.

gobiernan la contratación estatal, entre ellos el de buena fe, pero decidió dejarlo inconcluso”³⁰⁰

3.3 DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO Y ALCANCE NORMATIVO DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD³⁰¹ EN MATERIA DE GESTIÓN CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS

3.3.1 Reglas que desarrollan el principio constitucional de igualdad en materia de gestión contractual de las entidades públicas. En materia de gestión contractual de las Entidades Públicas, el principio constitucional de igualdad ha sido consagrado en el estatuto general de contratación pública como fundamento de un principio que lo desarrolla que es el del mantenimiento y el establecimiento de la ecuación contractual³⁰². Las

³⁰⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Sentencia 6600123310001999000401 (19349). Veintiocho (28) de julio de 2011. CP. Mauricio Fajardo Gómez

³⁰¹ Respecto de la naturaleza de la igualdad, ha sostenido la Corte Constitucional en: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-196 (06, marzo, 2003). MP. Jaime Córdoba Triviño.: *la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también considerado como un valor y un principio fundamental en la configuración constitucional. De una parte, el Preámbulo la consagra, de manera expresa, como uno de los fines que deben ser asegurados, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, y el artículo 5º la erige como un principio fundamental al prescribir que el Estado reconozca, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona. La igualdad es entonces, simultáneamente, un valor, un principio y un derecho fundamental*”

³⁰² Respecto del restablecimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones en los contratos estatales y la cláusula general de equivalencia económica, se manifestó la Corte Constitucional en: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-892 (22, agosto, 2001). MP. Rodrigo Escobar Gil., comentando: *“se radica en cabeza del contratista el derecho a que la administración respete el carácter sinalagmático del contrato, cuando la igualdad de las prestaciones -derechos y obligaciones contractuales- se vean afectadas si sobrevienen hechos imprevistos o de suficiente identidad durante la celebración, ejecución y liquidación del contrato -áreas anormales o extraordinarios-, ya sea que éstos procedan de fenómenos administrativos (poderes exorbitantes, hechos del príncipe y responsabilidad contractual), coyunturales (causas económicas, políticas o sociales) o naturales (fuerza mayor o factores exógenos imprevisibles). En este sentido, la relación sinalagmática del contrato se asume como un mero desarrollo del principio de justicia conmutativa que, con carácter de derecho imperativo, -se ha dicho ya- justifica la traslación de los riesgos extraordinarios que operan durante la vigencia del negocio jurídico a la Administración*

mencionadas disposiciones de la ley 80 de 1993 se transcriben a continuación:

Artículo 27º.- De la Ecuación Contractual. *En los contratos estatales se mantendrá la **igualdad** o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha **igualdad o equivalencia** se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

Como se ve, en el desarrollo del principio de igualdad que tiene que ver con el equilibrio contractual y financiero del acuerdo, esta igualdad se asemeja a equivalencia en las prestaciones y contraprestaciones, garantizando un posición equitativa en ambos extremos de la relación jurídico contractual, propia de los contratos conmutativos y sinalagmáticos. Más adelante veremos que esta posibilidad de restablecer el equilibrio financiero del contrato es una de las principales implicaciones del principio de igualdad en materia de contratación estatal.

Pública, con independencia de que éstos se hubieren pactado o no en el texto formal del acuerdo de voluntades”

Por otra parte, el principio de igualdad también constituye un criterio de interpretación de las reglas contractuales contenidas en el Estatuto General de Contratación Pública, tal y como lo consagra el artículo 28 de dicha normatividad:

Artículo 28º.- De la Interpretación de las Reglas Contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la **igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.**

Nuevamente encontramos como, para el Estatuto General de Contratación Pública, la igualdad es tomada principalmente en el sentido de equilibrio de las prestaciones contractuales que garantiza la equidad entre las partes contratantes, garantizando que ninguna de ellas deba salir afectada por entrar en una relación contractual de carácter público.

Para concluir con la enunciación de las reglas de la ley 80 de 1993 que desarrollan el principio de igualdad, tenemos que el legislador lo incluyó como la característica fundamental de los procedimientos de selección, dándole aquí la verdadera categoría de principio que tiene *per se*. En tal sentido, se considera que los procedimientos de selección de contratistas (en este caso se hace especial referencia a la licitación pública como una de las modalidades de selección) son aquellos en los que se garantizan la igualdad de oportunidades para los proponentes. Se lee en el texto del párrafo del artículo 30 de la ley 80 de 1993:

Artículo 30°.- De la Estructura de los Procedimientos de Selección. *La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:*

Parágrafo.- *Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable.*

De manera similar a los dos casos anteriormente analizados respecto del principio del debido proceso y de la buena fe, la igualdad fue reconocida por el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo como un principio que debe guiar el actuar de las autoridades en el desarrollo de procedimientos administrativos, es decir, en cumplimiento de función administrativa. Allí en el tercer artículo del CPACA se consagran algunas de las implicaciones que la adopción de este principio constitucional superior en materia administrativa tiene en la práctica:

Artículo 3°. Principios. *Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*

*Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, **igualdad**, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.*

2. *En virtud del principio de **igualdad**, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las*

actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

Esta consagración legislativa adoptada por la nueva normatividad administrativa pone de presente la traducción fáctica del principio de legalidad, la obligación que tienen las autoridades de dar el mismo trato y protección a las personas que intervienen en las actuaciones administrativas, reconociendo, de la misma manera como lo hace el artículo 13 superior, la primacía de la igualdad material y con ello la necesidad de adoptar una especial protección a personas en situación o condición de debilidad manifiesta.

Por su parte, la reglamentación del Estatuto General de Contratación Pública, es decir, el decreto 734 de 2012 consagra en varios de sus apartes desarrollos del principio de igualdad; así, por ejemplo, cuando exige que la aplicación de reglas de subsanabilidad que se realiza como consecuencia del principio de selección objetiva – que es a su vez desarrollo del principio de la función administrativa de transparencia – se realice en condiciones de igualdad para todos los proponentes; así lo consagra el artículo 2.2.8:

Artículo 2.2.8. Reglas de subsanabilidad. *En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.*

*Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en **condiciones de igualdad** para todos los proponentes hasta la adjudicación, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.*

Además de esta última regulación, el principio de igualdad también es mencionado en la reglamentación contractual del decreto 734 del 2012 en diversos artículos³⁰³ como guía para diversas actuaciones de las autoridades, junto con otros principios superiores aplicables a la gestión contractual de las Entidades Públicas.

3.3.2 Determinación jurisprudencial del contenido del principio constitucional de igualdad en materia de gestión contractual de las entidades públicas. Respecto de la concreción de la naturaleza del principio de igualdad, ha dicho la Corte Constitucional que tal postulado es al mismo tiempo valor, principio y derecho fundamental, así como también pilar de la organización política en tanto hace parte de la concepción dignificante del ser humano.

La Corporación ha expuesto:

“Este principio está consagrado como derecho fundamental en el artículo 13 de nuestra Constitución y contiene seis elementos, a saber:

1) Un principio general: todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y recibirán la misma protección y trato de las autoridades;

³⁰³ EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Decreto 734 (13, abril, 2012). Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial Bogotá DC. 2012. No. 48.400. Artículo 6.4.5, ins. final artículo 7.7.2: Artículo 6.4.5 sobre Requisitos habilitantes de personas extranjeras no inscritas en el Registro Único de Proponentes por no tener domicilio o sucursal en el país e Inciso final del artículo 7.7.2 sobre fallas técnicas

- 2) *Prohibición de Discriminaciones*: este elemento pretende que no se otorguen privilegios, se niegue el acceso a un beneficio, o se restrinja del ejercicio de un derecho a un determinado individuo o grupo de personas de manera arbitraria e injustificada, por razón de su sexo, raza, origen nacional o familiar, sus opiniones o convicciones expresadas en el ejercicio de libertades protegidas constitucionalmente como la libertad de expresión, de cultos o de conciencia;
- 3) *El deber del Estado de promover condiciones para lograr la igualdad real y efectiva*;
- 4) *La Posibilidad de conceder ventajas a grupos disminuidos o marginados*;
- 5) *Una especial protección en favor de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y*
- 6) *la sanción de abusos y maltratos que se cometan contra personas en circunstancias de debilidad manifiesta.*³⁰⁴

Para la Corte Constitucional, el principio de igualdad se erige como una garantía para que no se generen excepciones o privilegios que sirvan para exceptuar a unas personas respecto del trato dado a otras que se encuentran en circunstancias idénticas; de esta manera, la igualdad material pretendida por el Estado social se da aplicando la ley en cada circunstancia, teniendo en cuenta las diferencias existentes entre las personas, procurando dar “trato igual a los iguales y desigual a los desiguales”³⁰⁵

- ***Manifestaciones del principio de igualdad en la etapa precontractual***

³⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-242 (09, marzo, 2006). MP. Clara Inés Vargas Hernández.

³⁰⁵ *Ibíd.*

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado³⁰⁶, en la etapa precontractual de la gestión contractual de las Entidades Públicas hay múltiples manifestaciones del principio de igualdad, reflejadas como se relatan a continuación:

1. La adopción de pliegos de condiciones que contengan disposiciones generales e impersonales que eviten tratos discriminatorios respecto de los oferentes u otorguen ventajas a algunos de ellos;
2. La fijación de plazos razonables que faciliten la concurrencia de los oferentes;
3. La imposibilidad para los oferentes de modificar sus propuestas después de haberse efectuado el cierre del procedimiento administrativo de selección;
4. El deber que asume la entidad pública de evaluar todas las propuestas;
5. La obligación de la Administración de aplicar estrictamente los criterios de selección establecidos libremente por ella;
6. El deber de la entidad pública de evaluar las propuestas bajo los mismos parámetros de ponderación establecidos en los documentos del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sin que le sea dable valorar con más rigor determinadas propuestas y ser laxa con otras y
7. La imposibilidad, para la entidad pública, de variar los criterios de evaluación y su ponderación

Según el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, como consecuencia de lo anterior, la Entidad Pública tiene tres deberes legales:

³⁰⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Sentencia No. 25.000 23 26 000 1997 14175 01 (19932). Veintisiete (27) de enero de 2012. CP. Mauricio Fajardo Gómez. Actor: Sociedad Gutiérrez Díaz CIA S en C. Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

1. Aplicar estrictamente los criterios de selección y ponderación establecidos en el pliego de condiciones;
2. Dar a conocer oportunamente los informes de las evaluaciones realizadas;
3. Atender y dar respuesta motivada a las observaciones que sean efectuadas a los estudios, actividad que estará orientada por los principios de transparencia, de igualdad, de imparcialidad y de selección objetiva, establecidos por la ley para asegurar la escogencia de la propuesta más favorable para la Administración

La anterior es la posición jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso Administrativo sobre las implicaciones del principio de igualdad en el procedimiento de selección de contratistas adelantado por las autoridades públicas.

Esta posición es la misma que ha tomado la Sala en otra posterior providencia³⁰⁷ en la que identifica el principio de transparencia como un desarrollo del derecho superior constitucional a la igualdad y que se ve materializado en la práctica cuando en un procedimiento de selección de contratistas la autoridad cumple la obligación de desarrollar su función “*sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés*”, lo anterior para evitar el favorecimiento indebido a favor de un proponente en particular por intereses diferentes a los que deben orientar el cumplimiento de la función pública.

Sostiene la Sala:

³⁰⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION. TERCERA SUBSECCION C. Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ, Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1995-0867-01(17767)

“(...) la efectividad del principio de igualdad “depende de un trato igualitario a todos los oferentes tanto en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, como en la calificación de sus ofertas y, por supuesto, en la selección de aquella que resulte más favorable para los intereses de la administración”³⁰⁸

En conclusión, para el Consejo de Estado, al momento de contratar las Entidades Públicas están en la obligación de definir los fundamentos de la participación de los oferentes y los criterios de evaluación y verificación con rigurosa aplicación de los principios de la función administrativa.

Para la Corte Constitucional³⁰⁹, el derecho a la igualdad de oportunidades se concreta en la contratación estatal en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual *“se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración”³¹⁰*. En el caso particular de la licitación pública, la Sala Plena de Constitucionalidad ha sostenido que en ella se salvaguardan los principios constitucionales de igualdad y libre concurrencia al *“otorgar a todas las personas que reúnan la capacidad técnica, administrativa, económica y financiera, la oportunidad de presentar ofertas a la Administración y de obtener el derecho a ser beneficiario de la adjudicación del contrato, siempre y cuando presenten la propuesta más favorable”³¹¹*.

³⁰⁸ *Ibídem*

³⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 (07, octubre, 2009). MP. María Victoria Calle Correa.

³¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-815 (02, agosto, 2001). MP. Rodrigo Escobar Gil.

³¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-713 (23, agosto, 2006). MP. Rodrigo Escobar Gil.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional³¹² ha sostenido que el principio de igualdad en la contratación administrativa puede concretarse en las siguientes reglas:

1. Todos los interesados tienen el derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa,
2. Todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas,
3. Los pliegos de condiciones, los términos de referencia para la escogencia de los contratistas y las normas de selección deben diseñarse de tal manera que logren la igualdad entre los proponentes,
4. El deber de selección objetiva del contratista impone evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente y,
5. Los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas no excluye el diseño de medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas en beneficio de grupos sociales tradicionalmente discriminados.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, citada por la Corte Constitucional, ha complementado el contenido del principio de igualdad en materia de contratación pública sosteniendo que *“se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, el cual garantiza la facultad de participar en el proceso licitatorio a todos los proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración”*³¹³.

³¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-862 (03, septiembre, 2008). MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. CP. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá, D.C. treinta (30) de enero de (2003). Radicación número: 11001 03 26 000 2002 0032 01 (23058).

- ***En tanto las inhabilidades e incompatibilidades estén sustentadas en una protección al interés general, no son contrarias al derecho a la igualdad.***

Con el argumento según el cual las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto restricciones que limitan la capacidad contractual con el Estado, son legítimas – por tratarse de un ámbito de regulación de la esfera pública – siempre y cuando estén sustentadas en la necesidad de protección del interés general tienen justificación constitucional para restringir el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado, la Corte Constitucional en Sala Plena en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, desestimó un cargo de pretensión de inexecutable, ya que de acuerdo con lo comentado por la Alta Corporación:

“(...) esa diferencia de trato tiene un fundamento objetivo y razonable, pues los familiares de estos servidores se encuentran en situación de afectar la imparcialidad de los procesos de contratación administrativa. Por lo tanto, la potencialidad de parcialidad en la contratación pública que deriva de los nexos familiares autoriza un trato diferente, que es adecuado y razonable pues, tal y como se expuso, la defensa de los intereses generales, de los principios de la función pública y la obligación de propiciar la igualdad de oportunidades entre los particulares, justifican la diferencia”³¹⁴

Recuerda la Corte Constitucional que el derecho a la igualdad, en el ámbito de la contratación pública, se materializa en la obligación administrativa de garantizar la adjudicación imparcial de la mejor oferta, lo que ya implica una diferencia.

³¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-429 (04, septiembre, 1997). MP. Alejandro Martínez Caballero.

En consecuencia, para la Sala Plena de la Corte Constitucional, la determinación de circunstancias objetivas que razonablemente justifican la diferencia de tratamiento legal – es decir: inhabilidades e incompatibilidades para la contratación pública – es una forma de realizar la igualdad sustancial.

Concluye la Corte Constitucional:

“La diferencia de trato establecida por la norma acusada, lejos de ser discriminatoria, constituye entonces un instrumento apto para la efectividad del derecho a la igualdad, al excluir influencias familiares que, en los procesos de contratación administrativa, podrían perturbar la selección objetiva de las mejores propuestas”³¹⁵

La Corte Constitucional ha sostenido que una de las razones fundamentales de las restricciones al principio de igualdad impuestas por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades dentro de la contratación estatal, lo constituye el mandato constitucional de poner término al fenómeno del nepotismo que lastima fuertemente la pretendida igualdad de oportunidades.- Ha comentado la Corporación:

“Cuando en una misma licitación o concurso, intervienen varios licitantes ligados por estrechos lazos de consanguinidad o afinidad, la probabilidad de que el contrato se adjudique a un miembro de una misma familia es mayor. La ley puede y debe remover los obstáculos que impidan que la igualdad sea real y efectiva. En Colombia el nepotismo ha obrado como rémora de la igualdad y en la causa de su eliminación está comprometida la misma Carta Política”³¹⁶

³¹⁵ Ibídem

³¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 (22, septiembre, 1994). MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

Por lo anterior, y por cuanto se encuentra demostrado, según lo expuesto por la Corte Constitucional, que la participación en una misma licitación de licitantes unidos por los vínculos que establece la ley, está asociada a un riesgo alto de que se frustren los dos objetivos básicos de la licitación y el concurso públicos – esto es: la igualdad de oportunidades entre los proponentes y la obtención de las mejores condiciones para el Estado – es que se justifica anteponer la defensa del interés general a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica, los cuales se ven restringidos por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Concluye la Corte:

“(…) dado que los intereses de los miembros de una familia, tienen una alta probabilidad de incidir negativamente en la consecución de los objetivos que el Estado se traza al abrir una licitación o concurso, vale decir, obtener las mejores condiciones y promover al máximo la igualdad de acceso de los particulares, se justifica que en este caso, en razón del interés general, se dicte una regla que restrinja su participación.”³¹⁷

- ***La diferencia de trato a favor de ciertos proponentes en razón de su residencia es violatoria del principio de igualdad***

Estudiando una acción de tutela interpuesta por un proponente que dentro de un procedimiento de selección vio desestimada su oferta en razón a la existencia de factores de escogencia que privilegiaban a los proponentes residentes en la ciudad de la convocatoria sin mayores fundamentaciones, la Corte Constitucional, Sala de revisión de tutelas, consideró que el factor de la residencia, en estricto rigor, no tiene ninguna relación con el contrato a

³¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 (22, septiembre, 1994). MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

adjudicar, hasta el punto de que se concibe como situación existente con antelación a la misma licitación³¹⁸.

Para la Corte:

“El objetivo que persigue la medida es afectar la libre competencia entre los proponentes, otorgando a las firmas locales, de entrada, una ventaja de dos puntos, independientemente del mérito de sus respectivas propuestas. (...) En cambio, lo que sí es evidente es que se viola y restringe la igualdad de oportunidades (C.P., art. 13) y la libre competencia (C.P. art. 333), sin que un interés superior o un bien de naturaleza constitucional lo justifique”³¹⁹

Para el presente caso, La Corte Constitucional no consideró que fuera un argumento de defensa en favor de la entidad accionada el relativo a la autonomía territorial pues *“un límite de dicha autonomía es la de que a ésta no se recurra con el objeto de alterar la igualdad básica de los nacionales”*, pues la pluralidad de las competencias atribuidas a los entes territoriales no puede ser disfuncional ni desintegradora del espacio económico nacional sobre el cual inciden las autoridades centrales y debe, en todo caso, conservar la igualdad entre las personas y garantizar el libre ejercicio de sus derechos, deberes y libertades constitucionales.

Según la Alta Corporación Constitucional, si en el campo de la contratación pública se pusieran en vigencia cláusulas y condiciones del tenor de la analizada en el mencionado caso, so pretexto de que en algunos departamentos o municipios se discrimina a los de otros lugares pronto se observaría una *“paulatina fragmentación y feudalización del mercado*

³¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-147 (17, Abril, 1996). MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³¹⁹ *Ibíd.*

nacional y de su ámbito económico”, lo que sin duda alguna aparejaría pérdidas, detrimento de la calidad, reducción de la escala de los negocios y deterioro de la fluidez y dinamismo de los agentes económicos.

El estatuto general de contratación pública, adoptado por la ley está llamado a imprimir homogeneidad al procedimiento contractual de las diversas entidades del Estado, con el objeto de asegurar los intereses generales que coinciden con la eficiencia, transparencia y objetividad de la actuación pública; lo cual exige que a los proponentes que participan en una licitación se les trate de manera imparcial, vale decir, que respecto de ellos se mantenga el principio de igualdad.

Por consiguiente, concluye la Corte Constitucional:

“no puede una entidad del nivel municipal, sin demostrar un interés legítimo fundado en la Constitución, erosionar un elemento estructural de una política legislativa unitaria como es la de resguardar la igualdad entre los aspirantes a contratar con el Estado en cualquiera de sus múltiples manifestaciones. Aquí la autonomía territorial, encuentra un límite insuperable”³²⁰

En las notas finales de la sentencia de tutela analizada, la Corte Constitucional estudió la posibilidad de utilizar la acción de tutela como medio idóneo de defensa de los derechos fundamentales de los proponentes dentro del procedimiento de selección, concluyendo que tal recurso procesal no es procedente sino que debían utilizarse los medios ordinarios de la jurisdicción contencioso administrativa.

³²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-147 (17, Abril, 1996). MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- ***Implicaciones de la igualdad de los oferentes en un proceso de selección según la jurisprudencia del Consejo de Estado***³²¹

Según la jurisprudencia de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la licitación pública (para todos los efectos: procedimiento de selección de proponentes), analizada desde el punto de vista de los participantes del procedimiento, los oferentes, es en la cual se busca una garantía para los particulares o administrados honestos que desean contratar con el Estado. En este orden de ideas la *igualdad* entre los administrados en sus relaciones con la Administración Pública, evitando de parte de ésta favoritismos en beneficio de unos y en perjuicio de otros; trátase de evitar improcedentes tratos preferenciales o injustos.

Entiende la jurisprudencia del Consejo de Estado que los elementos fundamentales del proceso licitatorio son:

- La libre concurrencia
- La igualdad de los oferentes
- La sujeción estricta al pliego de condiciones

Respecto de cómo se materializa el principio de igualdad, la Sala ha sostenido: *“La igualdad de los licitadores, presupuesto fundamental que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal, se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la administración.”*

Según el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, si bien es cierto que a la administración le corresponde un grado relativo de autonomía en lo que a la facción de los pliegos corresponde, no puede la entidad licitante, so pretexto de la facultad de facción unilateral de los pliegos de condiciones,

³²¹ Análisis de: SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Sentencia 12307. Diecinueve (19) de julio de 2001.

introducir en ellos, contenidos negociales, que desatiendan el principio de igualdad o se materialicen en disposiciones predispuestas que puedan calificarse como abusivas, vejatorias o leoninas.

En virtud de la garantía del principio de igualdad, todos los sujetos interesados en el proceso de licitación han de estar en idénticas condiciones, y gozar de las mismas oportunidades, lo cual se logra cuando concurren los siguientes aspectos:

- 1) Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores.
- 2) Debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la Administración.

Según la doctrina citada por la providencia analizada, el trato igualitario se traduce en una serie de derechos a favor de los oferentes, los cuales son:

- 1) Consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes;
- 2) respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento;
- 3) cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección de co - contratante;
- 4) inalterabilidad de los pliegos de condiciones;
- 5) respeto del secreto de su oferta hasta el acto de apertura de los sobres;
- 6) acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación;
- 7) tomar conocimiento de las demás ofertas luego del acto de apertura;
- 8) que se le indiquen las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta;
- 9) que se lo invite a participar en la licitación que se promueve ante el fracaso de otra anterior.

Comenta el Consejo de Estado:

“Como vemos, la referida igualdad exige que, desde el principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas”

En relación con el derecho a la igualdad en el ámbito de los procedimientos contractuales, la doctrina³²² ha entendido que el proceso licitatorio debe excluir o dificultar la posibilidad de una colusión o connivencia entre algún licitador u oferente y la administración pública que desvirtúen el fundamento ético sobre el cual descansa la licitación y que, junto con los requisitos de concurrencia y publicidad, permite lograr que el contrato se realice con quien ofrezca mejores perspectivas para el interés público. La referida igualdad, según la doctrina citada por la Sala, exige que, desde un principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato o su formalización *“todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas”*³²³.

En el caso particular de análisis del Consejo de Estado en la providencia referida, los pliegos de condiciones que indicaban el presupuesto oficial de la licitación son conocidos por todos los interesados en ofertar, lo que hace que todos estén en condiciones de igualdad respecto de esa circunstancia, por lo tanto *“se garantiza que todos los licitadores u oferentes cuenten con la misma información al momento de presentar sus propuestas, y les permite ajustar el valor de acuerdo con los requerimientos de la administración”*.

³²² **MARIENHOFF, Miguel Santiago.** Tratado de Derecho Administrativo. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992. Tomo III A. p. 203 - 204. Citado en: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Sentencia 12307. Diecinueve (19) de julio de 2001.

³²³ *Ibídem.*

- ***La libre concurrencia u oposición es una materialización del principio de igualdad en materia de contratación pública***

El derecho a la igualdad en los contratos estatales se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, el cual garantiza la facultad de participar en el proceso licitatorio a todos los proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración³²⁴.

En este orden de ideas, si todos los interesados en participar en un proceso de selección se rigen por las mismas condiciones consignadas en los pliegos y conocen el valor mínimo del contrato a adjudicar en la misma oportunidad, mal podría afirmarse que la norma desconoce “*la igualdad de estar en idénticas condiciones*”.

- ***Las personas jurídicas son sujetos de protección del principio constitucional de igualdad***

Cuando hablamos del principio del debido proceso ya hicimos referencia a que la naturaleza propia de las mismas personas jurídicas, la función específica que cumplen y los contenidos de los derechos constitucionales conducen necesariamente a que no todos los que se enuncian o se derivan de la Carta Superior en favor de la persona humana les resulten aplicables también a aquellas. Sin embargo hay ciertos y determinados derechos fundamentales que sí les son aplicables y deben ser garantizados escrupulosamente por el sistema jurídico en cuanto de una u otra forma se reflejan en las personas naturales que integran la población, entre ellos el derecho fundamental a la igualdad.

³²⁴ Consejo de Estado, auto 23058 de 2003 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. CP. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá, D.C. treinta (30) de enero de (2003). Radicación número: 11001 03 26 000 2002 0032 01 (23058).

Para la Corte Constitucional *“las personas jurídicas tienen todas, sin excepción, los enunciados derechos y que están cobijadas por las garantías constitucionales que aseguran su ejercicio, así como por los mecanismos de defensa que el orden jurídico consagra”*³²⁵ lo cual también implica la titularidad de la acción de tutela para defender los derechos fundamentales constitucionales de los que son titulares.

- ***La posibilidad de interpretación unilateral de los contratos públicos que tienen las Entidades Públicas no viola el principio fundamental de igualdad***

En sede de control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto de la adecuación a la Carta Superior de la facultad de interpretación unilateral de los contratos, al respecto se pronunció como se relata a continuación. Efectivamente la existencia de las prerrogativas de la Administración en materia contractual³²⁶ establecen, como se vio, un trato favorable que beneficia al Estado cuando éste actúa en determinados ámbitos. En este sentido, esas prerrogativas constituyen una manifestación de poder público que, por esta razón, debe someterse enteramente al marco constitucional.

Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

“la legitimidad de un privilegio público depende de que éste pueda ser adscrito al cumplimiento o la satisfacción de alguna de las finalidades que la Carta Política le ha confiado al Estado. Adicionalmente, la específica configuración —usualmente legal— que adopte la prerrogativa pública de que se trate debe adecuarse a los postulados

³²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-196 (06, marzo, 2003). MP. Jaime Córdoba Triviño.

³²⁶ Sobre las cuales ya tuvo la Corte Constitucional oportunidad de pronunciarse en: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-539 (28, Julio, 1999). MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

del principio constitucional de proporcionalidad (C.P., art. 5°), según el cual ésta deba ser útil y necesaria respecto de la finalidad que persigue y no comprometa bienes constitucionales más importantes que los que busca promocionar o proteger”³²⁷

Recuerda en esta oportunidad la Sala que el legislador cuenta con una amplia facultad para dictar el régimen de los contratos, tanto público como privado y en esta materia no está obligado a brindar idéntico tratamiento a cada materia contractual, sino que por el contrario, la Constitución le impone el deber de tener presente ciertas características de cada contrato, lo cual implica que la situación de las partes frente al contrato no necesariamente se rigen por relaciones de igualdad, sino que, habida consideración de circunstancias particulares - sujetos del contrato, su objeto, etc.-, resulta necesario partir del reconocimiento de que se está en presencia de una situación de desigualdad, que define connotaciones especiales de cada contrato.

De los argumentos expuestos por la Corte Constitucional respecto de la función que cumple la contratación estatal como materialización de la función administrativa que ejerce en un contexto de un Estado Social de Derecho, se deriva que en materia de contratación pública no se está en presencia de una situación ab initio de igualdad entre las partes contratantes, sino que una de ellas encuentra limitada su voluntad contractual, la cual se sujeta a severas prescripciones normativas, tanto en lo que al objeto del contrato respecta (cumplir los fines estatales), como al proceso de selección de contratistas, y demás aspectos relativos a precios, plazos, etc.

Concluye la Corporación:

³²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-539 (28, Julio, 1999). MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.; citada en: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1514 (08, Noviembre, 2000). MP. Martha Victoria Sachica Méndez.

“En ese orden, la existencia de prerrogativas estatales en materia de contratación no puede sujetarse a idéntico tratamiento que se impone a las prerrogativas que se establecen en ámbitos en los cuales la igualdad de las partes constituya un presupuesto”³²⁸

Así que, en materia de contratación pública, la situación inicial de la que se parte no es la de igualdad de las partes.

- ***Las adiciones o prórrogas no deben entenderse en el sentido de pretermittir el agotamiento de un nuevo procedimiento de selección***

La Corte Constitucional en sede de control abstracto de constitucionalidad ha explicado cómo la oportunidad de adicionar o prorrogar una relación jurídica contractual no puede nunca implicar una forma de pretermittir procedimientos de selección de contratistas, pues ello implicaría una violación flagrante del principio constitucional superior de igualdad.

En reciente pronunciamiento³²⁹ la Sala Plena de Constitucionalidad ha explicado que la interpretación según la cual una norma jurídica habilita al contratista – en el caso particular un concesionario – durante el desarrollo de la ejecución del contrato, a ejecutar obras relacionadas con el objeto contratado, pero que no se previeron en el objeto inicial y que en realidad constituyen nuevos objetos contractuales, es una interpretación que implica un sacrificio desproporcionado de los principios de la función administrativa, del principio de libre competencia –en su manifestación de libre concurrencia– y del principio de igualdad por – de acuerdo con la Corte – tres razones:

³²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1514 (08, Noviembre, 2000). MP. Martha Victoria Sachica Méndez.

³²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-300 (25, Abril, 2012). MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

1. Permite bajo la forma de una adición o prórroga, celebrar un nuevo contrato con el mismo concesionario, sin someterlo a un proceso de selección objetiva, en perjuicio de otros proponentes que pueden formular mejores ofertas.
2. Incentiva comportamientos oportunistas de los proponentes y contratistas que lesionan los fines de la función administrativa, especialmente de la eficiencia y la igualdad.
3. Los eventuales beneficios que podrían obtenerse con tal interpretación en términos de celeridad, no exceden sus sacrificios en cuanto a aspectos como limitación de acceso a ofertas más beneficiosas y creación de incentivos para la inadecuada planeación del contrato

Para el tribunal constitucional debe entenderse que las obras directamente relacionadas³³⁰ con el objeto contratado es una expresión que hace referencia a la posibilidad de adicionar o prorrogar excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial; esta sí sería una interpretación que se ajusta a los principios de la función administrativa, ya que *“permite solventar problemas que surjan durante la ejecución del contrato en beneficio de la continuidad de la prestación de los servicios públicos asociados a la obra concesionada, pero sin otorgar un privilegio injustificado al contratista”*³³¹

³³⁰ Contenida en: CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1150 (16, julio, 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Diario oficial. Bogotá D.C., 2007. No. 46.691. Artículo 28.: “ARTÍCULO 28. DE LA PRÓRROGA O ADICIÓN DE CONCESIONES DE OBRA PÚBLICA. En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial. No habrá prórrogas automáticas en los contratos de concesiones.

³³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-300 (25, Abril, 2012). MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- ***La existencia de cláusulas que impiden a un deudor participar en un proceso de selección vulnera gravemente el principio de igualdad***

Bajo este argumento la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 16 de la ley 1116 de 2006³³² por cuanto el Estado sería el único que podría establecer esta discriminación, mientras que los particulares no podrán contemplar este tipo de cláusulas.

En este sentido *“carecería de toda coherencia legislativa y económica que el Estado sea el único que no confíe en la viabilidad y éxito de los procesos de reorganización cuando él mismo como titular de la dirección de la economía tenga el deber de preservar a la empresa como base del desarrollo”*. La Corte Constitucional en esta oportunidad³³³ insistió en la importancia del principio de imparcialidad y de la igualdad de los proponentes en los procesos de contratación pública.

³³² CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1116 (27, diciembre, 2006). Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. Bogotá D.C., 2006. No. 46.494. Artículo 16.: ARTÍCULO 16. INEFICACIA DE ESTIPULACIONES CONTRACTUALES. Son ineficaces, sin necesidad de declaración judicial, las estipulaciones contractuales que tengan por objeto o finalidad impedir u obstaculizar directa o indirectamente el inicio de un proceso de reorganización, mediante la terminación anticipada de contratos, la aceleración de obligaciones, la imposición de restricciones y, en general, a través de cualquier clase de prohibiciones, solicitud de autorizaciones o imposición de efectos desfavorables para el deudor que sea admitido al proceso de reorganización previsto en esta ley. Así mismo, toda estipulación que impida o dificulte la participación del deudor en licitaciones públicas o privadas, en igualdad de circunstancias.

Las discrepancias sobre los presupuestos de la ineficacia de una estipulación, en el supuesto previsto en el presente artículo, serán decididas por el juez del concurso.

De verificarse la ocurrencia de la ineficacia y haber intentado hacer efectiva la cláusula el acreedor, el pago de los créditos a su favor quedará legalmente postergado a la atención previa de todos los demás créditos dentro de dicho proceso, y el juez de considerarlo necesario para el logro de los fines del proceso, podrá ordenar la cancelación inmediata de todas las garantías que hayan sido otorgadas por el deudor o por terceros para caucionar los créditos objeto de la ineficacia

³³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-620 (09, Agosto, 2012). MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- ***Las acciones afirmativas en el campo de la gestión contractual de las Entidades Públicas son desarrollo del principio constitucional superior de igualdad***

En sentencia de revisión de tutela la Sala Primera de revisión de la Corte Constitucional concedió la tutela interpuesta por algunos integrantes de la Asociación de Recicladores de Bogotá contra la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital de Bogotá, porque al adelantar el proceso de selección de contratistas para ejecutar un contrato para la “recolección de material recuperable” no tuvo en cuenta las condiciones de debilidad en que ellos se encuentran, reprochándose la ausencia de medidas a favor de grupos marginados o discriminados. En tal oportunidad, las reglas del pliego de condiciones exigían que el proponente adjudicatario debía tener en cuenta que el 15% de los operarios que se requirieran para la realización de la actividad de corte de césped, debían ser seleccionado con personas en situación de desplazamiento y recicladores, esta medida no reporta ninguna protección eficaz de la actividad de reciclaje que vienen desempeñando los recicladores.

La Sala de Revisión en tal caso:

“(...) exhortó al Concejo de Bogotá en lo que respecta a su territorio, para que incluya acciones afirmativas en el proceso de contratación administrativa, a favor de aquellos grupos que por sus condiciones de marginamiento y discriminación requieran de una especial protección por parte del Estado, puesto que la Ley 80 de 1993, no contiene ningún desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en el sentido de que las autoridades públicas en los procesos de contratación administrativa adopten medidas afirmativas a favor de tales grupos, lo que redundaría en su perjuicio, pues, como sucedió, en este caso, las autoridades se limitan a dar cumplimiento a lo preceptuado en el Actual Estatuto de la

*Contratación Administrativa, que al no consagrar medidas de esa especie, conduce a que se desconozca el mandato previsto en el segundo inciso del artículo 13 Superior*³³⁴

En posterior oportunidad, La Sala Plena de constitucionalidad sostuvo que el establecimiento del deber de selección objetiva en la escogencia del contratista – la cual orienta el proceso de licitación o concurso previsto para la contratación del Estado – no configura una omisión legislativa relativa, pues aun cuando el legislador en desarrollo de su potestad de configuración no estableció en forma expresa las acciones afirmativas, no solo no las prohibió sino que las ha autorizado en otras normas que son exigibles en el proceso de selección y adjudicación de contratos estatales.

Sostiene la Corte Constitucional que *“el hecho de que el Estatuto de la Contratación hubiere exigido al administrador la escogencia de las propuestas más favorables o del mejor ofrecimiento al Estado no niega la existencia de acciones afirmativas en la contratación”*.

Relata la Corte Constitucional³³⁵ diferentes ejemplos de acciones afirmativas en el campo de la contratación estatal:

- Artículo 11 de la Ley 82 de 1993 en el que la Corte declaró la exequibilidad del privilegio otorgado a la mujer cabeza de familia en la “contratación de servicios del Estado”.
- El artículo 9º de la Ley 905 de 2004, diseñó una acción afirmativa a favor de las micro, pequeñas y medianas empresas, a quienes las entidades estatales “Promoverán e incrementarán, conforme a su respectivo presupuesto, la participación de micro, pequeñas y medianas empresas

³³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-724 (20, Agosto, 2003). MP. JAIME ARAUJO RENTERIA.

³³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-932 (08, Octubre, 2007). MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

como proveedoras de los bienes y servicios que aquellas demanden” y, entre otras cosas, “preferirán en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministros y servicio a las Mipymes nacionales”.

- Los artículos 26, 27 y 30 de la Ley 361 de 1991, consagraron tratos preferentes a las personas con limitación física cuando aspiran a vincularse laboralmente o a vender productos, bienes y servicios con el Estado.

4. CONCLUSIONES

Una vez recorrido el tema de la manera como se ha realizado en el presente trabajo, a manera de conclusión no queda más que volver brevemente sobre los puntos principales que han sido analizados en el contenido capitular de estas líneas y que más allá de ser resumido queremos puntualizar a manera de redondear los argumentos esgrimidos para servir también como una guía de lo que se ha pretendido lograr.

Dentro de la teoría del derecho ocupa un papel fundamental la teoría de las fuentes del derecho, y por *fundamental* estamos haciendo referencia en sentido estricto, pues la pregunta por las fuentes del derecho termina siendo identificada con la pregunta misma de qué es *derecho*, entendiendo así que *fuerza de derecho* es aquello que hace que un sistema jurídico llega a existir por ofrecer el fundamento último de la obligatoriedad de sus preceptos, independientemente de los conceptos que a ello vayan aparejados, lo que lo hace ser jurídico. La fuente de derecho por excelencia según las teorías analizadas es la norma jurídica ya que entendemos que la obligatoriedad de un precepto puede pues provenir de su consagración en una norma jurídica, caracterizada por ser una expresión lingüística deontológica que revela una realidad la cual constituye su funcionalidad misma.

El conjunto de las normas jurídicas es un conjunto complejo en sí mismo, a la vez que el conjunto de los elementos que componen el derecho no está integrado exclusivamente por un elemento sino por varios y por las funciones entre ellos, el conjunto de las normas jurídicas tiene internamente diferentes categorías, diferenciadas ellas principalmente por su función y por su estructura (no por otros criterios) y llegándose así a la clasificación interna de las normas de carácter regulativo entre *reglas* y *principios* ambas categorías normativas pero con diferenciaciones estructurales. Esta diferenciación entre

reglas y principios ha estado presente en la literatura jurídica de manera principal ya en DWORKIN y HART aun cuando se utilizaran nombres diferentes pero revelando una misma realidad jurídica y material, debates que han concluido, aunque no de manera final, que las principales diferencias de las reglas y los principios hacen referencia a su estructura interna – posición no pacífica –, la forma en que cumplen la función regulativa o imperativa y la forma de solucionar las tensiones que entre ellas se presentan, siendo que si bien ambas categorías comportan normas jurídicas y con ello enunciados de índole regulativa, las dos lo hacen de diferentes maneras.

Aunque se intentaron a lo largo del trabajo diferentes definiciones de *principios* y se realizaron distinciones tanto externas como internas de los mismos, solo se hace imprescindible anotar aquí que contrario a cómo funcionan las reglas en su vertiente imperativa, los principios no dicen exactamente qué se debe hacer ante un antecedente fáctico sino más bien lo que se debe tener en cuenta al momento de encauzar la conducta y adecuarla a unos ciertos parámetros jurídicos constituyendo entonces un criterio para tomar una posición ante una situación indeterminada lo cual impediría su aplicación por medio de los mecanismos silogísticos habituales y exigiría una forma diferente de solucionar sus colisiones: la ponderación y el juicio de proporcionalidad que se haga para cada caso en concreto.

El punto principal de esta teoría hace referencia a la fuerza normativa de la que gozan los principios, no solo por ser una categoría más dentro del conjunto de las normas de carácter regulativo, sino por la capacidad que tienen de exigir la adecuación del comportamiento humanos mediante juicios imperativos que, aunque tienen diferente estructura que las reglas, no por ello dejan de ser una verdadera fuente de derecho; todo lo cual se hace aún más presente en un Estado Constitucional, donde los principios van a gozar de una doble dimensión normativa que permitiría entender a los principios no

solo como coadyuvantes hermenéuticos sino también como unos integradores de valores que obligarían a tomar una posición determinada ante una situación de acuerdo con su contenido.

Estas evoluciones teóricas no son ajenas al ámbito jurídico nacional ya que no solo han estado también presentes en nuestra doctrina jurídica sino también en las decisiones adoptadas por los Altos Tribunales contenciosos, siendo entonces una posición asumida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y no solo por la jurisprudencia constitucional sino también la producida por la jurisdicción ordinaria y por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en cuyas decisiones se ha entendido que los principios comportan una categoría diferente de los *valores*, sí constituyen verdaderas normas jurídicas y que como tal tienen una real fuerza normativa que permite su aplicación directa para la solución de conflictos jurídicos, lo cual obedece no solo a la evolución en cuanto a la teoría del derecho sino a la naturaleza constitucional del Estado colombiano, estando los principios llamados a ser lo que constituyan verdaderamente el sistema jurídico por corresponder a ellos brindar las bases estructurales y el fundamento de todo el sistema jurídico, actuar como directrices hermenéuticas para la interpretación de otras normas y ser criterio integrador de las disposiciones del derecho.

Dentro de este panorama fue de especial interés mostrar cómo la gestión contractual de las entidades públicas, a la cual le corresponde un papel transversal y de cardinal importancia dentro del cumplimiento de los fines del Estado Constitucional en un régimen democrático y en un sistema con economía de mercado así como mecanismo indispensable para el correcto ejercicio del poder público como derivado de la soberanía popular, constituye ella una función administrativa del Estado que está guiada mayoritariamente por principios en su desarrollo, entendido esto como un corolario del papel desempeñado por la función pública, en la más general de sus acepciones, dentro de un Estado de Derecho en relación con el poder y con la gestión de

los intereses públicos. Es precisamente el sometimiento de la función administrativa, y dentro de ella sobre todo de la gestión contractual del Estado, a los principios, lo que lleva a considerar el rol de estos últimos en su ejercicio como elemento de análisis indispensable para la fijación de la finalidad que aquella cumple y para la determinación de los criterios a los que está sometida en su ejercicio, pues de acuerdo con la doctrina generalizada y con la jurisprudencia nacional, son los principios los que están llamados constituir la pauta de acción para quienes ejecutan actividades dentro de la gestión contractual de las entidades públicas como función administrativa.

La problemática que presenta el entendimiento de los principios como los criterios jurídicos fundamentales a la hora de la fijación de las pautas de actuación de las autoridades en el ejercicio de la gestión contractual de las entidades públicas proviene precisamente de las características estructurales de aquellos, que no ofrecen consecuencias exactas a presupuestos fácticos determinados sino solamente dice lo que se debe tener en cuenta al momento de actuar, pero constituyendo esto un referente normativo el cual es en muchos casos de mayor jerarquía que los criterios reglamentarios. Por todo lo anterior se hace indispensable contar con un mecanismo de determinación del contenido material normativo y el alcance de los principios que permita identificar cuál es la posición que debe adoptarse en virtud de sus postulados a la hora de adecuar una conducta a derecho dentro del ejercicio de la gestión contractual de las entidades públicas.

Precisamente acudiendo a la doctrina especializada y a las providencias de las Altas Cortes en la jurisprudencia nacional es que se ha concluido que por la naturaleza de los principios y su estructura reguladora, su contenido es a priori indeterminado y solo puede concretarse para cada caso en concreto, así que un estudio jurídico que pretenda la concreción y determinación del contenido y el alcance de ciertos principios, más aún si son de rango constitucional, deberá acudir a las manifestaciones de los jueces cuando

conocen de los conflictos específicos sobre su aplicación, es decir, le corresponde a la jurisprudencia dichas labores de concreción y determinación, pues es allí donde la textura abierta de los principios adquiere un significado material delimitado que impone un criterio en especial a la hora de actuar de acuerdo con su contenido normativo.

Es por lo anterior que para la concreción y determinación tanto del contenido como del alcance de los principios se hace preciso acudir a la jurisprudencia y a la forma como se han aplicado a casos en particular dichas normas para resolver conflictos puntuales. La determinación entonces del contenido material y del alcance normativo de los principios de igualdad, debido proceso y buena fe se realiza entonces con base, no solo en el análisis de las reglas que desarrollan estos principios y les dan implicaciones precisas a supuestos fácticos, sino también con el análisis de las jurisprudencias donde los Altos tribunales han decidido casos con base en criterios referidos a principios.

Resultado de lo anterior es un amplio listado de mandatos extraídos de los análisis jurisprudenciales en los cuales el contenido material y el alcance normativo de los principios gana concreción y determinación al punto de constituir una guía para la actuación de las autoridades cuando desarrollan actividades propias de la gestión contractual del Estado, entendida ésta como una función administrativa que desarrolla función pública y de contera ejerce el poder público, la cual está – por su naturaleza – sometida a una pléyade de principios que, con esto, ganan un significado preciso, coadyuvando esto no solo como un criterio hermenéutico o integrador del sistema jurídico sino como un verdadero fundamento de juicios específicos de deber ser en tales actuaciones, gracias al carácter normativo de los principios, dejando cada vez menos campo para la arbitrariedad administrativa y por lo tanto para que se presente la corrupción en la aplicación de las normas de la gestión contractual de las entidades públicas.

BIBLIOGRAFIA

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. Norma y Sistema Jurídico, *Norma Jurídica* En: “*El derecho y la Justicia*”. Ernesto Garzón Valdéz y Francisco J. Laporta (eds.), Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Madrid: Trotta, 1996.

ALEXY, Robert, *Interpretación jurídica y discurso racional* En: *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Luis Villar Borda, 1995.

----- . La estructura de las normas de derecho fundamental En: *Teoría de los derechos fundamentales*. Versión en castellano de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. *Comentarios al nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Ley 1437 de 2011*. 2ª ed, actualizada. 3ª reimp. Bogotá: Legis, 2012.

ATIENZA, MANUEL y RUÍZ MANERO, JUAN. *Las piezas del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2004.

----- . Las normas de Mandato: Principios y reglas. En: *Las Piezas del Derecho, teoría de los enunciados jurídicos*, 1ª edición, Barcelona: Ariel, 1996.

----- . *Las normas regulativas: principios y reglas*. En: *Sobre Principios y Reglas* en Revista Doxa, 1991. No. 10. p. 101 y ss. También presente en *Las piezas del derecho*, 2ª edición. Barcelona: Ariel, 2004.

BERNAL PULIDO, Carlos: “Refutación y defensa del Neoconstitucionalismo”, presente, entre otros trabajos, en: *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009; y *Teoría del Neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. 2 ed. Bogotá: Temis, 1987. p. 158 citado por AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho y del orden jurídico*. Barcelona: Ariel, 2000.

----- . Clasificación de las normas jurídicas. En: *Teoría General del Derecho*. Traducción de Jorge Guerrero R. Bogotá: Temis, 2005. 2ed. 5reimpr. Parte Primera. cap. VI. p. 131-137.

----- . *Sobre el Positivismo Jurídico*. Traducción de R. de Asís y A. Greppi. Madrid: Debate, 1998.

BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho*. Bogotá: Leyer, 2008.

BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther. *La fuerza del Derecho*. Siglo del hombre (eds). Bogotá: Ediciones Uniandes, 2005.

CALSAMIGLIA, Albert. *Ensayo sobre Dworkin*, prólogo a DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio* 5ª Reimpresión, Madrid: Ariel, 2002.

CARRIÓ, Genaro. Principios jurídicos y positivismo jurídico. Abeledo-Perrot, 1970. Vol. 131. p. 54. citado por BARTH, José Francisco. *Principios y normas en la concepción del derecho de Dworkin (comentarios a las observaciones críticas de Luis Prieto Sanchís)*, Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Costa Rica. Septiembre-diciembre 2005. No. 108. p. 185.

CASTRO CUENCA, Carlos y GARCIA LÓPEZ, Luisa Fernanda. *Los principios de la función y de la contratación públicas. En: La contratación estatal. Teoría general. Perspectiva comparada y regulación internacional. Primera parte. Teoría general de la contratación administrativa.* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá, D.C. diecisiete (17) de junio de dos mil uno (2001). Radicación número: AP-166, Actor: Manuel Jesús Bravo.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección segunda. Subsección "A". Radicación no: 25000-23-25-000-1999-06324-01(1155-2008). Diecisiete (17) de agosto de 2011. CP: Luis Rafael Vergara Quintero. Bogotá D.C.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil uno (2001). Radicación número: AP-170, Actor: Epaminonda Moreno Parrado y otros.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 05001-23-26-000-1992-00117-01 (18394). Actor: Scanografia Neurológica limitada.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Subsección c, Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ. Bogotá D.C. dieciocho (18) de enero de dos mil doce (2012). Radicación número: 19001-23-31-000-1999-00780-01 (20611). Actor: Marina

Olina Watler Guzman. Demandado: CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CAUCA. Referencia: ACCION CONTRACTUAL.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Consejera ponente: Olga Melida Valle de la Hoz. Bogotá, D. C, Veinticinco (25) de julio de dos mil once (2011). Radicación número: 15001-23-31-000-1996-06217-01(20273) (20279), Actor: Álvaro Hernández Torres.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., junio veintitrés (23) de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00225-01 (16367). Actor: Jaime Hernández Torres.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, Consejera ponente: Dra. Olga Melida Valle de la Hoz, Bogotá D. C., trece (13) de abril de dos mil once (2011), Radicación número: 25000232600019980304001 (18878).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., marzo treinta (30) de dos mil once (2011). Radicado No: 20.917. Actor: La Nacional Compañía de Seguros Generales SA.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subseccion C. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C veinticinco (25) de julio de dos mil once (2011). Radicación: 85-001-23-31-001-1999-0200-01

CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Sentencia 11001031500020120005800 (AC), del veintinueve (29) de mayo de 2012, con ponencia del Consejero, Dr. Luis Rafael Vergara.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil doce (2012). Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07799-01(17434). Actor: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Consejero ponente (E): Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010). Radicación número: 44001233100019980045001(17935). Actor: Danelfi Peñaranda Medina

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia No. 19970534601 (23966). Veintiocho (28) de junio de dos mil doce. CP. Stella Conto Díaz del Castillo. Actor: SOCIEDAD CONSTRUCCIONES Y FACHADAS LTDA. Demandado INSTITUTO COLOMBIANO PARA EL FOMENTO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR–ICFES.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia No. 110010326000200600052 (33187) y 11001032600020070002700 (33962), del tres (03) de Febrero de 2010 con ponencia del Consejero Dr. Enrique Gil Botero.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1016 del veintiocho (28) de noviembre de 2012 con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-387 de 2009, con ponencia del Magistrado Dr. Humberto Sierra Porto

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-028 (25, enero, 2000). MP. Carlos Gaviria Díaz. Numeral 6.1.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-563 (7, octubre, 1998). MP. Dr. Antonio Barrera Carbonell y Dr. Carlos Gaviria Díaz. Fecha: octubre siete (7) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-620 (25, junio, 2008). MP. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-631 (21, noviembre, 1996). MP. Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-209 (1, marzo, 2000). MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-427 (29, octubre, 1994). MP. Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-406 (05, junio, 1992). MP. Ciro Angarita Barón. Citada por la Sentencia C-1163 (06, septiembre, 2000) MP. Fabio Morón Díaz de la misma Corporación.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-028 (26, enero, 2006). MP. Humberto Antonio Sierra Porto. IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. *Estudios de derecho constitucional y administrativo*. 2ª edición. Bogotá: Legis Editores S.A., 2007.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-722 (29, septiembre, 1999). MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-629 (29, julio, 2003). MP. Álvaro Tafur Galvis. La CORTE CONSTITUCIONAL en Sentencia C-427 (29, septiembre, 1994) MP. Fabián Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-561 (04, agosto, 1999). MP. Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-088 (02, febrero, 2000). MP. Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 (07, octubre, 2009). MP. María Victoria Calle Correa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-300 (25, abril, 2012). MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. También puede consultarse: Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-429 (04, septiembre, 1997). MP. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-449 (09, julio, 1992). MP. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-508 (03, julio, 2002). MP. Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 (05, junio, 1992). MP. Ciro Angarita Barón.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-011 del dieciocho (18) de enero de 1993, con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-145 de del veintiuno (21) de Abril de 1993 con ponencia del Magistrado Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-644 del treinta y uno (31) de Agosto de 2011 con ponencia del Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL, T-841 del veinte (20) de noviembre de 2009 con ponencia de la Magistrada Dra. María Victoria Calle Correa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-620 (09, Agosto, 2012). MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-724 (20, Agosto, 2003). MP. JAIME ARAUJO RENTERIA.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-932 (08, Octubre, 2007). MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Resuelve Recurso de Casación. Exp. de Referencia: 05360-31-03-001-2003-00164-01. (7, octubre, 2009) MP. Dr. Edgardo Villamil Portilla.

DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo*. 10ª edición. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1995. p. 68.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Legis, 1999.

ESTRADA VÉLEZ, Sergio. *“La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín. Julio, 2011, vol. 41, no. 115.

EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. *El deber de selección objetiva en Contratación Estatal: Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual, ley 1150 de 2007*. Bogotá: Editorial Externado de Colombia, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999. p. 157.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Editorial Civitas S.A. Madrid 1986. P 170

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ. Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 8ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997. Tomo I. p. 74-75. Citados por: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-818 (09, agosto, 2005). MP. Rodrigo Escobar Gil.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Filosofía del derecho*. 2ª ed. México: Editorial Porrúa S.A., 1977.

GONZÁLEZ PÉREZ. Jesús. *El principio general de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas S.A, 2009.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo: el procedimiento administrativo*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría y Praxis, Estudios de filosofía Social*. Traducción de Salvador Mas Torres y Carlos Moya. Madrid: Tecnos, 2008.

HART, H.L.A. *Los fundamentos de un sistema jurídico* En: El Concepto de derecho, traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

----- . *El Concepto de Derecho*. Traducción de G. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.).

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, traducción de la 2ed en alemán por Roberto J. Vernengo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

----- . *Teoría general del derecho y del Estado*. Traducción de E. García Maynez. México: UNAM, 1983.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo, fundamentos de ética jurídica*. Editorial Civitas. Madrid, 1993. P 36.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría Impura del Derecho*. Universidad de los Andes y Universidad Nacional de Colombia (eds). Bogotá: Legis, 2005. p. 171. Sobre la acogida de las teorías del antiformalismo jurídico de DWORKIN y ALEXI en nuestro país, puede consultarse en esa misma obra, p. 456 y ss.

MARTÍNEZ, Manuel. *Manual de derecho Constitucional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007 y NINO, Carlos. *Derecho, Moral y Política*. Barcelona: Ariel, 1994.

MEJÍA QUINTANA, Óscar. *“La norma básica como problema iusfilosófico, Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas postpositivistas de*

superación". En: Filosofía del derecho y filosofía social. Memorias del tercer congreso nacional. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2006 p. 13.

ORDÓÑEZ ESCOBAR, Jorge Roberto. *Informe del curso de postgrado en derecho "El constitucionalismo del Estado social de derecho"*. México: SJCN, 2006.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. *La contratación de las Entidades Estatales*. Medellín: Librería jurídica Sánchez, 2005.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, Principios, Derechos*. Cuadernos Bartolomé de las Casas No. 7. Madrid: Dykinson, 1998, p. 47-63.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Concepto 5525 (D-9441), quince (15) de febrero de 2013

RAWLS, John. La justicia como equidad. Una reformulación. Erin Kelly (Ed). Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 2002. p. 34-35.

ROSS, Alf. *El problema de las fuentes del derecho*, capítulo XII: *El Concepto de Fuente del derecho*. En: *Teoría de las fuentes del derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico dogmáticas*. Traducción de José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García y Pablo López Pietsch. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de derecho administrativo. Introducción a los conceptos de la Administración Pública y el Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

SCHMITT, Carl. *Distinción de los modos de pensar de la ciencia jurídica* En: *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Trad. Monserrat Herrero. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1996. p. 5-9.

SIECKMANN, Jan-R. *El modelo de los principios del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. *Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo comentado y concordado*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2011.

VALENCIA RESTREPO, Hernan, *Nomoárquica, Principialística Jurídica o Los principios Generales del Derecho*. Bogotá: Temis S.A., 1993. p. 164-165.

VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho Administrativo*. 13ª edición. Bogotá: Legis, 2008. p. 443- 445.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.