

# Los principios jurídicos y sus demonios. Un análisis de los documentos tipo en el mercado de compra pública colombiano

Norms and models of decisions. An analysis of the standard documents in the Colombian public purchase market

Fabio Enrique Pulido Ortiz<sup>1</sup>  
Antonio Alejandro Barreto Moreno<sup>2</sup>

Este artículo analiza el modelo de normas en el mercado de compra pública colombiano en el marco de la creación de los documentos tipo. La tesis del trabajo es que la implementación de los documentos tipo depende de un modelo de reglas sólido. Para ello, se explican las características de los modelos normas: reglas y principios. Luego se exponen las razones por las

This article analyzes the model of norms in the Colombian public purchase market. The thesis is that the implementation of standard documents depends on sound model of rules. To achieve this goal, the article studies the central characteristics of the models of norms: rules and principles. After that, the paper describes the main

RESUMEN / ABSTRACT

<sup>1</sup> Profesor Asociado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, Colombia. Director de la Maestría en Derecho Constitucional y Jefe del Departamento de Teoría Jurídica de la Universidad de La Sabana. Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Magister en Derecho Constitucional de la Universidad de Palermo y abogado de la Universidad Católica de Colombia. Correo electrónico: fabio.pulido@unisabana.edu.co. Dirección Postal: Universidad de La Sabana: Campus del Puente del Común Km. 7 Autopista Norte de Bogotá La Sabana, Colombia.

<sup>2</sup> Profesor Asociado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, Colombia. Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de La Sabana. Miembro del grupo de investigación Justicia, ámbito público y derechos humanos. Doctor en Derecho y Magister en Derecho de la Universidad de los Andes. Abogado de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: antonio.barreto@unisabana.edu.co. Dirección postal: Universidad de La Sabana: Campus del Puente del Común Km. 7 Autopista Norte de Bogotá, La Sabana, Colombia.

Este artículo forma parte de los resultados del proyecto de investigación “la política con toga: un estudio del activismo judicial” (DER-60-2019) financiado por la Dirección General de Investigaciones de la Universidad de La Sabana. Los autores tuvieron una contribución exactamente igual en el diseño, formulación, revisión del artículo.

Artículo recibido el 28 de abril de 2021 y aceptado el 16 de junio de 2021.

cuales, en ciertos contextos, se justifica el modelo de reglas. Por último, se explica que, en el diseño institucional para la implementación de los documentos, subyace un sistema de instrucciones que está vinculado a la configuración del modelo de reglas.

**Palabras clave:** Modelo de reglas, modelo de instrucciones, regulación económica, compra pública, documentos tipo.

reasons to justify model of rules. In development of the above it is argued that the institutional design of standard documents is linked to implementation of model of rules.

**Keywords:** Model of norms, rules model, economic regulation, public procurement, standard documents.

## Introducción

Los estados contemporáneos recurren a diferentes esquemas de contratación estatal para cumplir sus funciones. En este contexto la compra pública, como un modelo de inspiración OCDE, se ha instalado en Colombia como un sistema que resalta la existencia y características de un mercado con impacto en el PIB nacional, en la economía local, en las fuentes de empleo, en la inversión extranjera, entre otros. En ese mercado aparecen, además, fallas que deben ser corregidas. Las entidades estatales con capacidad para contratar son consumidores exclusivos de ciertos bienes y servicios que, se supone, son necesarios para la satisfacción de los fines del estado. En este escenario, es indispensable la participación activa del Estado en su rol de regulador. En el sistema colombiano esta función es encargada a la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente, justamente el órgano de regulación del mercado de compra pública.

De hecho, una de las actividades cada vez más relevantes del poder ejecutivo es la regulación de la compra pública. En esta tarea, se espera que exista un sistema de normas que sirvan de parámetro para la ejecución de los negocios jurídicos de las entidades estatales. Una de las finalidades de esas normas es, como se dijo, corregir las fallas de este mercado como la corrupción, la colusión, la asimetría de información, las externalidades, la falta de planeación, entre otras. Siguiendo los desarrollos de la teoría jurídica contemporánea, es posible señalar la existencia de dos modelos normativos para la regulación de conductas: el modelo de reglas y el modelo de principios.

En este orden de ideas, el objetivo de este trabajo es analizar los modelos de regulación de compra pública, tomando como caso de estudio la implementación de los documentos tipos en Colombia (Leyes N° 1882 de 2018 y 2022 de 2020). Se argumentará alrededor de los dos modelos mencionados y se sustentará la tesis de que la regulación de la compra pública se adecua al modelo de reglas para lograr sus propósitos fundamentales. Para demostrar esta tesis, en primer lugar, se explicaran las características de los dos modelos. Luego se expondrán las razones por las cuales consideramos que, en ciertos contextos, existen razones que justifican el modelo de reglas. En tercer lugar, se reflexionará en torno las dificultades del modelo de principios

en Colombia. El trabajo concluye, por último, que el modelo de instrucciones depende de una adecuada implementación del modelo de reglas.

## I. Tipos de normas y modelos de decisión

Una de las tareas más importantes del poder ejecutivo actual es la regulación de mercados mediante la definición de *normas* que establecen los derechos y deberes de los diferentes actores que participan en ellos<sup>3</sup>. La actividad de regulación administrativa consiste, en definitiva, en el diseño del conjunto de normas que rigen las acciones y decisiones que se desarrollan en un mercado<sup>4</sup>. En el contexto específico del mercado de compra pública, la regulación implica la creación de un sistema de normas que se constituye como el marco normativo para la ejecución de los negocios jurídicos de las entidades estatales<sup>5</sup>.

La configuración e implementación de los sistemas normativos (incluidos, desde luego, los marcos normativos para la regulación administrativa) es diversa y puede perseguir distintos propósitos. Teniendo en cuenta esto último, la teoría jurídica contemporánea ha construido y discutido alrededor de dos modelos de sistemas normativos: el modelo de reglas y el modelo de principios<sup>6</sup>. El objetivo de las siguientes líneas es explicar las características centrales del concepto de normas para luego concretar la diferencia entre los modelos de reglas y principios.

### a) Normas: reglas y principios

Existen tres sentidos principales de la noción "*norma jurídica*" a) disposición jurídica (o formulación normativa), b) norma jurídica en estricto sentido y c) enunciados normativos (o más precisamente enunciados sobre proposiciones normativas)<sup>7</sup>. Por disposición jurídica se entiende el conjunto de símbolos lingüísticos expresados por una autoridad jurídica para formular normas. La norma jurídica en estricto sentido se refiere al contenido normativo (relación deóntica) entre un "caso" (conjunto de propiedades que caracterizan un tipo de acción o acto) y una 'solución normativa' (prohibición, obligación, facultad, potestad) de acuerdo con ciertas condiciones de aplicación.

Debe tenerse en cuenta que, existen normas que no se adecuan a esta definición: las normas conceptuales que se caracterizan por correlacionar

<sup>3</sup> MONTERO PASCUAL, 2014, 27-33.

<sup>4</sup> TWINING y MIERS 2010, 111.

<sup>5</sup> BARRETO MORENO, 2020.

<sup>6</sup> Los modelos, no sobra advertirlo, no son descripciones de los sistemas jurídicos reales. Son arquetipos conceptuales que sirven para explicar las características centrales de los sistemas jurídicos, o también como guía en la implementación las instituciones jurídicas. Para una presentación general de los modelos véase SCHAUER, 1991, 31-53, ALEXY, 2007, 115-138; MORESO y VILAJOSANA, 2012, 89-93. Un análisis de estos modelos en el razonamiento jurídico del *common law* véase ALEXANDER y SHERWIN, 2008, 31-63.

<sup>7</sup> NAVARRO y RODRÍGUEZ 2014, 22-31.

“casos” (esto es estados de cosas) con otros casos (esto es con otros estados de cosas). Así, por ejemplo, la norma que define a los servicios público como aquella actividad diseñada para “satisfacer las necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado”<sup>8</sup>, relacionan dos estados de cosas: el de ser servicios públicos con el ser destinado a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua. Lo mismo habría que decir de la regla de reconocimiento y, en general, con las normas que reconocen criterios de validez jurídica. Estas normas definen una serie de condiciones o elementos para identificar las normas jurídicas válidas dentro del sistema (v. gr. la norma que establece que la costumbre es fuente del derecho a falta de ley).

Por último, los enunciados normativos son oraciones que formulan proposiciones acerca de la existencia (o inexistencia) de una norma jurídica, es decir, son enunciados descriptivos acerca de normas. Este es el caso de un profesor de derecho cuando explica a sus alumnos que “en Colombia está prohibida la pena de muerte” o que “en Colombia las entidades estatales tienen prohibido contratar con empleados públicos”. Sus enunciados no proponen formular prohibiciones de ese tipo de pena, sino describir las normas formuladas por una disposición constitucional de acuerdo con la cual la acción de penalizar con la vida o de contratar con empleados públicos está prohibida.

Son dos las diferencias más importantes entre las disposiciones jurídicas y los enunciados normativos. La primera es que las disposiciones formulan normas, esto es, por ejemplo, prohibiciones u obligaciones. En cambio, los enunciados normativos formulan proposiciones acerca de normas. La segunda es que las normas jurídicas (en tanto contenido de las disposiciones jurídicas) no tienen valor de verdad, es decir, no pueden ser verdaderas o falsas. Por el contrario, el significado de los enunciados normativos si pueden ser verdaderos o falsos. Imaginemos que el legislador colombiano decida prohibir que las entidades estatales celebren convenios interadministrativos con la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente. Podemos decir que esa norma es justa o injusta, razonable o irrazonable, constitucional o inconstitucional pero no podemos sostener que es verdadera o falsa. Pero, si una vez promulgada, un profesor de derecho afirma que en Colombia está permitido que las entidades públicas contraten con Colombia Compra Eficiente podemos decir que su enunciado es falso.

Hasta este punto se ha empleado el término genérico “norma” para referirse a las unidades de los sistemas jurídicos que exigen acciones, posibilitan actos, consagran las condiciones de validez o definen conceptos jurídicos. No obstante, a partir de los aportes iusfilosóficos de Ronald Dworkin o Robert Alexy, se incluye en esta explicación la distinción entre reglas y principios. En términos simples, las normas jurídicas son el género conformado por

---

<sup>8</sup> Ley N° 80, de 1993.

dos especies: las reglas y los principios<sup>9</sup>. La cuestión que surge es establecer la diferencia entre reglas y principios. Veamos algunos de los criterios más importantes para diferenciar entre estos tipos de normas<sup>10</sup>.

Las normas, como se dijo, son entidades conformadas por la relación deóntica entre un caso (conjunto de propiedades que caracterizan un tipo de acción o acto) y una *solución normativa* (prohibición, obligación, facultad, potestad), de acuerdo con ciertas *condiciones de aplicación*. Esto quiere decir que, tanto las reglas como los principios, están conformados por un caso, una *solución normativa* y unas *condiciones de aplicación*. Teniendo en cuenta la anterior precisión, el primer criterio de distinción apunta a la forma en que se configuran el caso y las condiciones de aplicación en cada uno de esos tipos de normas. Por un lado, las reglas se configuran de forma *cerrada*, es decir que el conjunto de propiedades que conforman el caso y sus condiciones de aplicación está constituido por un conjunto finito de propiedades (por lo tanto, esas propiedades son identificables de antemano). Por otro lado, los principios se configuran de forma *abierta* porque alguna o todas sus condiciones de aplicación son implícitas y, por tanto, no identificables de antemano (esto es, no son posibles de reconstruir antes de la valoración para su aplicación en un caso concreto)<sup>11</sup>. Debe aclararse que este criterio de distinción no está en función de las características semánticas de las disposiciones jurídicas y sus eventuales grados de vaguedad. En otros términos, las reglas están conformados por condicionales normativos inderrotables (el caso y las condiciones de aplicación son condición suficiente para la solución normativa) y los principios por condicionales normativos derrotables (el caso y las condiciones de aplicación no son condición suficiente sino contributiva para la solución normativa)<sup>12</sup>.

Veamos un ejemplo. La norma que establece que está prohibido el ingreso de perros al restaurante es una regla, mientras que la norma que indica que, siempre que los usuarios se comporten de conformidad con las buenas costumbres, los administradores del restaurante deberán prestar los servicios de restaurante. La regla del ejemplo contiene las condiciones de aplicación de forma cerrada. Por ello, si está prohibido ingresar al restaurante con perros entonces no puedo entrar con mi perro al establecimiento. Por otro lado, el principio del ejemplo define *prima facie* como debe actuarse o decidirse: el deber de prestar los servicios del restaurante está expuesto a un conjunto abierto de propiedades que puede generar excepciones implícitas que no

<sup>9</sup> ALEXANDER y SHERWIN 2008, 31-63.

<sup>10</sup> Existe una importante discusión en la teoría del derecho sobre si estos criterios son exhaustivos y necesarios de las normas que llamamos principios. Por los límites de este trabajo, no pretendemos involucrarnos en este complejo e importante problema. Para nuestros propósitos basta decir que son características paradigmáticas (y no excluyentes) de los principios y que el criterio más importante para la identificación de los modelos de toma de decisiones es el segundo, esto es, el de la diferente forma en que se constituyen como razones para la acción.

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ, 2003, 77-79.; ATIENZA & RUIZ MANERO 1996, 7-11; MORESO VILAJOSANA, 2012, 90.

<sup>12</sup> RATTI, 2013, 167.

pueden reconstruirse previo a que surjan en el contexto de la decisión de un caso concreto<sup>13</sup>.

El segundo criterio de distinción se fundamenta en el diferente funcionamiento de las normas como razones para la acción. Las reglas son, en los términos de Joseph Raz, razones protegidas<sup>14</sup>. De acuerdo con esto, las reglas, además de constituirse en razones para actuar o decidir de determinada manera (no autorizar el ingreso de perros), excluyen la posibilidad (normativa) de actuar de conformidad con razones que están en contra de la regla (por ejemplo, un cliente que planea asegurar un cuantioso gasto pero que pretende entrar con sus dos perros). Si existe una regla que exige actuar de la forma X entonces los individuos tienen una razón para realizar X, pero esa regla excluye la relevancia normativa de las razones para realizar comportamientos contrarios a X.

En cambio, los principios son normas que solo se constituyen en razones para actuar de determinada manera pero que no excluyen las razones (o principios) que justifican comportamientos contrarios. Son, en otras palabras, razones no concluyentes (o de primer orden en los términos de Raz) para actuar o decidir<sup>15</sup>. Imaginemos que, de acuerdo con el principio de la autonomía individual, existe una razón para decidir libremente qué hacemos con nuestro dinero. Los principios solo indican posibles cursos de acción, pero a diferencia de las reglas, no excluyen otros cursos de acción. Tanto así que a pesar de que el principio de autonomía pueda justificar emplear nuestro dinero libremente, puede ser cierto también que –con base en otro principio u otra regla– se nos obligue a invertir nuestro dinero en algo específico (por ejemplo, ahorrar para nuestra pensión de vejez).

En definitiva, y particularmente en relación con las razones para la decisión de los operadores jurídicos, las reglas están dispuestas para que, cuando se acreditan sus condiciones de aplicación, los operadores jurídicos excluyan de las consideraciones con las que buscan fundamentar sus decisiones, el juicio acerca del balance de razones aplicables, y decidan conforme al contenido de la regla. Por el contrario, los principios no buscan excluir ese tipo de deliberación en el juicio de los operadores jurídicos. Los principios se constituyen en razones para resolver en determinado sentido cuya justificación depende de la ponderación con otras razones o principios. Por esta razón –siguiendo a Dworkin– los principios tienen una dimensión de peso y quien ha de definir cómo actuar conforme a los principios debe tomar en cuenta el valor relativo de ellos<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> BAYÓN, 2003, 63-64.

<sup>14</sup> RAZ 1999, 224. HART denomina a este tipo de razones con el término de razones perentorias (HART, 1982, 268).

<sup>15</sup> TWINING y MIERS 2010, 80-87.

<sup>16</sup> DWORKIN 1977, 293.

Para explicar la diferencia, imaginemos esta situación. Alejandra, María y Gabriela son tres emprendedoras que han abierto un restaurante en el norte de la ciudad. El restaurante se especializa en comida mediterránea con platos que, si bien son costosos, tienen una calidad culinaria innegable. Se han propuesto constituir un establecimiento de comercio que asegure la tranquilidad (razón 1), se produzcan primordialmente platos mediterráneos (razón 2) y, desde luego, se convierta en una buena fuente de ingresos económicos para sus dueñas (razón 3). Un sábado en la tarde solicitan mesa para tres personas: Juan, Carmen y su hija Marcela. Marcela es una niña de 5 años que, desde el momento en que entraron al restaurante no paraba de hacer ruidos, gritar y tomar sin permiso las cosas. Ante este hecho, las dueñas del restaurante deliberaron sobre si debían o no dar una mesa a la ruidosa familia. Luego de que Juan y Carmen afirmaran que no iban a dar órdenes a Marcela (argumentaron que los niños deben crecer libres), los dueños decidieron negarles la solicitud. Para llegar a esa decisión, nuestras emprendedoras deliberaron alrededor de las razones 1, 2 y 3. Concluyeron que, si bien la razón 3 (y en cierta manera la 2) eran razones para darle la mesa a la familia, la razón 1 tenía más peso en la decisión del caso concreto.

Esa misma tarde llegaron al restaurante John y Margarita, acompañados por su perro Milo. Al solicitar la mesa, explicaron que su perro estaba completamente adiestrado y que no iba a hacer ruidos molestos. En efecto, el perro además de educado estaba muy limpio. Luego de deliberar, los dueños del restaurante decidieron que no podían dar una mesa a John y Margarita. Al igual que en la decisión anterior, para ellos asegurar la tranquilidad del restaurante es una razón de mayor peso que la de producir los alimentos o la de obtener el pago por ellos. Aburridos decidir de esa manera en cada caso, optaron por diseñar un reglamento. Dentro de las diferentes disposiciones normativas que conforman el manual se resaltan las siguientes:

*Norma 1:* Está prohibido el ingreso al restaurante de perros

*Norma 2:* Siempre que los usuarios se comporten de conformidad con las buenas costumbres, los administradores del restaurante deberán prestar los servicios de restaurante.

Días después, llega al restaurante Saúl y Firulais, su querido *french poodle*. Javier, quien fue encargado como administrador del establecimiento, decide no autorizar su entrada en aplicación de la norma 1. Los problemas de Javier no paran. Antonio, un habitual comensal del restaurante, ha tomado dos copas de vino y ha empezado a hablar de política con su compañero de mesa. La charla, por cierto, es escuchada por otros comensales pues Antonio habla con un volumen alto. Otro comensal le pide a Javier que aplique el reglamento pues Antonio no se está comportando adecuadamente y que, por tanto, no le debería vender más licor. Javier delibera y considera que, si bien es cierto que Antonio se está comportando inadecuadamente al hablar demasiado alto, nunca antes ha afectado la tranquilidad del restaurante. Además consideró que Antonio tiene derecho de disfrutar del sitio.

Sin olvidar –por cierto– que la economía actual no deja mucho espacio para perder un cliente. Por lo tanto, Javier decide vender una copa de vino y el plato que pidió Antonio.

En este caso, es posible advertir la diferencia entre las reglas y los principios. La norma 1 es una regla y la norma 2 es un principio. Obsérvese, además, que es posible identificar la existencia de principios implícitos en la práctica normativa, por ejemplo, asegurar la tranquilidad de los comensales (razón 1) y la eficiencia económica del restaurante (razón 3). Si bien es cierto que esos principios no hacen parte del reglamento explícitamente, se pueden derivar implícitamente de los propósitos fundacionales de la práctica normativa (i.e el reglamento del restaurante de Alejandra, María y Gabriela). Como se puede ver, la norma (1) es una razón protegida para actuar o decidir: es una razón para no permitir el ingreso de perros y, además, excluye la relevancia normativa de otras razones (por ejemplo, la razón 3). Por el contrario, la norma 2 y las razones 1, 2 y 3 son razones para actuar o decidir de ciertas maneras pero no tienen la capacidad de excluir a las razones en contrario más allá del juicio de Javier acerca de cuál de ellas tiene mayor peso para resolver el caso en concreto<sup>17</sup>.

Otros autores han señalado que los principios son normas que indican fines o estados de cosas que se espera que ocurran. Es por esta razón que Robert Alexy ha definido los principios como mandatos de optimización, es decir, como pautas que exigen comportamientos para alcanzar estados de cosas ideales en la mayor medida de lo posible (v. gr. la eficiencia económica o la tranquilidad de los comensales). En sus palabras, los principios son mandatos de optimización en el sentido que “ordenan que algo debe hacerse en la mayor medida posible, de acuerdo con la posibilidades fácticas y jurídicas”<sup>18</sup>. Por ello, los principios –a diferencia de las reglas– se caracterizan por que pueden ser cumplidos en diferentes grados. La regla de la prohibición de entrar perros se cumple o se incumple, no hay término medio. En cambio, los principios de comportamiento adecuado, eficiencia económica y tranquilidad indican unos fines que pueden cumplirse en distintos grados<sup>19</sup>. En estos términos, lo que caracteriza a los principios es que son normas ideales, es decir, normas que consagran estados de cosas ideales. Así “como decimos que un automóvil ideal, debe ser estable, veloz y seguro, el estado de cosas ideal regulado por la Constitución... debe ser tal que produzca unas condi-

<sup>17</sup> En el marco de la explicación de la interacción de los principios dentro de los sistemas jurídicos ha surgido la teoría de la ponderación. Se argumenta que esa interacción genera un tipo de colisión que “se presenta cuando dos o más principios resultan relevantes para resolver un caso concreto y que, además, cada principio (o subconjunto de principios) determina respuestas incompatibles entre sí. La ponderación, entonces, es un método para resolver generalmente la colisión de principios. En este procedimiento deliberativo, el operador jurídico pondera el peso de los principios con el objeto de determinar cual tiene mayor “fuerza” para resolver el caso concreto. (BERNAL PULIDO 2018, 197-99).

<sup>18</sup> ALEXY 2007, 16.

<sup>19</sup> ATIENZA & RUIZ MANERO 1996, 1-18.

ciones favorables para el progreso social y económico”<sup>20</sup>. Los fines ideales pueden entrar en conflicto entre sí (por ejemplo, la eficiencia económica del restaurante puede entrar en conflicto con la tranquilidad de los comensales). Es por ello que las prácticas que le otorgan relevancia normativa a los principios deben definir los procedimientos en que han de resolverse los conflictos entre ellos (por ejemplo, mediante la ponderación).

Veamos el siguiente ejemplo desarrollado en un escenario de contratación estatal. Una entidad quiere realizar la adquisición de unos computadores para entregarlos a colegios donde estudian niños que no tienen acceso a sus clases en medio de la pandemia. En los pliegos de condiciones, la entidad dispone que “el oferente debe tener una capacidad productiva de, mínimo, 120 equipos diarios para ser considerado en el proceso de selección”. Al proceso de selección se presentan dos empresas: Arévalo Asociados S.A.S. y Carrillo enterprises S.A.S. La empresa Arévalo S.A.S. tiene una capacidad productiva de 80 equipos diarios, mientras que la empresa Carrillo S.A.S. tiene una capacidad de 150 equipos. En dichas condiciones, la empresa seleccionada es la segunda empresa; no obstante, en la ejecución del contrato, se empiezan a presentar retrasos en las entregas a lo que el contratista explica que el motivo del retraso es la alta demanda que tiene por las circunstancias de coyuntura y se hace insuficiente su capacidad productiva. Por lo anterior, la entidad celebró algunas modificaciones al contrato y los destinatarios finales contaron tardíamente con los equipos.

En vista de la mala experiencia con la anterior contratación, la entidad decide disponer en los nuevos pliegos de condiciones que “el oferente debe tener una capacidad productiva suficiente para lograr una entrega oportuna de los bienes objeto de la compra”. Suponiendo que en este proceso se presentan los mismos proponentes (Asociados S.A.S. y Carrillo enterprises S.A.S.) y con la misma capacidad productiva de 80 el primero y 150 el segundo. La entidad concluye que el oferente Arévalo S.A.S. tiene mejor calificación en la experiencia entregando oportunamente sus pedidos. Por lo anterior, esa empresa se convierte en la adjudicataria del proceso. En este caso, vemos que la disposición normativa del primer proceso contractual es una regla, mientras que la disposición del segundo proceso es un principio. Cabe resaltar que la forma en que la entidad formula la disposición afecta el proceso de selección dando como ganador a oferentes distintos.

No cabe duda que dentro de los sistemas jurídicos existen diferentes normas que encajan en la descripción dada por Alexy de mandatos de optimización (como en el ejemplo que acabamos de ver). Sin embargo debe tenerse en cuenta que esta concepción no es adecuada para caracterizar diferentes principios que no se presentan como ideales a conseguir, sino como normas que prescriben o regulan determinadas acciones o decisiones. Por esta razón, esta concepción excluye una importante categoría de principios

<sup>20</sup> MORESO y VILAJOSANA 2012, 222.

que son centrales en los sistemas jurídicos. Esta noción se limita, por tanto, a dar cuenta de un subgrupo de principios que Dworkin denominó directrices políticas (*policies*). A pesar de que la teoría de Alexy resulta insuficiente como una teoría general de los principios, resulta útil para caracterizar un tipo de ellos que suele estar presente en los sistemas jurídicos<sup>21</sup>. En otras palabras, no todos los principios son mandatos de optimización, pero este tipo de mandatos está presente en los sistemas jurídicos contemporáneos.

b) Dos modelos de toma de decisiones

En el famoso debate, Dworkin creyó encontrar un argumento que vencería a Hart. Según Dworkin, con independencia de lo que establezcan las fuentes del derecho, los sistemas jurídicos contienen principios implícitos que tiene la capacidad de derrotar a las reglas<sup>22</sup>. En otros términos, se sostiene que las reglas jurídicas no pueden definir de forma exhaustiva sus consecuencias de derecho porque queda abierta la posibilidad de que entre en escena un principio que lleve a que aparezca una excepción a la regla que no se había identificado de antemano. Volvamos al caso del restaurante. Federico (un hombre ciego) llega al restaurante y solicita una mesa para el solo. Sin embargo, pide permiso para que lo acompañe Tom, su perro lazarillo. Explica que su perro, además de servirle de guía, está entrenado para alertar en caso de que puedan aparecer episodios epilépticos que Federico suele padecer. Javier, sabiendo que existe la regla que prohíbe entrar con perros, recuerda que un principio del restaurante es la atención personalizada en función de asegurar la tranquilidad y descanso de sus comensales. Por ello, considera que esos principios derrotan a la regla en el caso y le otorga una mesa a Federico acompañado de Tom<sup>23</sup>.

Esta relación entre reglas y principios es propia, por ejemplo, de los sistemas constitucionales contemporáneos, en los que las reglas suelen interactuar con principios que, generalmente, reconocen derechos fundamentales. La cuestión es analizar si es verdad que es necesario –como piensa Dworkin– que las prácticas jurídicas otorguen relevancia a los principios. En otros términos, hay que preguntarse si es una verdad necesaria que todo sistema jurídico debe contemplar una serie de principios que, además, tienen la capacidad de derrotar a las reglas. Adelantando la respuesta, consideramos que no. Sin negar que es posible que las prácticas jurídicas le otorguen prevalencia normativa a las decisiones basadas en principios, es desde luego también posible que esas prácticas clausuren el sistema de normas y excluyan la relevancia normativa de los principios para la toma de decisiones. Veamos cómo puede ser esto.

<sup>21</sup> Un desarrollo completo de esta tesis puede verse en MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007, 77-81.

<sup>22</sup> DWORKIN 1977, 22-31.

<sup>23</sup> Esto es lo que SCHAUER denomina experiencias recalcitrantes. No sobra advertir que es el citado autor el que introduce el ejemplo de los perros en el restaurante. SCHAUER 1991, 31-34.

Una característica de las reglas es que, además de exigir determinados cursos de acción o de decisión (de conformidad con las propiedades normativas definidas en la regla) deben ser capaces de cumplir una función excluyente en el razonamiento práctico de los individuos (esto es, como vimos, que las reglas son razones protegidas para la acción). Para explicar este fenómeno, Joseph Raz afirma que existen dos tipos de razones. Las primeras (razones primarias o de primer orden) indican cómo se debe actuar<sup>24</sup>. Las segundas (razones secundarias o de segundo orden) son razones sobre razones primarias. A su vez, las razones secundarias pueden ser de dos tipos. Unas indican las razones con base en las cuales se debe actuar (razones secundarias positivas), otras excluyen a un determinado conjunto de razones (razones secundarias excluyentes).

Las reglas combinan razones de primer orden (toda vez que indican como actuar) con razones de segundo orden negativas (es decir, excluyen la relevancia práctica de un conjunto de razones). No obstante, entre las reglas y las razones de primer orden existen importantes relaciones. En primer lugar, las reglas (específicamente las prescriptivas) son en sí mismas razones de primer orden en tanto exigen la realización de acciones o la toma de decisiones. Además, las reglas son el resultado de decisiones de las autoridades jurídicas que, luego de ponderar las diferentes razones de primer orden (razones subyacentes), definen un conjunto de propiedades (el caso) al que otorgan determinada calificación jurídica. Para explicar la relación entre las reglas y sus razones subyacentes, resulta útil recurrir a la distinción entre disposiciones jurídicas y su justificación subyacente (las razones de primer orden que justifican la regla formulada en la disposición jurídica). Las autoridades jurídicas evalúan las razones de primer orden (a favor y en contra) en relación con un determinado curso de acción y luego de deliberar acerca de este, deciden formular una regla en una disposición normativa<sup>25</sup>.

Ahora bien, ¿Cuáles son las razones que son excluidas por las reglas? Esto quiere decir ¿Cuál es el alcance práctico de las reglas? ¿El alcance práctico de las reglas excluye a sus razones subyacentes? Veamos algunas precisiones al respecto. En primer lugar, las reglas jurídicas excluyen aquellas razones que hacen diferencia práctica respecto de lo que debe ser hecho. Solo tiene sentido la noción de exclusión cuando se habla de razones relevantes que son contrarias a lo exigido por la regla. La pregunta que surge entonces es ¿Pueden las reglas excluir todas las razones objetivamente relevantes? La respuesta es simple: no. Si el alcance de la exclusión de las reglas jurídicas fuese respecto de todas las razones objetivamente relevantes para una acción determinada, se caería en el absurdo de que toda acción sería jurídica (o antijurídica), o de que siempre habría una razón jurídica para actuar o no actuar<sup>26</sup>. Si las normas jurídicas excluyen a todas las razones relevantes para actuar, sería

<sup>24</sup> RAZ 1990, 224.

<sup>25</sup> RAZ 1990.

<sup>26</sup> PULIDO 2018, 139-168.

preciso afirmar que, por ejemplo, cuando un jugador de ajedrez decide cómo mover una ficha, estaría actuando y razonando jurídicamente, por cuanto ello sería una regla jurídica o haría parte de las razones excluidas<sup>27</sup>.

En segundo lugar, y aun cuando se admita que el derecho es “comprehensivo”, esto no puede significar que el derecho pueda tener autoridad para regular todos los comportamientos, ni que en efecto los regule de forma general. Significa, simplemente, que es posible que el derecho pretenda regular todo tipo de comportamiento sobre los cuales tiene autoridad. En otras palabras, toda autoridad tiene un dominio limitado de acciones, personas y razones que puede regular y, en consecuencia, el alcance práctico de las reglas depende de las decisiones de las autoridades jurídicas dentro de estos límites, complementados en los ordenamientos jurídicos por medio de reglas de competencia<sup>28</sup>.

Las autoridades jurídicas tienen el poder normativo de emitir directivas dentro de la esfera de su competencia, es decir, dentro del rango de acciones sobre las cuales tiene derecho a gobernar (a saber, de acuerdo con los poderes normativos otorgados por las normas de competencia). Las reglas de competencia, por tanto, definen tanto las acciones y personas que pueden dirigir, como las consideraciones que pueden excluir. Por cuanto la autoridad jurídica tiene –por definición– un poder normativo limitado, el alcance práctico de sus reglas es limitado, al menos respecto del rango de consideraciones, acciones y personas que la autoridad tiene competencia de gobernar<sup>29</sup>.

En síntesis, la existencia de reglas depende de la capacidad de las normas de exigir conductas y de excluir razones que son, a su vez, relevantes respecto de cómo se debe actuar o decidir. Es desde luego posible que el sistema jurídico –o una parte de él– decida configurar un modelo de normas en el que los principios prevalezcan al momento de la toma de decisiones. Pero es también posible –y según el contexto aconsejable y justificable– adoptar un modelo de reglas, esto es que –por alguna razón o conjunto de razones– se considere necesario implementar una práctica en la que, como consecuencia de la existencia de un sistema de reglas, los principios sean excluidos al momento de la justificación de las decisiones.

Por lo tanto, todo sistema normativo (incluidos desde luego los marcos regulatorios) deben decidir si propenden por un modelo de reglas o si por el contrario persiguen un modelo de principios. En el primero, las reglas se constituyen en condición suficiente para la justificación de las decisiones. En el segundo las normas son razones contributivas para la justificación de las decisiones. Además, de acuerdo con el modelo de reglas, las normas funcionan de forma “opaca” en el razonamiento práctico, de manera que excluyen la deliberación acerca de los méritos que tienen. Por el contrario, el

<sup>27</sup> RAZ 2009, 380.

<sup>28</sup> RAZ 2009, 40-45.

<sup>29</sup> ENDICOTT 2007, 14-19.

modelo de principios sostiene que las normas son “transparentes”, esto es, en la toma de decisiones los sujetos vinculados deben considerar los principios que justifican la existencia de las normas. De acuerdo con el modelo de reglas las normas pueden ser expresadas, seguidas y aplicadas con independencia de la valoración sobre las razones (o principios) que las justifican. Por el contrario, según el modelo de principios, la expresión, seguimiento y aplicación de las normas depende, en definitiva, de la deliberación sobre la forma adecuada de justificar la aplicación de esos principios en las decisiones<sup>30</sup>.

Desde luego, la configuración del modelo en cada sistema jurídico es una cuestión contingente, al depender de cómo cada práctica jurídica se implementa y de los compromisos normativos implícitos en la institución que se trate. No es lo mismo, por ejemplo, un modelo para toma de decisiones para aplicar derechos fundamentales que el modelo para regular los procedimientos judiciales o administrativos. Antes de continuar, es necesario hacer una precisión metodológica. Los modelos no pretenden ser descriptivos de los ordenamientos jurídicos actuales (desde luego que en la gran mayoría de sistemas normativos conviven reglas y principios) sino ideales regulativos y explicativos de la forma cómo se fundamenta la actividad de regulación. En este sentido, existen dos razones que justifican una adecuada caracterización de los modelos en el estudio de los sistemas normativos. En primer lugar, la identificación del modelo importa para determinar los criterios de evaluación en la implementación y desarrollo de los sistemas normativos. En segundo lugar, la definición del modelo sirve para sentar las bases de la justificación de la toma de decisiones a propósito de la interacción de distintos tipos de normas. Así, por ejemplo, en el modelo de principios existen razones que justifican una prevalencia de los principios sobre las reglas en la toma de decisiones. Por el contrario, en el sistema de reglas, existe una prioridad de las reglas sobre los principios en la justificación de la forma de resolver los conflictos entre normas<sup>31</sup>.

## II. Los modelos de toma de decisiones en la contratación pública colombiana

El estatuto general de la contratación (Ley 80 de 1993) fue expedido por el Congreso de la República de Colombia con el propósito de encontrar mecanismos para regular la contratación administrativa y luchar contra la corrupción. La fórmula que se gestó pretendía enfrentar la corrupción en la contratación estatal sin sacrificar el principio de la eficacia administrativa. Por esta razón el legislador se concentró en ampliar la potestad discrecional de las entidades estatales para que, a la luz de los principios constitucionales, pu-

<sup>30</sup> La formulación y explicación de estos modelos puede verse en: ALEXANDER 1989, 1-64; ALEXANDER 2012, 75-82; ALEXANDER y SHERWIN 2004, 15.

<sup>31</sup> Sobre el problema de la derrotabilidad de las normas como consecuencia de la interacción entre reglas y principios véase el debate BAYÓN y RODRÍGUEZ, 2003 y PULIDO ORTIZ, 139-168.

diesen ser ágiles en la satisfacción de los fines del Estado<sup>32</sup>. Existen, no obstante, importantes dudas sobre la eficacia de esa ley para alcanzar los fines para los que fue prevista. Por ejemplo, Transparencia por Colombia<sup>33</sup> señala que de todas las prácticas de corrupción el 72% es administrativa, escenario en el que la contratación pública es protagonista con el 46% de todos los actos así calificados<sup>34</sup>.

En este acápite, argumentamos que el modelo de principios que subyace en el marco jurídico para la definición de criterios habilitantes y de escogencia del contratista en la Ley 80 de 1993 tiene serios problemas. La atribución de una amplia discrecionalidad administrativa radicada en cabeza de las entidades estatales para tomar decisiones basadas en principios hace parte de la explicación de las dificultades de ese marco jurídico: generalización de procedimientos con oferente único en licitación pública, pocos controles en la etapa de selección y resultados negativos en evaluaciones de transparencia. En las siguientes líneas mostraremos que los acuerdos marco de precios y pliegos tipo (potestad de la Agencia de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente<sup>35</sup>) es un intento por diseñar un sistema regulatorio fundamentado en el modelo de reglas cuyo propósito central es atacar las fallas del mercado de compra pública.

a) El modelo de principios: el estatuto general de contratación

La Ley N° 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública) es un buen ejemplo de un intento por implementar el modelo de principios (particularmente en lo relativo a los criterios de selección)<sup>36</sup>. En la justificación del Estatuto se subrayó la importancia de crear un ordenamiento desprovisto de una tendencia “reguladora”. Se aseguraba que, más importante que cada una de las reglas del estatuto, lo fundamental era perseguir los principios de la contratación estatal<sup>37</sup>. En la justificación del proyecto de ley, se afirmaba que:

“su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado. No se trata, pues, de un ordenamiento de tendencia reguladora y casuística lo cual entraba la actividad estatal como lo ha demostrado la experiencia. Solo recoge las normas fundamentales en materia contractual cuyo adecuado acatamiento se erija en la única limitante de la autonomía de la voluntad, principio que debe guiar la contratación estatal”<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-119 DE 2020, 56-57.

<sup>33</sup> 2019, 18.

<sup>34</sup> TRANSPARENCIA POR COLOMBIA, 2019, 17-18.

<sup>35</sup> Decreto-Ley N° 4170 de 2011, Ley N° 1955 de 2019 (art. 41) y Ley N° 2022 de 2020.

<sup>36</sup> BENAVIDES, 2004, 75.

<sup>37</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA, 1992.

<sup>38</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA, 1992.

En específico, el Estatuto consagró:

“Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa” (art. 23 L. N° 80 de 1993).

Al respecto, algunos especialistas han señalado que el Estatuto de Contratación se orientó hacia la simplificación del marco normativo estableciendo un cuerpo de “grandes principios” sobre la materia<sup>39</sup>. De esta manera, las entidades podrían desarrollar su actividad con mayor libertad y adaptándose a las exigencias diarias de la administración. Con la expedición de la Ley N° 1150 de 2007<sup>40</sup> se acentúa más la tendencia del estatuto hacia el modelo de principios. Esa Ley buscaba mayor eficacia y transparencia en los procesos de contratación pública, pero en la misma línea de confiar en las decisiones basadas en principios como mecanismo para resolver los asuntos en la contratación estatal. El artículo 13 de la citada norma precisa que los principios deben aplicarse de forma preferente en la contratación del régimen general de contratación y en los regímenes especiales.

La regulación de la compra pública, como se sabe, está diseñada para corregir las fallas típicas de ese mercado. Para ello, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública creó un marco normativo que pretendió implementar el modelo de principios a través de un diseño que favorecía la toma de decisiones discrecionales basadas en principios. No obstante, este diseño no logró su propósito y las fallas del mercado ha persistido con el tiempo: corrupción, colusión, asimetría de información, y falta de planeación, se destacan entre “aquellas situaciones en las que el mecanismo del mercado no puede funcionar adecuadamente”<sup>41</sup>. El Observatorio de Contratación 2017 de la Cámara Colombiana de Infraestructura, señala a al respecto que:

“El análisis de la información evidencia que el número de contratos adjudicados a únicos oferentes habilitados es muy alto y, de manera agregada, permite establecer que en los departamentos objeto del estudio, el 64% de los procesos fueron adjudicados a únicos oferentes, mientras que en los municipios dicho porcentaje corresponde al 85%. En contraste con esta situación, es importante resaltar que en las entidades de orden nacional (Invías, Aerocivil y ANI), el 94% del total de los procesos revisados, registraron más de dos oferentes habilitados, al igual que en las entidades del Distrito Capital, donde el 93% de los procesos registró pluralidad de oferentes”<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> BENAVIDES, 2004, 505.

<sup>40</sup> Por medio de esta ley se intentaron introducir medidas para la asegurar la eficiencia y la transparencia en el Estatuto de Contratación.

<sup>41</sup> RODRÍGUEZ, 2013, 2.

<sup>42</sup> CÁMARA COLOMBIANA DE INFRAESTRUCTURA, 2017, 23.

Esta fuente gremial permite observar que la aplicación del estatuto de contratación, basado en principios, para el caso de los departamentos y municipios, ocasionó el cierre injustificado de los mercados, mientras que en los casos donde se utilizaron de forma experimental documentos tipo, las cifras que reflejan competencia eran mayores. Por otra parte, los actores evidenciaron una ausencia de controles administrativos claros en la etapa de selección, especialmente en la creación del pliego de condiciones. Esta situación se hizo evidente por la inexistencia de medios idóneos para la reclamación de los interesados en la selección. En el informe de evaluación del sistema de compras públicas en Colombia arrojó como uno de los problemas centrales del sistema de contratación pública la ausencia de mecanismos administrativos de impugnación y apelación, es decir, ausencia de mecanismos para poner a discutir las decisiones precontractuales<sup>43</sup>.

Para dar respuesta a esas fallas, el legislador colombiano diseñó un marco normativo distinto y basado en el modelo de reglas: el sistema de instrucciones introducido en Colombia por la Ley N° 2022 de 2020<sup>44</sup>. Este sistema encarga a la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente (ACCE) su desarrollo. Con la aparición de la Agencia Nacional de Contratación – Colombia Compra Eficiente y sus mecanismos de regulación, entre los que se cuentan: los acuerdos marco de precios, los documentos tipo, las circulares externas, etc., el Ejecutivo Nacional vio la posibilidad de estandarizar los procesos de contratación incursionando en el campo de la regulación por reglas. En las discusiones que dieron lugar a la expedición de la Ley N° 1882 de 2018, que originalmente introdujo los documentos tipo en nuestro ordenamiento legal, se habló del tema y particularmente desde la exposición de motivos, se precisó la necesidad “(...) de eliminar una serie de sesgos interpretativos que han hecho carrera en las entidades contratantes, cuya principal consecuencia ha sido el debilitamiento del sistema de compras públicas:

Si bien desde diversos sectores se ha sustentado que con la debida aplicación de los principios que rigen la contratación administrativa se pueden superar estos yerros hermenéuticos, la realidad dicta que es necesario modificar normas puntuales que hoy, por el alcance arbitrario del que están siendo objeto, están generando efectos contrarios a los fines del Estado<sup>45</sup>.

En tan solo un párrafo, era claro para los promotores de la ley que el modelo de principios en el mercado de compra pública estaba generando

<sup>43</sup> COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, 2018.

<sup>44</sup> El artículo 4° de la Ley N° 1882 de 2018 definió que el Gobierno Nacional debía adoptar “documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. La ley 2022 de 2020 modificó ese artículo, adicionando que La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente es la entidad competente para adoptar “documentos tipo”. Esta Ley, además, enfatizó sobre el carácter estrictamente reglado que deben tener los documentos tipo.

<sup>45</sup> MINISTERIO DE TRANSPORTE, 2016.

contradicciones con los fines de este instrumento de la administración. En un sentido similar, los gremios de constructores quienes denunciaron la falta de certeza en los mecanismos de contratación y el elevado número de procesos de selección públicos con un solo oferente, fruto de la discrecionalidad en la confección de pliegos de condiciones. Según ellos, esos pliegos parecían diseñados a la medida de un competidor (conocidos en el sector con el nombre de “pliegos sastre”)<sup>46</sup>. Con la expedición del Estatuto de Contratación se volvió recurrente el diseño de “pliegos sastre”, hechos a la medida de un oferente, para la selección de contratistas, engrosando así el escenario de corrupción y atentando contra el propio fin de la norma<sup>47</sup>.

Por otro lado, y desde la teoría del derecho administrativo, se pueden identificar dificultades adicionales en el sistema original del estatuto (i.e el sistema basado en un modelo de principios). Este marco normativo generó una indebida interpretación del principio de discrecionalidad basada en normas de competencia indeterminadas y el diseño de tomas de decisiones basadas en principios. La discrecionalidad de la administración comporta toda una estructura compleja en el derecho administrativo en tanto es el ejercicio de una de las potestades de la administración. La discrecionalidad es una facultad específica de concepción jurídica para la consecución de un fin determinado, que se encuentra en cabeza de la administración y que no se traduce en una libertad de elección. La actividad administrativa, en el marco de un Estado de Derecho, debe regirse por los parámetros dispuestos en las leyes que, a su vez, se dirigen a la consecución de un fin específico, el cual, se encuentra en aquellas en forma de reglas para el correcto ejercicio de la facultad atribuida<sup>48</sup>.

b) Los documentos tipo a cargo de la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente

El ejercicio de la potestad discrecional de la administración pública, como se señaló previamente, debe hacerse en el marco de normas. La introducción de la estandarización de procesos contractuales constituye una regulación a través de instrucciones, como expresión del modelo de reglas, que consagran un conjunto de preceptos obligatorios (mediante normas cerradas que generan razones protegidas para la decisión) dirigidos a la dirección de los procesos de selección en compra pública. En este contexto, la administración pública vio la oportunidad de dirigir el mercado de la compra pública a través de Colombia Compra Eficiente, la cual, en un primer momento, expedía circulares externas por las que daba directrices a las entidades estatales en lo concerniente a sus relaciones contractuales, hoy además expide documentos tipo y acuerdos marco de precios.

<sup>46</sup> CÁMARA COLOMBIANA DE INFRAESTRUCTURA, 2017.

<sup>47</sup> La regulación de la compra pública basada en el modelo de principios resultó, además, compleja de fiscalizar por los jueces y organismos de control CARMONA, 1992, 109.

<sup>48</sup> SCHMIDT, 2006, 220.

Ahora bien, para el Consejo de Estado<sup>49</sup> las circulares de la Agencia son verdaderos actos administrativos, los cuales terminan constituyéndose como mecanismos de contenido normativo que producen plenos efectos jurídicos en el sistema de compra pública. Cabe recordar que, para la propia Agencia, dichas circulares contienen mandatos, orientaciones e *instrucciones* de obligatorio cumplimiento para las entidades contratantes y el público en general. De esta manera, el aparato estatal expresamente se dirige, aún en vigencia de la Ley de principios, a un modelo de reglas o instrucciones en cabeza de Colombia Compra Eficiente.

El hecho de que una entidad como la Agencia de Contratación, una unidad administrativa especial con personería jurídica, adscrita al Departamento Nacional de Planeación y de naturaleza técnica asuma esta labor de estandarización a partir de lo señalado en la Ley 2022 de 2020 no es novedosa. De hecho, con la introducción de los Acuerdos Marco de Precios o instrumentos de agregación de demanda se realiza una labor en esencia similar, toda vez que al igual que los documentos tipo, estos constituyen mecanismos de regulación del mercado de compra pública y a su vez propician la rapidez, transparencia y seguridad en las transacciones<sup>50</sup>.

Sobre este detalle es que resulta preciso traer a colación la tesis de las "Cuatro 'C' para la adopción de los documentos tipo: "cronograma, coordinación, comentarios y capacitación"<sup>51</sup>. La regulación por medio de instrucciones (se reitera, mediante la expedición de un conjunto de reglas) se propuso "tecnificar" el mercado de compra pública. Desde luego que no es posible crear "casuísticas" al respecto o exigencias formales. Lo que se busca es definir de forma general requisitos y condiciones comunes mediante el diseño de documentos tipo. En todo caso, en este sistema se dispone que, previo y posteriormente, es necesario establecer canales de diálogo con los actores del mercado para coordinar, capacitar y establecer cronogramas para depurar las instrucciones. Lo anterior, aunado al hecho de que el sistema también señala la disposición de un mecanismo "para la revisión constante de los documentos tipo que expida". Se busca, en definitiva, generar regulaciones dinámicas a la luz tendencias de contexto.

Teniendo en cuenta lo mencionado hasta ahora ¿Qué se entiende por discrecionalidad administrativa y como se supondría que los principios señalados en el Estatuto General de la Contratación cumplen su papel en este sentido, apoyando a los funcionarios en las distintas etapas del proceso contractual? Lo primero que debe señalarse es que cualquier actuación de la administración está sometida a la Constitución, la ley y los principios de

<sup>49</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Auto de agosto 14 de 2017. Rad. 11001-03-26-000-2017-00031-00 (58820). C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>50</sup> Decreto N° 4170 de 2011. Artículo 3, numeral 7 y Ley N° 1955 de 2019. Artículo 41, reglamentado por el Decreto N° 310 de 2021.

<sup>51</sup> BARRETO MORENO, 2020.

la función pública, entre otras normas que regulen la materia, como se dijo anteriormente. La contratación estatal, siendo una de las actuaciones de la administración, también se encuentra atada a estos estándares; aunque particularmente con fundamento a la Ley 80, tanto las entidades sometidas al régimen general de contratación como las regidas por uno especial, gozan de un margen de discrecionalidad e interpretación ya que sus actuaciones deben estar orientadas en los principios de la contratación estatal y las reglas dispuestas, los primeros más predominantes que los segundos.

Así, tenemos de un lado la definición de los requisitos habilitantes y los factores de escogencia, actividad de la que se ha encargado tradicionalmente cada entidad estatal para la estructuración de sus procedimientos de selección<sup>52</sup>. Con la inserción de los documentos tipo y particularmente del pliego tipo como una categoría de aquellos, hoy coexisten la discrecionalidad, en teoría apegada a los principios de suyo poco efectiva, con el modelo de reglas ya reseñado. En tanto se vaya ampliando el abanico de documentos tipo y el detalle en ellos incluido, creado por la Agencia Contratación, seguirá este escenario dual en la materia. De esta manera, y adentrándose un poco más al objeto de estudio de este escrito, se ha discutido sobre si el carácter reglado y vinculante de los documentos tipo –y particularmente los pliegos tipos– hace nugatoria la discrecionalidad de la administración<sup>53</sup> o si se trata de una limitación a la misma. Frente a este punto se rescata que:

“(...) la libertad de la Administración para la elaboración del pliego de condiciones no es absoluta, ya que encuentra límites en los elementos reglados del acto administrativo, en la finalidad de interés general a la que debe atender y en el principio de proporcionalidad. De ahí que se haya dicho que no existen, pues, actos absolutamente reglados, ni absolutamente discrecionales”<sup>54</sup>.

Es desde luego improbable que los documentos tipo puedan contener un conjunto de reglas inexpugnable a cualquier ejercicio de discrecionalidad de la administración, pero seguramente si logrará un efecto restrictivo de ella, que en aquello que la Agencia CCE quiera limitarla completamente, tiene las herramientas jurídicas para hacerlo, así se lo ha asignado el legislador en la reciente legislación (Ley N° 2022 de 2020). Adicionalmente, la estandarización de los documentos contractuales no es la única medida propuesta en su momento, aunque sí la que generó mayor impacto y discusión en el Congreso, así como en distintos sectores. Por lo que aquí no se pretende una renuncia completa a estas categorías normativas sino una armonización en el marco del modelo de instrucciones, particularmente en lo relativo a los requisitos de selección del contratista.

<sup>52</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley N° 1150 de 2007, artículo 5.

<sup>53</sup> DÍAZ DÍEZ 2020, 127-159.

<sup>54</sup> DÍAZ DÍEZ 2020, 127-159.

Se dirá entonces, que el modelo de instrucciones, que encuentra su expresión en los documentos tipo al definir de forma detallada criterios de selección, puede constituirse en un medio idóneo para enfrentar algunas fallas del mercado de compra pública, entre ellas la corrupción, la colusión, la falta de planeación, entre otras. Ahora bien, con la nueva forma en que se aborda el mercado de compra pública desde una visión detallada y dotada de mayor tecnicismo, no se pretende devolver los avances surgidos a la híper-regulación por la que se caracterizaba el Decreto N° 222 de 1983. La nueva regulación de la contratación estatal se caracteriza por crear mecanismos de fácil actualización y reforma, pero que en todo caso proporcionen a las entidades las herramientas necesarias para poder estructurar sus negocios jurídicos y adelantar la actividad contractual que le permita satisfacer sus necesidades.

Lo cierto es que tras casi 30 años de balances sobre la eficacia de los principios consagrados por la Ley N° 80 de 1993, se inició su reforma, inicialmente con el Decreto Ley N° 4170 de 2011, luego con la Ley N° 1882 de 2018 y recientemente con la Ley N° 2022 de 2020, se ha construido el modelo de instrucciones en la compra pública y los documentos tipo se constituyen en el abanderado de este cambio. La primera aparición legal de los documentos tipo se observa con la aparición de la Agencia de Contratación, no precisamente en las funciones que le fueron asignadas o en las de su director general, sino al enumerarse las funciones de la subdirección de gestión contractual, al señalar en el numeral 12 del artículo 11 del Decreto N° 4170 de 2011: "12. Desarrollar e implementar estándares y documentos tipo para las diferentes etapas de la gestión contractual pública". Esta atribución pasó desapercibida en nuestro ordenamiento jurídico y no tuvo ningún impacto. La discusión sobre los documentos tipos se reactivó en 2016 con la presentación por parte del Gobierno Nacional – Ministerio de Transporte del proyecto de ley 084 de 2016 Senado, 285 de 2017 Cámara, cuyo propósito principal fue:

"introducir medidas para el fortalecimiento, la eficiencia y la transparencia en la gestión contractual, que permitan aprovechar las grandes inversiones que en materia de infraestructura se están realizando en el país"<sup>55</sup>.

Además de resaltar la importancia del sector de infraestructura como inspirador de la reforma, se señaló como eje central del proyecto, los documentos tipo al indicar:

"Piedra angular de este proyecto es la búsqueda de mayor transparencia en los procesos de contratación, en especial de los entes territoriales; a partir de la exitosa experiencia internacional, se ha propuesto en el articulado la estandarización de documentos contractuales, medida trascendental para evitar futuros casos de corrupción, como los tan sonados carruseles de la contratación"<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Exposición de motivos proyecto de ley 084 de 2016 Senado.

<sup>56</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Exposición de motivos proyecto de ley 084 de 2016 Senado.

Finalmente, el artículo 4 de la Ley N° 1882 de 2018 dispuso los documentos tipo como una nueva herramienta de regulación del mercado de compra pública, que fue asignada al Gobierno Nacional, que en palabras del artículo 115 constitucional está restringido al Presidente, los Ministros y Directores de Departamentos Administrativos. Esto supuso que la emisión de los documentos tipo no saldría de ese marco normativo y de esa parte de la estructura estatal. El Gobierno Nacional expidió los Decretos N° 342 de 2019, N° 2096 de 2019 y N° 594 de 2020 y delegó la facultad de adopción de los documentos tipo a la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente; a partir de ahí esta entidad procedió a expedir los de licitación pública, menor y mínima cuantía únicamente en el tema de infraestructura de transporte<sup>57</sup>.

Paralelo a la emisión y aplicación de las normas reglamentarias, el Congreso de la República estudió la viabilidad del Proyecto de Ley N° 082 de 2018 Senado, presentado el 8 de agosto de ese año por el Gobierno Nacional, con el propósito de precisar el alcance de los documentos tipo y las funciones de regulación. Como consecuencia del proyecto anotado, se expidió la Ley N° 2022 de 2020, asignando la competencia para emitirlos a la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente de manera directa, sin pasar por delegación presidencial.

Dos consecuencias son resaltables de la entrada en vigor de la Ley N° 2022 de 2020 y, en concreto, de otorgar competencia a la Agencia de Contratación para la implementación de los Documentos Tipo. Por un lado, se subsana el error cometido, en un inicio, por el Decreto N° 342 de 2019 donde el Gobierno Nacional delegaba una función que, en principio, le fue asignada a éste; II) Se evita un procedimiento de delegación de funciones en el que existe todo un entramado legal que, a su vez, se encuentra en entredicho. Por otro lado, la aplicación de los documentos se hace de obligatorio cumplimiento para las Entidades Públicas sometidas al Régimen General de la Contratación Pública, es decir, de la Ley N° 80 y demás normas que, como se ha dicho hasta la saciedad en este escrito, se constituye en cuerpo normativo de principios y no de reglas (escenario que si produce la Ley N° 2022 de 2020 con la entrada de las instrucciones que esbozan las Documentos Tipo). Cabe destacar, que queda por fuera de esta regulación la infinidad de regímenes especiales de contratación en el que se adelantan buena parte de los procesos de compra pública hoy por hoy.

<sup>57</sup> CONSEJO DE ESTADO, 2020. CONSEJO DE ESTADO, 2019. CONSEJO DE ESTADO, 2021. Se equivocan quienes celebran las providencias del Consejo de Estado que anulan o suspenden facultades asignadas a la Agencia o las medidas que ella toma, dada la prueba de la nulidad de estas por salirse del marco legal de competencia que se le ha dado, pues lo que ha hecho el Alto Tribunal no es diferente a lo que haría con cualquier otra autoridad administrativa que se sale de sus facultades legales. El juez protege el principio de legalidad como una construcción neurálgica del Derecho Administrativo, ninguna autoridad puede salirse de sus competencias, ni atribuirse las que no tiene. Mientras el legislador, sea el ordinario o el excepcional, siga ampliando el rango de competencias de la Agencia de Contratación, ningún reproche puede hacerse a su validez.

Los documentos tipo contienen las reglas de los procedimientos de selección referentes a los requisitos habilitantes; los factores técnicos, económicos y otros sobre los cuales recaiga la selección del contratista; además, también podrán estipularse por documentos tipos aquellos requisitos sobre buenas prácticas en la contratación en general. Vale decir, que también se hace obligatoria la aplicación de los documentos tipo en los procesos de selección de obra pública; en los procesos de interventoría para la consultoría de estudios y diseños de obras públicas; finalmente, la Ley N° 2022 de 2020 hace obligatoria la práctica de documentos tipo para la consultoría en ingeniería de obras. Todo lo anterior, en procesos que ejecuten entidades del régimen general en los términos correspondientes dispuestos en normas reglamentarias.

Finalmente, las actividades que la Agencia debe adelantar como ente regulador del mercado de compra pública y autoridad que posee la norma de competencia para expedir las reglas mencionadas, se reducen a lo que previamente hemos llamado "Las cuatro C de los Documentos Tipo". Esas cuatro C, corresponden a las actividades de Capacitación (donde la Agencia tiene también la obligación de fomentar la descentralización focalizando los documentos tipo a las necesidades de los entes territoriales), al establecimiento de un Cronograma en el que la Agencia programa la aplicación de documentos tipo, a la Coordinación con las Entidades Estatales y territoriales para la puesta en marcha de los mismos y a los Comentarios que ha de recibir Colombia Compra Eficiente como actividad de construcción participa de estos instrumentos de regulación del mercado.

## Conclusiones

Una de las actividades más importantes del poder ejecutivo en la actualidad es la regulación de la compra pública. Para realizar esta tarea, debe configurarse un sistema de normas que sirva de esquema para la regulación de los negocios jurídicos de las entidades estatales. Al respecto, es posible implementar dos modelos: el modelo de reglas y el modelo de principios. La definición del modelo es una cuestión contingente. Pero su configuración debe ser coherente con las bases del derecho administrativo siempre que se habla del ejercicio de la potestad discrecional de la administración, puesto que las normas de competencia deben estar construida de las reglas para que no representen vagas normas de programación final y que en la contratación estatal atentan contra el propio fin del Estatuto.

A lo largo de este trabajo se argumentó que el mercado de compra pública de la Ley N° 80 de 1993 generó un sistema basado en el modelo de principios que no logró enfrentar eficazmente las fallas del mercado. Para contrarrestar estos problemas, en los últimos años, y particularmente mediante los documentos y pliegos tipo, se ha construido sistema de instrucciones (basado en el modelo de reglas) en el mercado de compra pública. Ese sistema viene en construcción desde el Decreto Ley N° 4170 de 2011 por medio del cual se creó la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente. A

esta entidad le corresponde “Desarrollar e implementar estándares y documentos tipo para las diferentes etapas de la gestión contractual pública”.

Con la expedición de la Ley N° 2022 de 2020, la Agencia adquirió definitivamente funciones de regulador del mercado de compra pública a través de documentos tipo, además de fortalecer el modelo de instrucciones en el mercado de compra pública. Dicha norma, condiciona las tareas correspondientes a la Agencia de Contratación – Colombia Compra Eficiente al cumplimiento de “Las cuatro C” a la espera de poner en funcionamiento de forma definitiva los documentos tipo. La forma como se desarrolle, implemente y ajuste el esquema normativo en el que se enmarquen los documentos tipo será fundamental para la estandarización del sistema de compra pública en Colombia.

### Bibliografía citada

- ALEXANDER, L. y SHERWIN, E. (2008). *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge University Press.
- ALEXY, R. (2007). La fórmula del Peso. En Carbonell, M. (editor), *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Universidad Externado, 15-50.
- ALEXY, R. (2007). Teoría de los derechos fundamentales. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, 2ª edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (1996). Las piezas del derecho. Ariel.
- BARRETO MORENO, Antonio Alejandro (2019). *El Derecho de la Compra Pública*. Legis Editores.
- BARRETO MORENO, Antonio Alejandro (2020). “Las cuatro “C” para la adopción de los documentos tipo: cronograma, coordinación comentarios y capacitación”. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/administrativo-y-contratacion/las-cuatro-c-para-la-adopcion-de-los-documentos> [Fecha de consulta: 10 febrero 2021].
- BAYÓN, J. (2003). “Proposiciones normativas e indeterminación del derecho”. En: H. SELEME, R. SÁNCHEZ y P. GAIDO, eds., *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Universidad Externado de Colombia, 27-66.
- BAYÓN, J. y RODRÍGUEZ, J. (2004). Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas. Edición e introducción de GAIDO, O, SÁNCHEZ BRÍGIDO, R. y SELEME, H. Universidad Externado.
- BENAVIDES, José Luis (2004). *El contrato Estatal entre el derecho público y el derecho privado*. Universidad Externado de Colombia, 2ª edición.
- BERNAL PULIDO, C. (2018). Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Escritos de derecho constitucional y teoría del derecho. Universidad Externado de Colombia.
- DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés (2020). “Documentos tipo obligatorios: ¿supresión de la potestad discrecional para la confección del pliego de condiciones?”. En Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, N° 24, 2020, pp. 127-159. Doi: <https://doi.org/10.18601/21452946.n24.06>.
- DWORKIN, Ronald (1977). *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press.
- HART, Herber Lionel Adolphus (1982). *Essays on Bentham*. Oxford University Press.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D. (2007). Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa. Marcial Pons.
- MINISTERIO DE TRANSPORTE, PROYECTO DE REFORMA AL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL (2016). Tomado de: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radiados/proyectos%20de%20ley/2016%20-%202017/PL%200084-16%20contratacion%20Ajustes%20CCI%2008082016.pdf>.
- MONTERO PASCUAL, J. (2014). La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico. Revista Digital de Derecho Administrativo. 12 (2014), 23-44. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3993>.

- MORESO, J. y VILAJOSANA, J. (2012). *Introducción a la teoría del derecho*. Marcial Pons.
- NAVARRO, Pablo Eugenio y RODRÍGUEZ, José Luis (2014). *Deontic logic and legal systems*. Cambridge university press.
- PULIDO ORTIZ, F. (2018). Alcance y derrotabilidad de las reglas jurídicas. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 1(12), 139-168. doi: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2018.12.12446>.
- PULIDO-ORTIZ, F. (2019). La fuerza del derecho: sanciones, coerción y coacción. En *Persona y Derecho*, N° 81, 2019, pp. 151-183. DOI 10.15581/011.81.151-183.
- RATTI, F. (2013). *El gobierno de las normas*. Marcial Pons.
- RAZ, J. (1990). *Practical reason and norms*. University of Oxford.
- RAZ, J. (2009). *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press.
- RODRÍGUEZ, C. (2013). Las fallas del mercado [en línea]. Facultad de Ciencias Económicas San Francisco de la Universidad Católica Argentina. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/5804/1/fallas-mercado-carlos-rodriguez.pdf>. [Fecha de consulta: 5 mayo 2021].
- RODRÍGUEZ, J. (2003). La derrotabilidad de las normas Jurídicas. En: H. SELEME, R. SÁNCHEZ y P. GAIDO, eds., *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Universidad Externado de Colombia, 69-104.
- SCHAUER, F (1991). *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Clarendon Press.
- TWINING, W., y MIERS, D. (2010). *How to do things with rules : a primer of interpretation (fifth edition)*. Cambridge University Press.

### Normativa citada

- Congreso de la República. Exposición de motivos a la Ley 80 de 1993. En: *Gaceta del Congreso*, N° 75. 23 de septiembre de 1992. Recuperado en: <https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/PUBLICACIONES%20PERIODICAS/TEXTO%20COMPLETO%20Y%20TABLAS%20DE%20CONTENIDO%20PP/Gaceta%20del%20Congreso/Gaceta%20del%20Congreso%201992/GC%2075%20de%201992.pdf>.
- Congreso de la República. Exposición de motivos Ley 80 de 1993, tomado de: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>.
- Congreso de la República. *Gaceta* 605 de 2016. Exposición de motivos Proyecto de Ley 086 Senado. Disponible en: [http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2017/gaceta\\_605.pdf](http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2017/gaceta_605.pdf).
- Ley N° 80 de 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. *Diario Oficial*, 41.094 de octubre 28 de 1993.
- Ley N° 1150 de 2007. Se introducen medidas para la eficiencia y transparencia en la Ley N° 80 de 1993. *Diario Oficial*, 46.691 de julio 16 de 2007.
- Ley N° 1882 de 2018. Se modifican, adicionan y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia. *Diario oficial*, 50.477 de enero 15 de 2018.
- Ley N° 2022 de 2020. Por la cual se modifica el artículo 4° de la Ley N° 1882 de 2018. *Diario Oficial*, 51.383 de julio 22 de 2020.
- Gaceta del Congreso de la República*. Proyecto de Ley N° 082 de 2018 – Senado.
- Decreto N° 4170 de 2011. Se crea la Agencia Nacional de Contratación – Colombia Compra Eficiente. *Diario oficial*, 48.242 de noviembre 2 de 2011.

### Jurisprudencia citada

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Auto de agosto 14 de 2017. Rad. 11001-03-26-000-2017-00031-00 (58820). C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.