

Discrecionalidad, legalidad del ministerio de relaciones exteriores para el servicio de pasaportes con único oferente.

Fabian Armando Torres Aranzazu

Estudiante de la Maestría en Contratación Estatal

Resumen.

La tendencia actual y moderna del derecho administrativo, es la de considerar que la administración en todas sus actuaciones está regida por la Constitución y las Leyes del Estado, las cuales son promulgadas con el objetivo de garantizar los derechos fundamentales de su población, y a su vez, las obligaciones de los administrados frente al Estado mismo.

Sin embargo, existe un espectro situacional, que permite a la administración adoptar decisiones por fuera del marco legal (principio de legalidad), apartándose del eje central previsto por las normas. Esta especial situación, solamente obedece a aspectos tales como: la necesidad y la proporcionalidad; pero en ocasiones, puede llegar a establecer y determinar actuaciones ilegales y abusivas en perjuicio de los derechos de los destinatarios de la decisión discrecional.

Con todo, estudiaremos las principales consecuencias y el efecto jurídico de adoptar decisiones discrecionales por parte de la administración en los procedimientos contractuales, especialmente en la Licitación pública para la contratación de los pasaportes 2023 en Colombia, y si estas decisiones contravienen o no el principio de legalidad previsto en la Constitución y la Ley.

Palabras clave: acto discrecional, análisis jurídico, licitación pública, pasaportes, revocatoria directa, servicio público.

Abstract.

The current and modern trend of administrative law is to consider that the administration in all its actions is governed by the Constitution and the Laws of the State, which are promulgated with the objective of guaranteeing the fundamental rights of its population, and to its time, the obligations of those administered to the State itself.

However, there is a situational spectrum that allows the administration to make decisions outside the legal framework (principle of legality), departing from the central axis provided for by the regulations. This special situation is only due to aspects such as: necessity and proportionality; but on occasions, it can establish and determine illegal and abusive actions to the detriment of the rights of the recipients of the discretionary decision.

However, we will study the main consequences and legal effect of adopting discretionary decisions by the administration in contractual procedures, especially in the public tender for the contracting of 2023 passports in Colombia, and whether or not these decisions contravene the principle of legality provided for in the Constitution and the Law.

Keywords: discretionary act, direct revocation, legal analysis, passports, public bidding, public service.

Introducción.

Una de las actividades con mayor reglamentación al interior de la administración pública, es quizás la contratación del Estado, ya que, a través de ella, se establecen con claridad y aplicación, las reglas mediante las cuales, el Estado requiere adquirir productos, bienes y servicios que le son necesarios para el cumplimiento de los fines previstos en la Constitución y la Ley.

El ministerio de relaciones exteriores suspendió, revocó y declaró desierta la licitación pública para el servicio de pasaportes, afectando directamente el servicio, que venía siendo contratado con la empresa multinacional **Thomas Greg & Sons Colombia S.A.S.**

De esta manera, se analizará el impacto de las decisiones discrecionales de la administración, su oportunidad y conveniencia y si estas afectan el ámbito contractual.

Con la expedición de la Constitución Nacional de 1991, las dinámicas sociales, económicas, políticas y culturales de nuestro país, han sufrido importantes procesos de cambio, reconstrucción y modificación.

Las dinámicas sociales, enunciadas anteriormente, también aparejan cambios relevantes en las antiguas y anquilosadas instituciones político - jurídicas, donde hoy por hoy se habla de una constitucionalización del derecho, lo que es equivalente a decir, que la Carta Política de 1991, permea las diferentes áreas del saber jurídico.

Sin embargo, en ocasiones, las administraciones públicas, han detentado un cierto margen de amplitud o de actuación, y, que les ha permitido conducirse fuera del marco no solo legal, sino también en contravención de sus propios reglamentos, bajo el manto de la propia Constitución Política o de los precisos marcos normativos.

En ocasiones, la trasgresión directa del principio de legalidad al amparo de adoptar una decisión discrecional, genera entornos litigiosos en los cuales la administración, no tiene la suficiente apariencia para soportar el embate y censura que le propone el administrado, debiendo incluso, modificar o revocar su actuar, ya sea en participación directa y efectiva del destinatario de la decisión (particular) o en muchas ocasiones, atendiendo la decisiones judiciales dictadas por el Juez natural de la administración.

Uno de los servicios que presta el Estado Colombiano, a través de su Ministerio de Relaciones Exteriores (Cancillería), lo constituye la expedición de los denominados Pasaportes, el cual, es un documento público de viaje que identifica a nuestros connacionales en el exterior, siendo su uso indispensable y necesario, por así disponerlo el Art. 24 de la C.N.

Sin embargo, el Ministro de Relaciones Exteriores, decidió discrecionalmente y una vez adelantado el proceso de licitación pública para la selección del oferente, suspender y declarar desierto el proceso de selección revocando unilateralmente las resoluciones administrativas que marcaban la directriz del procedimiento de contratación, estando avanzado el proceso de Licitación pública para seleccionar el oferente encargado de la elaboración de los Pasaportes, sin ningún tipo de justificación o motivación legal.

Con todo, a través de la presente investigación, pretendo demostrar, que el actuar de la administración en este caso discrecional (margen o amplitud administrativa), afectó en forma directa el principio de legalidad que rige el procedimiento en los procesos de selección objetiva, creando consecuentemente, daños y perjuicios de contenido patrimonial para quienes tienen una expectativa de contratar con el Estado, lo cual contraviene integralmente el principio de legalidad, el debido proceso y la responsabilidad en la Contratación Estatal, en aquellos casos donde tiene participación un solo oferente, que cumple ampliamente los requisitos habilitantes exigidos por la Ley.

¿Cuál es el efecto jurídico de una decisión discrecional adoptada por parte del ministerio de relaciones exteriores, a la luz del principio de legalidad en el proceso de selección objetiva con único oferente para la prestación del servicio público de pasaportes en Colombia 2023?

Objetivo general, Analizar el efecto jurídico de una decisión discrecional adoptada por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, a la luz del principio de legalidad en el proceso de selección objetiva con único oferente para la prestación del servicio público de pasaportes en Colombia, Objetivos específicos, Evaluar, si dentro del marco legal previsto en el Estatuto General de Contratación Estatal, y sus modificaciones normativas es factible, que discrecionalmente se modifiquen las condiciones para la selección objetiva de un oferente en forma unilateral contraviniendo el principio de legalidad en materia contractual. Clarificar la noción clásica de servicio público en Colombia, y la implementación del servicio de pasaportes en nuestro país. Examinar los instrumentos legales y jurisprudenciales en la normatividad colombiana en materia de actos discrecionales de la administración pública, que conllevan a establecer una responsabilidad del Estado al modificar unilateral y discrecionalmente el procedimiento de selección objetiva de un único oferente, afectando la prestación del servicio público de pasaportes, donde aportaré una solución jurídica dentro del trabajo de investigación. Metodología. Enfoque y alcance de la investigación (Cualitativo). La investigación sobre el origen del presente trabajo de investigación radica en el hecho de analizar de forma objetiva la inaplicación de las facultades o potestades discrecionales de la administración en el ámbito de la contratación estatal dentro de su actividad reglada. Declarar desierto un proceso de selección objetiva como en los casos de Licitación pública, implica para el investigador comprender una realidad jurídica inaceptable y más aún cuando la administración inaplica las normas que rigen los procesos para la escogencia de su futuro contratista. Se emplea como estrategia para la recopilación de la información el método conocido como análisis documental, a través del cual, el investigador obtiene directamente de las entidades públicas en las cuales se han presentado casos similares, la respuesta a la pregunta del problema de investigación.

En consecuencia, se trata de generar un enfoque distinto y cualitativo respecto de los fenómenos jurídicos en los cuales la administración impone abiertamente su querer o su voluntad fuera del espectro legal; todo lo cual, genera consecuentemente un daño o lesión a los derechos patrimoniales de los oferentes o interesados en contratar con el Estado Colombiano.

1. Capítulo I - Desarrollo.

En este sentido, se expondrá y se indicará que, con base en los actos administrativos expedidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores y contenidos en las Resoluciones

Administrativas números: 7076 de Septiembre 05 de 2023 (Por la cual se reasume la dirección del proceso contractual de Licitación pública N.º LP – 001 de 2023), y la 7485 de Septiembre 13 de 2023 (Por la cual se declara desierto el proceso de Licitación pública N.º LP – 001 de 2023), se adoptaron decisiones discrecionales que afectaron directamente el principio de legalidad en la selección objetiva para este especial servicio; y se produjo un daño antijurídico al oferente que cumplía con los requisitos exigidos para la citada selección objetiva.

Por lo que se refiere a la revocatoria de los actos administrativos expedidos en la etapa precontractual, tiene dicho la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado, que estas decisiones tienen carácter reglado, y excepcionalmente, se pueden adoptar dentro de la actividad administrativa contractual, sin el consentimiento expreso del particular, como sería en el caso del acto administrativo de adjudicación o también, en el acto de declaratoria de desierto del proceso, el cual está sometido a causales de carácter taxativo previstas en la ley, siempre que se respeten los principios del debido proceso, la transparencia y la responsabilidad administrativa, reflejada en estos actos, lo anterior en los términos de los artículos 93 y ss. del CPACA.

2. Capítulo II - Principio de legalidad en la Contratación del Estado, síntesis de su evolución en el marco de la selección objetiva.

La tradición jurídica colombiana en el marco de los procedimientos de contratación, ha sido preponderantemente reglada por el derecho administrativo dentro de un marco normativo extenso y en ocasiones discutible, en lo que atañe no solamente a la estructuración y formación del futuro contrato con el Estado; sino también, al momento de brindar las garantías constitucionales y legales atinentes a esta precisa actividad administrativa, evitando lesionar los intereses patrimoniales y jurídicos de los interesados o intervinientes.

El principio de legalidad, propio de un Estado de derecho como el nuestro, ha sido la piedra angular de toda la legislación que sobre la contratación estatal ha nutrido los procesos de selección objetiva del eventual contratista – colaborador de la administración pública.

Bajo la observancia del marco normativo, el mismo Estatuto General de Contratación pública Ley 80 Por la cual se el Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993, en su artículo 29º, la define señalando que: “Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin

tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”.

En este contexto, la normatividad con la cual se han establecido las condiciones para participar en los procedimientos de contratación, y especialmente, en la denominada Licitación pública, está se surte a través de una serie de etapas, las cuales se van desarrollando de manera consecucional y preclusiva, con el principal objetivo de llegar a la adjudicación de la selección objetiva en favor del oferente o interesado, que ha logrado satisfacer las exigencias técnicas, administrativas, financieras y jurídicas que la misma administración pública le ha dispuesto como requisitos habilitantes, en procura de obtener al mejor aliado en la ejecución de la obra pública o en la adquisición de productos, bienes y servicios necesarios para el cabal cumplimiento de los fines estatales (artículo 2º de la Constitución nacional).

Desde la expedición del Decreto – Ley 222 de 1983 (Febrero 02), el cual se constituye en el antecedente normativo al actual Estatuto de General de Contratación Pública; la actividad contractual del Estado colombiano ha estado siempre sujeta al rigorismo propio del sistema legal aplicable al procedimiento de contratación y consecucionalmente a las distintas causales de selección previstas por la Ley.

Sin embargo, la administración pública, también puede actuar fuera del ámbito normativo o reglado, para darle paso a un espacio que tiene un margen muy estrecho que se enmarca entre la Ley – en sentido formal y material-, y su querer o voluntad, el cual la doctrina administrativa denomina como “acto discrecionalidad”, mediante el cual, la administración tiene cierta oportunidad de dirección en sus decisiones, e impone su querer, aferrándose a la Ley como pretexto.

Se trata entonces, de examinar (i) si dentro de un proceso de selección objetiva, en la cual se aplica como causal la Licitación pública, la administración puede generar cambios sustanciales al procedimiento reglado por la Ley al momento de la escogencia del futuro contratista del Estado; (ii) cual sería ese margen de discrecionalidad con que cuenta la entidad pública en la selección objetiva de escogencia, y si, (iii) esa facultad “discrecional” de la administración puede presentarse en cualquiera de las etapas que reglamenta la Ley para la Licitación pública; (iv) cuales podrían ser los requisitos que se tienen previstos para aplicar discrecionalmente la revocatoria de la Licitación pública en aquellos casos donde participa un único interesado; (v) y si está participación vulnera el principio de pluralidad de oferentes en el procedimiento de

selección objetiva y, (vi) los efectos patrimoniales que se generarían al interesado único que reúne los requisitos de exigencia para la Licitación pública propuesta por el Estado, y abruptamente le es revocada unilateralmente y por decisión discrecional el proceso de selección objetiva – Licitación pública.

Un estudio concreto de la “discrecionalidad” de la administración pública, conllevaría en primer lugar a dar una definición próxima y concreta para su cabal entendimiento. Efectuado lo anterior, debemos entonces centrarnos en establecer, examinar y verificar si esta voluntad del querer de la entidad que pretende contratar tiene cabida en los procesos de selección objetiva del Estado, directamente en la Licitación pública que reglamentan la Ley 80 Por la cual se el Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, y, cuál sería el límite mínimo y máximo en su aplicación sin afectar los derechos de los intervinientes que participan en el procedimiento de selección.

Los poderes, facultades o prerrogativas con que cuenta el Estado, deben equilibrarse de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución y la Ley. Este ha sido uno de los principios fundantes del Derecho público y prerrogativa del ciudadano ante los desvíos del poder ejercidos por la propia administración.

Según Penagos (1987), *La arbitrariedad política causa nulidad en los actos administrativos – la desviación de poder – Ediciones Librería del Profesional*. Para el profesor Gustavo Penagos, citando al tratadista argentino Juan Francisco Linares, establece que, “La discrecionalidad administrativa o poder discrecional administrativo (como lo denominan otros), se refiere precisamente a esa posibilidad que tienen los titulares de la función administrativa al ejercerla en cada caso específico, para apreciar hechos”. (p. 9).

Marín Hernández (2013), *Discrecionalidad administrativa – universidad externado de Colombia*.

El tratadista Hugo Alberto Marín Hernández, refiere que la “discrecionalidad”, debe ser entendida de la siguiente manera, “...cuando estamos en presencia de facultades discrecionales la autoridad administrativa se encuentra frente a disposiciones que le confieren esa mayor o menor libertad de juicio y decisión, habida cuenta que algunos elementos integrantes de la norma jurídica que aplica (de acuerdo con su estructura

clásica, a la que recién aludimos, su supuesto de hecho y su consecuencia jurídica) no ha sido agotadora y plenamente completado por el legislador”. (p. 141).

Si analizamos en un contexto jurídico la interpretación dada por los autores al concepto de “discrecionalidad”, es plausible indicar entonces, que esta facultad o prerrogativa de la administración, le permite un obrar a su voluntad, apartándose con ostentación del marco normativo, sin que, a su juicio, pueda afectar el principio de legalidad y los derechos que le asisten a los administrados en una determinada actuación administrativa.

No obstante, el obrar de la administración en aquellos casos que impliquen acudir en forma directa o indirecta a la discrecionalidad, serán sujetos al control que para tal efecto está en cabeza de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, quien en últimas determinará si se cumplen los requisitos que ha previsto el legislador en lo referente a la necesidad y proporcionalidad de su uso, y, más aún, tratándose de la actividad reglada que de contera rige la actividad administrativa contractual del Estado, ya que en todo caso, la discrecionalidad no puede convertirse en una herramienta utilizada para desviar intencionalmente los fines y propósitos trazados por el legislador en aspectos tan importantes como son la contratación pública, y en forma preponderante, en la etapa precontractual de esta actividad, la cual, tiene completa reglamentación en la Ley que rige la materia preponderantemente.

2.1.La administración pública, puede aplicar la “discrecionalidad” y modificar sustancialmente los procesos de selección objetiva que están reglados por ministerio de la Ley.

Preciso es indicar, que la estructura de selección objetiva a la cual debe sujetarse la administración, tiene una especial reglamentación, y específicamente, tratándose de la Licitación pública, como regla general de escogencia del contratista, debe atender inescindiblemente al marco legal previsto para esta modalidad de selección en particular.

La administración, en efecto, cuenta con un margen de obrar amplio, antes de iniciar formalmente su procedimiento de selección o escogencia del oferente que pretende contratar con el Estado, así, en la etapa precontractual, está ampliamente facultada para (i) elaborar sus estudios y diseños previos, atendiendo la necesidad que se requiere atender, para lo cual, requiere planear de manera precisa y detallada que está requiriendo, si se trata de la construcción de una obra

pública, contratar un suministro bajo ciertos parámetros técnicos que le son exigidos a su proveedor, o, en otros casos, adquirir servicios o bienes de distintas y variadas características. En todo caso, atendiendo el interés general y público, que será siempre el beneficiario directo de la adquisición por parte del Estado. (ii) en similares términos, la administración puede establecer libremente el presupuesto con el cual atenderá las obligaciones derivadas del contrato estatal una vez este se celebre con el lleno de los requisitos formales que suscita el acto jurídico. (iii) también puede la administración discrecionalmente, establecer los términos y condiciones del procedimiento de selección, los cuales podrá plasmar en los pliegos de condiciones, estos podrán ser provisionales (prepliegos antes de la apertura del proceso) o definitivos, una vez, se hayan hecho las observaciones y ajustes a los términos por parte de los oferentes o interesados.

En estos eventos, por demás específicos, la discrecionalidad puede ser aplicada de manera necesaria y proporcional, ya que estos actos preliminares a la apertura del proceso de selección objetiva que se trate, no van a generar ningún tipo de daño o lesión a los intereses de los interesados a participar en el proceso, puesto que aún no se ha dado apertura al procedimiento previsto por la Ley de contratación aplicable; contando la administración con un amplio margen de actuación para establecer de manera concreta la necesidad que va a perseguir con la apertura del respectivo proceso, y cuáles serán los términos y condiciones que establecerá para la adquisición de productos, bienes y servicios atendiendo el interés general previsto en la Constitución y la Ley.

Como se podrá apreciar, en esta etapa previa a la iniciación del proceso de selección objetiva cuya escogencia hará la administración, la potestad o facultad discrecional no presenta ningún aspecto que limite su aplicación; esta conclusión es correcta, si atendemos que en esta previa, no hay interesados en participar aún en la escogencia, pues no se ha dado apertura al procedimiento mismo, situación que no genera ningún derecho adquirido a favor de ningún interesado, es decir no hay situaciones jurídicas en particular que puedan ser objeto de revocatoria previa, ya que solamente la administración participa activamente en esta etapa de manera amplia y sin limitación legal.

Sin embargo, es preciso indicar que una falta de planeación, por parte de la entidad, puede generar también una eminente y abrupta interrupción del devenir precontractual propuesto por la administración, y de esta manera afectar los principios adyacentes como son la “responsabilidad” y el de “economía”, cuando la administración no tiene suficiente claridad de la necesidad que

quiere satisfacer con el proceso de selección objetiva que pretende adelantar, o en otros casos, cuando no cuenta con el suficiente respaldo presupuestal que le sirva de sustento para garantizar las obligaciones económicas que se puedan derivar de la celebración y ejecución del contrato, pues en estos casos, se genera ineludiblemente la responsabilidad de la entidad estatal ante la clara y evidente falta de planeación en su actividad contractual.

Seguramente, habrán situaciones como las que se exponen en líneas anteriores que permitirían autorizar revocar previamente la etapa precontractual de la administración, y en efecto, esto generaría eventos menos lesivos para la misma administración, siendo entonces predicable que no es factible aplicar decisiones discrecionales para justificar la pretendida revocatoria, ya que se está faltando es a un derecho deber (planeación) que tiene ciertos límites que deben ser atendidos de manera clara y prudencial por parte de la misma administración, sin que exceda su margen situacional, enmarcado en la Ley de contratación.

El Consejo de Estado, ha establecido que, sobre la planeación como facultad o prerrogativa de la administración (discrecionalidad), esta tiene por finalidad, “(e)n tanto manifestación del principio de economía, asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, debe estar acompañado, además, de los diseños, planos, y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 28 de mayo de 2021, exp. 2489.

Conviene entonces subrayar, que, tratándose de la etapa precontractual de la modalidad de selección objetiva escogida por la administración, en efecto, es completamente atendible que la entidad contratante cuenta con un margen amplio de facultad o prerrogativa discrecional para establecer las condiciones que se deberán cumplir al momento de iniciarse el procedimiento contractual requerido, sin que en esta etapa o fase, exista un marco legal impuesto para la implementación de sus necesidades.

Sobre este tema en particular, tenemos que las entidades públicas están sujetas a las modalidades de selección objetiva que tiene previsto la Ley, sin que puedan aplicar la prerrogativa de la discrecionalidad en tal sentido.

El artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, establece que, “la escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa”; esta norma tuvo una especial modificación mediante el Art. 94 de la Ley 1474 de 2011, al establecer la “transparencia en la mínima cuantía” adicionándola como causal de selección objetiva, y luego, viene otra reforma con base en el artículo 30 de la Ley 2069 de 2021, reglamentando el procedimiento para su aplicación.

Conforme lo estableció el legislador, la administración pública debe ceñirse a cada una de las modalidades de selección que se han previsto para la escogencia del contratista, (ley 1150 de 2007; ley 1474 de 2011; ley 2069 de 2021).

Y, es que desde un punto de vista fáctico, esta limitación de carácter legal – acto regla-, permite que se respeten las garantías y derechos fundamentales previstos en la Constitución y aplicables a la contratación del Estado (debido proceso administrativo), evitándose así, un actuar sesgado, arbitrario e injusto hacia el interesado en el procedimiento contractual de selección y escogencia del futuro contratista, ya que entonces éste cuenta con las herramientas que ha previsto la Ley para su adecuada aplicación, sin que allí se abrace predicar la “discrecionalidad” como querer o voluntad de la administración, pretermitiendo lo dispuesto por el legislador y generando un perjuicio al directamente interviniente en el procedimiento administrativo.

Como hemos referido en la presente investigación jurídica, la administración pública tiene cierto margen de “discrecionalidad”, para la adopción de determinadas decisiones, que han de tener incidencia directa en la selección objetiva de un contratista, en determinado procedimiento contractual.

En estos eventos, la administración actúa bajo su propia voluntad, su propio querer, y siempre bajo el amparo del principio de legalidad, con el objetivo primordial de no generar con su actividad, eventuales lesiones o daños a los derechos de quienes intervienen en la actividad contractual del Estado.

El parámetro de la discrecionalidad, en ocasiones comporta que la administración, también se extralimite, aun en aquellos casos donde la Ley establece el marco normativo al cual debe sujetarse; pues en todo caso, la Ley, no solamente tiene un componente democrático en el

sentido formal para su aplicación, sino también vocación política, y la administración no es ajena a estas especiales situaciones.

En todo caso, lo que se pretende al momento de dar apertura a un proceso de selección para la escogencia de un contratista, es contar con normas claras y concretas para poder tener participación directa en el proceso de contratación; pues en estos casos, recordemos que es la misma administración, la que está dotada de facultades o prerrogativas previstas en la Ley que rige la materia a contratar (obras, bienes o servicios), estando, el particular limitado a la sujeción legal y a los términos y condiciones que le establece la actividad contractual del Estado.

Bajo esa precisa condición – acto regla-, la discrecionalidad juega un papel importante y no pocas veces discreto cuando se trata de la participación activa de los oferentes o interesados en contratar con el Estado. Ya que, en sentido estricto, se espera que la administración, se sujete en un todo al marco legal (principio de legalidad de la actuación administrativa); sin embargo, atendiendo las facultades que la propia Ley le ha otorgado, la “discrecionalidad”, también participa en el ámbito de las decisiones que puede adoptar la administración frente al administrado, y prueba de ello es la autorización expresa que establece el artículo 44 del CPACA, al indicar, “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

Esta norma, tiene una especial connotación, ya que define en esencia, un concepto jurídico indeterminado como lo es la “discrecionalidad”, y a su vez, autoriza su aplicación, cuando la misma sea: (i) adecuada a los fines de la norma que la autoriza; (ii) proporcional a los hechos que le sirven de causa y, (iii) su aplicación – es decir el efecto discrecional-, vaya dirigida a decisiones de carácter general o particular, por así establecerlo el legislador patrio.

Si enfrentamos esta norma con las disposiciones que regulan la actividad contractual de la administración, podríamos llegar fácilmente a la conclusión que en materia de selección objetiva de un oferente o interesado, no tiene cabida alguna adoptar decisiones discrecionales, y más aun tratándose de la etapa precontractual, si demarcamos legalmente esta etapa, desde el aviso de apertura del procedimiento de selección objetiva (inicio de la actividad contractual), hasta el acto de adjudicación o de declaratoria de desierta de la selección del interesado, la cual, concluye precisamente con un acto administrativo particular y concreto, sujeto a unas reglas especiales

previstas por la Ley. (Ley 80 Por la cual se el Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993; Ley 1150 de 2009; Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015).

Entonces valdría la pena hacernos la siguiente pregunta ¿con fundamento en la norma transcrita, puede la administración “discrecionalmente”, adoptar decisiones afectando un proceso de selección objetiva reglado por diferentes normas especiales? La respuesta, la podemos concretar así: Eventualmente cuando la administración pública, ha faltado a su deber de planeación, es factible que se puedan generar abruptos cambios en su voluntad, que implican la adopción de decisiones que afecten el procedimiento de selección objetiva de un interesado o varios, que estén participando en el mismo.

Cuando se falta al deber de planeación (imperativo funcional), es evidente que la administración puede redireccionar su actividad contractual, y, en este caso, adoptar decisiones discrecionales que tiendan a evitar una etapa contractual con graves afectaciones para los intereses del contratista y de la misma administración, generándose así, daños patrimoniales que únicamente van en perjuicio de la comunidad que se debe beneficiar con las obras públicas, los bienes o los servicios que debe prestar el Estado al contratarlos.

Recordemos que, en todo caso, la contratación del Estado es reglada en su estructura y en cada una de las etapas que se surten al interior de un proceso de selección objetiva, respetándose los principios de transparencia, economía y responsabilidad, y de conformidad con los principios que rigen la función administrativa, en los términos imperativos que respectivamente establecen el artículo 23 de la Ley 80 Por la cual se el Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993 y el artículo 209 de la Constitución Nacional, (ley 80 de 1993; constitución política, 1991).

Al adoptar una decisión “discrecional”, la administración pública puede revocar en forma directa un proceso de selección objetiva de un contratista, siendo conclusivo que se trata de un asunto excepcional y bajo determinados criterios delimitados por la Ley.

Muy a pesar de tratarse de un proceso reglado – Ley en sentido formal-, la facultad o prerrogativa, puede en un todo modificar abiertamente las reglas de participación que la misma administración a trazado para los interesados en determinado proceso. Por otro lado, el Consejo de Estado, ha sido claro en indicar que el acto administrativo de revocatoria de un proceso de selección objetiva o su declaratoria de desierta, no obedece a un querer o voluntad “discrecional” de la administración, por cuanto estos están sometidos a precisas causales legales, y, en todo caso,

una actitud discreta y modificatoria del acto reglado de selección objetiva, contraviene el principio de planeación, y afecta la legalidad de la actividad contractual de la administración, en perjuicio del oferente o interesado.

Lo que se busca, es que en la mayoría de los procesos de selección, estos puedan terminar con el acto de adjudicación, una vez han trascurrido todas y cada una de las etapas que se han previsto para la actividad contractual; sin embargo hoy por hoy, la misma administración está faltando a ese serio compromiso, aduciendo en algunos casos su deber de planeación; en otros la inadecuada estructuración de los pliegos de condiciones, y más allá de todo contexto, también a revocado los procesos por decisiones “discrecionales”, adoptadas por notables intereses políticos, faltando a los principios de transparencia y seriedad en la selección objetiva. Aspectos que son necesarios explicar para ahondar en los efectos jurídicos nocivos que resultan de un acto discrecional en materia contractual.

2.2.Marco normativo que autoriza la revocatoria del proceso de selección objetiva en los eventos de Licitación Pública.

Analizando las normas jurídicas que han reglamentado, adicionado e interpretado el actual Estatuto de Contratación Estatal previsto en la Ley 80 Por la cual se el Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993, tiene existencia propia una norma especial, que daría la posibilidad legal de autorizar la revocatoria de un proceso de selección, y, está contenida en el parágrafo del artículo 68 del citado estatuto, y que es del siguiente tenor literal, “**Parágrafo.** Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada”.

Conviene subrayar, que este apartado normativo, refiere específicamente a los “actos administrativos precontractuales”, dentro de los cuales debemos resaltar: (i) el aviso de convocatoria, (ii) el acto de apertura al proceso licitatorio, (iii) el proyecto contentivo del pliego de condiciones, (iv) las actas del comité evaluador y, (v) el acto de adjudicación de la selección objetiva, entre otros. Este punto es muy importante, ya que, sobre él, identificaremos la etapa precontractual donde la administración pública puede ejercer su discrecionalidad, sin que pueda generar un daño o lesión a los interesados en el proceso de acuerdo con el marco legal.

Sin embargo, como la revocatoria de los actos contractuales, se considera una prerrogativa propia de la administración; el legislador también la ha dispuesto en otras normas que regulan su aplicación, como, por ejemplo, cuando han variado sustancialmente los pliegos de condiciones del procedimiento de selección objetiva (modificación absoluta), atendiendo lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.2.1 del Decreto 1082 de 2015; pues en estos casos, la necesidad de la administración ha sido objeto de profunda reforma, situación que amerita la revocabilidad del proceso, y donde no es posible proceder a su saneamiento, en los términos del artículo 49 de la Ley 80 de 1993, que señala, “del saneamiento de los vicios de procedimiento o de forma. Ante la ocurrencia de vicios que no constituyan causales de nulidad y cuando las necesidades del servicio lo exijan o las reglas de la buena administración lo aconsejen, el jefe o representante legal de la entidad, en acto motivado, podrá sanear el correspondiente vicio.

Otro de los ejemplos que podemos citar y que acompañan el marco normativo que autoriza la revocatoria de los “actos administrativos precontractuales”, está referido al acto de adjudicación en la Licitación pública, pero en el entendido que su procedencia debe ajustarse a las siguientes causales: a) cuando entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, se presente una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, b) cuando se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales y, c) cuando no se suscriba el contrato, de conformidad a la teleología del artículo 9° de la Ley 1150 de 2007, subrogatoria de los numerales 10 y 11 del Art. 30 de la Ley 80 Por la cual se el Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993, siempre atendiendo los postulados de la buena fe, la igualdad y la responsabilidad al momento de la revocatoria.

También, especial regulación, encontramos en los artículos 93 y ss., de la Ley 1437 de 2011, con respecto a las causales de revocación directa de los actos administrativos, toda vez, que estas normas, se aplican integralmente a la actividad administrativa contractual del Estado, siendo procedentes tratándose de actos de carácter general y particular en los eventos mencionados en párrafo anterior, garantizando siempre los derechos de audiencia y de defensa; precisando que el CPACA, establece la especial prohibición de revocar un acto administrativo sin el consentimiento escrito y expreso del respectivo titular del derecho.

Sobre la revocatoria del acto administrativo de apertura de la selección objetiva, en aquellos eventos en los cuales la administración ha procedido mediante Licitación pública, el Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento señaló lo siguiente, “De este modo solo podía

reclamar como perjuicio el correspondiente al restablecimiento del equilibrio ante las cargas públicas: no podía reclamar la utilidad dejada de percibir por el incumplimiento de la entidad al no adjudicarle el contrato. Dicha pretensión solo podría formularse impetrando la anulación de la decisión que revocó el acto de apertura de la Licitación Pública No. UCL-LP-CO-012-2007 y demostrando su ilegalidad”.

En este caso sub – judice, la parte actora demandó mediante Reparación directa los perjuicios derivados del acto administrativo que revocó la Licitación pública, la cual tenía por objeto contratar el diseño Fase III y la construcción del puente sobre el río Ariari en el municipio de Puerto Lleras, del departamento del Meta. En síntesis, el Consejo de Estado consideró que al no haber sido evaluada la oferta del Consorcio, la revocatoria del acto de apertura al proceso de selección, no había causado ningún daño antijurídico o especial (artículo 90 C.N) a la accionante, y a su vez, que no se había demandado la anulación de la resolución administrativa revocatoria.

En otra importante decisión, el Consejo de Estado, refiriéndose al caso de la revocatoria del acto administrativo de adjudicación de un contrato en una Licitación pública con único proponente, por presuntas falencias en los estudios previos (componente técnico), ausencia de las disponibilidades presupuestales y falta de la certificación del Banco de proyectos, – que es otro de los escenarios jurídicos a destacar por tratarse de un acto reglado distinto al discrecional-, consideró los siguientes aspectos para confirmar la sentencia condenatoria de primera instancia contra una entidad territorial accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos, “...(p)ara la Sala los argumentos referidos no son de recibo, en primer lugar, porque la protección al patrimonio público no fue una de las causales taxativas contempladas por el legislador para que procediera la revocatoria directa del acto de adjudicación, y, en segundo lugar, debido a que las falencias en los estudios técnicos de la licitación, los problemas presupuestales y la omisión de registro en el banco de proyectos no se concatenan con la causal consistente en el empleo de medios ilegales para la obtención del acto de adjudicación, como a continuación se expone”.

Del análisis del caso, se evidencia claramente cómo la administración aplicó para la revocatoria del acto administrativo de adjudicación su voluntad “discrecional”, tratando de fundamentar su decisión dentro del marco legal que trata el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007 ya explicado.

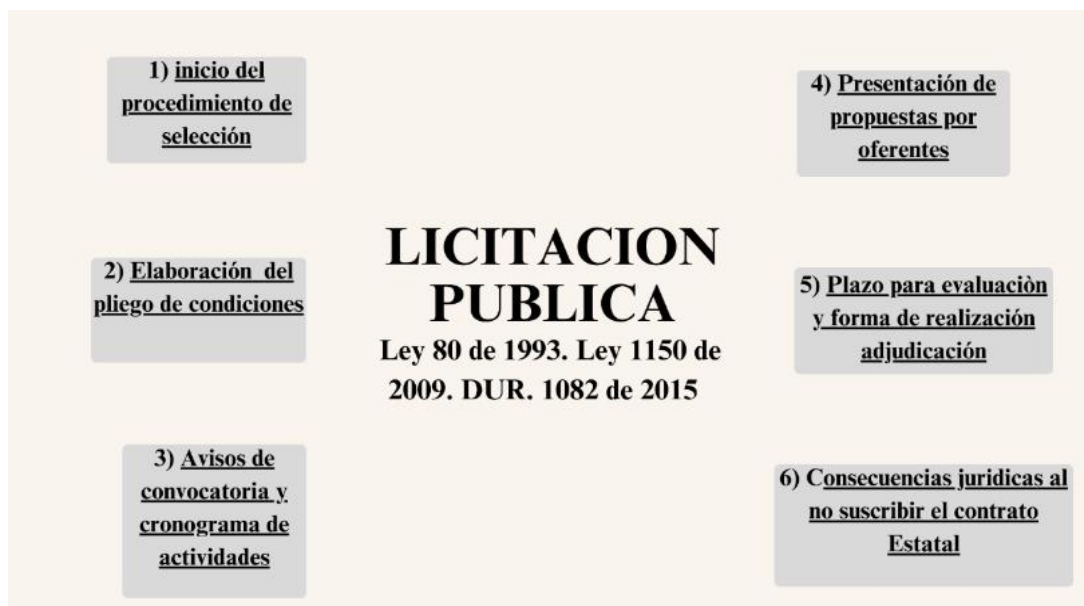
La decisión discrecional, aparejada con el principio de legalidad, debe propender por crear situaciones jurídicas estables, proporcionales y adecuadas para los derechos de todos los administrados, incluida la administración pública; sin embargo, en algunos eventos, se contraponen, frente a la decisión superior de quien detenta el poder, sin limitación alguna en las normas existentes, e incluso, bajo el pretexto de respetar la Carta Política, situación nada más alejada de la realidad jurídica – administrativa.

Por ende, la administración siempre estará sujeta en la etapa precontractual, al cumplimiento de las reglas (marco normativo) que ha previsto el legislador para su actividad, negándose de plano que pueda deslindarse del mismo.

Como tendremos oportunidad de analizar, los medios de control para impugnar los actos administrativos expedidos en la etapa contractual, varían dependiendo precisamente del contexto en el cual se originan, y los efectos jurídicos, también son distintos, ya sea, cuando son autorizados por la Ley en forma expresa, o, cuando la administración hace uso de la potestad “discrecional” en su expedición. Por ejemplo, tratándose del acto administrativo de apertura al proceso de selección objetiva – Licitación pública en este caso-, el acto puede ser revocado ampliamente por la administración, con el fin de revisar, corregir y adecuar sus estudios y diseños previos en su contenido material, y en todo caso, hasta antes de recibir las ofertas que le sean presentadas por los interesados; ya que una vez evaluadas, ponderadas y clasificadas las mismas, se hace complejo la revocatoria del proceso de selección, puesto que de fondo, se le imprime evidentemente un carácter discrecional y de lesión a los derechos de los oferentes, todo lo cual se traduce en una mayor probabilidad de daño antijurídico a los mismos; como también acontece en el caso de la declaratoria de desierto de la licitación (Núm. 18 Art. 25 Ley 80 de 1993), ya sea, con oferente único o pluralidad de oferentes habilitados con posterioridad a la evaluación de sus respectivas propuestas, señalándose las razones que sustentan la decisión.

Si tomamos en cuenta que todo proceso de selección objetiva desarrollado por la administración está previsto en la Ley, es evidente que, las etapas para la Licitación pública están sujetas a un marco normativo (procedimiento reglado). Para tal fin, y antes de adentrarnos en la esfera del problema jurídico planteado para este análisis, y tomando como referente la normatividad vigente, explicaré gráficamente sus componentes estructurales.

figura 1. Etapa del procedimiento de Licitación pública previsto en la Ley.



Este es el procedimiento al cual debe sujetarse la administración en su actividad contractual. Se adaptó teniendo como base las fuentes normativas previstas en el Art. 30 de la Ley 80 de 1993, los artículos 5° y ss. de la Ley 1150 de 2007, y los artículos 2.2.1.1.2.1.2 y ss. del DUR. 1082 de 2015.

2.3.Caso de la Licitación Pública para la contratación del suministro de pasaportes en Colombia – 2023, por parte del Ministerio de Relaciones exteriores y la revocatoria del proceso.

El Estado Colombiano, tiene a su cargo la administración, inspección y vigilancia de distintos servicios públicos, entre los que podemos destacar encontramos la salud, la educación, la administración de Justicia, entre otros.

Igualmente, importante, es el servicio público de pasaportes y que está a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través del cual, mediante la expedición de este documento, se garantiza el libre tránsito, la locomoción y la libre circulación de los connacionales fuera de los límites del territorio colombiano.

Este servicio público, tiene un amplio respaldo normativo, como puede apreciarse en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que en su artículo trece (13) establece que, “1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio

de un Estado; y 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.

Otro de los instrumentos internacionales que también regulan el derecho de libre tránsito y circulación, está contenido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en nuestra legislación interna mediante la Ley 74 de 1968, y que dispone en su artículo 13, lo siguiente, “Toda persona que se halle legalmente en territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él. (...)”.

La Constitución Nacional (1991), establece como un derecho fundamental el libre tránsito y la circulación estableciendo en su artículo 24, que, “Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia.” (art. 24).

El proceso de selección del contratista para la elaboración y suministro de este documento, está a cargo directamente del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, quien tiene el deber de adelantar el procedimiento administrativo contractual para la escogencia del mejor oferente u oferentes, y garantizar de esta manera continua que los colombianos puedan acceder al documento. Existen distintos tipos de pasaportes, de acuerdo a la necesidad de cada usuario del servicio, y su reglamentación se encuentra contenida en la Resolución administrativa N° 6888 de 2021 (noviembre 26), expedida por el Ministerio del ramo.

Por tratarse del suministro y la elaboración de los pasaportes (componente técnico internacional), y a su vez, los recursos cuantiosos que se comprometen para su obtención física, el gobierno nacional acude a la Licitación pública como causal de escogencia del eventual contratista, y desde hace más de 20 años, la selección objetiva le ha sido adjudicada a la empresa internacional **Thomas Greg & Sons Colombia S.A.S.**, la cual, cuenta con sucursal en nuestro país.

Los pasaportes, están sujetos al cumplimiento de estándares técnicos y tecnológicos de avanzada, que son verificados en todos los países que acuden a este tipo de documentos para verificar y cotejar la identidad de las personas que ingresan a territorio internacional, situación que lleva a identificar que no toda empresa puede ser proveedora de este especial documento, cuando no tiene la suficiente experiencia y capacidad técnica necesaria para la provisión en masa del citado documento.

Es por eso, que la validación internacional del documento (pasaporte), debe estar acorde con los lineamientos propuestos por países de avanzada en la identificación de quienes portan los mismos, exigiéndose en todo caso, ciertas características técnicas que permitan su utilización y puedan rastrear en forma rápida los datos de verificación del portador del documento, situación que hace necesario que en su elaboración se recurra a requisitos y exigencias de seguridad y a la implementación electrónica de elementos que son exigidos para tal objetivo específico.

En tal caso, la exigencia en la elaboración del pasaporte, no solo contribuye a precisas normas internacionales sino también a la seguridad propia de los países que exigen este documento para ingresar a su territorio, garantizándose así, que quien porta el documento no tenga problemas de carácter legal o este pedido por autoridades judiciales de otros países, o, en su defecto, que el documento pueda ser fácilmente falsificado y así poder evitar su rastreo a nivel internacional.

Vamos entonces a analizar, si en efecto se aplicó la regla de la discrecionalidad para entrar a revocar el proceso de selección objetiva de la Licitación pública para este servicio especial que presta el Estado Colombiano a través del Ministerio de relaciones exteriores.

La administración, produjo la resolución administrativa número 7485 de 2023 (septiembre 13) por la cual declaro desierta la licitación pública. La motivación del Ministerio de Relaciones Exteriores para declarar desierta la Licitación pública, la fundamenta en que se presenta un solo proponente en el proceso de selección objetiva, y que, por tal razón, se considera vulnerado el principio de pluralidad de oferentes, aspecto que no soporta un aspecto jurídico de relevancia para la precitada declaratoria, puesto que la administración a través de su comité evaluador, calificaron la oferta con un puntaje de 1000 sobre 1000 puntos posibles, y en aplicación de la discrecionalidad, consideran la imposibilidad de una adjudicación valida con único proponente.

Es aquí precisamente donde debemos recabar en el análisis del contexto aplicable de la facultad discrecional, siendo evidente que este motivo no constituía fuerza relevante para dejar sin efecto el proceso de selección objetiva, dejando de lado el marco normativo que regla la actuación de la administración, más aún, cuando los restantes proponentes no cumplieron con los requisitos habilitantes para ser evaluados y calificados en legal forma, por cuanto no cumplían con las condiciones previstas en el pliego, siendo rechazadas sus propuestas, aspecto que impone por obvias razones su no habilitación.

Con esta decisión discrecional, se produjo un daño antijurídico a los intereses del oferente único que cumplía a cabalidad con los requisitos habilitantes jurídicos para ser adjudicatario de la selección objetiva de la Licitación pública de pasaportes 2023. En primer lugar, es evidente que su oferta se adecuaba a los requerimientos del Ministerio de Relaciones Exteriores en el prepliego de condiciones y en el definitivo. La oferta jurídica fue objeto de evaluación por parte del respectivo comité, y considerada como única propuesta al levantarse el acta de informe verificación, alcanzando el puntaje más alto exigido en el pliego definitivo. Estando ajustado a los lineamientos de la entidad en los términos del pliego que impone la entidad, el proceso de selección objetiva debía terminar con la adjudicación a favor de la empresa oferente, ya que no existía causal legal alguna que pudiera evidenciar inconveniencia en el objeto a contratar (Núm. 7º artículo 25 Ley 80 Por la cual se el Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993, falta de planeación en los estudios y diseños previos por parte de la entidad (Núm. 12 artículo 25 Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011); o en su defecto, alguna de las causales taxativas previstas por el Estatuto de Contratación Estatal para ser declarado desierta la Licitación pública y que impidieran la escogencia objetiva del oferente único mejor calificado, como lo fue la firma UT PASAPORTES 2023, de la cual hace parte la empresa **Thomas Greg & Sons Colombia S.A.S.**

Cabe entonces, realizar igualmente las siguientes precisiones para poder cimentar lo aquí explicado: (i) estando el procedimiento precontractual en la fase previa a la presentación de las ofertas económicas, es viable jurídicamente que la entidad pueda llevar a cabo modificaciones al pliego de condiciones, cuando ya se han surtido y resuelto las observaciones al pliego, toda vez, que lo que se pretende, es sanear los defectos que los pliegos puedan presentar, ajustándose los mismos al principio de legalidad, y, que más adelante no se tenga que revocar el procedimiento inconsultamente y con lesión o perjuicio a los oferentes, cuando ya se hayan efectuado las respectivas evaluaciones. (ii) si la entidad ya procedió a la recepción de las ofertas económicas y aún estas no han sido objeto de evaluación, la dinámica precontractual no se ve afectada si la entidad procede unilateralmente a revocar el acto administrativo de apertura, argumentando falta de planeación, puesto que en estos casos, como aún no se ha evaluado al oferente, se señala que para el interesado solo se genera una expectativa que en nada afecta los intereses de quienes participan en el procedimiento contractual llevado a cabo por la administración. (iii) sin embargo, no sucede lo mismo, cuando una vez los interesados u oferentes o uno solo de ellos, presenta su

propuesta económica de acuerdo a los lineamientos previstos por la Ley, la misma es evaluada por la administración y cumple con los requisitos habilitantes exigidos por la entidad de acuerdo al pliego de condiciones, y sin ninguna justificación de orden jurídico legal, la entidad decide declarar desierta la modalidad de selección, alegando la presunta vulneración del “principio de libre concurrencia” y de “pluralidad de oferentes”, ya que en este caso específicamente, tal decisión no tiene asidero jurídico suficiente, y lo que genera es una lesión patrimonial al oferente que cumple con los condicionamientos exigidos por la Ley y el pliego respectivo. (iv) y, también cabe señalar, que en el caso que la administración, se desligue del marco legal que se tiene previsto para hacer efectivo el acto administrativo de adjudicación, en todo caso, la actuación administrativa en concepto propio tendrá un carácter discrecional, desproporcional e innecesario a los fines y propósitos que persigue la entidad con la selección objetiva, ya que la entidad tendrá en su catálogo de fundamentación factores distintos al interés general y su motivación será en todo caso subjetiva, todo lo cual, está prohibido expresamente por la Ley contractual (Art. 29 Ley 80 de 1993).

2.4.Efectos jurídicos de la decisión del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia y daño al patrimonio del oferente único.

Con esta decisión discrecional, se produjo un daño antijurídico a los intereses del oferente único que cumplía a cabalidad con los requisitos habilitantes jurídicos para ser adjudicatario de la selección objetiva de la Licitación pública de pasaportes 2023. En primer lugar, es evidente que su oferta se adecuaba a los requerimientos del Ministerio de Relaciones Exteriores en el prepliego de condiciones y en el definitivo. La oferta jurídica fue objeto de evaluación por parte del comité de la entidad, quien procedió a realizar el informe de verificación de los requisitos habilitantes jurídicos manifestando el cabal cumplimiento por parte del oferente único, quien obtuvo el puntaje más alto de conformidad al pliego de condiciones definitivo establecido por la entidad, y bajo esa verificación técnica y jurídica, y también en la etapa en que se encontraba el proceso de selección, no era procedente declarar desierto el proceso bajo el argumento de no garantizar la selección objetiva de quienes fueron rechazados en su propuesta.

En el momento o fase en la cual el Ministerio de Relaciones Exteriores (Cancillería), adoptó la decisión unilateral de declarar desierta la modalidad de selección objetiva en la cual participó la empresa mejor calificada UT PASAPORTES 2023, no era procedente argumentar su participación única como fundamento para provocar el efecto dañino de dejar sin piso jurídico el

respectivo procedimiento contractual, puesto que se habían surtido todas la etapas de la actividad precontractual y de acuerdo al cronograma de actividades establecido por la entidad en el acto administrativo de apertura y en el aviso de convocatoria pública, siendo evaluadas las propuestas presentadas por los distintos oferentes o interesados, resueltas la totalidad de las observaciones formuladas al pliego de condiciones, quedando solamente por determinarse el oferente que por su puntuación cumplía a cabalidad con los requisitos exigidos por la entidad.

Aquí, también debe tenerse en cuenta que la misma entidad, efectuó dos controles de tutela que merecen ser destacados para el presente trabajo de investigación: (i) con la expedición de la Resolución Administrativa N.º 7076 de 2023, el Ministro de Relaciones Exteriores, tomo el control directo de la actividad contractual del proceso de selección objetiva para la contratación del suministro de pasaportes; esto relleva la importancia del procedimiento llevado a cabo por la entidad y la necesidad de precaver que se generara un vicio de nulidad por presunta falta de competencia del secretario general de la entidad quien siempre había efectuado el proceso y (ii) al resolver el recurso de reposición contra la Resolución Administrativa N.º 7485 de 2023, por la cual se declaró desierto la Licitación Pública para el suministro de pasaportes.

Si hacemos un análisis académico desde el ámbito de la contratación del Estado y, a la luz del principio de legalidad, para el primer evento, no cabe duda que el jefe de la entidad u ordenador del gasto, puede delegar administrativamente la facultad para llevar a cabo los procedimientos de contratación de la entidad pública, pero debió haberse efectuado un saneamiento del proceso, indicándose que esta decisión se adoptaba para evitar que se pudieran generar aspectos que eventualmente pudieran afectar de nulidad la actividad administrativa contractual. Para el segundo evento, esto es, el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición interpuesto frente a la decisión que declara desierta la licitación pública (Resolución Administrativa N.º 7540 del 14 de Septiembre de 2023), se tuvo una oportunidad meritoria para revocar la decisión adoptada por la administración y adjudicar la selección objetiva al oferente único que estaba habilitado, evaluado y calificado para prestar el importante servicio de suministro de pasaportes, puesto que en ese momento procesal, la propuesta no había sido objeto de retiro por parte de la empresa UT PASAPORTES 2023, y que superó ampliamente con su oferta, los términos y condiciones exigidos por la entidad pública convocante.

En todo caso, el proceso de selección objetiva para la contratación del suministro de pasaportes previsto en la Licitación Pública N.º LP – 001 – 2023, adelantado por el Ministerio de

Relaciones Exteriores (Cancillería), no debió haber culminado con la declaratoria de desierto de la licitación pública, ya que materialmente, esta decisión, es también considerada como una excepción a la regla general de selección, en aquellos casos de falta de oferentes, o el no cumplimiento de los requisitos exigidos por la entidad o, cuando a pesar de haberse presentado uno o varios interesados, su propuesta o propuestas, no cumplen con los requisitos exigidos, pues en estos eventos, en efecto, y con un amplio marco legal y jurisprudencial, es evidente la adopción de la decisión excepcional que adopte la administración en tal sentido, pues no se colman sus expectativas en relación con las expectativas que ella busca.

Las reglas de selección objetiva no pueden ser desconocidas atendiendo factores que riñen con el interés general de la administración pública, teniendo en cuenta que la Ley las ha plasmado de manera clara y justa, teniendo concreción en los pliegos de condiciones propuestos por la entidad.

Sin embargo, puede también suceder, que en algunos eventos la falta de planeación de la entidad genere intempestivamente la necesidad de revocar de manera directa el proceso de selección objetiva, ya que en estos casos, la necesidad de la administración no tiene un sentido claro y preciso que debe satisfacer, debiendo detener la actuación administrativa para evitar procurar que este aspecto de vital importancia – planeación-, pueda generar lesiones patrimoniales a terceros, cuando los oferentes o interesados ya han presentado sus ofertas, estas han sido evaluadas y calificadas, estando pendiente solamente el acto de adjudicación del proceso de selección que se trate, pues si se declara desierto, acudiendo a una “falta de planeación”, se genera directamente la responsabilidad precontractual de la administración en favor del interesado que con su oferta estaba plenamente habilitado para ser adjudicatario de la selección objetiva.

En todo caso, lo que se pretende siempre, con el acto regla dentro de los procesos de selección objetiva previstos por la Ley de contratación del Estado y su amplio marco normativo, es evitar que se adopten decisiones discrecionales que puedan afectar y lesionar la actividad contractual, frente a situaciones o circunstancias ajenas al devenir contractual y que en todo caso puedan comprometer el patrimonio del Estado, los recursos que nos pertenecen a todos.

El imperio de la legalidad no puede sucumbir a facultad o prerrogativa discrecional cuando se trata de la actividad contractual de la administración, siendo conveniente subrayar que este tipo de actuaciones, únicamente contravendrán las expectativas de los interesados en los

procesos de contratación, y en el cumplimiento de los requisitos que ha previsto el legislador para llevar a cabo las distintas modalidades de selección objetiva.

Lo natural y aconsejable, es seguir a cabalidad las reglas propuestas para cada una de las fases o etapas de la selección objetiva que tienen cimiento en la Ley.

De lo contrario, y so pretexto de decisiones jurídicas contenidas en actos administrativos carentes de sustento legal y normativo, producirán eventos como el que se analiza en el presente trabajo de investigación, donde queda claro que se desbordo el marco jurídico para sustentar erróneamente la declaratoria de desierta de la Licitación pública de pasaportes, fomentándose así una práctica ilegal que no puede ser repetida en eventos tan importantes como la continuidad del servicio público que regenta el Ministerio de Relaciones Exteriores (Cancillería), pues no se esta garantizando el respeto por las reglas actuales que rigen la materia, y a su vez, la entidad envía un mensaje negativo que no permite garantizar el respeto mismo del principio de legalidad al cual esta sujeto la administración en toda su actividad contractual, lo cual genera desconfianza en los interesados u oferentes que pueden ver afectados o lesionados sus respectivos patrimonios al elaborar la propuesta económica y participar en forma directa en el proceso de selección objetiva que adelanta la administración.

3. Capítulo III Conclusiones.

La selección objetiva dentro del marco normativo previsto por la legislación colombiana este sujeto a integralmente a la legalidad (acto regla).

No hay norma que autorice en forma directa o indirecta la aplicación de facultad o potestad discrecional en el procedimiento de selección objetiva para cualquiera de sus causales cuando se ha dado apertura formal a la actividad contractual del Estado.

No es posible jurídicamente la declaratoria de desierta de un proceso de Licitación pública con participación de un solo oferente, cuando este cumple con los requisitos jurídicos habilitantes que son establecidos en los pliegos de condiciones de la entidad, situación que no vulnera los principios de selección objetiva, libre concurrencia (igualdad de trato y de oportunidades).

Habiéndose evaluado la oferta presentada por el oferente o interesado en el proceso de selección, y procediéndose a presentar el acta de informe respectivo por el comité de la entidad, no es factible jurídicamente y bajo ninguna justificación revocar unilateralmente el proceso de

selección, siendo necesario adjudicar la selección objetiva o declararla desierta únicamente por las causales previstas por la Ley.

Con la revocatoria directa de un proceso de selección objetiva, lo que busca la entidad estatal es corregir errores sustanciales que se advierten en la etapa de planeación cuando se elaboran los estudios y diseños previos; sin embargo, no puede ser óbice para tratar de enmendar estos errores vulnerando los derechos de los oferentes o interesados que han tenido la oportunidad de hacer observaciones al proceso de selección, pues lo contrario va a generar un daño antijurídico a sus intereses patrimoniales.

En el caso de la Licitación pública de pasaportes – 2023, el Ministerio de Relaciones Exteriores debió proceder a la adjudicación de la selección objetiva con el único oferente habilitado jurídicamente para este fin específico, ya que, al impedírsele sin razones objetivas y concretas, lesiono el patrimonio de la empresa UT PASAPORTES 2023, de la cual hace parte la empresa **Thomas Greg & Sons Colombia S.A.S.**, con costos para el erario.

Que en el trámite de la selección objetiva para la Licitación pública de pasaportes – 2023, no se presentó vicio, irregularidad o ilegalidad que impidiera concluir con el proceso atendiendo el marco normativo previsto en la Ley.

4. Referencias.

- Gonzalez Lopez, E. (2023). *Los Contratos Estatales. El proceso de selección y la modificación de los contratos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia - Titant lo Blanch.
- Gamboa, J. O. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo - Tomo IV Contratación indebida*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Penagos, G. (1987). *La Arbitrariedad política causa de nulidad en los actos administrativos - la desviación del poder*. Bogotá: Ediciones Librería del profesional.
- Hernandez, H. A. (2013). *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Tamayo, M. F. (2022). *Los Contratos Estatales en Colombia*. Bogotá: Tirant lo Blanch.
- Rico Puerta, L.A. (2021). *Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal*. Bogotá: Leyer.

- Roa Salguero, D.A. y Ferrer Leal, H.E. (2020). *La falta disciplinaria en la Contratación Estatal*. Bogotá: Ediciones Nueva Juridica.
- Matallana Camacho, E. (2021). *La Licitación Pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Casaggne, J.C. (2013). *Tratado General de los Contratos Públicos Tomos I,II y III*. Argentina: La Ley.
- Parejo Alfonso, L. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Casaggne, J.C. (2016). *El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*. Argentina: Editorial B de F.
- Exposito Velez, J.C (2013). *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ospina Mena, J.M. (2023). *Potestades Unilaterales de las Entidades Estatales*. Bogotá: Editorial DIKE.
- Rodriguez Tamayo, M.F (2013). *La Nulidad Absoluta del Contrato Estatal por expresa prohibición legal o constitucional*. Medellín: Librería Juridica Sanchez R. Ltda.
- Constitución Política de Colombia (Const.) Art. 24. Julio 07 de 1991.
<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988>
- Ley 1437 de 2011 (Congreso de la República) *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Enero 18 de 2011.
<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1680117>
- Ley 80 de 1993 (Congreso de la República) *Por la cual se el Estatuto de Contratación de la Administración Pública*. Octubre 28 de 1993. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1790106>
- Ley 1150 de 2007 (Congreso de la República) *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficacia y transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*. Julio 16 de 2007. <https://www.normativa.archivogeneral.gov.co/ley-1150-de-2007/>
- Ley 1474 de 2011 (Congreso de la República) *Por medio de la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos*

de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Julio 12 de 2011.

<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1681594>

- Decreto 1082 de 2015 (Presidencia de la República) *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional*. Mayo 26 de 2015. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30019920>

- Ley 74 de 1968 (Congreso de la República) *Por la cual se aprueban los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos - Asamblea General de las Naciones Unidas*. Diciembre 26 de 1948, <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=64061&dt=S>

- Resolución N° 217A (III) (Asamblea General de Naciones Unidas) por la cual se promulga la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Diciembre 10 de 1948. <https://hchr.org.mx/publicaciones/declaracion-universal-de-derechos-humanos/>

- Resolución administrativa 6888 (Ministerio de Relaciones Exteriores). *Por la cual se regulan las disposiciones referentes a los pasaportes y al documento de viaje colombiano y se deroga la Resolución número 3959 del 29 de diciembre de 2020 y la Resolución 656 del 17 de febrero de 2021*. Noviembre 26.

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=119118>

- Resolución administrativa 7485 de 2023 (Ministerio de Relaciones Exteriores) Por la cual se declara desierto el proceso de Licitación Pública N° LP – 001 – 2023. Septiembre 13 de 2023. <https://www.cancilleria.gov.co/>

- Sección Tercera - Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado. Sentencia del 01 de Marzo de 2023. Radicación número: 50001 - 23 - 31 - 000 - 2009 - 00126-01 (54107).

- Sección Tercera - Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado. Sentencia del 19 de Febrero de 2024. Radicación número: 54001-23-31-000-2012-00230-02 (54550).

- Sección Tercera - Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado. Sentencia del 26 de Marzo de 2014. Radicación número: 05001 – 23 – 31 – 000- 1998 – 01503 – 01 (25750).

- Sección Tercera - Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado. Sentencia del 26 de Abril de 2006. Radicación número: 73001-23-31-000-1997-04707-02 (15188).
- Sección Tercera - Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado. Sentencia del 24 de Abril de 2024. Radicación número: 25000-23-26-000-2012-00657-01 (62063).
- Sección Tercera - Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado. Sentencia del 12 de Julio de 2024. Radicación número: 05001-23-31-000-2008-00835-01 (59826)
- Estrada. 2024, mayo 22. Defensor de Thomas Greg negó un supuesto direccionamiento del contrato de pasaportes. W Radio.com.co. <https://www.wradio.com.co/2024/05/22/defensor-de-thomas-greg-nego-un-supuesto-direccionamiento-del-contrato-de-pasaportes/>
- Pinto. D. K. 2024, marzo 28. Asuntos Legales.com.co, Cancillería revoca las resoluciones emitidas por Salazar. <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/cancilleria-revoca-las-resoluciones-emitidas-por-salazar-sobre-contrato-de-pasaportes-3830529>
- El Pais.com.co, 2024, abril 23. Procuraduría mantiene por 3 meses más la suspensión. <https://www.elpais.com.co/colombia/procuraduria-mantiene-la-suspension-provisional-del-canciller-alvaro-leyva-por-el-caso-de-licitacion-de-pasaportes-2329.html>
- El Pais.com.co. 2023, diciembre 4. Martha Lucía Zamora podría ser citada por la Fiscalía para declarar sobre licitación de pasaportes. <https://www.elpais.com.co/colombia/lo-ultimo-martha-lucia-zamora-podria-ser-citada-por-la-fiscalia-para-declarar-sobre-licitacion-de-pasaportes-0420.html>
- El Pais.com.co, 2024, mayo 22. Abogado de Thomas Greg & Sons rendirá testimonio este miércoles en el caso de pasaportes. <https://www.elpais.com.co/amp/colombia/abogado-de-thomas-greg-sons-rendira-testimonio-este-miercoles-en-el-caso-de-pasaportes-conozca-los-detalles-2211.html>
- W Radio.com.co, 2024, agosto 14. W Radio.com.co. Imprenta descarta que Thomas Greg vaya a ser quien imprima libretas de

pasaportes <https://www.wradio.com.co/2024/08/14/imprenta-descarta-que-thomas-greg-vaya-a-ser-quien-imprima-libretas-de-pasaportes/>

- Cambio Colombia.com.co, 2024, octubre 25, A partir de octubre otro país expedirá los pasaportes colombianos. La Imprenta Nacional no está lista para hacerlo <https://cambiocolombia.com/pais/partir-de-octubre-otro-pais-expedira-los-pasaportes-de-los-colombianos-imprenta-nacional-no>

- El Colombiano.com.co, 2024, agosto 14, Imprenta Nacional no logró explicar cómo realizará los pasaportes a partir de 2025: hay preocupación <https://www.elcolombiano.com/colombia/imprenta-nacional-preocupacion-elaboracion-pasaportes-2026-HE25217145>

- W Radio.com.co, 2024, agosto 22, Cancillería hará mesas de trabajo con Thomas Greg & Sons para solucionar lío de pasaportes <https://www.wradio.com.co/2024/08/22/cancilleria-hara-mesas-de-trabajo-con-thomas-greg-sons-para-solucionar-lío-de-pasaportes/>

- El Colombiano.com.co, 2024, septiembre 09, No se conciliará la demanda de Thomas Greg and Sons: Agencia Jurídica del Estado dice que primer contrato de pasaportes fue hecho a la medida - <https://www.elcolombiano.com/colombia/agencia-juridica-del-estado-dice-que-primer-contrato-de-pasaportes-estaba-hecho-a-la-medida-de-thomas-greg-ED25372677>

- W Radio.com.co a través de su cuenta de X (Red Social), 2024 septiembre 09, Pasaportes: la asesora experta de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Alexandra Forero, explicó que dentro de los requisitos se incluyeron aspectos que, según la organización de Aviación Civil Internacional, no son comunes en este tipo de procesos https://x.com/WRadioColombia/status/1833165695019823145?t=D0TwYUjLtkRMvlz_BpQl4A&s=08

- El Colombiano.com.co, 2024, septiembre 27, Alertan sobre costo de nuevo modelo de expedición de Pasaportes... <https://www.elcolombiano.com/amp/colombia/alertan-sobrecostos-de-nuevo-modelo-expedicion-pasaportes-colombia-EK25496354>

- El Espectador.com.co, 2024, noviembre 23. Procuraduría sanciona al excanciller Álvaro Leyva por diez años. <https://youtu.be/GHuYQAtL9kI>