

**LOS CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS EN LA CONTRATACION
ESTATAL**

AUTOR: HUMBERTO LINARES PEÑA

CORREO: hlinares1994@gmail.com

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR A TITULO: PROFESIONAL

TUTOR

JULIO PAINCHAULT

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

CAMPUS - CAJICA

FACULTAD: DERECHO

CUNDINAMARCA – CAJICA

AÑO 2021-I

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	5
PALABRAS CLAVES.....	5
ABSTRAC.....	6
INTRODUCCION	8
PREGUNTA PROBBLEMA	11
OBJETIVOS	11

DISCUSION

DESARROLLO	12
CONCLUSION	25
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	31

RESUMEN

La historia en Colombia y todo lo concerniente a la corrupción se ha convertido en uno de los principales problemas del Estado en la actualidad y nuestro tema sobre los conceptos jurídicamente indeterminados en la contratación estatal no es la excepción, ya que son posiblemente algo perjudicial para un sistema jurídico débil como el que atraviesa hoy Colombia, por eso son objeto de una revisión que posiblemente influyen de manera directa o indirecta en la composición normativa para dar origen a malas prácticas como es la corrupción en la contratación estatal. Esta composición de las malas prácticas en la antigüedad siempre se ha mantenido latente y se ha cosechado desde las grandes luchas por la dominación del poder que ofrece el Estado en toda su estructura organizacional, según un artículo; “Desde los albores de la Conquista y la Colonia. La corrupción no solo está en la paga o en el cobro. Sino, más profundamente, en la desaparición del sentido moral y estricto que permite distinguir entre lo bueno y lo malo, entre el bien y el mal de unos fines estatales. De las instituciones administradas por nuestro funcionarios” (R. Semana, 2018).

Parece que la corrupción se ha convertido ahora un principio universal eterno y no sabemos si en los últimos años esta práctica se ha erradicado o ha empeorado más la situación frente a la administración del Estado en su misma contratación de valores públicos y la propia confianza que tiene la sociedad en una entidad administrativa del Estado. Por eso debemos tener claro que es una Entidad pública del Estado. Y “se denominan entidades estatales: La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de

economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles”(Ley 80 de 1993, Art. 2).

Por esta razón, gracias a la creación de la constitución política de Colombia 1.991 llega organizando y marcando una gran diferencia al operar de manera mecánica el sistema administrativo del Estado y no solo para los derechos de una sociedad si no para el funcionamiento de manera efectiva, eficiente en todo el territorio nacional con la descentralización siendo está más sistemática en sus funciones que emite a sus entidades que tienen por objeto prestar un servicio público cumpliendo así los mandatos constitucionales. Y para un control efectivo, eficaz a todas las autoridades, instituciones y entidades administrativas frente a los distintos órganos importantes de control como la Procuraduría y Contraloría para garantizar que todos los fines del Estado de manera administrativa desarrollen para bien una forma transparente y determinable en todas las ejecuciones de sus contratos en el siglo XXI.

El presente ensayo de manera concreta pretende identificar, de conformidad con las particularidades propias los procesos de contratación estatal dentro del derecho administrativo, elementos de argumentación e identificación jurídica que deban ser incorporados en la ley y en los procesos de contratación estatal amplio y general, como mínimos requeridos en los estudios previos del proceso de contratar con el Estado, cuya aplicación estricta y jurídica, conlleve a la adecuada ejecución del objeto contractual. Si bien, esta proposición no es ninguna fórmula numérica exacta, que indiscutiblemente impida la generación de inconvenientes durante todo la gestión contractual.

También se busca fortalecer todo el proceso de cualquier licitación que ordena la norma contractual, y concretamente el contenido de los estudios previos, complementando, toda fuente del derecho como la doctrina y en el derecho comparado, para contribuir jurídicamente a la mitigación de generación de daños antijurídicos a través de la previsión ante la eminente corrupción que afrontan estos procesos contractuales y extracontractuales que presenta el Estado Colombiano.

PALABRAS CLAVE: Administración y Contratación Pública, Transparencia, funcionarios públicos, Derecho disciplinario, Conceptos Juridicamente Indeterminados; Pandemia, Urgencia Manifiesta.

ABSTRACT

History in Colombia and everything concerning corruption has become one of the main problems of the State today. And as our topic of legally indeterminate concepts in state contracting is not the exception of a review that possibly directly or indirectly influence the regulatory composition to give rise to bad practices such as corruption in state contracting. This composition of bad practices in antiquity has always remained latent and has been harvested from the great struggles for domination of power offered by the State throughout its organizational structure, according to the article; “Since the dawn of the Conquest and the Colony. Corruption is not only in pay or collection. But, more profoundly, in the disappearance of the moral and strict sense that allows to distinguish between good and bad, between good and evil of state goals. Of the institutions managed by our officials”(R. Semana, 2018).

It seems that corruption has now become an eternal universal principle and we do not know if in recent years this practice has been eradicated or has worsened the situation in the face of the State administration in its own contracting of public values and the confidence that it has. The company in an administrative entity of the State. That is why we must be clear that it is a public entity of the State. According to Law 80 of 1993, Art. 2 “... State entities are called: The Nation, the regions, the departments, the provinces, the capital district and the special districts, the metropolitan areas, the associations of municipalities, the indigenous territories and the municipalities; public establishments, industrial and commercial companies of the State, mixed economy companies in which the State has a participation of more than fifty percent (50%), as well as indirect decentralized entities and other legal entities in which such majority public participation, whatever the name they adopt, at all orders and levels.

For this reason, thanks to the creation of the political constitution of Colombia, 1991, it comes organizing and making a great difference by mechanically operación the administrative system of the State and not only for the rights of a society, but for its effective and efficient operation. throughout the national territory with decentralization it is more systematic in its functions than it issues to its entities that are intended to provide a public service thus fulfilling the constitutional mandates. And for an effective, efficient control of all authorities, institutions and administrative entities in front of the different important control bodies such as the Attorney General's Office and the Comptroller's Office to guarantee that all the purposes of a State in an administrative manner develop for the good in a transparent and determinable way in The 21st century.

This essay specifically intends to identify, in accordance with the specific characteristics of state contracting processes within administrative law, elements of argumentation and legal identification that must be incorporated into the law and in the broad and general state contracting processes, such as minimum required in the previous studies of the process of contracting with the State, whose strict and legal application, leads to the adequate execution of the contractual object. Although, this proposition is not an exact numerical formula, which indisputably prevents the generation of inconveniences throughout the contractual management.

It also seeks to strengthen the entire process of any tender that orders the contractual norm, and specifically the content of the previous studies, complementing all sources of law such as doctrine and comparative law, to legally contribute to the mitigation of damage generation unlawful through anticipation of the eminent corruption faced by these contractual and extra-contractual processes that the Colombian State is experiencing.

KEY WORDS: Social State of Rights, Public Administration and Contracting, Transparency, public officials, disciplinary law.

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación y ensayo descriptivo tiene como objetivo fundamental estudiar con total amplitud temas que en la actualidad ocurren más a menudo y por supuesto los conceptos jurídicamente indeterminados en la norma jurídica en el derecho y conceptos jurídicos indeterminados en la contratación estatal, observando así cuál es el grado de influencia en la creación de malas prácticas o si estas son fuentes generadoras de corrupción que aún padece nuestra sociedad colombiana. A lo largo de los años se ha ido estructurando un concepto cada vez más sólido y coherente del derecho administrativo y se ha planteado armónicamente en el sistema que surgen multiplicidades de teorías que buscan definirlo, y expandirlo a las situaciones impredecibles que cada día surgen en la sociedad.

Sabemos que el derecho administrativo y todos sus componentes de estudio como lo contencioso administrativo y en la actualidad algo mas nuevo como el derecho disciplinario son áreas encargadas de estructurar jurídicamente una parte importante del derecho desde un punto de vista global, según una investigación de estudios “el Derecho Administrativo tiene 176 años de existencia en Colombia, en contradicción con las tesis de varios autores y tratadistas que estudian el derecho administrativo” (Malagón Pinzón, 1826).

Este doctrinante según la historia y formación de toda la ciencia del derecho administrativo y los amantes del componente jurídico del derecho según “en Colombia tenemos una posición mayoritaria o totalizante que nos dice que el Derecho Administrativo aparece en 1913 cuando se crea la jurisdicción de lo contenciosa administrativo y es una posición que defiende nuestro

honorable Consejo de Estado y varios autores reconocidos del derecho público” (Pizon, 1826-1939).

Pero para ir más allá de nuestro tema y entender un poco más, debemos preguntarnos ¿qué es un concepto jurídicamente indeterminado? Es “todo desde la discrecionalidad es un concepto utilizado por las normas del que no puede deducirse con absoluta seguridad lo que aquellas han pretendido exactamente, siendo difícil alcanzar una solución exacta. De esta dificultad surge la doctrina del Margen de apreciación que deja en libertad o al menos tolerancia jurídica, para que al concretar un concepto normativo puedan seguirse diversas opciones”. (Real Academia Española, RAE).

Como podemos evidenciar un poco a lo que realmente significa los conceptos jurídicamente indeterminados, pero no jurídicamente indeterminados dentro de la administración y más específicamente en la Contratación Estatal siendo este tema que nos atañe. De tal forma que averiguar y estudiar a profundidad este tema sobre los conceptos jurídicamente indeterminados no de manera general sino específica en la contratación estatal es tan importante resaltarlos, motivo que nos lleva a analizar desde el origen del derecho administrativo donde se evidencia que existían estos conceptos pero no con esa ejecución como en la actualidad se desarrollan de una forma que causan daños antijurídicos y morales en una sociedad democrática. Según el derecho de la contratación estatal, sus conceptos jurídicamente se originan desde el estudio más profundo de las grandes jurisprudencias y doctrinas que han marcado la historia del derecho administrativo y en todos los campos del aspecto jurídico. Su transformación y desarrollo teórico y práctico se encuentra en el derecho de los contratos del derecho privado y, sin embargo, se ha separado de este a tal punto que ha roto con la tradicional autonomía de la voluntad de aquellos para dar lugar a una relación contractual supeditada a principios de orden público, según un

doctrinante del derecho, dice “Tales conceptos son conocidos también como conceptos flexibles. Son una noción procedente de la doctrina alemana. Se trata de impresiones jurídicamente cotidianas y abundantemente empleadas en el lenguaje jurídico-administrativo y político” (Enrique P. Haba, 1983),

Según esto las grandes implicaciones tanto teóricas como prácticas en la actualidad no se han hecho esperar al interior de las grandes decisiones jurídicas, y se otorga a la administración una serie de facultades como poderes exorbitantes o extraordinarios que excluye toda posibilidad de igualdad entre las partes contratantes. Por eso es, muy importante conocer a fondo la situación por la cual atraviesa toda la conceptualización jurídica que rodea la contratación estatal y sus operarios jurídicos que la interpretan a la hora de tomar una decisión independientemente a la posición que pueda en futuras acciones representar la entidad.

PREGUNTA PROBLEMA

¿Qué incidencia tienen los conceptos jurídicamente indeterminados en las normas de la contratación estatal en la actualidad, o si estos son generadores de corrupción como puede ser un riesgo para la contratación estatal?

OBJETIVO

Analizar cómo los conceptos jurídicos indeterminados o las nociones son un riesgo en la contratación estatal y qué influencia tiene en la contratación estatal en tiempos imprevisibles y ajenos al común del ser humano.

OBJETIVO ESPECÍFICO

Identificar la aplicación de los conceptos jurídicos y puntos críticos en la contratación estatal frente a los conceptos jurídicos indeterminados para prevenir la mala interpretación jurídica.

DISCUSIÓN

Para continuar este ensayo y resolver el gran interrogante que aquí hemos planteado, para buscar una solución efectiva a nuestra pregunta problema y resaltar con total veracidad que nuestro objetivo general y específico son de guía para resolver a fondo el tema a tratar en el marco del derecho administrativo y más específicamente dentro de la contratación estatal sobre los conceptos o nociones jurídicamente indeterminados.

La producción jurídica dentro de los parámetros ya establecidos es responder a las exigencias de un modelo jurídico científico, ejemplarizar las futuras acciones que nuestro operarios jurídicos puedan tramitar y resolver frente a un concepto jurídicamente indeterminado. También conlleva un proceso de síntesis y clasificación de conceptos generales del derecho en la contratación estatal en Colombia en razón a que se condiciona de poner en manifiesto las completas argumentaciones en los contratos estatales y todas sus formas en su más profundo estudio jurídico y todos los conceptos jurídicos indeterminados sin olvidar sus partes esenciales. Se adelantó una investigación doctrinal y jurisprudencial sobre los conceptos jurídicamente indeterminados y su respectiva incidencia en el mundo normativo. Según desde las doctrinas más significativas que conllevan a hacer el seguimiento adecuado hasta la actualidad y el estudio de análisis detallado de los conceptos jurídicos indeterminados en aras de obtener una comprensión profunda de los principales significados de las figuras jurídicas que componen la contratación estatal en todo territorio nacional y su concepto jurídico en la historia del derecho.

Los conceptos jurídicamente indeterminados de la contratación estatal se evidencian en la celebración de contratos administrativos dejando un lado que las normas constitucionales y derechos fundamentales, principios y valores éticos morales tienen un objetivo y es la satisfacción de todas las necesidades mínimas de toda una sociedad general, donde el interés que

se tiene es cumplir todos los lineamientos de un Estado social de derecho señalando y fortaleciendo las prestaciones de servicios de carácter mínimo y vital al cumplimiento de las normas de contratación Estatal y así afirmar que el objeto de su celebración sea el cumplimiento mismo de los fines de la Contratación pública y constitucional. Para la utilización de beneficios privados o propios del operador jurídico en la celebración de contratos sea la forma de su ejecución y materialización, los contratantes o participantes deberán dar cumplimiento de un fin de interés general, susceptible de ser realizado mediante la aplicación de la especialidad jurídica y norma administrativa como es el proceso de contratación.

Por eso uno de los principios importantes a tener en cuenta es el de transparencia dentro de este proceso de la contratación y todo lo que implica el sistema de comunicación y anuncios jurídicos y esta es la misma situación que quizás aqueja a muchos de los interesados y a la misma sociedad. La falta de transparencia desde un punto de vista global en los derechos humanos en una sociedad que espera su planeación, ejecución y terminación de proyectos en buenas obras o satisfacciones para cumplir un interés general y así honrar los fines esenciales de una contratación estatal del Estado, todo esto por el simple operario o funcionario que por obligación o deber tiene por responder ante los demás interesados por contratar. Por su mala interpretación y ejecución en lo que dispone un operario jurídico. La Ley de transparencia refleja en la política pública y en el marco normativo los derechos de la sociedad, los principios y todo un compendio jurídico y modo de organización administrativa, de forma descentralizada se basan en las estrategias de implementación de las obligaciones del derecho de acceso a la información pública por último el derecho disciplinario y el derecho penal frente a las obligaciones de protección y promoción de los derechos frente a las irregularidades de todo proceso administrativo.

El principio de transparencia se fundamenta en la (ley 80 de 1993 en el artículo 24). También existe una ley que da más fuerza y soporte a este valioso principio y puente de comunicación e interacción clara, amplia y precisa con la sociedad como es la ley 1712 de 2014 por la que se crea la Ley de Transparencia y derecho al acceso de información pública nacional.

Todo esto, lo que busca es que los conceptos jurídicos indeterminados administrativamente sean cada vez suplidos, mínimos y posiblemente erradicados para las futuras situaciones. Con la ley misma, que los regula para encontrar de manera clara los vacíos y conceptos donde se evidencia esa irregularidad o confusión para su efectiva ejecución. Según este principio; “En virtud del mismo principio de transparencia, exige que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se indiquen los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, y se definan reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta la licitación o concurso. Prohíbe, además, la inclusión de condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, y finalmente, cabe también resaltar que, como otra garantía adicional, derivada del principio de transparencia, la norma dispone que toda actuación de las autoridades, derivada de la actividad contractual, deberá ser motivada” (Corte constitucional, 2003- Artículo 24).

Finalmente, todo lo relacionado a un fortalecimiento claro y concreto en la lectura, comprensión y protección jurídica más amplia y posiblemente garantizar que esos errores o aplicación de normas jurídicas que se encuentran inmersas en esos conceptos jurídicos - indeterminados no causen esa trasgresión o vulneración a la legalidad de la norma. La norma que por falta de detalles o de estudio por varias mentes jurídicas no causen ese perjuicio jurídico mal interpretado y posiblemente intencionado. Así mismo según un doctrinante explican que “la elección de este

tema responde a la necesidad de clarificar ciertos aspectos comprometidos con la dimensión normativa de la determinación de los cual los operarios jurídicos deberán argumentar para determinar los posibles cursos de acción que la administración se encuentra legitimada a adoptar en el marco de su actividad” (García y Aarnio Tomo 1, 2013).

En este sentido, este trabajo y ensayo descriptivo de investigación puede ser un gran intento de racionalizar el proceso de todo el sistema de toma de decisiones y buscando así ponderar la incidencia de todos los elementos en juego de todo el ámbito jurídico, para lo que resulta algo evidente de brindar alguna ayuda de todos los elementos y conceptos indeterminados de la norma en el derecho de la contratación estatal que se basan hoy. Como podemos observar aquí, la contribución fundamental de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados que sostiene así como la discrecionalidad permite a las instituciones del Estado o a la administración seleccionar la mejor opción, todas las cuales son jurídicamente diferentes y válidas a la aplicación que se remite a una solución justa sin alternativas que la misma administración debe encontrar.

De tal manera, las doctrinas guardan ciertos grados de semejanza y diferencias a la hora de expresar cierto interés por querer lograr un mejor estudio a los diferentes conceptos dentro del ámbito jurídico. De la previsión legal de los conceptos indeterminados no se desprende un medio de control sobre su interpretación que conduzca a la apreciación objetiva de cuál debe ser el sentido que inequívocamente resulte de una norma, que puede expresar sin objeciones una orientación única, o so-pena de agravar tanto el problema como su resolución. Entonces, podríamos decir que es dificultoso a la hora de interpretar, porque como vemos que todo aquí se está volviendo discrecional, como si una persona natural eligiera entre lo malo y lo más malo, sin tener el conocimiento y sin lograr evidenciar el daño prohibido y el daño permitido. Porque sabemos bien, que la administración o el Estado cuenta con esos poderes o cláusulas

excepcionales, más conocidas como las exorbitantes donde puede tomar una decisión con o sin previa autorización judicial, o más conocida como justa ante los ojos del derecho.

Las dificultades de interpretación que surgen a partir de su pronunciación o comunicación demuestran que tales modelos no pueden materializarse hasta que se traduzca su significado real y no imaginario, o más concretamente, se solucionen sus puntos oscuros y se exploren sus consecuencias o efectos jurídicos. Así mismo el docente español, y doctrinante: “Una norma es flexible, se ha de entender en el sentido de modificable por procedimientos normales; que es elástica, en cambio, quiere decir o que es de fácil y moldeable interpretación por tanto es un término que se refiere a toda especie de la misma, se hace necesario clarificar en este sentido que entendemos por estos “conceptos” (García Trevijano Madrid, 2003). En particular de esta área del derecho estatal, realizando así una explicación de cómo debe estar determinada en la dogmática jurídica sobre todo del derecho administrativo contractual y sancionatorio”.

Pero nadie ha alcanzado aún siquiera imaginar lo que verdaderamente un concepto jurídicamente indeterminado representa y no solo en el aspecto jurídico sino en el área administrativamente. Tanto en el caso de los reglamentos administrativos y tratándose del acto administrativo estricto, o más conocida como una norma como manifestación del ejercicio del poder público, consistente en una declaración voluntaria, formal y unilateral, de acuerdo a las normas jurídicas, que afecta obligatoriamente a los administrados en lo particular, los conceptos indeterminados; por ejemplo, las causas de utilidad pública o social, en materia de expropiación, cuando el Estado adquiere coactivamente bienes pertenecientes a los gobernados y que mediante el pago de una justa indemnización o no justa puede hacerlo ya que él, es el principal protagonista de satisfacer esas necesidades mínimas y vitales de la sociedad, más conocidas como un interés general.

Por eso debemos adentrarnos más específicamente al proceso de la contratación estatal, donde tiene origen legal todo este proceso que hoy estudiamos según el código o la Ley 80 de 1993, que nos dice y manifiesta lo siguiente “de los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social” (O. Generales Contratación Estatal, 1993).

Por razones de fortalecimiento jurídico también vemos que es necesario, por la cual esta norma introduce un compendio de medidas jurídicas al hablar de la eficiencia y sobre todo transparencia de la ley anteriormente mencionada; “de las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas” (Artículo 2 Ley 1150 de 2007).

Por eso veremos qué significa cada una de estas de manera general... ¿Qué es la licitación pública? “Se entiende por licitación pública el proceso de selección utilizado por las entidades estatales mediante el cual escoge a sus contratistas a través de una invitación de carácter público que se dirige a todas las personas potencialmente interesadas en ejecutar un contrato, para que en igualdad de condiciones y bajo criterios objetivos garantizados por el pliego de condiciones, presenten ofertas entre las que se escogerá la más favorable. La licitación pública, en la práctica, se reserva para objetos de carácter complejo y mayor valor”.

Ahora seguimos con el ABC de nuestra contratación y nos brinda información exacta, “la selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados (uso de subastas a la inversa, bolsas de productos o compras por catálogo) para garantizar la eficacia de la gestión contractual. 1. La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades. 2. La contratación de menor cuantía. 3. La contratación cuyo proceso de licitación haya sido declarado desierto. 4. La celebración de contratos para la prestación de servicios de salud. 5. Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas. 6. La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional. 7. Enajenación de bienes.

Otra forma de poder hacer este proceso de contratación, según los “Concursos de méritos, corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en los que se podrá utilizar sistemas de concurso abierto o de pre calificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso. En esta modalidad de selección se premia el talento y la experiencia en la contratación de consultoría por encima del precio, creando las condiciones para un desarrollo vigoroso de esta área, responsable, entre otras cosas, de los diseños y de la interventoría de las obras publicas.” (ABC del Sistema Colombiano Administrativo).

Ahora nos enfocamos con el siguiente de la lista, “Contratación directa que es una modalidad de contratación de carácter excepcional, por lo que su aplicación es de carácter restrictivo. En efecto, la ley de Contratación Publica en Colombia, prevé los siguientes eventos en los cuales es procedente esta modalidad de contratación: 1. En los casos de Urgencia manifiesta. 2. Contratación de empréstitos. 3. Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado. 4. Para el arrendamiento o adquisición de inmuebles. 5. Para los contratos interadministrativos. 6. Para la contratación de bienes y servicios en el sector de Defensa y del DAS que requieran reserva en su contratación. 7. Para los contratos de desarrollo de actividades científicas y tecnológicas. 8. Los contratos de encargo fiduciario celebrados por las entidades territoriales según los requisitos previstos en la Ley 1150 de 2007. 9. Para la ejecución de trabajos artísticos o de prestación de servicios profesionales de apoyo a la gestión”. (Ley 80, 1993)

Por eso es que debemos entender entorno a todo ese proceso de contratación con el Estado como estos conceptos jurídicamente indeterminados afectan el proceso bajo algunos ejemplos que veremos a continuación, como ya había mencionado en nuestra introducción; “han tratado de formalizar y clarificar las relaciones entre los individuos a través de los contratos por desempeño, ya que estos promueven una gerencia publica orientada a los resultados y la evaluación del sector público. Ya que estos contratos establecen metas de desempeño.”, (Ormoond, 1999)

De alguna u otra forma debemos empezar a darle solución a nuestra pregunta, por eso poco a poco observamos que el tema o asunto a tratar ya se encuentre establecido y concretado por el operador jurídico bajo algunas de estas modalidades para contratar y se vaya resolviendo la situación específica que surja. “En el que se precisa la “noción” de la aplicación de “urgencia manifiesta” dentro de la declaratoria de emergencia sanitaria durante la duración de la pandemia. Desde el punto de vista de la experiencia podemos saber si afecta o no la estructura

jurídica, o desde el punto de vista valorativo, si está causando o no un impacto ambiental y jurídico frente a ciertos hechos”. (Agencia Nacional de compra eficiente Comunicado 17 de marzo, 2020)

Esto quiere decir que podemos poner de ejemplo claro lo que el mundo atraviesa hoy como es la “Pandemia” – “Crisis Sanitaria” todo esto conocido como el Coronavirus, pero que la administración pública no se ha quedado congelada ni el Gobierno nacional. Y nos preguntamos, estos conceptos como allí en ese comunicado menciona tienen una incidencia para la mala interpretación o generación de daños como corrupción y efectiva ejecución de lo que ordene la norma de manera blanca o no clara. Quiere decir que estos conceptos expedidos bajo conceptos en una situación de coyuntura o de una situación que desborda la alta cantidad de medidas para dar así cumplimiento a su fin esencial. Por eso entiendo que es la misma administración pública, o en los procesos de contratación estatal por lo general quien determina su indeterminación y lo especifica al momento de ejecutar para tal caso en consideración o contrato, sea la forma que tenga que resolver.

Tenemos que las “nociones jurídicas indeterminadas” son en principio una aplicación de lo reglado, es decir, de la ley que lo crea, por ejemplo lo que conocemos como “función social. Para el doctrinante Roa, haya considerado diferenciar que los “conceptos jurídicos indeterminados” en: i) “determinables” o ii) “indeterminables”, los primeros son los que se puedan desarrollar fácilmente, porque su terminología todos la que conocen y saben de su alcance, mientras que los segundos son aquellos que si se someten a una definición por parte de varias autoridades, esta no va a ser la misma sino que va varía en cada caso (lo cual estaremos a lo que Herbert Hart llamaría un “caso difícil” dentro de su “textura abierta de la norma”). (Salguero, 2018)

Según el disciplinarista mencionado, esas interpretaciones seleccionadas para el estudio, y por ejemplo usadas para tipificar el comportamiento ilícito en el ámbito disciplinario origina confusión, de manera especial con el alcance de los “conceptos jurídicos indeterminados” ya que son manifestaciones imprecisas que aun acudiendo a diccionarios nunca llegan a ser concretizadas para efectos de realizar la adecuación típica de la conducta, lo que podría resultar mal concebido en el derecho administrativo y en los procesos de contratación estatal, sin olvidar el derecho sancionatorio”. Entonces a este punto podemos observar que el Estado, y bajo los puntos ya planteados por este doctrinante, que no todas las nociones o conceptos jurídicos indeterminados que salgan de lo reglado por ser determinables a la hora de operar en los contratos o formas de contratación, pero cuando son netamente bajo la discrecionalidad tienen un margen de valoración más técnico o científico a la hora que el operador jurídico de su respectivo alcance como lo argumente o la autoridad encargada.

En esta misma línea, algunos autores expresan que el “concepto jurídico indeterminado posee una estructura muy particular que se compone de: i) zona de certeza, ii) zona de incertidumbre; y iii) zona de certeza negativa, que comprende situaciones claramente excluidas del supuesto contemplado en la norma, para estos su aplicación es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto reglado) que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad y no de voluntad como lo es la potestad discrecional” (García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, 1998).

O como lo dice, por ejemplo, para Ariño Ortiz que cita a otra autora que dice que, “la técnica de los (conceptos jurídicos indeterminados) no es aplicable al campo de las cláusulas administrativas-constitucionales por entender que estos estándares jurídico-políticos no

admiten “una sola interpretación justa”. (María Yolanda Fernández – Conceptos Jurídicos, P. 32, 1925)

Por eso, todos los procesos donde se note que el concepto jurídico cuando por ello el operador jurídico busca una decisión y no sabemos si es la mejor resolución a la hora de fomentar su argumento para el derecho y para la sociedad inmiscuida y protegida por la ley sean justas. Aquí lo que se plantea es que todo el sistema jurídico cada vez agrega más “conceptos jurídicos indeterminados” por cantidad, entonces podemos observar que esta situación se convierte en un “ejercicio de poderes discrecionales” como si se tratara de alternativas interpretativas, lo cual genera inseguridad jurídica, eso sin mencionar la desconfianza que nace en las entidades o autoridades administrativas cuando se pronuncian o comunican, alguna resolución frente a muchos casos en concreto, si se dice que se debe declarar la terminación del contrato o terminar un proceso de contratación estatal, por eso tomaremos como ejemplo estos dos conceptos que rodearán lo que aquí venimos a estudiar a fondo y estos son que se declare la “urgencia manifiesta” si es que existiere o no tal calamidad que de verdad sea necesaria para proteger un interés general y así satisfacer los fines del Estado Social de derecho.

Según el “profundizar en el tipo de acciones o actividades que se pueden desarrollar bajo el concepto de administración pública implica de manera irremediable, aproximarse a todas aquellas materias con incidencia directa en la sociedad, y también a lo no predecible a partir de actuaciones de las autoridades o los particulares con investidura pública, desarrolladas a través de los mecanismos o medios de acción institucional como los actos administrativos (individuales o generales) y el contrato estatal todo el proceso de contratación y la forma idónea de hacerlo”. (Gamboa, 2007, p. 38)

Para entender un poco más sobre esta incidencia que tienen los conceptos jurídicos indeterminados en la contratación estatal, y probar si son generadores de controversias o daños antijurídicos. Recordando a los servidores públicos que tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

Según el estudio de jurisprudencias realizadas para el aporte a la solución de mi pregunta problema a este trabajo de investigación, ensayo descriptivo. Pude evidenciar que el tema de “concepto jurídico indeterminado” y las posibles incidencias en los procesos de contratación estatal y su fuente generadora de corrupción causando daños antijurídicos a la sociedad.

Según esta línea jurisprudencial que extraje del estudio en las sentencias “se precisó que en el caso de infracciones administrativas es posible acudir a “conceptos indeterminados” en el derecho sancionatorio; siempre que puedan concretarse en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos y lógicos, se determinó además que estos tienen su admisibilidad en el plano jurídico, pero de una forma condicionada ya que no conocemos sus decisiones, abro comillas. La indeterminación no puede ser examinada en abstracto, sino siempre en el contexto específico en el que se enmarca el respectivo concepto. Así, por ejemplo, la expresión “buenas costumbres” puede ser admisible en el contexto de un precepto concreto, pero no en otro distinto.” (-530 de 2003, C-406 de 2004, C-910 de 2012 y C-030 de 2012)

El criterio para establecer la admisibilidad de un “concepto indeterminado” en un contexto particular es su incidencia e impacto en los principios y derechos constitucionales, de modo que cuando de su utilización se sigue una restricción injustificada de los mismos, se afecta su validez.

Cuando la “indeterminación” del concepto puede ser superada y disuelta, de modo que a partir de los elementos de juicio que ofrece el propio ordenamiento jurídico se puede identificar y precisar el contenido, sentido y alcance del respectivo precepto, no se configura la inconstitucionalidad”.

Según unas providencias... “esto no conlleva que el intérprete de la norma pueda aplicar un criterio subjetivo, sino que en cada caso debe sustentarse con base en criterios objetivos y verificables, estos siendo entendidos como percepciones de valor o de experiencia que usa el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas, entre otras. (C-818 de 2005, C-762 de 2009, C-343 de 2006, C-030 de 2012 y C-258 de 2015).

No suponen la discrecionalidad de las autoridades, puesto que implican clasificar una situación para tomar una única medida apropiada o justa se refiere al “concepto indeterminado” de “dudas justificadas” (Sentencias C-538 de 2016).

El de “personalidad” sobre “extraordinarias condiciones anormales de motivación” en el tema del aborto, entonces ¿es compatible con el principio de transparencia estas nociones jurídicas indeterminadas a partir de los parámetros que ofrece el propio ordenamiento jurídico?

A través de normas de “textura abierta” tal como lo plantea Herbert Hart y de “conceptos jurídicos indeterminados”, que nosotros le llamamos nociones, se pueden describir las conductas que ameritan reprensión por parte de la autoridad correspondiente. Entonces, a juicio de la Sala

del Consejo de Estado, independientemente de la denominación de la norma ya sea dura o blanda que imparta la instrucción de vigilancia (circulares, órdenes, reglamentos), todas tienen la entidad jurídica de ser aplicables a las entidades vigiladas y causar alguna consecuencia también jurídica o administrativa, pues, de lo contrario, no serían atendidas por falta de obligatoriedad. (Sentencia del 15 de junio de 2017, rad. 19626, M.P. Carvajal Basto).

Por último, si miramos las “nociones” “concepto” de “moralidad administrativa” estas no fueron definidas en la ley, por lo cual se ha considerado que son “conceptos jurídicos indeterminados” y que deben ser precisados por la jurisprudencia en cada caso concreto. Arguye esta misma providencia que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha considerado a la moralidad administrativa dentro de una doble dimensión: i) como principio de la función administrativa artículo 209 CP y ii como derecho colectivo artículo 88 ibídem. (C-910 de 2012, o en la C-647 de 2001)

Según la una sentencia dice... “como principio, la “moralidad administrativa” orienta la producción normativa infra-constitucional e infra-legal a la vez que se configura como precepto interpretativo de obligatoria referencia para el operador jurídico; y como derecho o interés colectivo, alcanza una connotación subjetiva, toda vez que crea expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas a través de la acción popular. Respecto de la “moralidad administrativa”, se ha señalado que, si bien es un “concepto jurídico indeterminado”, en todo caso, la actuación de la administración debe estar direccionada a la satisfacción del “interés general” y realizarse dentro del marco de los fines establecidos por la Constitución y la ley”. (Sentencia del 13 de febrero de 2018, rad. 2002-02704-SU, M.P. Hernández Gómez)

CONCLUSIONES

A modo de conclusión, debemos recordar que una vez tratado y abordado los puntos clave de nuestra materia determinado así lo siguiente, según la “noción jurídica indeterminada” es aquella que no demarca el ámbito de realidad al que refiere el legislador de una manera precisa e inequívoca. Respecto por ejemplo de la “moralidad administrativa”, se ha señalado que, si bien esta comprende una “indeterminación”, en todo caso, todas las actuaciones que remitan a este tipo de “conceptos” el operador jurídico o intérprete debe estar direccionada a la satisfacción del “interés general” y realizarse dentro del marco de los fines establecidos por la Constitución y la ley”. (Enterría y Fernández, 1998)

También la razonabilidad de la interpretación de la ley que es un deber moral y jurídico que ante los ojos de una sociedad invadida de malas interpretaciones usan ese poder que brinda y se aprovechan de ese vacío jurídico a su beneficio y que necesariamente no se cumple. Si la armonía en la lectura jurídica es percibida como signo de pericia y de integridad en el error es señalado como una grave trasgresión o percepción en la ejecución y aplicación correcta de la norma en la que cuenta y nace desde su interpretación y de su intérprete, es por eso que la corrupción tiene ahí cabida tanto en la norma como el ser de una persona quien cuenta con ese poder de interpretarla.

Saber cuándo se produce el error no sólo depende del llamado "sentido común" o de esa intuición capaz de detectar inconsistencias éticas, morales o jurídicas institucionales lo que en su concepto es un comportamiento interpretativo correcto. Por ello el propósito mediato de una interpretación adecuada es la emisión de una decisión jurídica razonable y, consecuentemente la protección al contratado o la misma sociedad contra decisiones deliberada o fortuita al causar daños

irreparables. Todas estas prácticas, materializadas y ejecutadas en todos los procesos de selección dentro de la contratación estatal, y todo su amplio margen jurídico normativo cuya finalidad es como lo menciona aquí y es; “limitar la indebida utilización de los recursos públicos en beneficio de los particulares, así como disminuir los índices de corrupción y la percepción de la misma al interior de la opinión pública. No bastante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado y propio” (Consejo de Estado 2005).

El pronunciamiento del Consejo de Estado lleva a afirmar que el objeto de la celebración es el cumplimiento mismo de los propósitos estatales; por tanto, es un medio para lograr un fin de interés general, susceptible de ser realizado mediante la aplicación del Estatuto de contratación estatal (Ley 80 de 1993).

Quiere decir que este operador jurídico tiene unos límites así la misma administración lo dote de facultades para operar y remitir conceptos jurídicos, o nociones siempre debe no extralimitarse o exceder su forma de actuar y operar. Seguido a esto de manera más concreta las distintas formas de interpretación y su mera razonabilidad de la ley es una obligación y que muchas veces no se cumple por varios factores. Porque la ley esta, la norma concreta explica, y la interpretación, razonabilidad y el operar son un complemento o conjunto de resultado frente a una decisión jurídica que desde un punto de vista jurídico podría tomarse como un beneficio propio y no de interés general. Si esto fuera al contrario, si la corrección y armonía en la interpretación jurídica en donde la valoración del intérprete y su actitud jurídica se complementarían, no existiría esto.

Según “La tarea decisiva de la autoridad consistirá en descubrir el modo como se pueden encontrar pistas certeras para realizar la interpretación de tales conceptos... La exigencia de sistematicidad del orden jurídico y particularmente, del Derecho Administrativo se apoya no sólo en cuestiones técnicas, sino también en valores garantistas, pues la configuración de un sistema

racional y coherente propicia soluciones más lógicas, justas y previsibles en aplicación del derecho, favoreciendo cierta igualdad en la solución de los casos concretos y, sobre todo, la ampliación de la seguridad jurídica en la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados” (Revista Jurídica del derecho ARA, I.)

Entonces así las cosas un sistema jurídico claramente no solo puede ser un impulsador de normatividad jurídica o ciertas disposiciones regladas ya que dentro del ordenamiento jurídico la subjetividad, es decir el operador jurídico podría acarrear una mala interpretación dentro de sus parámetros funcional pero sin notar que las decisiones afecta más profundo el proceso de contratación a la hora de ser ejecutado. Por eso quien aplica la ley, la norma o todo la normatividad del derecho administrativo debe ser una persona que con todos los estudios de inteligencia jurídica, y no solo eso sino de conciencia moral a la hora de dar una respectiva solución o resolución al caso concreto. Y frente al caso de la nociones: “pandemia” y “coronavirus” como fundamento para justificar la “urgencia manifiesta” en los procesos contractuales territoriales habría que señalar que se tendría que estudiar cada caso en particular y hacer un análisis muy detallado del mismo, pues es cierto que algunos contratos si tienen un nivel de urgencia, tampoco amerita sacrificar un proceso competitivo que le permitirá a la entidad estatal adquirir sus bienes, servicios u obras con valores sustancialmente más baratos (pues en la contratación de mínima cuantía el único criterio de escogencia es el menor valor de la oferta). En tiempos de crisis como los actuales no debe despreciarse esta alternativa.

El problema que puede aquí versar o podría seguir en unas futuras concesiones con el Estado es que según los parámetros jurídicos puede ocasionarse ulteriormente cuando al acabarse la tal crisis no se haya efectuado el pago o por haber incumplimiento en las obligaciones por parte

de la entidad, lo que permite después para el contratista perseguir el justo precio y esto es otra “noción jurídica indeterminada”. Y según el Consejo de Estado... “dejado de percibir ante la jurisdicción contenciosa administrativa a través del medio de control de reparación directa por enriquecimiento sin justa causa -actio in rem verso-, esto por haberse tratado un caso de “urgencia manifiesta” de forma “imperiosa”, justificado en que la administración solicitó la prestación del servicio”. (Sentencia del 31 de mayo de 2016, rad. 42503, M.P. Zambrano Barrera)

Por ello que se diga que en el proceso de contratación estatal lo peculiar de estos “conceptos” es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da, hay buena fe o no hay buena fe, hay orden público o no”. “A la final son los jueces los coautores del derecho que aplican”. (Andrés Rosler, 2020, Interpretativismo en interpretativismo).

De esta manera termino concluyendo que definitivamente el poder no solo está en una norma administrativamente, o la norma propia del proceso de contratación estatal. Quiere decir que en los procesos de contratación estatal con alguna entidad el operador jurídico siempre es el que termina definiendo tal situación, conllevando así que este mismo funcionario en el proceso es el encargado de mantenerse al margen de la extralimitación de sus facultades. Y que efectivamente el legislador solo pronuncia la normatividad que regula todo lo concerniente a los procesos y formas, pero no ve esa situación en la cual un interpretador de alguna entidad pueda interpretar de manera oscura y no clara. Efectivamente los conceptos jurídicamente indeterminados o nociones afectan, e inciden en los conceptos generales de la administración pública ya que hacen regencia a una situación de la realidad humana. En el momento o circunstancia que este padeciendo el sistema jurídico y Estado, y que el único método posiblemente es la aplicación de razonamientos lógicos hermenéuticos humanos para una solución más justa y conveniente al problema o proceso concreto.

En materia de discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados, no hay nada definitivo, y pese al avance de los tiempos y las tendencias doctrinales como lo hemos visto en este estudio, pareciera que en ocasiones nos encontramos inmersos en una nebulosa sin dirección ni claridad. Pero hay que ser optimistas, existe una base doctrinal, legislativa y jurisprudencial importante para la discusión, análisis y definición de estos temas. En cuanto a la jurisprudencia contencioso administrativa, hemos logrado presentar algunos supuestos que demuestran el desarrollo que ha venido teniendo la discrecionalidad administrativa, sus características y en especial, su núcleo duro en la toma de decisiones que afectan en la sociedad o en un contrato que se desarrolle con el Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

<https://www.semana.com/opinion/articulo/el-origen-de-la-corrupcion-en-colombia-por-antonio-caballero/595021/>

Historia de la formación y la enseñanza de la ciencia administrativa y el derecho administrativo en Colombia (1826-1939) Miguel Malagón Pinzón, Universidad de los Andes y del Externado de Colombia

Colombia, Consejo de Estado, Radicado 25000-23-26-000-1997-04390-01 (18080), Sentencia de 31 de agosto de 2011, M.P Ruth Stella Correa Palacio.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-128 de 18 de febrero de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis. También puede verse Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-400 de 2 de junio de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Curso de Derecho administrativo, Tomo 1 (Madrid, Civitas, 2013) 501 y ss.

<https://dpej.rae.es/lema/concepto-jur%C3%ADdico>

indeterminado#:~:text=Adm.,dif%C3%ADcil%20alcanzar%20una%20soluci%C3%B3n%20exacta.

Enrique P. Haba, (1983) "Conceptos indeterminados, derechos humanos y seguridad nacional", Costa Rica. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102016000200009&lng=es&nrm=iso

Tratado de derecho administrativo, Ten - Iuris, (2003), Madrid – Derecho Contemporáneo

Ley 80 - 1993, artículo 3

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Ley 1150 - 2007, artículo 2 -

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

ABC Cancilleria Colombiana

<https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/DocEstrategicos/ABCContratacion.pdf>

Ormond, Derry 1999). Nueva Gerencia Pública (Qué tomar y qué dejar. En: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/CLAD0032601.pdf>. Consultado el 25 de Julio de 2015.

Roa, D. (2018). Los conceptos jurídicos indeterminados en el derecho disciplinario, Bogotá: Editorial Ibáñez.

García de Enterría, E y Ramón Fernández (1998), T. "Curso de derecho administrativo" Madrid: Civitas.

Fernández, M. Y. (2006). El concepto jurídico indeterminado de servicio esencial en la constitución española. Madrid: Revista de Administración Pública.

Restrepo M.A. (2007). Respuesta del Derecho Administrativo a las transformaciones recientes del Estado Social de Derecho. En “El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI”. Editor académico: Universidad del Rosario, pp. 37- 55.

Corte Constitucional, Sentencia C-530 de 2003, M.P. Montealegre Lynett

Corte Constitucional, Sentencia C-406 de 2004, M.P. Vargas Hernández

Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2012, M.P. Vargas Silva

Corte Constitucional, Sentencia C-910 de 2012, M.P. Guerrero Pérez

Corte Constitucional, Sentencia C-647 de 2001, M.P. Beltrán Sierra

Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2005, M.P. Escobar Gil

Corte Constitucional, Sentencia C-343 de 2006, M.P. Cepeda Espinosa

Corte Constitucional, Sentencia C-762 de 2009, M.P. Henao Perez

Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2012, M.P. Vargas Silva

Consejo de Estado, Sentencia del 15 de junio de 2017, rad. 19626, M.P. Carvajal Basto.

García de Enterría, E. (1962). La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos).

http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102016000200009&lng=es&nrm=iso

Consejo de Estado. (Entre ellas la Sentencia del 31 de mayo de 2016, rad. 42503, M.P. Zambrano Barrera).

Roa, D. (2018). Los conceptos jurídicos indeterminados en el derecho disciplinario, Bogotá: Editorial Ibáñez.

Rosler, A. (2020). Interpretativismo en interpretativismo

