

ELKIN FABIAN CALDERÓN RAMÍREZ

AUTONOMÍA TERRITORIAL Y SU DELIMITACIÓN EN MATERIA
CONTRACTUAL

MAESTRÍA EN DERECHO DEL ESTADO CON ÉNFASIS EN DERECHO
ADMINISTRATIVO

MODALIDAD: PROFUNDIZACIÓN

PROMOCIÓN 2019 - 2020

BOGOTÁ D.C. ENERO, 2022

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO DEL ESTADO CON ÉNFASIS EN DERECHO
ADMINISTRATIVO

MODALIDAD: PROFUNDIZACIÓN

Rector: Dr. Hernando Parra Nieto

Secretario General: Dr. José Fernando Rubio

Director Departamento de Derecho

Administrativo: Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba

Director de Tesis: Dr. Juan Carlos Covilla Martínez

Examinadores: Dr. Sebastián Barreto Cifuentes
Dr. Samuel Baena Carrillo

Bogotá D.C., 16 de diciembre del 2021.

Doctor

JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA

Director

Departamento de Derecho Administrativo

Universidad Externado de Colombia

Ciudad

Respetado director,

Reciba un especial saludo de mi parte. Con el respeto acostumbrado, me permito rendir el concepto favorable de rigor al trabajo de investigación titulado “*Autonomía territorial y su delimitación en materia contractual*” a través del cual el estudiante Elkin Fabian Calderón Ramírez busca optar por el título de Magister en Derecho de Estado con énfasis en Derecho Administrativo.

La mencionada investigación, refleja el resultado de un estudio normativo y jurisprudencial del principio de autonomía territorial otorgado a las entidades territoriales, las limitaciones que sobre el mismo se han impuesto por el legislador, su interrelación con el principio de estado unitario y la competencia que sobre el particular se le ha fijado al legislador, todo ello, en busca del cumplimiento de las obligaciones que le son exigibles al Estado y particularmente de las entidades territoriales, a efectos de satisfacer las necesidades esenciales de la comunidad y a partir de la contratación pública.

Resulta atractivo el estudio señalado, ya que busca establecer si al adoptarse los documentos tipo se desconoce y afecta el núcleo esencial del principio de la autonomía de las entidades territoriales conforme lo preceptuado en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, modificado por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020.

Particularmente, logra demostrar que la implementación de los pliegos otorga a la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente-CCE una potestad de reglamentación administrativa restringida por la Constitución y en la ley, sin que puedan excederse los límites impuestos, lo que garantiza el principio de autonomía territorial otorgada a los entes territoriales conforme lo dispuesto en los artículos 1 y 287 de la Constitución Política y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que le ha dado alcance al mismo.

En términos generales, se trata de un trabajo que desarrolla un argumento desde un punto de vista interesante, con una metodología ordenada y coherente que logra demostrar la hipótesis planteada. Por lo anterior, considero que el trabajo puede someterse a la evaluación del jurado correspondiente.

Sin otro particular,



JUAN CARLOS COVILLA MARTÍNEZ

Director

Tabla de contenido

Introducción	6
1. La autonomía territorial como concepto jurídico indeterminado establecido en la Constitución Política de 1991 y el desarrollo que a partir de este ha dado la Corte Constitucional y el legislador en su configuración y su incidencia en la estructuración de la voluntad contractual de las entidades territoriales.....	10
1.1 Cláusula de autonomía territorial establecida en la Constitución de 1991 y el papel de la Corte Constitucional en su configuración.	10
1.1.1 Principio de Autonomía y descentralización.	11
1.1.2 Tensión entre autonomía territorial y el Estado unitario.	16
1.2 Papel fundamental del legislador en el desarrollo del alcance de la autonomía territorial y sus límites, así como la importancia de la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.....	23
1.2.1 El legislador y su papel al momento de ejercer la reserva de ley en relación con la autonomía territorial y límites que debe respetar para garantizarla.	23
1.2.2 La aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad y su importancia en el cumplimiento de las competencias atribuidas a las entidades territoriales.	26
1.3 Relación de competencia y no de jerarquía entre el nivel central y las entidades territoriales.	34
1.4 Competencia del legislador en materia contractual frente a la autonomía territorial y de las corporaciones públicas de elección popular de los diferentes niveles.....	39
1.4.1 Competencia del legislador en materia contractual	39
1.4.2 Competencia de los municipios y departamentos en materia contractual y requisito excepcional para el ejercicio de su autonomía	46
2. El principio de competencia como articulador de la organización territorial del poder dentro de un modelo unitario complejo.....	50
2.1 Distribución de competencias para la estructuración de la voluntad en materia contractual y su incidencia en la discrecionalidad de las entidades territoriales.....	51
2.2 La discrecionalidad como herramienta que contribuye al desarrollo del principio de autonomía territorial en la contratación pública.....	53
2.2.1 Potestad discrecional en la configuración de pliegos de condiciones a partir de la implementación de los pliegos tipo.	56
2.3 Afectación de la autonomía territorial con la implementación de los pliegos tipo.....	59
2.4 Delimitación de la potestad discrecional de las entidades territoriales por una entidad administrativa del orden nacional.	64
3. Conclusiones.....	70
4. Bibliografía	72

Introducción

Luego de una larga tradición centralista, con la promulgación de la Constitución Política de 1991, la autonomía territorial fue elevada a rango constitucional, siendo concebida como un principio de organización y un atributo de las entidades territoriales para ejercer las funciones que les son asignadas en virtud de la descentralización, de modo que a partir de este principio gozan de autonomía en la administración y manejo de sus intereses.

Este principio de autonomía territorial ha requerido desarrollo legislativo para darle contenido y alcance, el cual ha suscitado amplios debates producto de la constante tensión que se ha generado entre este principio y el de Estado unitario, considerados como los dos principios básicos de la organización territorial, razón por la cual ha desempeñado un importante papel la jurisprudencia de la Corte Constitucional, variando la forma de resolver este conflicto y para tal efecto ha adoptado principalmente dos tesis: i) cinco reglas de solución de posibles conflictos entre los intereses territoriales y el interés nacional y ii) limitaciones recíprocas.

Desde un inicio se ha señalado que la autonomía de las entidades territoriales no puede ser entendida como absoluta o ilimitada, en tanto quien fija su alcance y contenido es el legislador, quien además tiene la potestad de establecer mecanismos que permitan la armonización del principio de autonomía territorial con el principio de Estado unitario, buscando su equilibrio y coexistencia a partir de la coordinación, concurrencia y subsidiariedad, dispuestos en el artículo 288 de la Constitución y a efectos de que ninguno de ellos sea absoluto y llegue a desconocer al otro. Lo anterior, por cuanto el constituyente consideró la importancia de la coexistencia entre el principio de autonomía territorial y el principio unitario ponderándolos en un mismo nivel pues son conceptos que se nutren y fortalecen entre sí.

La autonomía de que gozan las entidades territoriales permite que los entes territoriales a través de la contratación estatal tomen las medidas tendientes a identificar las necesidades e intereses a satisfacer dentro del ente territorial y para ello, debe seguir los procedimientos

dispuestos por el legislador en el Estatuto General de Contratación Pública. Al igual que el principio de autonomía territorial, es a partir de la Constitución de 1991 que se eleva a rango constitucional el tema de la contratación pública, estableciendo que la expedición de los regímenes de contratación tiene reserva de ley.

El desarrollo de las competencias contractuales a cargo de las entidades territoriales se ejerce a través de potestades regladas y discrecionales otorgadas por el legislador, siendo esta última una herramienta que contribuye a la materialización del principio de autonomía de las entidades territoriales en materia de contratación, por cuanto permite la gestión de los intereses y necesidades de las entidades territoriales, pero que está sujeta inescindiblemente al desarrollo legislativo, que determina en donde hay lugar a su aplicación.

En materia contractual el legislador en uso de la facultad establecida en el último inciso del artículo 150 superior, otorga contenido a la autonomía territorial asignando y delimitando competencias en el *iter contractus*.

En tal sentido, en el presente trabajo se determinará si ¿se vulnera la autonomía territorial cuando el legislador decide o traslada la toma de decisiones de la etapa pre-contractual de la contratación pública a un órgano diferente de los entes territoriales sustrayendo o delimitando la facultad discrecional que les asiste? Para lo cual se realizará un análisis de cómo las competencias asignadas por el legislador a los entes territoriales en materia contractual establece el alcance y contenido de la autonomía reconocida por el constituyente de 1991, y a su vez puede delimitar su ejercicio disminuyendo el margen de valoración administrativa (discrecionalidad) para adoptar decisiones, para ello, se tomará como ejemplo la implementación de los pliegos tipo (artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 modificado por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020).

Ante el planteamiento de una medida legislativa que busca implementar herramientas para el fortalecimiento de la eficiencia y la transparencia en la gestión contractual, es discutible si está realmente constituye la forma idónea y necesaria para la lucha contra la corrupción, en tanto, resulta clara la diversidad de cada departamento, municipio o distrito del país, si la

medida contribuye a la buena administración o si constituye una disminución al principio de autonomía de las entidades territoriales, y es que es cierto que la autonomía se encuentra restringida por el legislador, pero también lo es que, esas limitaciones no pueden conllevar una anulación absoluta de la facultad discrecional que en materia contractual tiene la administración.

El contenido del artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, modificado por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, suscitó controversia, pues al otorgarse la facultad de adoptar documentos tipo que contienen todas las reglas para la selección del contratista al Gobierno Nacional, se consideró que afectaba el principio de autonomía territorial y que centralizaban las competencias mínimas que la Constitución le ha otorgado a las entidades territoriales para la gestión de sus intereses, lo cual incluye la configuración de sus relaciones contractuales de acuerdo a las necesidades que se pretenden satisfacer con la adquisición de bienes y servicios, surgiendo entonces el debate de si esta medida representa una limitación al principio de la autonomía de las entidades territoriales y hasta donde es posible constitucionalmente que el Gobierno le imponga a los departamentos, municipios y distritos los pliegos tipo que serán la base para la selección de los contratistas.

Esta controversia fue analizada por la Corte Constitucional en sentencia C – 119 de 2020, en la que se estudió, dentro de otros aspectos, si la facultad atribuida al Gobierno Nacional por el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, para adoptar documentos tipo desconoce la autonomía de las entidades territoriales, prevista en los artículos 1 y 287 de la Constitución Política, concluyó que esta limitación realizada por el legislador a través de la implementación de pliegos tipo es constitucionalmente aceptada por cuanto no afecta su núcleo esencial.

Partiendo de la premisa de que la implementación de los pliegos tipo en el ordenamiento jurídico-contractual colombiano de ninguna manera anula la autonomía de las entidades territoriales por cuanto aún persiste un margen de discrecionalidad según lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia ya citada, en lo que respecta a la identificación de las necesidades y la configuración de los elementos del contrato, se estudiará la delimitación de la potestad discrecional en materia contractual por parte de una entidad administrativa del

orden nacional como lo es la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, tal como lo dispuso la modificación realizada al artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020.

En este punto se establecerá que el ejercicio de la potestad atribuida a CCE corresponde a una potestad de reglamentación administrativa que encuentra sus limitaciones y restricciones en la Constitución y en la ley, de tal suerte que en el evento de exceder los límites impuestos para su ejercicio el control de legalidad deberá realizarse a través del medio de control de nulidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

1. La autonomía territorial como concepto jurídico indeterminado establecido en la Constitución Política de 1991 y el desarrollo que a partir de este ha dado la Corte Constitucional y el legislador en su configuración y su incidencia en la estructuración de la voluntad contractual de las entidades territoriales.

El principio de autonomía territorial elevado a rango constitucional desde la Constitución de 1991 ha dado lugar a debates en cuanto a su contenido, alcance y límites, esto por cuanto no corresponde a un concepto acabado e inmutable. El grado de autonomía se establece dependiendo del marco competencial de las entidades territoriales y las garantías para ejercerlas. En el desarrollo normativo de esta labor asignada al legislador, fundamental para darle contenido a dicha autonomía, se ha presentado tensión entre el principio de autonomía y el de unidad, considerados como los dos principios básicos de la organización territorial, jugando un papel importante la Corte Constitucional a la hora de abordar el estudio de cada caso y que permite explicar el contenido de la autonomía territorial en Colombia.

Los anteriores aspectos, serán abordados en este título en cuatro capítulos en los cuales se realizará: i) un análisis general y concreto del principio de autonomía territorial conforme se ha establecido en la Constitución de 1991 y el papel de la Corte Constitucional en su configuración, para pasar a establecer, ii) los límites que ha impuesto el legislador para su desarrollo, así como iii) la relación de competencia y no de jerarquía entre el nivel central y las entidades territoriales y iv) la competencia del legislador en materia contractual frente a la autonomía.

1.1 Cláusula de autonomía territorial establecida en la Constitución de 1991 y el papel de la Corte Constitucional en su configuración.

Para realizar un análisis respecto a la cláusula de autonomía territorial introducida por el constituyente de 1991 en el ordenamiento constitucional, se debe abordar esta temática a partir del estudio de: 1.1.1 los principios de autonomía y descentralización, para continuar con la discusión que se ha planteado en la doctrina y en la jurisprudencia, respecto a 1.1.2 la tensión que se genera entre los principios de autonomía territorial y el principio de estado unitario.

1.1.1 Principio de Autonomía y descentralización.

Colombia como Estado tiene una amplia tradición centralista¹ y viene organizada como República unitaria² desde antes de la expedición de la Constitución de 1991, pero fue a partir de su promulgación que se instituyó el principio de autonomía territorial³, conforme al cual se dispuso que la organización territorial del Estado se encuentra establecida a partir de las entidades territoriales quienes tienen como cualidad jurídica, la de ser un componente de la organización Estatal y la de asumir la realización de los intereses públicos que le son propios en ejercicio de la garantía constitucional de autonomía⁴.

Pero, en ¿Qué consiste la autonomía territorial concedida a los referidos entes territoriales?, la autonomía territorial es un pilar fundamental de la estructura política, institucional y territorial del país⁵, que en Colombia tiene una doble connotación⁶ a partir de cómo ha sido concebida en la Constitución⁷, y en tal sentido, es entendida como: i) un principio de organización y como ii) un atributo de las entidades territoriales. Resulta claro que constitucional y legalmente a estas entidades le han sido asignadas una serie de competencias que les permiten cumplir los fines esenciales del Estado y con ello, la satisfacción de necesidades a nivel local y regional, siendo la autonomía territorial el principio que logra articular y armonizar las competencias que le son asignadas a los distintos niveles territoriales.

¹ AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA, *Ordenamiento y desarreglo territorial en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 119.

² Se afirma por parte de la doctrina que Colombia es actualmente un modelo de República Unitaria en formación, exposición de esta afirmación se realiza por: PAULA ROBLEDOSILVA, *La autonomía municipal en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 206 - 214.

³ Artículo 1, Constitución Política de 1991.

⁴ LUIS MORELL OCAÑA, "La coordinación del Estado y las Comunidades Autónomas con la Administración Local", en *Documentación administrativa*, n.º 230 – 231, 1992, España, p. 90.

⁵ El artículo 1 de la Constitución Política establece el modelo de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales.

⁶ En cuanto a la doble dimensión del principio de autonomía de las entidades territoriales la doctora Paula Robledo realiza la siguiente reflexión: "Creemos que el trabajo de la ANC concluyó con un texto constitucional en el que la autonomía territorial adquiere, básicamente, dos dimensiones: en primer lugar, la autonomía como principio fundamental de la organización del Estado; y en segundo término, la autonomía como atributo o cualidad de las entidades territoriales". PAULA ROBLEDOSILVA, *La autonomía municipal en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 45.

⁷ Artículos 1 y 287, Constitución Política de Colombia de 1991.

Previo a continuar con el estudio de la autonomía territorial, es necesario precisar el concepto del principio como categoría jurídica, lo cual servirá más adelante en el trabajo para entender la forma como la Corte Constitucional ha resuelto la tensión entre el principio de autonomía y el de unidad y como es la jurisprudencia de esta Corporación de cierre la que le ha dado contenido a la autonomía territorial.

La doctrina ha planteado una amplia discusión en torno a la tipología de los preceptos constitucionales (valores, principios y reglas), aspecto que por no ser objeto de estudio en el presente trabajo no se abordara, por lo cual solo se trae a colación la definición de principios que al respecto ha planteado Robert Alexy, indicando que estos “*son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes (...) son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados*”⁸.

Por su parte la Corte Constitucional ha señalado que “*Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional.*”⁹.

Así, los principios delimitan y/o restringen la interpretación, característica que los convierte en normas de inmediata aplicación que guían el actuar tanto del legislativo como de cualquier instancia judicial o administrativa.

Finalizada la precisión respecto a la naturaleza de los principios y volviendo al tema objeto de estudio se encuentra que del Título XI de la Constitución Política se desprende que la autonomía territorial se predica de todas las categorías de entidades territoriales establecidas en la Carta fundamental, sin excepción. El artículo 286 señala que “*Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La*

⁸ ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ernesto Garzón (trad), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T – 406 de 1992.

ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.”.

En tal sentido la división político-administrativa del Estado se estructura principalmente en cuatro niveles territoriales: i) departamentos, ii) distritos, iii) municipios y iv) territorios indígenas¹⁰. No obstante, no se trata de un *numerus clausus*, por cuanto el constituyente dejó abierta la posibilidad de darle el carácter de entidad territorial a las regiones¹¹ y provincias.

Concebida entonces la autonomía como un atributo de las entidades territoriales, se debe precisar que sobre el particular la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia¹², ha dispuesto en términos generales que “(...) *la autonomía está constituida por los derechos y competencias que la propia Carta atribuye de manera general a las distintas entidades territoriales (...)*”, lo que significa que la autonomía otorgada a los entes territoriales lleva consigo la gestión de los intereses que al interior de cada entidad surjan, sin desconocer que por regla general los intereses de orden nacional serán tratados por el poder central.

¹⁰ Respecto a los territorios indígenas se precisa que para su conformación como entidades territoriales, el artículo 329 de la Carta indica que se realizará conforme lo establezca la ley orgánica de ordenamiento territorial, materia que está pendiente de regulación por cuanto no fue incluida en la Ley 1454 de 2011¹⁰, tal como lo puntualizó la Corte Constitucional en Sentencia C-489 de 2012, razón por la cual se afirma que los territorios indígenas como categoría de entidad territorial son una posibilidad que no fue materializada en esta ley. Mediante Decreto 1953 del 7 de octubre de 2014, el Presidente de la República en uso de la facultad conferida en el artículo 56 transitorio de la Constitución Política, estableció reglas para el reconocimiento y funcionamiento de los territorios indígenas como entes territoriales, con el cual se buscó suplir el vacío de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, pero que ha sido ampliamente criticado, entre otros aspectos, por solo atribuir funciones y competencias político administrativas sin el reconocimiento de la propiedad colectiva indígena sobre la tierra y por una codependencia parcial de la población indígena a las finanzas municipales¹⁰.

¹¹ El 28 de junio de 2019 se expidió la Ley 1962 la cual tiene por objeto dictar las normas orgánicas para fortalecer la Región Administrativa y de Planificación (RAP), y establecer las condiciones y el procedimiento para su conversión en Región Entidad Territorial (RET), así como reglamentar y su funcionamiento y regular las relaciones entre estas y las otras entidades territoriales existentes, en desarrollo de los artículos 306 y 307 de la Constitución Política de Colombia; para un análisis de la región como entidad territorial con ocasión de la expedición de la Ley 1962 de 2019, véase SABRINA RAGONE y JUAN CARLOS COVILLA MARTINEZ, “La ley de Regiones colombiana de 2019: Reflexiones desde las contribuciones al derecho constitucional comparado de la descentralización”, en *federalismi.it* – ISS 1826-3534, n.º 1, disponible en: <https://www.federalismi.it/ ApplOpenFilePDF.cfm?artid=40845&dpath=document&dfile=07012020044205.pdf&content=La%2BLey%2Bde%2BRegiones%2Bcolombiana%2Bde%2B2019%3A%2BReflexiones%2Bdesde%2Bla%2Bcontribuciones%2Ba%2Bderecho%2Bconstitucional%2Bcomparado%2Bde%2Bla%2Bdescentralizaci%C3%B3n%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdottrina%2B%2D%2B>.

¹² Ver entre otras: Corte Constitucional, sentencia C-517 del 15 de septiembre de 1992, sentencia C-004 del 14 de enero de 1993, sentencia C-535 del 16 de octubre de 1996.

Las competencias de los entes territoriales se encuentran asignadas por la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial¹³ (LOOT), la cual desarrolló el principio de competencia implícito en la descentralización, y en tal sentido, como lo indicó Jaime Orlando Santofimio Gamboa "*(...) La autonomía es el principal atributo de la descentralización. Es la que determina los contornos sustanciales del fenómeno. Indica las fronteras hasta donde teóricamente podrían llegar las competencias de la respectiva entidad. Entre mayor es el reconocimiento de autonomía, mayor será el nivel de descentralización de la entidad territorial (...)*"¹⁴.

Entonces, cada entidad territorial cuenta con autonomía para gestionar sus intereses y por ello, la Constitución Política ha estructurado al interior de cada ente, órganos¹⁵ propios de administración y gobierno elegidos por los ciudadanos al momento de concretar su derecho de participación, por los cuales según la Corte Constitucional¹⁶ se ejerce el poder de acción de que gozan las entidades territoriales, el que se cumple por medio del desarrollo de las competencias y la facultad de autodirigirse conforme a la potestad de dirección política que les ha otorgado la Constitución en el artículo 287 ya citado, aspectos estos que constituyen el núcleo esencial de la autonomía territorial.

La autonomía y la descentralización se encuentran inescindiblemente relacionados, en tal sentido, la descentralización se enhiesta en un requisito previo para el reconocimiento de la autonomía, por cuanto sin este fenómeno jurídico de traslado de competencias no se podría predicar la autonomía y de igual manera entre mayor autonomía ostente la persona jurídica mayor es el grado de descentralización.

¹³ Ley 9 de 1989, Ley 388 de 1997 y Ley 1454 de 2011.

¹⁴ JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, "Autonomía fiscal de las entidades territoriales", en *Revista impuestos*, enero/febrero, Bogotá, 1992, p. 16 y nota 9 en igual página.

¹⁵ Para un desarrollo más profundo respecto a la teoría del órgano, véase: JORGE IVÁN RINCÓN, *Teoría de la organización administrativa en Colombia*, Bogotá (Colombia), Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 98 – 112.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C - 535 de 1996.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁷ ha definido la descentralización como aquel fenómeno jurídico en el cual “(...) se produce un traslado de asuntos que serían de conocimiento de la autoridad central, a las autoridades territoriales, o de la administración central a otras autoridades a quienes se confía el desempeño de labores especializadas, de tal suerte, que la decisión administrativa en los dos casos, no se adopta por la autoridad central, sino por un ente territorial, o por la entidad prestadora del servicio, o encargada del ejercicio de funciones administrativas”¹⁸ y a partir de ello, ha reconocido tres tipos de descentralización: i) territorial, ii) funcional o por servicios y iii) por colaboración.

La primera entendida como el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a las entidades territoriales regionales o locales, las cuales se ejecutan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad, con autonomía administrativa y financiera, sin que se aparten del control ejercido por el poder central; la segunda, implica el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a entidades que se crean para ejercer una actividad especializada y la tercera, concebida como la atribución de funciones administrativas a particulares.

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia¹⁹ ha explicado que la autonomía y descentralización de las entidades territoriales, en tanto principios constitucionales, pueden ser ponderados con otros de la misma naturaleza, como el principio de unidad, siempre que no se afecte el núcleo esencial de la autonomía y se acoja de manera proporcional.

Ello, aunado a la distribución de la titularidad de competencia en los distintos niveles territoriales que realiza el legislador (descentralización territorial), ha generado una amplia discusión en la doctrina y en la jurisprudencia, que se concreta en la tensión que se genera entre los principios de autonomía territorial y el principio de estado unitario. Tema este que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional y ha contribuido de manera fundamental a la hora de darle contenido al principio de autonomía territorial y que será desarrollado a continuación.

¹⁷ Ver entre otras: Corte Constitucional, sentencias C - 216 de 1994, C- 1051 de 2001, C – 909 de 2007, C-624 de 2013.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C – 561 de 1999.

¹⁹ Ver entre otras: sentencias C-1096 de 2000, C-837 de 2001, C-624 de 2013.

1.1.2 Tensión entre autonomía territorial y el Estado unitario.

Como se indicó con precedencia entre el principio de autonomía y estado unitario existe tensión y la forma de resolver la misma ha variado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁰ y para el efecto se han adoptado las siguientes tesis: i) cinco reglas de solución de posibles conflictos entre los intereses territoriales y el interés nacional²¹ y ii) limitaciones recíprocas²², ello, conforme pasa a exponerse.

En lo que respecta a la primera tesis, en sentencia C-478 de 1992, la Corte Constitucional estableció cinco reglas, así: i) principio de jerarquía que media entre el interés territorial y el interés general, ii) prohibición de vaciamiento de competencias, preservar los extremos del conflicto sin anular la solución anterior, iii) aplicación preferencial del principio de unidad para evitar la desintegración y la disfuncionalidad del sistema, iv) a cada esfera de acción corresponde una competencia, delimitación de competencias en función del interés económico y territorial subyacente y v) los asuntos nacionales priman sobre los territoriales por la necesaria coordinación.

De esas reglas tuvo mayor acogida las dispuestas en los literales i) y v), sin embargo, en ambas se dio primacía a la jerarquía, desconociéndose que la unidad y la autonomía tienen igual valor constitucional dentro de un Estado descentralizado.

Posteriormente, la Corte Constitucional adoptó la tesis de las llamadas “limitaciones recíprocas” en la cual se dispuso en términos generales que en tanto la autonomía lleva consigo la gestión de los intereses propios de cada ente territorial es claro que su desarrollo se hace posible a través del principio de descentralización y por ello, guarda estrecha relación con el poder central que se encarga de la gestión de los intereses nacionales y es precisamente por esta dinámica de interrelación entre el principio unitario y el principio de autonomía de las entidades territoriales que ninguno es absoluto, toda vez que se complementan y limitan

²⁰ Para profundizar en el estudio detallado del importante papel de la jurisprudencia de la Corte Constitucional a la hora de estudiar la tensión entre el principio de autonomía territorial y el unitario, véase: PAULA ROBLEDO SILVA, *La autonomía municipal en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 49 - 54.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-478 de 1992.

²² Corte Constitucional, Sentencia C-931 de 2006.

recíprocamente a partir de la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad y a la configuración de relaciones interadministrativas entre estos.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-540 de 2001, señaló: “(...) *El equilibrio entre el poder central y la autonomía territorial constituye limitaciones recíprocas. Así, si la unidad nacional prevalece de conformidad con lo dispuesto en la Carta Política al establecer que la autonomía debe desarrollarse dentro de los límites previstos en la Constitución y la ley (...)*”, ello, encaminado a la armonía que debe existir entre el principio de unidad nacional y autonomía territorial que será analizado más adelante.

Así las cosas, la autonomía territorial reconoce a las entidades territoriales el poder de autogestionar sus intereses, ejecutar y ejercer competencias propias y administrar sus recursos, lo que se traduce en que están dotadas de autonomía política, administrativa y financiera, la primera ejercida a través de sus órganos colegiados (concejo en el caso de los municipios y asamblea en los departamentos) con la facultad de expedir actos administrativos, acuerdos y ordenanzas, respectivamente, la segunda, para ejercer las competencias asignadas especialmente las encaminadas a la prestación de servicios públicos, la potestad de gobernarse por autoridades propias y el poder de organización y la tercera, enfocada a establecer y gestionar un sistema de ingresos y gastos que les permite atender los fines y necesidades públicas internas.

En la tesis que se analiza, en lo que atañe a la configuración de la autonomía territorial, la Corte Constitucional ha centrado su análisis específicamente en el límite que a la autonomía le impone el principio unitario y el núcleo esencial de dicha figura.

Ahora bien, en cuanto al núcleo esencial de la autonomía territorial, se tiene que el mismo ha sido definido en el artículo 287 Constitucional, sin embargo, este asunto ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional especialmente en la sentencia C-535 de 1996, en la que se indicó, lo siguiente:

“(…) El núcleo esencial de la autonomía está constituido, entonces, en primer término, por aquellos elementos indispensables a la propia configuración del concepto, y especialmente por los poderes de acción de que gozan las entidades territoriales para poder satisfacer sus propios intereses. En este orden de ideas, es derecho de las entidades territoriales ejercer las competencias que les corresponden (CP. art. 287), pues sin ellas ninguna acción autónoma es posible. En segundo lugar encontramos, la inviolabilidad por parte del legislador, de la facultad de las entidades territoriales de gobernarse por autoridades propias (CP art. 287). Debe protegerse el derecho de cada entidad a autodirigirse en sus particularidades a través del respeto de la facultad de dirección política que ostentan (…)”

Sobre el primer aspecto, limitaciones entre el nivel central y el territorial, se resaltan entre otras las sentencias de la Corte Constitucional C-216 de 1994, C-535 de 1996, C-373 de 1997, C-540 de 2001, C-1258 de 2001 y C-889 de 2002 en las que en términos generales se establecen las limitaciones que tiene el principio de autonomía territorial y descentralización frente al Estado Unitario y se propende por la armonización entre dichos principios conforme los límites establecidos para cada uno por la Constitución y la ley.

Dentro de las providencias del Alto Tribunal Constitucional, sobresale la sentencia C-373 de 1997, que sobre el particular dispuso:

“(…) descentralización y autonomía se desenvuelven en perfecta compatibilidad con la unidad nacional, de modo que no resulta jurídicamente atendible que, en razón de una interpretación separada de las normas que consagran estos principios, cada uno de ellos sea tomado en términos absolutos, porque al proceder de esa manera se priva de todo contenido al principio que no es tenido en cuenta y, además, se propicia una errada comprensión del que es considerado, por cuanto su adecuado y cabal sentido no proviene de su entendimiento aislado, sino de su ineludible compenetración sistemática con los restantes (…)”

Igualmente, se destaca la sentencia C- 540 de 2001, en la que se enfatizó en el desarrollo de la autonomía dentro de los límites dispuestos por la Constitución y la Ley, así:

“(…) En un Estado de derecho no existen poderes absolutos conferidos a ninguna autoridad y ni siquiera un poder de representación directa como es el legislativo tiene esa facultad. En consecuencia ¿cuáles son los límites del legislador para definir el ámbito de la autonomía territorial? La Corte en repetidas oportunidades ha hecho referencia a la necesidad de definir la tensión entre el principio de unidad nacional y el principio de autonomía territorial buscando principalmente la armonía (…)”

No obstante lo expuesto, el profesor Juan Carlos Covilla²³, ha resaltado que la aplicación de esta tesis “limitaciones recíprocas” en cada caso no ha sido uniforme, teniendo dos vertientes a saber:

La primera de ellas cuando existe concurrencia de competencia entre el nivel nacional y el local, indicando la Corte Constitucional sobre el particular que *“(…) de la regla de limitaciones recíprocas se desprende una sub-regla, en el sentido de que la autonomía constitucionalmente reconocida implica, para los entes territoriales, la facultad de gestionar sus asuntos propios; es decir, aquellos que solo a ellos atañen. Ello implica, en consonancia con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad que deberán gobernar el ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales, que todo lo que tenga que ver con asuntos que rebasan el ámbito meramente local o regional, deberá ser regulado por una ley de la República. En consecuencia, la autonomía territorial tiene límites en lo que toca con los intereses nacionales.”*²⁴ de lo cual se desprende una jerarquía normativa que privilegia el principio de unidad sobre el de autonomía territorial, aspecto objeto de crítica por parte del profesor Covilla por cuanto la garantía de autonomía no solo se debe predicar de las competencias propias y exclusivas de las entidades territoriales, en tanto que cuando concurren competencias compartidas esta no se debe ver completamente sometida.

²³ JUAN CARLOS COVILLA MARTINEZ, “La necesidad de la regulación de las relaciones interadministrativa”, en *Diseño institucional del Estado democrático en América Latina*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, MAGDALENA CORREA HENAO y PAULA ROBLEDO SILVA (eds.), 2018, pp. 161 - 164.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia c – 579 de 2001.

Por su parte, la segunda vertiente hace referencia a la utilización de los principios de concurrencia, subsidiariedad y coordinación, indicando la Corte Constitucional en jurisprudencia reciente que: *“La autonomía implica que las relaciones entre la Nación y los entes territoriales no podrían guiarse por “el principio jerárquico, de subordinación o sometimiento de las entidades territoriales, respecto del nivel central”(…), sino por principios compatibles con la gestión autónoma de sus propios intereses, en particular, los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, tal como lo prevé el artículo 288 de la Constitución.”*²⁵, resultando esta vertiente de las “limitaciones recíprocas” la más acorde con el texto constitucional, si se tiene en cuenta que el constituyente consideró la importancia de la coexistencia entre el principio de autonomía territorial y el principio unitario ponderándolos en un mismo nivel.

Al momento de utilizar el contenido del artículo 288 Superior para equilibrar la tensión entre el principio de autonomía territorial y el unitario, se dio alcance a estos principios por parte de la Corte Constitucional y que han sido definidos, entre otras providencias, en la sentencia C – 149 de 2010, a la cual se hará referencia en el siguiente capítulo.

No obstante, sobre este asunto señala el profesor Juan Carlos Covilla Martínez que el principio de concurrencia no encuentra un concepto común en la legislación y en la jurisprudencia colombiana y por su parte la doctrina ha señalado la dificultad a la hora de establecer un concepto, pero ha indicado que *“la concurrencia supone escenarios en los que varios órganos o entidades se ven abocados al ejercicio conjunto o concurrente de competencias respectivas, sin que esa coincidencia pueda derivar en que una de las entidades se desembarace de sus deberes y funciones”*, de igual manera señala que la concurrencia no se encuentra en la categoría de principios jurídicos y en realidad es una regla que describe un hecho jurídico²⁶.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C – 119 de 2020.

²⁶ JUAN CARLOS COVILLA MARTINEZ, “Concurrencia y coordinación en las distintas tipologías de determinantes de los planes de ordenamiento territorial”, en *Ordenación del territorio, ciudad y derecho urbano: competencias, instrumentos de planificación y desafíos*, JORGE IVAN RINCON CORDONA y NICOLAS CABEZA MANOSALVA (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

Conforme a lo expuesto es claro que no existe una posición pacífica en la Corte Constitucional respecto al derrotero para resolver la tensión entre estos dos principios. No obstante, la segunda vertiente de las limitaciones recíprocas resulta la más acorde, tal como lo indica el profesor Covilla, por cuanto no establece una jerarquía entre estos principios y garantiza la autonomía otorgada a las entidades territoriales pero sin significar que esta se constituya en un actuar aislado, “*esa autonomía que se garantiza a las que forman parte del sistema de administraciones públicas no llega a alcanzar soberanía, pues siguen dependiendo del <todo> denominado Estado*”²⁷.

Las actuaciones de los diferentes niveles territoriales deben ser articuladas para el cumplimiento de los fines del Estado, determinando en cada caso como se debe dar esa articulación en aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, en tal sentido la Constitución de 1991 al establecer la forma de Estado Unitario, implica que “*El Estado debe obrar en el campo como una unidad orgánica, capaz de armonizar sus actuaciones de cara a materializar con eficacia y eficiencia los objetivos que le son trazados por la Constitución y la ley*”²⁸.

Entender al Estado como un sistema completo compuesto a su vez de diferentes subsistemas, permite explicar la articulación y funcionamiento de la organización administrativa en la cual converge un subsistema desde la perspectiva territorial integrado por el Estado y las entidades territoriales revestidos de autonomía para adoptar decisiones en el marco de sus competencias²⁹. En este contexto resulta en cierta medida apropiada la tesis adoptada por la Corte Constitucional con la que se busca garantizar la autonomía de las entidades territoriales cuando esta choca con el principio unitario, aplicando principios compatibles con la gestión

²⁷ JUAN CARLOS COVILLA MARTINEZ, *Coordinación y autonomía en la Administración Pública*, Thomson Reuters Aranzadi : Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2019, p. 93.

²⁸ HÉCTOR SANTAELLA QUINTERO, “La maraña de competencias e instrumentos de ordenación del territorio en el derecho administrativo colombiano: interacción multinivel más allá del criterio jerárquico y de la simple concertación horizontal”, en *Ordenación del territorio, ciudad y derecho urbano: competencias, instrumentos de planificación y desafíos*, JORGE IVAN RINCON CORDONA y NICOLAS CABEZA MANOSALVA (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

²⁹ Sobre la aplicación de la teoría de los sistemas a las administraciones públicas, véase JUAN CARLOS COVILLA MARTINEZ, *Coordinación y autonomía en la Administración Pública*, Thomson Reuters Aranzadi : Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2019, pp. 90 ss.

autónoma de sus propios intereses, en particular, los establecidos en el artículo 288 de la Constitución.

Conforme a lo hasta aquí expuesto, se tiene que aun cuando el principio de autonomía territorial ha sido establecido en los artículos 1 y 287 de la Constitución Política de 1991 y su desarrollo e interpretación se ha dado y ampliado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, su campo de aplicación y acción es abierto y amplio por cuanto las competencias asignadas a las entidades territoriales no solo tienen un límite constitucional sino también uno legal e incluso judicial, en tanto, no podemos olvidar que si bien es cierto la Constitución lo instituye como principio del Estado y lo dota de derechos, la ley lo regula y corresponde al juez interpretarlo y aplicarlo en cada caso concreto.

El alcance amplio del principio varias veces citado y la constante tensión que se presenta con la configuración del Estado Unitario, en donde se evidencia la preferencia legislativa por el centralismo³⁰, es la causa de que luego de 30 años de la promulgación de la Constitución Política de 1991, se mantengan las discusiones en torno a la limitación y el alcance que se le ha dado al mismo y ha suscitado la diversidad de interpretaciones en las altas cortes en relación con cada caso *sub judice* puesto a su consideración. Discusiones que estarán presentes en cada desarrollo legislativo que atañe a las entidades territoriales, dada la configuración otorgada por el constituyente al Estado Colombiano, y que deberá ser estudiada en cada asunto en concreto.

³⁰ Esta preferencia también o inclinación hacia el principio unitario también se observa en la doctrina elaborada por la Corte Constitucional “*pues al analizar situaciones concretas el juez constitucional utiliza criterios de proporcionalidad y razonabilidad para juzgar la intromisión o no del poder legislativo en las competencias de los entes territoriales y, por ende, la vulneración o no de dicho núcleo esencial, dando, en algunos casos, exagerada preeminencia al principio unitario, lo que en ciertos eventos hace nugatoria la autonomía de los entes territoriales*”: PAULA ROBLEDO SILVA, *La autonomía municipal en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 67; El profesor Covilla señala que se trató de una tímida jurisprudencia de la Corte Constitucional que favoreció los intereses nacionales cuando entraron en conflicto con los intereses locales y que ha dado paso a una doctrina constitucional que estudia cada caso para buscar la forma de articular su funcionamiento: JUAN CARLOS COVILLA MARTINEZ, “*Concurrencia y coordinación en las distintas tipologías de determinantes de los planes de ordenamiento territorial*”, *Ordenación del territorio, ciudad y derecho urbano: competencias, instrumentos de planificación y desafíos*, JORGE IVAN RINCON CORDONA y NICOLAS CABEZA MANOSALVA (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

1.2 Papel fundamental del legislador en el desarrollo del alcance de la autonomía territorial y sus límites, así como la importancia de la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

En el capítulo que antecede, se analizó el desarrollo que se ha presentado en la jurisprudencia constitucional en relación con la figura de la autonomía territorial estableciendo sus límites y configuración. En esta oportunidad se analizará 1.2.1 el papel fundamental que ha tenido el legislador al momento de ejercer la reserva de ley que se presenta en esta figura por cuanto es quien le da contenido a partir del desarrollo legislativo y los límites dispuestos por la Constitución para garantizar dicho principio así como, 1.2.2 la importancia de la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en el cumplimiento de las competencias atribuidas a las entidades territoriales.

1.2.1 El legislador y su papel al momento de ejercer la reserva de ley en relación con la autonomía territorial y límites que debe respetar para garantizarla.

En el Estado Colombiano, como característica distintiva del modelo unitario, se cuenta con una centralización política que implica la existencia de un solo órgano legislativo, en tal sentido es el Congreso de la República el único titular de la función legislativa, conforme lo preceptúan los artículos 114 y 115 de la Constitución de 1991.

Es por ello que al Congreso como único detentor de la función legislativa es a quien le corresponde por mandato constitucional atribuir competencias a todas las entidades territoriales.

Esta atribución de competencias por parte del legislador se ve en los diferentes niveles territoriales, a nivel municipal se encuentra por ejemplo las leyes 30 de 1992, 115 de 1994, 715 de 2001 en materia de educación, las leyes 397 de 1997 y 715 de 2001 en materia de vivienda, las leyes 62 de 1993, 136 de 1994 y 715 de 2001 en materia de orden público, la Ley 1454 de 2011 en materia de ordenamiento territorial y la Ley 715 de 2001 y el Decreto 1852 de 2015 en materia de alimentación escolar.

El anterior marco de competencia, ha señalado la profesora Paula Robledo, tiene su origen en el derecho indiano y estas cuestiones han sido desde esta época de conocimiento del municipio (llamado ayuntamiento o cabildo en época colonial), siendo atribuido este marco competencial por la Corona a los cabildos y que aún las mantienen³¹.

En cuanto a la autonomía territorial, al legislador le corresponde principalmente regular las condiciones básicas de esta y en el ejercicio de la potestad de configuración y a la hora de establecer el alcance de la autonomía de las entidades territoriales debe respetar el núcleo esencial de dicho principio constitucional, esto es, la facultad de gestionar los asuntos locales que surgen de las diferencias y características que existen entre cada uno de los entes territoriales. Aunado a ello, el legislador debe respetar los límites mínimos y máximos que para tal efecto ha señalado la Constitución, mismos que en modo alguno puede sobrepasar.

Respecto a los límites referidos la Corte Constitucional ha indicado:

“(…) La autonomía representa un rango variable, que cuenta con límites mínimos y máximos fijados por la Constitución Política, dentro de los cuales actúan los entes territoriales.

En tal virtud, el límite mínimo de la autonomía territorial, garantizado por la Constitución, constituye su núcleo esencial y está integrado por el conjunto de derechos, atribuciones y facultades reconocidas en la Carta Política a las entidades territoriales y a sus autoridades, para el eficiente cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo. Hacen parte de este atributo, por ejemplo, los derechos de las entidades territoriales consagrados en el artículo 287 de la Carta Política, (…)

El límite máximo de la autonomía territorial tiene una frontera política entendida como aquel extremo que al ser superado rompe los principios de organización del Estado para

³¹ PAULA ROBLEDOSILVA, “¿Cómo entender el territorio? Anotaciones de como ampliar el concepto”, en *Ordenación del territorio, ciudad y derecho urbano: competencias, instrumentos de planificación y desafíos*, JORGE IVAN RINCON CORDONA y NICOLAS CABEZA MANOSALVA (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

*convertirse en independiente, en algo diferente de aquella unidad a la cual pertenecen las entidades territoriales. En nuestro medio, el límite máximo lo señala el artículo 1º de la Constitución al establecer que Colombia es una república unitaria (...)*³².

En razón a estos límites, el legislador en uso de su facultad configuradora no puede anular el núcleo esencial de la autonomía otorgada a las entidades territoriales y debe respetar cuatro derechos esenciales de ellas, los cuales corresponde a que: i) se gobiernan por autoridades propias; ii) establecen sus propios tributos; iii) administran sus recursos y iv) elaboran su propio presupuesto de rentas y gastos, los cuales se desarrollan dentro de las atribuciones concedidas por la Constitución y la ley como se indicó en el capítulo precedente.

Conforme a lo anterior, y tal como lo indica Paula Robledo Silva³³ la autonomía de las entidades territoriales lleva consigo, tres tipos de autonomía: autonomía política, autonomía administrativa y autonomía financiera, entendiendo la primera como la potestad normativa y de autodirección política; la segunda como aquella que permite el funcionamiento y organización autónoma de las entidades territoriales y la tercera, como la potestad del ente territorial para gestionar su sistema de ingresos y gastos.

En tal sentido, no pueden vaciarse los derechos de las entidades que han sido consagradas en el artículo 287 Superior, pues conforme a ellos, cada ente es el que mejor conoce las necesidades que surgen en su interior y es por esto por lo que debe en principio, sin interferencias de otras entidades o de la Nación, encontrar la forma de satisfacerlas ya sea a nivel político, administrativo o financiero.

³² Entre otras: Corte Constitucional, sentencias C-1258 de 2001 y C-889 de 2002.

³³ PAULA ROBLEDO SILVA, “La autonomía territorial como forma de reconocer la existencia de particularidades dentro del Estado Unitario”, en *Las transformaciones de la administración pública y de derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Tomo I Constitucionalización de la disciplina y evolución de la actividad administrativa, Universidad Externado de Colombia, JORGE IVÁN RINCÓN (ed.), 2019, p.p. 404-405.

1.2.2 La aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad y su importancia en el cumplimiento de las competencias atribuidas a las entidades territoriales.

De acuerdo a lo dispuesto en el numeral que antecede, la facultad legislativa para definir el ámbito y el grado de autonomía en cada asunto a cargo de las entidades territoriales se limita por la imposición constitucional que salvaguarda la autonomía misma pero también por los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad dispuestos en el artículo 288 Constitucional³⁴, y en todos los casos, debe respetar como se indicó antes, los límites mínimos y máximos señalados por la Constitución.

Los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad fueron definidos por la Corte Constitucional en sentencia C- 149 de 2010³⁵ en los siguientes términos:

“(…) El principio de concurrencia parte de la consideración de que, en determinadas materias, la actividad del Estado debe cumplirse con la participación de los distintos niveles de la Administración. Ello implica, en primer lugar, un criterio de distribución de competencias conforme al cual las mismas deben atribuirse a distintos órganos, de manera que se garantice el objeto propio de la acción estatal, sin que sea posible la exclusión de entidades que, en razón de la materia estén llamadas a participar. De este principio, por otra parte, se deriva también un mandato conforme al cual las distintas instancias del Estado deben actuar allí donde su presencia sea necesaria para la adecuada satisfacción de sus fines, sin que puedan sustraerse de esa responsabilidad.

El principio de coordinación, a su vez, tiene como presupuesto la existencia de competencias concurrentes entre distintas autoridades del Estado, lo cual impone que su ejercicio se haga de manera armónica, de modo que la acción de los distintos órganos resulte complementaria

³⁴ “(…) el artículo 288 de la Constitución, estableció los principios que deben guiar la labor del Legislador en la ordenación del territorio y en lo relativo a las relaciones entre las autoridades administrativas del nivel central y del descentralizado territorialmente: coordinación, concurrencia y subsidiariedad, los que riñen con el principio jerárquico, de subordinación o sometimiento de las entidades territoriales, respecto del nivel central.”: Corte Constitucional, sentencia C- 189 de 2019.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C – 149 de 2010.

y conducente al logro de los fines de la acción estatal. Esa coordinación debe darse desde el momento mismo de la asignación de competencias y tiene su manifestación más clara en la fase de ejecución de las mismas.

El principio de subsidiariedad, finalmente, corresponde a un criterio, tanto para la distribución y como para el ejercicio de las competencias. Desde una perspectiva positiva significa que la intervención del Estado, y la correspondiente atribución de competencias, debe realizarse en el nivel más próximo al ciudadano, lo cual es expresión del principio democrático y un criterio de racionalización administrativa, en la medida en que son esas autoridades las que mejor conocen los requerimientos ciudadanos. A su vez, en su dimensión negativa, el principio de subsidiariedad significa que las autoridades de mayor nivel de centralización sólo pueden intervenir en los asuntos propios de las instancias inferiores cuando éstas se muestren incapaces o sean ineficientes para llevar a cabo sus responsabilidades (...) (Subrayado fuera de texto original).

Entonces, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 288 Superior y a las definiciones referidas, los principios de concurrencia, coordinación y subsidiariedad encaminan en los precisos términos que disponga la ley, el cumplimiento de las competencias atribuidas a las entidades territoriales, lo que en ocasiones va a dar lugar a que se requiera la participación de los diferentes niveles de la administración (central y/o regional), en pro de la satisfacción de necesidades locales, sin que ello implique un vaciamiento de las competencias otorgadas a los entes territoriales y haga nugatoria su participación en la autogestión de sus intereses, lo que de suyo busca, una armonización entre el principio de autonomía y el de Estado Unitario y para ello, el Legislador tiene la potestad de establecer mecanismos que permitan garantizar esa armonización, para lo cual en ocasiones llegara a limitar la autonomía territorial, facultad que en todo caso, no es absoluta o ilimitada.

Por lo anterior, y a efectos de que la competencia del Legislador, para determinar el régimen jurídico de la actividad de las entidades territoriales, no se extralimite, la Corte Constitucional³⁶ ha dispuesto que cada caso debe ser estudiado con la conjunción de tres

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C – 119 de 2020.

criterios a saber: i) el nivel (central y/o regional) al que la Constitución le atribuyó la función, incluida la identificación de si es una función asignada al Legislador o a las corporaciones públicas territoriales; ii) la naturaleza del interés que se encuentra en juego: local o nacional; y, iii), en el caso de medidas que afecten el manejo de los recursos financieros, la naturaleza de los mismos: de fuente endógena o exógena.

En tal sentido, el legislador al momento de desarrollar la autonomía de las entidades territoriales atribuyendo competencias a los distintos niveles, debe analizar las potestades otorgadas a los entes territoriales que pueden llegar a afectar la autonomía territorial y por ello, debe tener en cuenta si se trata de una competencia exclusiva de la entidad territorial, o si existen intereses mutuos sobre la materia presentándose una concurrencia de competencias o si se trata de asuntos en los cuales exista poca capacidad administrativa para desarrollar dicha competencia, tales aspectos son disimiles al momento de entrar a legislar asuntos que atañen a la autonomía territorial.

Como ejemplo la Corte Constitucional ha señalado que: *“(...) si se trata de una materia directamente atribuida a las corporaciones públicas territoriales, el margen de configuración normativa del Legislador será mínimo, en cuanto que no podrá usurpar la función propia de la Asamblea o del Concejo municipal. Igualmente, en tratándose de intereses nacionales, el margen legislativo es mucho más amplio que en lo que respecta a los intereses locales y, finalmente, la intervención en lo que respecta el manejo de las fuentes de financiación exógenas, la competencia legislativa es amplia. Sin embargo, la mezcla de estos criterios es la que determina, igualmente, la intensidad con la que debe juzgarse la constitucionalidad de la intervención legislativa y, en últimas, la constitucionalidad de la medida (...)”*³⁷.

Entonces, cuando se trata de competencias propias y exclusivas de las entidades territoriales no habrá, en teoría, discusión alguna sobre la materialización de la garantía constitucional de la autonomía territorial toda vez que no se presentaría una colisión de principios y el margen

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C – 119 de 2020.

de configuración del legislador es mínimo, pero para tal efecto es necesario identificar cuáles son las competencias propias o de alguna manera tradicionales de los entes territoriales.

Cuando se hace referencia a las competencias propias de los entes territoriales, se hace alusión al núcleo esencial o reducto mínimo³⁸ al que se ha referido la Corte Constitucional³⁹ en diferentes pronunciamientos, acudiendo a los derechos consagrados en el artículo 287 Superior para darle contenido y que ha agrupado en tres grupos (i) el autogobierno, mediante autoridades propias, característica que se deriva de su elección local y por la ausencia de subordinación jerárquica de dichas autoridades respecto de las autoridades nacionales, con la salvedad de los asuntos de orden público, de conformidad con el artículo 296 de la Constitución; (ii) ejercer las competencias que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, le correspondan a la entidad territorial, pues sin competencias, no existe autonomía de la cual predicarla, y (iii) administrar los recursos, establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales.

El conflicto de los principios de autonomía y el unitario, se presenta con mayor claridad en el segundo evento, en donde concurren competencias compartidas entre el nivel local y el nacional, en cuyo escenario, se deben armonizar estos dos principios y tener en cuenta por parte del legislador la aplicación del principio de coordinación a partir del cual las “(...) *instancias administrativas (órganos o administraciones públicas) procurarán que su actuación sea coherente y alineada con la de otras cuando existan intereses comunes y*

³⁸ Señala la profesora Paula Robledo Silva, que la Corte Constitucional desde sus inicios (Sentencia C- 517 de 1992) consideró que el contenido del núcleo esencial estaba determinado por los derechos y competencias que la Constitución le confiere a las entidades territoriales y esta ha seguido la línea trazada en sus posteriores pronunciamientos a tal punto que actualmente “*para la jurisprudencia constitucional, el núcleo esencial de la autonomía territorial es aquella porción irreductible de la autonomía que debe ser respetada por el legislador y que faculta a las entidades territoriales para gestionar los intereses propios de su comunidad. Y su contenido, está determinado principalmente por los derechos consagrados por el artículo 287 de la Constitución, por el derecho de elaborar sus propios presupuestos y por aquellos elementos que puedan resultar indispensables para su configuración*”. PAULA ROBLEDO SILVA, *La autonomía municipal en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 67.

³⁹ Entre otras las sentencias: C – 517 de 1992; C- 004 de 1993; C – 216 de 1994; C – 535 de 1996; C- 837 de 2001; C – 427 de 2002; C – 123 de 2014; C – 346 de 2017; C – 189 de 2019; C – 246 de 2019

*competencias concurrentes.*⁴⁰, en tal sentido, al ser un mandato de optimización, el legislador debe procurar dotar de herramientas que permitan ese actuar coherente para dar cumplimiento a los fines del Estado, pero en el evento en que la administración pública no cuente con los medios facticos o jurídicos, la concreción del principio de coordinación solo se dará hasta cierto grado⁴¹.

Dentro de las herramientas que el legislador puede utilizar para alcanzar un mayor grado de coordinación *ad intra*, es decir, cuando hay relaciones entre varios niveles del gobierno al interior del estado como sucede entre la Nación y las entidades territoriales, se encuentran los mecanismos propios de las relaciones interadministrativas de coordinación, cooperación y control⁴².

Es por lo anterior que dentro de los límites que deben considerarse al momento de legislar y configurar el principio de autonomía territorial, se ha de tener en cuenta qué clase de relaciones interadministrativas existen en nuestro ordenamiento jurídico.

Tratándose de entes nacionales estamos frente a una relación de jerarquía, pero tratándose de entidades territoriales se está en presencia de una relación de competencias, lo cual no quiere decir que se fracture el Estado Unitario, sino que las competencias del legislador están delimitadas, por cuanto en el ámbito territorial debe existir un amplio margen de organización y deben ser estos quienes definen los derroteros para su funcionamiento dentro de un margen de decisión en el cual se estructura la discrecionalidad y no la arbitrariedad.

Por ello, en ningún caso el legislador puede, so pretexto de preservar el interés nacional, vaciar de contenido el ámbito de autonomía territorial, debe siempre y en aplicación de un juicio de proporcionalidad, propender por la armonización de funciones, sin que la prohibición de anular la autonomía territorial establecida al legislador signifique que le

⁴⁰ JUAN CARLOS COVILLA MARTINEZ, *Coordinación y autonomía en la Administración Pública*, Thomson Reuters Aranzadi : Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2019, p. 60.

⁴¹ JUAN CARLOS COVILLA MARTINEZ, *Coordinación y autonomía en la Administración Pública*, Thomson Reuters Aranzadi : Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2019, p. 62

⁴² *Ibidem*.

impida restringirla, pues ello es permitido siempre que se haga a efectos de armonizar los principios de autonomía y unidad nacional, ya que se insiste, estos deben desarrollarse de manera proporcional y cuando se concluya que dicha limitación es razonable y ajustada y va encaminada a la colaboración entre el nivel territorial y el central en favor del cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Así, el legislador al momento de reglamentar la autonomía territorial, debe tener en cuenta que está es diferente de la descentralización, en tanto, jurisprudencialmente⁴³ la última ha sido concebida como una técnica de administración en virtud de la cual se produce un traspaso de funciones y atribuciones del poder central a entidades periféricas, para que las ejerzan con un amplio grado de libertad y por ello, su finalidad es la eficiencia de la administración y su objeto son las funciones de naturaleza administrativa en cabeza de los entes territoriales; mientras que la primera, se ha concebido por la jurisprudencia constitucional como un auténtico poder de dirección política radicado en cabeza del gobierno local, siempre con sujeción a la Constitución y la ley, lo cual supone que las entidades territoriales son las primeras llamadas a establecer sus prioridades de desarrollo y a impulsarlas.

Al momento de legislar respecto a la autonomía territorial se debe tener en cuenta la técnica que se va a utilizar para no afectar el reducto mínimo de las entidades territoriales. Augusto Hernández Vidal⁴⁴ señala que para legislar sobre el núcleo esencial de la autonomía territorial resulta más apropiado utilizar la discrecionalidad⁴⁵ con el propósito de que las autoridades

⁴³ Entre otras: Corte Constitucional, sentencias C-478 de 1992, C-517 de 1992, C-004 de 1993, C-534 de 1996 y C-624 de 2013.

⁴⁴ AUGUSTO HERNÁNDEZ VIDAL, “La discrecionalidad territorial”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 6, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, julio-diciembre 2011.

⁴⁵ Respecto a la discrecionalidad el profesor Hugo Marín ha señalado que “*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 alguno de los elementos integrantes de la norma jurídica que aplica no ha sido agotadora y plenamente completado por el legislador*”: HUGO ALBERTO MARIN HERNANDEZ, *Discrecionalidad Administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.p. 409 y ss.

administrativas cuenten con esa libertad relativa en el ejercicio de sus funciones y gestión de sus intereses dentro de los límites para el ejercicio de tales potestades⁴⁶.

La discrecionalidad, explicada por el profesor Hugo Marín, como margen de mayor o menor libertad de juicio y decisión, resulta compatible con la expresión constitucional de autonomía territorial, y al momento de utilizar esta técnica Augusto Hernández Vidal, plantea dos hipótesis señalando que:

“(…) Para ser exacto, toda vez que el legislador legisle en asuntos que traten sobre autonomía de las entidades territoriales, habrá de saber en qué medida da uso de la discrecionalidad administrativa, para proteger su coherencia jurídica respecto a la Constitución.

Por lo dicho, se formulan dos hipótesis:

A. Toda vez que se legisle sobre asuntos que toquen la autonomía territorial sin invadir su núcleo esencial, la ley puede usar conector imperativo o facultativo, según su criterio. B. Toda vez que se legisle sobre asuntos que toquen el núcleo esencial de la autonomía territorial, la ley debe usar conector facultativo para conservar el núcleo esencial de la autonomía territorial o, por lo menos, procurar que las limitaciones al núcleo esencial sean razonables (...)”⁴⁷.

En la segunda hipótesis señalada por el autor se encuentra el reducto mínimo de la autonomía territorial, el cual conforme lo ha señalado de manera reiterada desde 1992 la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴⁸, *“(…) está constituido por los derechos y competencias que la propia Carta atribuye de manera general a las distintas entidades territoriales y de manera*

⁴⁶ Señala el profesor Hugo Alberto Marín que tales límites pueden ser agrupados en dos categorías: i) los límites reglados, donde como mínimo se encuentra la competencia, los motivos y el fin perseguido, y ii) los principios generales del derecho y de las actuaciones administrativas: HUGO ALBERTO MARÍN, “Algunas anotaciones en relación con la discrecionalidad administrativa y el control judicial de su ejercicio en el derecho urbanístico colombiano”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, núm. 2, julio-diciembre, 2009, p. 173.

⁴⁷ AUGUSTO HERNÁNDEZ VIDAL, “La discrecionalidad territorial”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 6, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, julio-diciembre 2011, p.p. 107-108.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-517 de 1992.

especial a cada una de ellas a través de todo el texto normativo (...)”, así, a partir de ello, en criterio del profesor Augusto Hernández Vidal en temas de autonomía territorial la discrecionalidad administrativa es el instrumento idóneo que a través de la ley dota funcionalmente de herramientas a las entidades territoriales para no afectar el núcleo esencial de la autonomía territorial y de esta manera garantizar que las entidades territoriales adelanten la función administrativa y el ejercicio del derecho a gestionar sus intereses, con la observación de que no se puede limitar en exceso, al momento de legislar, por cuanto se vulneraría la autonomía territorial, revistiendo la normatividad que haya sido expedida de inconstitucionalidad.

En tal sentido y conforme a la posición del profesor Augusto Hernández, debe existir una reserva en favor de los entes territoriales que les permita la gestión de sus intereses. El legislador solo puede legislar asuntos administrativos de forma transversal, porque en el momento en el que regula el detalle está vaciando el principio de autonomía territorial, por cuanto las entidades territoriales deben contar, como se anotó anteriormente, con un margen de discrecionalidad para dentro de otros aspectos identificar sus necesidades y establecer los medios para su satisfacción.

No obstante, esta discrecionalidad planteada como técnica que utiliza el legislador es muy limitada por la larga tradición de preferencia de un Estado Unitario y desarrollos normativos y legislativos que propugnan por la centralización en perjuicio de la autonomía territorial, justificada por la presencia de corrupción y el uso indebido de los recursos públicos⁴⁹.

No obstante, lo anterior, en criterio de Eric Leiva Ramírez⁵⁰ *si bien es cierto se dio una descentralización y otorgamiento de autonomía territorial la evolución legislativa ha*

⁴⁹ Situación que se evidenció con el Acto Legislativo 05 de 2011 que modificó el Fondo Nacional de Regalías creando el Sistema General de Regalías, en donde el proyecto de Acto Legislativo 13 de 2010 Senado, se fundamenta principalmente en el uso incorrecto de los recursos provenientes de regalías y la presencia de ciertas irregularidades (corrupción) en su ejecución: Congreso de la República, Gaceta del Congreso n.º 577 de 31 de agosto de 2010.

⁵⁰ ERIC LEIVA RAMÍREZ, "Las paradojas de las políticas centralistas en relación con la autonomía de las entidades territoriales en Colombia", en *Revista Derecho del Estado*, n.º 35, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, julio-diciembre 2015, p.60.

conllevado a una recentralización en desmedro de la autonomía otorgada a las entidades territorial, lo que se ha justificado bajo los argumentos de ineptitud de la ejecución de los presupuestos y en la corrupción de las autoridades locales.

Según lo planteado por Leiva Ramírez la tendencia re-centralizadora ha conllevado a la no realización y desarrollo del principio constitucional de autonomía de las entidades territoriales continuando con la tendencia de políticas centralistas y el carácter unitario consagrado en nuestro ordenamiento jurídico desde la Constitución de 1886, situación que a consideración de Diana Carolina Valencia Tello y Vera Karam de Chueiri ha generado que: *“(...) la nación pueda reformar la Constitución y las leyes para limitar la descentralización y recentralizar el poder en la nación, debido en parte a las pocas capacidades de autogobierno que muestran las entidades territoriales y a su necesidad de apoyo desde el nivel nacional (...)”*⁵¹.

1.3 Relación de competencia y no de jerarquía entre el nivel central y las entidades territoriales.

La autonomía de las entidades territoriales no puede ser entendida como absoluta, por cuanto es el legislador quien fija su alcance⁵², el constituyente consideró la importancia de la coexistencia entre el principio de autonomía territorial y el principio unitario ponderándolos en un mismo nivel. Al respecto la jurisprudencia constitucional ha indicado:

“(...) la interpretación y aplicación de estos principios debe estar encaminada a obtener su pleno equilibrio y coexistencia, sin que ninguno de ellos sea absoluto en perjuicio del otro: el concepto de unidad del Estado colombiano no puede ser utilizado como pretexto para desconocer la capacidad de autogestión de las entidades territoriales, y a su turno, la autonomía de las entidades territoriales no puede ser entendida de manera omnímoda, hasta

⁵¹ DIANA CAROLINA VALENCIA-TELLO, VERA KARAM DE CHUEIRI, “Descentralización y re-centralización del poder en Colombia. La búsqueda de equilibrios entre la nación y las entidades territoriales”, en *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica*, vol. 23, 2014, p. 191.

⁵² EL ejercicio de las funciones públicas y el marco competencial de las entidades territoriales está a cargo del legislador conforme se establece en los artículos 150.23 y 287 de la Constitución Política.

*el punto de hacer nugatorias las competencias naturales de las instancias territoriales centrales (...)*⁵³.

Y es que debe existir una armonía entre el principio de unidad nacional y autonomía territorial, pues son conceptos que se nutren y fortalecen entre sí, se ha afirmado por parte de la doctrina que *“No es a través del principio de jerarquía que se deben examinarse las relaciones entre el centro y la periferia, básicamente por dos razones que encuentran sustento en la propia constitución. La primera, es el artículo 1º, (...) que en ningún momento superpone un principio a otro; y en segundo lugar el artículo 288, que establece las reglas a seguir en el ejercicio de las competencias distribuidas entre la Nación y los entes territoriales.”*⁵⁴.

No se presenta una jerarquización entre estos dos principios, por cuanto el constituyente no estableció un orden o un grado de superioridad de uno en desmedro del otro. En la relación dinámica que se presenta entre estos dos principios surge un principio, de la comprensión sistemática de la Constitución, que ha permitido distribuir competencias entre los diferentes niveles territoriales y es el principio de competencia⁵⁵.

Este principio de competencia entra a jugar un papel importante ya que permite articular el actuar de los diferentes niveles territoriales. En nuestra Constitución resulta difícil establecer un marco competencial claro y cerrado, por cuanto el constituyente estableció un modelo territorial abierto, y, en tal sentido de una lectura sistemática de la Constitución se ha concluido que: *“i) El poder de las entidades territoriales tienen origen en la Constitución misma; ii) las competencias de las entidades territoriales tienen fundamento en la Constitución pero puede ser atribuida por el legislador, iii) la Corte Constitucional juega*

⁵³ Corte Constitucional, auto 383 del 10 de diciembre de 2010.

⁵⁴ PAULA ROBLEDO SILVA, *La autonomía municipal en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 53 - 54.

⁵⁵ PAULA ROBLEDO SILVA, “La autonomía como forma de reconocer la existencia de particularidades”, en *Las transformaciones de la administración pública del derecho administrativo*, Tomo I Constitucionalización de la disciplina y evolución de la actividad administrativa, Universidad Externado de Colombia, JORGE IVÁN RINCÓN (ed.), 2019, p. 406.

*un papel fundamental en la distribución de competencias entre el poder central y las entidades territoriales al ser la responsable de garantizar la autonomía territorial consagrada en la Constitución (...)*⁵⁶.

En ese papel fundamental, la Corte Constitucional ha señalado que debe existir un equilibrio entre estos dos principios en aras de armonizar el régimen de competencias de cada nivel territorial, para tal efecto ha señalado que existe un sistema de limitaciones recíprocas⁵⁷ (tema que fue objeto de análisis en el capítulo 1.1), esto es, la autonomía se halla restringida por la unidad nacional y viceversa, lo que permite que exista equilibrio entre ambos y que juntos puedan coexistir de manera proporcional y sin anularse, aspecto que ayuda a evitar el absolutismo de cada concepto en perjuicio del otro y es que la misma Constitución propugna por la relación estrecha entre la unidad nacional y la autonomía territorial, al reconocer que el Estado Colombiano tiene un modelo de organización política descentralizada y con autonomía de las entidades territoriales.

Sobre este punto la Corte Constitucional en sentencia C-889 de 2012⁵⁸, al hablar de los instrumentos que ha dado la Carta Política para conciliar los conceptos de unidad nacional y la autonomía territorial, señaló: i) los derechos de las entidades territoriales; ii) la asignación de competencias al legislador para regular el grado de autonomía de las entidades territoriales; y iii) los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad entre la Nación y los entes territoriales.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 408.

⁵⁷ Se ha señalado por la Corte Constitucional que *“Estos dos principios se relacionan de dos modos distintos: Por un lado, existe un sistema de limitaciones recíprocas, en el que el concepto de autonomía territorial se encuentra restringido por el de unidad, y a la inversa, la unidad se encuentra circunscrita por el núcleo esencial de la autonomía. Por tal motivo, la interpretación y aplicación de estos principios debe estar encaminada a obtener su pleno equilibrio y coexistencia, sin que ninguno de ellos sea absoluto en perjuicio del otro: el concepto de unidad del Estado colombiano no puede ser utilizado como pretexto para desconocer la capacidad de autogestión de las entidades territoriales, y a su turno, la autonomía de las entidades territoriales no puede ser entendida de manera omnímoda, hasta el punto de hacer nugatorias las competencias naturales de las instancias territoriales centrales.”* Corte Constitucional, Auto 383 de 2010.

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia C - 889 de 2012.

Por lo expuesto, como regla general no existe una relación de jerarquía entre el nivel central y las entidades territoriales, la garantía constitucional de autonomía que se predica de las segundas encuentra su contenido en las competencias asignadas por la Constitución y el legislador que en su labor esta guiado por los principios establecidos en el artículo 288 Superior, los cuales riñen con el principio de jerarquía, de subordinación o sometimiento de las entidades territoriales, respecto del nivel central⁵⁹.

Un ejemplo diáfano de concurrencia de competencias y relacionamiento al interior del eje vertical o intrasectorial es planteado por Héctor Santaella Quintero, respecto a la función de ordenamiento territorial, más específicamente al contenido de la función de ordenación del territorio⁶⁰, en donde señala que de la importancia de esta función el constituyente “*reconoció el interés que asiste al Estado en conjunto (arts. 8, 9 y 80 CP), así como a la Nación (arts. 102 y 334 CP), los departamentos (arts. 298 y 300 num. 2), las áreas metropolitanas (art. 319 CP) y los municipios (arts. 311 y 313 nums. 7 y 9 CP), particularmente considerados, para tomar parte en su proceso de puesta en marcha. Se trata, entonces, de una responsabilidad estatal en cuyo cumplimiento se encuentran constitucionalmente llamadas a participar las distintas instancias del poder público administrativo, aunque con roles separados, en el marco del reparto competencial que al efecto lleve la ley*”⁶¹ señala el autor

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C – 189 de 2019.

⁶⁰ La jurisprudencia constitucional ha diferenciado dos contenidos del ordenamiento territorial: “(i) aquellos relativos a la organización territorial del Estado o la “división político-administrativa del Estado” y que determinan la organización administrativa del poder público por niveles, en sus aspectos orgánico (cuáles son, en abstracto, las categorías o tipos de entidades que la conforman: Nación y entidades territoriales – requisitos para crearlas, formas asociativas-) y funcional (cuáles son las competencias de cada nivel y cómo se distribuyen las funciones). El “ordenamiento territorial” entendido como la organización territorial del Estado es una función propia del Legislador, que debe ejercer con la expedición de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (en adelante, LOOT) y (ii) aquellos contenidos del ordenamiento territorial relativos a la ordenación del territorio de cada entidad territorial en concreto, como mecanismo local de planeación del desarrollo, a partir de componentes físicos; urbanos y rurales. Es este segundo aspecto el que, en estricto sentido, corresponde al concepto de ordenamiento territorial u ordenación del territorio.”: Corte Constitucional, sentencia C – 138 de 2020; De igual manera, ha indicado que la función de ordenación del territorio “comprende una serie de acciones, decisiones y regulaciones, que definen de manera democrática, participativa, racional y planificada, el uso y desarrollo de un determinado espacio físico territorial con arreglo a parámetros y orientaciones de orden demográfico, urbanístico, rural, ecológico, biofísico, sociológico, económico y cultural. Se trata, ni más ni menos, de definir uno de los aspectos más trascendentales de la vida comunitaria como es su dimensión y proyección espacial.”: Corte Constitucional, sentencia C – 795 de 2000.

⁶¹ HÉCTOR SANTAELLA QUINTERO, “La maraña de competencias e instrumentos de ordenación del territorio en el derecho administrativo colombiano: interacción multinivel más allá del criterio jerárquico y de la simple

que la ley con arreglo al principio de competencia y no de jerarquía, asignó a cada uno de los responsables las respectivas funciones⁶².

Si bien los principios que guían las relaciones administrativas entre el nivel territorial y el nivel central riñen con el principio jerárquico de subordinación o de sometimiento, tal como se ha señalado en la jurisprudencia constitucional, se debe precisar que el constituyente estableció una excepción en donde existe subordinación jerárquica y es en materia de orden público conforme se preceptuó en el artículo 296 de la Constitución Política, situación que se justifica en el marco histórico del conflicto interno de Colombia.

Cabe precisar que no obstante la regla general que supone dejar atrás la relación de subordinación que imperó en vigencia de la Constitución de 1886 a partir de la configuración de un modelo de Estado unitario descentralizado con autonomía de las entidades territoriales en la Constitución de 1991, a consideración de Camilo Perdomo Villamil en materia ambiental, los modelos de organización centralizada y jerárquica persisten en Colombia, ya que *“las competencias ambientales de las ET siguen atrapadas en la lógica de primacía del nivel central (...) Lo anterior puede verificarse al analizar la Ley 99 de 1993, la cual, primero, dispone que “las entidades del Estado responsables de la política y de la acción ambiental, señaladas en la ley” (art.4.º) conforman la parte institucional del SINA; dentro de ellas, sin duda, se encuentran sin duda las ET(...) y, segundo, que dichas instituciones tendrán un esquema jerárquico (...) lo cual evidencia los rasgos centralistas aludidos de la institucionalidad ambiental y, por tanto, una latente vulneración del contenido propio de la autonomía de las ET(...)”*⁶³.

concertación horizontal”, en *Ordenación del territorio, ciudad y derecho urbano: competencias, instrumentos de planificación y desafíos*, JORGE IVAN RINCON CORDONA y NICOLAS CABEZA MANOSALVA (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

⁶² La Ley 1454 de 2011 en su artículo 29 estableció la distribución de competencias entre los diferentes niveles territoriales en materia de ordenamiento del territorio.

⁶³ CAMILO PERDOMO VILLAMIL, “La gestión ambiental de las entidades territoriales: ¿atrapada en la organización territorial?”, en *Derecho de las entidades territoriales*, PAULA ROBLEDO SILVA, HECTOR SANTAELLA QUINTERO, JUAN CARLOS COVILLA MARTINEZ (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 419 – 420.

En síntesis, los aspectos respecto de los cuales recae la autonomía territorial, se equiparán al campo político, administrativo, fiscal y normativo y están sujetos a limitantes en virtud de los principios de coordinación, subsidiariedad y concurrencia lo que permite la intervención del legislador cuando en su desarrollo se rebase el ámbito local ello, a efectos de garantizar los principios que rigen la función administrativa, por lo que se establece que la autonomía no es absoluta y se encuentra limitada por el principio de unidad.

1.4 Competencia del legislador en materia contractual frente a la autonomía territorial y de las corporaciones públicas de elección popular de los diferentes niveles.

En este capítulo se establecerá la competencia del legislador en materia contractual frente a la autonomía territorial y la competencia asignada a los municipios y departamentos en esta materia. Además, se hará referencia a las autorizaciones que emiten las diferentes corporaciones públicas de elección popular para la ejecución contractual por parte del representante legal de la entidad territorial.

1.4.1 Competencia del legislador en materia contractual

Resulta necesario en este apartado precisar que a partir de la Constitución de 1991 se eleva a rango constitucional el tema de la contratación pública, estableciendo que la expedición de los regímenes de contratación tiene reserva de ley, situación que antes eran fruto del ejecutivo⁶⁴, en tal sentido, es el Congreso el único que puede legislar en materia contractual.

Esta afirmación se evidencia en el último inciso del artículo 150⁶⁵ de la Constitución Política de 1991, en donde el constituyente le otorga al congreso la facultad de expedir el estatuto

⁶⁴ Como antecedentes inmediatos de la Ley 80 de 1993, se encuentra el Decreto Ley 150 de 1976 y el Decreto Ley 222 de 1986, los cuales fueron expedidos por el ejecutivo en ejercicio de facultades extraordinarias.

⁶⁵ “*Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional*”: Constitución Política, artículo 150.

general de contratación⁶⁶, por lo que es el único que puede legislar en materia de contratación pública.

La Corte Constitucional ha señalado que “*Haciendo una interpretación sistemática de la Carta se advierte que en tres apartes diferentes de un mismo artículo (el 150) se trazan los lineamientos del régimen normativo de contratación de la Nación.*”⁶⁷, a partir del análisis de esta providencia, Luis Guillermo Dávila Vinueza⁶⁸ ha indicado que estas corresponden a tres clases de autorizaciones que en materia de contratación le competen al Congreso:

- I. Autorización previa general, prevista en el inciso final del artículo 150 Superior, en cumplimiento a esta autorización el Congreso expidió la Ley 80 de 1993 en donde le otorgó a las entidades estatales definidas en la misma ley, una autorización general para contratar sin que se requiera una autorización adicional, salvo norma especial que señale que determinado contrato debe contar con autorización previa de la corporación de elección popular del respectivo nivel.
- II. Autorización previa especial contenida en el numeral 9 del artículo 150 Superior, la cual es de carácter excepcional respecto de cierto tipo de contratos que celebre el Gobierno Nacional y que por disposición legal requieren de autorización previa del Congreso.
- III. Autorización posterior de los contratos contenida en el numeral 14 del artículo 150 de la Constitución Política, disposición que establece que le corresponde al congreso “*Aprobar o improbar los contratos o convenios que, por razones de evidente necesidad nacional, hubiere celebrado el Presidente de la República, con particulares, compañías o entidades públicas, sin autorización previa.*”

⁶⁶ La Corte Constitucional ha reiterado que su expedición no es a través de ley estatutaria por cuanto las materias que se adelantan mediante este procedimiento legislativo son taxativas y se encuentran establecidas en el artículo 152 de la Constitución Política, por lo que todas las leyes que conforman el estatuto de contratación (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y la Ley 1882 de 2019) son ordinarias. Al respecto: Corte Constitucional, Sentencia C-317 de 1996. Corte Constitucional, Sentencia C-772 de 1998.

⁶⁷ _Corte Constitucional, sentencia C – 449 de 1992.

⁶⁸ LUIS GUILLERMO DAVILA VINUEZA, *Régimen jurídico de la contratación estatal*, tercera edición, Bogotá, Legis Editores S.A., 2016, pp. 89 – 92.

En el Estatuto de Contratación de la Administración Pública se cobijan todas las entidades estatales, categoría creada solo para efectos del mismo estatuto y definida en la Ley 80 de 1993, dentro de las cuales se encuentran las entidades territoriales, situación que resulta compatible con lo establecido en el artículo 287 de la Constitución, al determinar que la autonomía para la gestión de sus intereses está limitada por la Constitución y la ley.

No obstante, Jorge Pino Ricci indica que en la aplicación del Estatuto de Contratación de la Administración Pública a las entidades territoriales existe una gran diferencia en el régimen normativo vigente para los municipios y para los departamentos⁶⁹, respecto a estos últimos indica que *“puede afirmarse, sin el menor asomo de duda, que los departamentos han perdido la autonomía que tenían para expedir reglas de carácter general sobre algunas materias relacionadas con la actividad contractual, de modo tal que a estas entidades territoriales se les aplica íntegramente el E.C.”* conclusión a la que arriba luego de relacionar el marco normativo anterior⁷⁰ a la expedición de la Ley 80 de 1993, que otorgaba autonomía a los departamentos para que en sus normas fiscales pudieran disponer sobre la formación y adjudicación de contratos que celebren, disposiciones que fueron derogadas expresamente por el artículo 81 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Respecto a los municipios, señala Pino Ricci que la situación es diferente, toda vez que si bien es cierto su autonomía se regulaba por las mismas normas de los departamentos, en la

⁶⁹ JORGE PINO RICCI, *El régimen jurídico de los contratos estatales*, primera edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 34-37.

⁷⁰ Previo a la expedición de la Ley 80 de 1993, el artículo 5 de la Ley 19 de 1982 estableció para los departamentos y municipios un grado de autonomía en materia contractual al indicar que *“En el desarrollo de la autonomía de los Departamentos y Municipios sus normas fiscales podrán disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio; (...)”*, dejando en el mismo artículo una reserva de ley para lo correspondiente a tipos de contrato, clasificación, efectos, responsabilidades, terminación, inhabilidades e incompatibilidad. Reserva de ley que se materializó en el Decreto Ley 222 de 1983. Posteriormente, por expresa facultad extraordinaria otorgada al Presidente de República establecida en el literal “b” del artículo 35 de la Ley 3 de 1986 – ley que no asignó autonomía normativa a los departamentos en materia contractual y que solo se limitó a facultar la realización de una codificación de las disposiciones constitucionales y legales para la organización y funcionamiento de la Administración Departamental-, mediante Decreto 1222 de 186 se codificaron las normas relativas a contratos que se encontraban incluidas en la Ley 19 de 1982 y en el Decreto Ley 222 de 1983: JORGE PINO RICCI, *El régimen jurídico de los contratos estatales*, primera edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 35.

Ley 11 de 1986 – que otorgó autorización para que el Presidente codificara las normas relativas a la organización y funcionamiento de la administración municipal- a diferencia de la Ley 3 de 1986, se insistió, en el artículos 47⁷¹, en la autonomía que señalaba el artículo 1 de la Ley 19 de 1982, y teniendo en cuenta que no existe una derogatoria expresa ni tacita en su criterio los municipios cuentan con capacidad normativa en las áreas a las que se refiere la Ley 11 de 1986 por ser una norma especial que le ha asignado autonomía. Sin embargo señala el autor que *“la totalidad de los municipios han aceptado la pérdida de su autonomía, circunstancia que impone, ante el vacío de las normas municipales, la aplicación supletiva de las cuantías y procedimientos señalados por el legislador en el E.C.”*.

Así como se explicó anteriormente, los entes territoriales gozan de autonomía para la gestión de los intereses y necesidades que surjan al interior de cada uno y por ello, el legislador al expedir la Ley 80 de 1993⁷², entregó a cada entidad la libertad para desarrollar su competencia contractual y es que como se ha insistido, solo las entidades territoriales a través de sus gobernantes, conocen las necesidades de la región o localidad que tienen a su cargo por lo que, se les facultó para buscar la forma de satisfacer las mismas en provecho de la comunidad, esto es, del interés general.

En tal sentido, la Ley 80 de 1993 en su artículo 3, al definir los fines de la contratación estatal fue clara en indicar que a través de la celebración y ejecución de contratos *“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”*.

La autonomía de que gozan las entidades territoriales permite que la administración local a través de la contratación estatal tome las medidas tendientes a identificar las necesidades e

⁷¹ En el artículo 47 de la Ley 11 de 1986 se indica que *“Los contratos que celebren los municipios y sus establecimientos públicos se someten a la ley en lo que tiene que ver con su clasificación, definición, inhabilidades, cláusulas obligatorias, principios sobre interpretación, modificación y terminación unilaterales, efectos, responsabilidades de los funcionarios y contratistas. **En lo atinente a los requisitos para su formación, adjudicación y celebración, a las disposiciones fiscales que expidan los Concejos y demás autoridades locales competentes** (...)”* negrilla y subrayado fuera del texto original.

⁷² *“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*.

intereses a satisfacer dentro de la localidad y para ello, debe seguir los procedimientos dispuestos por el legislador en el Estatuto General de Contratación Pública, respetando los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa que se materializan en un contrato que se enhiesta como el instrumento⁷³ de ejecución presupuestal, a través del cual se logra satisfacer en gran medida los fines de interés general identificados por los entes territoriales.

Esta ejecución contractual por parte de los entes territoriales, ha señalado la Corte Constitucional⁷⁴, materializa dos de los derechos establecidos en el artículo 287 de la Constitución, i) ejercer las competencias que les correspondan y la de ii) administrar los recursos para el cumplimiento de sus funciones.

A la luz de la configuración y la relevancia de la autonomía territorial establecida en nuestro ordenamiento constitucional, ella se encuentra presente en todo el *iter contractus*, es decir, desde el momento de identificar la necesidad a satisfacer, pasando por cada una de las etapas connaturales de la contratación (Precontractual, contractual y post contractual). No obstante, esta autonomía se restringe dependiendo del régimen de contratación aplicable⁷⁵, que en el caso de las entidades territoriales como ya se ha hecho énfasis corresponde al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, estando sometida al principio de

⁷³ Respecto al carácter instrumental del contrato estatal la Corte constitucional ha señalado que “*El mandato otorgado al Congreso de la República, en el artículo 150 de la Carta, para que dicte un estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, implica el reconocimiento de una amplia libertad de configuración del legislador para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender por el logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho, toda vez que el cumplimiento de estas metas requiere del aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. En este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado.*”. Corte Constitucional, sentencia C- 713 de 2009.

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia C – 119 de 2020.

⁷⁵ Para profundizar respecto a la intensidad de la autonomía de la voluntad en entidades sometidas o no al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, véase, JUAN CARLOS EXPOSITO VEÉLEZ, “Autonomía de la voluntad, competencias regladas y discrecionalidad en el contrato estatal”, en *Las transformaciones de la administración pública y de derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Tomo II La reinención de los instrumentos jurídicos y materiales utilizados por la Administración, HECTOR SANTAELLA QUINTERO (ed.), 2019, p.p. 109-165

legalidad debido a los principios que se encuentran involucrados en la actuación contractual, instrumento del cual se vale el estado para cumplir sus finalidades⁷⁶.

Teniendo en cuenta este límite a la autonomía y el sometimiento al principio de legalidad, la voluntad de la administración se manifestará en decisiones regladas o discrecionales que inescindiblemente deben estar permeadas por el principio de legalidad y por los fundamentos axiológicos de la Constitución Política⁷⁷, y, dependiendo de si nos encontramos en uno u otro escenario la intensidad del principio de autonomía territorial varia.

Bajo esta línea de argumentación cuando nos encontramos ante una facultad discrecional de la administración, hay una mayor intensidad del principio de autonomía ante el margen de elección que le otorga el ordenamiento jurídico, es decir existe una libertad, pero una *“libertad relativa, limitada por el bloque de legalidad, por un lado y, por otro, libertad no para hacer cualquier cosa, para escoger entre indiferentes, sino libertad para establecer criterios objetivos –de componente técnico, económico, político, de conveniencia, etcétera– de decisión, con base en los cuales escoger, elegir, decidir o, lo que es igual, en los cuales subsumir los hechos o las circunstancias propias de cada caso concreto”*⁷⁸.

⁷⁶ Respecto a la finalidad de la contratación pública la Corte Constitucional en sentencia C-713 de 2009 ha señalado: *“El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado.”*

⁷⁷ La Constitución como norma jurídica irradia toda la actuación administrativa y el sometimiento a la norma (principio de legalidad) la conmina a adecuar sus decisiones y actuaciones a la misma constitución: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, “Fundamentos constitucionales del derecho administrativo colombiano”, en *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n.º 31, enero – marzo, 2008, p.p. 208-253.

⁷⁸ HUGO ALBERTO MARIN HERNANDEZ, “Naturaleza jurídica de las facultades de la administración para confeccionar pliegos de condiciones”, en *Revista digital de derecho administrativo*, n.º 1, enero – junio, 2009, p. 12.

Contrario a lo anterior, y teniendo en cuenta la estrecha sujeción a la ley cuando la administración actúa en ejercicio de potestades regladas la intensidad es menor, casi nula, por cuanto su actuación ha sido preestablecida en la norma.

Para ejemplificar la diferencia en la aplicación de una u otra potestad en materia contractual el doctor Juan Carlos Expósito Vélez⁷⁹, hace referencia a la diferencia que existe entre la institución jurídica del contrato adicional y la adición de contrato, indicando que cuando se trata de la primera figura estamos frente a una potestad reglada por cuanto se requiere celebrar un nuevo contrato debiendo acudir a un proceso de selección y en el caso de la adición de contrato es una potestad discrecional por cuanto permite un mayor rango de configuración por parte de la Administración.

De igual manera, se han identificado expresiones o facultades de esa autonomía de los entes territoriales en materia contractual que pueden ejercer sin intromisión de las autoridades nacionales⁸⁰ i) en la planeación con la elaboración de los planes de desarrollo municipal y departamental respectivamente ii) La elaboración de los presupuestos iii) durante el proceso continuo de planeación para identificar y priorizar necesidades a satisfacer iv) adoptar la decisión de cómo se satisface la necesidad identificada, si acude a los recursos humanos y logísticos a su disposición o si inicia un proceso contractual, en el cual deberá identificar el tipo contractual y acudir a las corporaciones públicas de elección popular de cada nivel en los eventos en que se requiera autorización para contratar, v) estructuración de los documentos para la selección del contratista, dentro del margen establecido por el ordenamiento jurídico, vi) dirección del procedimiento de selección del contratista, vii) ejerciendo las competencias de dirección y vigilancia durante la etapa contractual.

Lo cierto es que, como quedó establecido en capítulos anteriores, la autonomía está restringida por el legislador y este debe propender por que dicha limitación no lleve implícita

⁷⁹ JUAN CARLOS EXPOSITO VÉLEZ, “Autonomía de la voluntad, competencias regladas y discrecionalidad en el contrato estatal”, en *Las transformaciones de la administración pública y de derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Tomo II La reinención de los instrumentos jurídicos y materiales utilizados por la Administración, HECTOR SANTAELLA QUINTERO (ed.), 2019, p.p. 131-134.

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C – 119 de 2020.

en materia contractual la restricción y/o vaciamiento absoluto, en tanto ello, puede conllevar una insatisfacción de necesidades locales lo que a todas luces vulneraría el núcleo esencial del principio de autonomía territorial.

De esta manera, se evidencia que en materia contractual el legislador en uso de la facultad establecida en el último inciso del artículo 150 superior otorga contenido a la autonomía territorial asignando y delimitando competencias en el *iter contractus* y que materializa los derechos establecidos en el artículo 287 de la Constitución.

1.4.2 Competencia de los municipios y departamentos en materia contractual y requisito excepcional para el ejercicio de su autonomía

La competencia de los entes territoriales en materia contractual, radica en cabeza del alcalde o gobernador, quien bajo la calidad de representante legal del respectivo ente territorial tiene la dirección general de la actividad contractual y salvo excepcionales casos el ordenamiento jurídico ha establecido unos requisitos para el ejercicio de esta competencia, los cuales se concretan en la autorización de la corporación pública de elección popular del respectivo nivel. Esta competencia tiene los siguientes fundamentos:

R/L	CONSTITUCIONAL	LEGAL
ALCALDE	Arts. 314 y 315.3	Art. 11.3 de la Ley 80 de 1993
GOBERNADOR	Arts. 303 y 305.2	Art. 11.3 de la Ley 80 de 1993

En este punto es necesario realizar una precisión respecto a la diferencia que existe entre la competencia en materia contractual asignada al gobernador o alcalde quienes tienen la capacidad de representar legalmente al ente territorial y las autorizaciones otorgadas por las corporaciones de elección popular. La primera de ellas hace referencia a las funciones, deberes, responsabilidades, obligaciones y facultades que le ha asignado el ordenamiento jurídico y que les permite intervenir en la relación jurídica contractual como sujeto activo o pasivo y la segunda de ellas constituye un requisito de legalidad para el ejercicio de la competencia asignada a los representantes legales de las entidades territoriales.

En el caso de los municipios el Consejo de Estado ha sostenido que *“por regla general los alcaldes tienen la facultad general de suscribir contratos y dirigir la actividad contractual de los municipios sin necesidad de una autorización previa, general o periódica del concejo municipal”*⁸¹ y de igual manera ha indicado que *“la regla general para la celebración del contrato estatal es la no intervención del Concejo Municipal en el procedimiento de contratación y por lo tanto las autorizaciones o aprobaciones que le competen a esa Corporación solo pueden requerirse de acuerdo con la Ley o con el reglamento del respectivo Concejo Municipal, antes de iniciar el procedimiento respectivo”*⁸².

Bajo una equivalente línea de argumentación *mutatis mutandi* el Consejo de Estado, al realizar la interpretación de la normatividad que regula la materia en el nivel departamental, ha indicado *“que la competencia con la que cuenta el Gobernador para contratar no está supeditada a una autorización general para toda la actividad contractual que desarrolle la administración departamental, sino para algunos casos particulares, previa reglamentación por parte de las asambleas, -siempre que estén investidas para hacerlo-, lo cual debe ser razonable y proporcional, teniendo en cuenta que la actividad contractual está en cabeza de la primera autoridad del departamento y no de dichas corporaciones de elección popular”*⁸³

No obstante, es necesario realizar algunas precisiones respecto a los casos en los cuales se requiere autorización del concejo municipal y de la asamblea departamental para contratar⁸⁴.

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado n.º 11001-03-06-000-2014-00285-00 (2238), del 11 de marzo de 2015.

⁸² Consejo de Estado, sección tercera, subsección A, radicado n.º 66001233100020040109801, del 29 de mayo de 2014.

⁸³ Consejo de Estado, sección primera, radicado n.º 50001-23-33-000-2017-00266-01, del 30 de enero de 2020.

⁸⁴ Respecto a las autorizaciones atribuidas a la administración para contratar por parte de las corporaciones de elección popular, véase: JOSE LUIS BENAVIDES, *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*, segunda edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p.p. 114 – 118.

1.4.2.1 Autorizaciones del concejo municipal para contratar

Las autorizaciones de los concejos en materia contractual, establecida en el numeral 3 del artículo 313⁸⁵ de la Constitución Política y desarrollada por el legislador en el parágrafo 4 y numeral 3 del artículo 32⁸⁶ de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012, se encuentran inescindiblemente vinculadas a la facultad del alcalde para contratar, la cual al momento de realizar su interpretación ha sufrido un cambio a través del tiempo. Esta variación se puede evidenciar en los conceptos que han sido expedidos al respecto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y que se puede dividir en dos momentos:

- I. En un primer momento se estableció que los alcaldes no podían contratar hasta tanto existiera una autorización por parte de los concejos municipales para tales efectos y en tal sentido se exigía que existiera un acuerdo municipal anual que otorgara dicha habilitación⁸⁷.
- II. Un segundo momento se da a partir de la interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales y legales. A partir de esta interpretación, se estableció que *“los alcaldes tienen la facultad general de suscribir contratos y dirigir la actividad contractual de los municipios sin necesidad de una autorización previa, general o periódica del concejo municipal, salvo en dos casos: (i) cuando así lo haya previsto la ley; y (ii) cuando así lo haya dispuesto el concejo municipal expresamente mediante acuerdo. De este modo, en caso de silencio de la ley o en ausencia de acuerdo que someta un determinado contrato a autorización previa del concejo municipal, habrá de entenderse que el alcalde puede celebrarlo, sin necesidad de tal*

⁸⁵ “Artículo 313. Corresponde a los concejos: (...) 3. Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo (...)”

⁸⁶ “Artículo 32. Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la ley, son atribuciones de los concejos las siguientes. (...)3. Reglamentar la autorización al alcalde para contratar, señalando los casos en que requiere autorización previa del Concejo (...) Parágrafo 4. De conformidad con el numeral 30 del artículo 313 de la Constitución Política, el Concejo Municipal o Distrital deberá decidir sobre la autorización al alcalde para contratar en los siguientes casos: 1. Contratación de empréstitos. 2. Contratos que comprometan vigencias futuras. 3. Enajenación y compraventa de bienes inmuebles. 4. Enajenación de activos, acciones y cuotas partes. 5. Concesiones. 6. Las demás que determine la ley.”

⁸⁷ Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil, radicado n.º 1371, del 15 de noviembre de 2001.

autorización, con base en sus facultades constitucionales y legales en materia contractual.”⁸⁸.

En el mismo sentido la jurisprudencia del Consejo de Estado⁸⁹ ha reiterado la segunda postura *ut supra*, y se constituye en una posición pacífica en esa Corporación, señalando que de la atribución conferida al concejo municipal no puede comprender la totalidad de los contratos, sino que este requisito de autorización previa es excepcional y solo procede en: i) los casos en que el concejo municipal haya reglamentado como necesario el trámite de su autorización, o ii) cuando la ley lo establezca frente a determinados tipos contractuales.

En tal sentido, todos los alcaldes deben pedir autorización por dos tipos de modalidades:

1. Los contratos a que se refiere el párrafo 4 del artículo 32 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012 – Estatuto de modernización municipal-, en donde se preceptúa que: “(...) *el Concejo Municipal o Distrital deberá decidir sobre la autorización al alcalde para contratar en los siguientes casos: 1. Contratación de empréstitos. 2. Contratos que comprometan vigencias futuras. 3. Enajenación y compraventa de bienes inmuebles. 4. Enajenación de activos, acciones y cuotas partes. 5. Concesiones. 6. Las demás que determine la ley.*”. En el evento de celebrar el respectivo contrato sin la previa autorización de la corporación, el mandatario podría estar incurso en el tipo penal de prevaricato por omisión, establecido en el artículo 414 del Código Penal.
2. Los señalados en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 136 de 1994 “(...) *Reglamentar la autorización al alcalde para contratar, señalando los casos en que requiere autorización previa del Concejo (...)*” Es decir, lo que cada concejo tenga en el reglamento expedido para tal efecto, en el evento de no existir solo necesita autorización en los señalados en el evento anterior.

⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado n.º 11001-03-06-000-2014-00285-00 (2238), del 11 de marzo de 2015.

⁸⁹ Posición que ha encontrado solidez en diferentes pronunciamientos, entre otros: Consejo de Estado, sección primera, radicado n.º 50001-23-31-000-2010-00548-01, del 19 de septiembre de 2019; Consejo de Estado, sección tercera, subsección A, año 2014, expediente 6600-123-31-000-2004-02098-01(33832), del 29 de mayo de 2014.

1.4.2.2 Autorizaciones de la asamblea departamental para contratar

Para el caso de los gobernadores, haciendo uso de la analogía legal establecida en el artículo 8 de la Ley 153 de 1986, estudiada por la Corte Constitucional en sentencia C-083 de 1995, se deben aplicar las dos modalidades señaladas en el caso de los alcaldes en donde se requiere autorización del cabildo municipal.

En tal sentido el Consejo de Estado⁹⁰ ha señalado que esta potestad no es absoluta, sino excepcional, por cuanto se debe hacer una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales y legales que regulan dicha atribución a las corporaciones de elección popular en conjunto con las funciones y atribuciones asignadas a los mandatarios, toda vez que entender lo contrario permitiría una codirección de la actividad contractual, escenario que tiene expresa prohibición legal⁹¹.

2. El principio de competencia como articulador de la organización territorial del poder dentro de un modelo unitario complejo.

De acuerdo a lo estudiado en el capítulo 1.3 del presente trabajo, el principio de competencia tiene un papel principal y fundamental en la articulación del actuar de los diferentes niveles territoriales, más aún si se tiene en cuenta el modelo unitario complejo en donde la autonomía de las entidades territoriales y la descentralización juegan un papel preponderante en la organización territorial, con la consecuente y permanente tensión del principio unitario y el de autonomía, tal como se abordó ampliamente en la primera parte del presente trabajo.

En este capítulo se realizara un análisis de cómo las competencias asignadas por el legislador a los entes territoriales en materia contractual delimita el ejercicio de la autonomía reconocida por el constituyente de 1991, estableciendo su alcance y contenido, y disminuye el margen de valoración administrativa (discrecionalidad) para adoptar decisiones, en donde se tomará

⁹⁰ Consejo de Estado, sección primera, radicado n.º 50001-23-33-000-2017-00266-01, del 30 de enero de 2020.

⁹¹ Al respecto el numeral 11 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 señala que en virtud del principio de economía: *“11. Las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación.”*

como ejemplo la implementación de los pliegos tipo (artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 modificado por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020).

2.1 Distribución de competencias para la estructuración de la voluntad en materia contractual y su incidencia en la discrecionalidad de las entidades territoriales.

La potestad contractual en cabeza de los entes territoriales se encuentra integrada por elementos reglados y discrecionales que en todo caso son orientados por el principio de legalidad y es el legislador quien establece la competencia y el límite de esta de acuerdo a la potestad establecida en la Constitución⁹².

La estructuración de la voluntad en materia contractual a partir de la promulgación de la Constitución de 1991 ha pretendido desligarse de los excesos regulatorios de la legislación anterior (Decreto – Ley 150 de 1976 y Decreto – Ley 222 de 1983), a partir de la promulgación de la Ley 80 de 1993, la cual se erige como una ley de principios, y posterior normatividad que conforma el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, normas que nacen a la vida jurídica debidamente constitucionalizadas (art. 150 de la Constitución Política).

No obstante, la competencia contractual de las entidades territoriales ha tenido un amplio desarrollo legislativo y reglamentario como respuesta a los diferentes fenómenos que no permiten la concreción finalística y teleológica de la contratación pública y que conllevan a retroceder volviendo a la lógica de la relación inversamente proporcional de la ley y el reglamento⁹³, a la disminución de la autonomía constitucionalmente reconocida y a la delimitación de las competencias como posteriormente se explicará con la adopción de pliegos tipo.

⁹² Tema que ha sido abordado en el capítulo 1.4 del presente trabajo.

⁹³ Señala el profesor Jose Luis Benavides que *“Si el querer del legislador era abandonar el régimen reglamentario del Decreto-Ley 222 de 1983 que definía en exceso los detalles de la contratación pública, de poco sirve tan sólo descender de un grado el reglamentarismo al permitir al Gobierno que lo haga a través de decreto, que también se imponen, en principio, a todas las entidades estatales.”* Véase en: JOSE LUIS BENAVIDES, *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*, segunda edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 120.

Uno de los fenómenos que ha justificado un mayor desarrollo legislativo en materia contractual es la corrupción y la consecuente búsqueda de transparencia en los procesos contractuales. Estos argumentos, entre otros, han sustentado la implementación de los pliegos tipo⁹⁴ a través de la Ley 1882 de 2018⁹⁵ que generó controversia respecto a la afectación de la autonomía territorial⁹⁶.

Con la implementación de los pliegos tipo y la radicación de competencia para su elaboración en una autoridad administrativa de nivel nacional, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente⁹⁷, se observa el traslado de una competencia que inicialmente se encontraba en su integridad en cabeza del ente territorial y que constituía un claro ejemplo del ejercicio de una potestad discrecional dentro del *iter contratus*.

Este desarrollo normativo que delimita las competencias en materia de elaboración de pliego de condiciones se enhiesta en un claro ejemplo en como el concepto y contenido de autonomía territorial está en constante evolución, no es inmutable, por cuanto este puede

⁹⁴ En el derecho comparado no resulta del todo novedoso la implementación de documentos tipo, no obstante, se observa que este proceso desarrollado a nivel mundial no ha buscado agotar las competencias de la entidad que tiene la facultad de contratar, sino que busca que los órganos utilicen sistemas similares que permitan a los participantes tener certeza respecto a cómo se desarrolla la contratación: JORGE ENRIQUE SANTOS RODRIGUEZ, “Concepto técnico especializado”, presentado en el proceso de inconstitucionalidad adelantado contra el artículo 4 (parcial) de la Ley 1882 de 2018, Corte Constitucional, expediente n.º D-12637.

⁹⁵ Durante el trámite legislativo de esta ley se argumentó que: “*Piedra angular de este proyecto es la búsqueda de mayor transparencia en los procesos de contratación, en especial de los entes territoriales; a partir de la exitosa experiencia internacional, se ha propuesto en el articulado la estandarización de documentos contractuales, medida trascendental para evitar futuros casos de corrupción, como los tan sonados carruseles de la contratación*” lo cual refleja que los diferentes actos de corrupción en materia de contratación llevaron al Gobierno Nacional a impulsar un proyecto de ley en el que se buscó implementar medidas para el fortalecimiento de la eficiencia y la transparencia en la gestión contractual, además de dotar al Gobierno de herramientas para la lucha contra la corrupción, situación que derivó entre otros aspectos en la implementación de los pliegos tipo: Exposición de motivos del proyecto de ley n.º 084 de 2016, Senado.

⁹⁶ Producto de esta controversia se presentó, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, demanda contra algunas expresiones contenidas en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, la cual se funda por parte del accionante en que dicha disposición contraria los artículos 1 y 287 de la Constitución Política, por cuanto vulneraría la autonomía de las entidades territoriales: Corte Constitucional, expediente n.º D-12637, Actor: Efraín Gómez Cardona.

⁹⁷ Inicialmente el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 atribuyó la competencia de adoptar pliegos tipo al Gobierno Nacional y con posterioridad el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020 lo modificó, asignando dicha competencia a la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente.

variar de acuerdo al régimen competencial asignado por el legislador que se desarrolla de acuerdo a la realidad política y social.

De igual manera, con esta facultad otorgada a la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, se da un cambio de paradigma en lo que respecta a la elaboración de los pliegos de condiciones en materia contractual, toda vez que incide en la discrecionalidad de las entidades territoriales, menguando su campo de valoración administrativa, asunto que será abordado en los siguientes capítulos.

Partiendo del instrumento jurídico establecido en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, como ejemplo que se desarrollara más adelante, es dable afirmar que el régimen competencial asignado por el legislador en materia contractual: i) da contenido, afecta y delimita la autonomía de las entidades territoriales e ii) incide en las potestades discrecionales a cargo de los entes territoriales en materia contractual al estar ligado el actuar de la administración al principio de legalidad y a los principios que orientan la contratación.

2.2 La discrecionalidad como herramienta que contribuye al desarrollo del principio de autonomía territorial en la contratación pública.

El reconocimiento constitucional de la autonomía territorial es dotado de contenido por el legislador, quien al momento de asignar las competencias en los diferentes niveles debe tener en consideración los postulados constitucionales mínimos de las entidades territoriales (núcleo esencial) a efecto de no anularla; límites mínimos y máximos que han sido desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Para el ejercicio de las competencias de las entidades territoriales, se ha determinado por el legislador que estas se desarrollan de manera reglada o discrecional⁹⁸, siendo las segundas la herramienta funcional que permite una mejor gestión de los intereses de las entidades

⁹⁸ Señala el profesor Ríos Alvares que *“la discrecionalidad no es un poder desvinculado de la ley-no es una potestad ejercida en remplazo de aquella-, sino, por el contrario, una facultad concedida y regulada por la norma positiva; una parte-no enteramente determinada, pero parte al fin-de la legalidad, inserta en el tejido del ordenamiento jurídico y en los principios que lo sustentan.”* Citado por: HUGO ALBERTO MARIN HERNANDEZ, *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 161.

territoriales al otorgarles una libertad limitada por el principio de legalidad y demás principios que rigen la actuación administrativa para escoger dentro de una baraja de opciones la decisión más conveniente y oportuna para alcanzar los fines establecidos por la constitución y la ley.

Aun cuando la contratación pública es una tarea reglada, hay aspectos que son discrecionales durante la actuación contractual, es así como durante la actuación administrativa de la etapa precontractual esta potestad se presenta por ejemplo en la elaboración de los pliegos de condiciones o durante la etapa contractual en la declaratoria de incumplimiento, imposición de multas, etc.

Previo a la implementación de los pliegos tipo se señaló por una parte de la doctrina que *“la confección de los pliegos de condiciones constituye un muy ilustrativo ejemplo sobre la dinámica decisoria, argumentativa y de razonamiento que implica la concepción de la discrecionalidad administrativa”*⁹⁹ tema que sirve de insumo para demostrar que la facultad contractual en cabeza de las entidades territoriales es relativa y limitada por el bloque de legalidad, en donde el legislador puede delimitar las competencias de los entes territoriales dándole alcance y contenido a la autonomía que les asiste sin afectar su núcleo esencial por cuanto se deben respetar las garantías mínimas para materializar la autonomía y la descentralización territorial dispuesta en la constitución, permitiéndole realizar las apreciaciones de oportunidad y conveniencia para alcanzar el fin principal de la contratación pública, que es la satisfacción del interés general.

En tal sentido, la discrecionalidad en la estructuración de los pliegos de condiciones no solo materializa la gestión de los intereses propios de las entidades territoriales, sino que se adecua a la voluntad del legislador de otorgar mayor libertad para la configuración de la relación jurídico contractual a las entidades estatales para así poder cumplir mejor sus tareas y lograr el propósito teleológico de la contratación pública.

⁹⁹ HUGO ALBERTO MARIN HERNANDEZ, “Naturaleza jurídica de las facultades de la administración para confeccionar pliegos de condiciones”, en *Revista digital de derecho administrativo*, n.º 1, enero – junio, 2009, p. 8.

En la doctrina se establecieron distintos criterios respecto a la intensidad de la discrecionalidad en la elaboración de los pliegos de condiciones¹⁰⁰: i) “(...) la existencia de un amplio margen de libertad de valoración a la administración para que en cada caso en concreto establezca el contenido del pliego de condiciones en especial al señalar las reglas y los criterios objetivos y razonables para adelantar el proceso de selección y sin perjuicio de los límites que debe respetar”¹⁰¹ ii) “(...) la administración no goza de una amplia discrecionalidad (...) sino que necesariamente debe estar conforme con los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa (...)”¹⁰²

Señala el autor Edgar González que respecto a estos dos criterios no existe una diferencia marcada por cuanto el ejercicio de esta potestad se enmarca en el respeto al principio de legalidad y en los principios que rigen la actuación contractual.

No obstante, esta libertad pretendida por el legislador en materia contractual, buscando dejar atrás la densidad de la legislación anterior (Decreto-Ley 222 de 1983), pareciera haber fracasado, reemplazándola por la reglamentación excesiva que se justifica en la adaptación constante de la administración a la realidad¹⁰³.

En tal sentido la potestad discrecional en la contratación estatal, que garantiza y da contenido al principio constitucional de autonomía territorial para la gestión de sus intereses conforme a los derechos reconocidos en el artículo 287 de la Constitución Política, se ve menguada con la implementación de los pliegos tipo. Como consecuencia de ello, también se afecta la autonomía de las entidades territoriales por cuanto se limita el ejercicio de esta potestad en la elaboración de los pliegos de condiciones y se traslada el desarrollo de algunos elementos de su contenido a una entidad del orden nacional como se explicará más adelante.

¹⁰⁰ EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ, *El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*, Serie Derecho Administrativo n.º 10, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p.p. 87 – 90.

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ Respecto al rol de la reglamentación en materia contractual, véase: JOSE LUIS BENAVIDES, *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*, segunda edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p.p. 118 – 128.

Dicho lo anterior, es claro que la discrecionalidad es una herramienta que contribuye a la materialización del principio de autonomía de las entidades territoriales en materia de contratación, por cuanto permite la gestión de los intereses y necesidades de las entidades territoriales, pero que está sujeta inescindiblemente al desarrollo legislativo, que determina en donde hay lugar a su aplicación. Por lo anterior, es dable afirmar que existe una relación directamente proporcional al grado de discrecionalidad con el que cuenta una entidad territorial con la autonomía.

Aunque la discrecionalidad se entienda como un elemento que contribuye a la materialización de la autonomía territorial, su reconocimiento o asignación, se insiste, está a cargo del legislador y en tal sentido puede ser limitada y hasta reducida a su mínima expresión convirtiéndola en una potestad reglada o asignando la competencia de establecer reglas a otra entidad con lo cual se limita su ejercicio, tal como se dio con el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 modificado por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020.

Teniendo en cuenta la limitación del ejercicio de la potestad discrecional en la elaboración de los pliegos de condiciones, que se dio a partir de la disposición normativa *ut supra*, se procederá a realizar un análisis de esta potestad.

2.2.1 Potestad discrecional en la configuración de pliegos de condiciones a partir de la implementación de los pliegos tipo.

Como se ha señalado el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, modificado por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, establece la implementación de pliegos tipo en la contratación estatal de obligatorio cumplimiento para las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación Pública del Estado, labor que encomienda a la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces.

Con estos documentos tipo la discrecionalidad por parte de los entes territoriales, se ve disminuida en los aspectos que son plenamente regulados por la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, esto es, respecto a los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia, así como aquellos

requisitos que, previa justificación, representen buenas prácticas contractuales que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública.

Pero ¿hasta qué punto es constitucionalmente aceptado delimitar la libertad de valoración (discrecionalidad) de los entes territoriales en la elaboración de los pliegos de condiciones sin que se llegue a afectar el principio de autonomía de las entidades territoriales?¹⁰⁴, este interrogante fue abordado por la Corte Constitucional en sentencia C-119 de 2020 en donde se concluyó que esta limitación realizada por el legislador a través de la implementación de pliegos tipo es constitucionalmente aceptada por cuanto no afecta su núcleo esencial.

Al momento del análisis la Corte puntualizó en esta sentencia que *“La elaboración de los pliegos de condiciones por parte de las entidades públicas es una clara manifestación de la autonomía de la voluntad de la que gozan en materia contractual. Sin embargo, esta facultad no es absoluta, al ser un acto administrativo sujeto al ordenamiento jurídico, por lo que, de manera razonable, el Legislador podría limitarla, como lo ha reconocido la jurisprudencia administrativa.”* Y al momento de analizar si la disposición normativa objeto de acción pública de inconstitucionalidad desconoce la autonomía de las entidades territoriales esta alta corte, concluyó:

“(i) (...) que la competencia atribuida por el último inciso del artículo 150 de la Constitución es amplia y no se encuentra restringida en lo que concierne a la contratación de las entidades territoriales (...). Sin embargo, advirtió que en ejercicio de dicha facultad, el Legislador no puede desconocer la autonomía de las entidades territoriales en materia de contratación para gestionar sus propios asuntos la que, en particular, les confiere la facultad para determinar sin intervención o tutela exógena, las necesidades que se pretenden satisfacer,

¹⁰⁴ Si bien el problema jurídico planteado por la Corte Constitucional en sentencia C-119 de 2020 se estructuró sobre el interrogante de *“determinar si la facultad atribuida al Gobierno Nacional por el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, para adoptar documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras o en cualquier otro tipo de contrato o proceso de selección, que considere el Gobierno Nacional y que deben ser obligatoriamente utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación, en sus respectivos procesos de selección, desconoce la autonomía de las entidades territoriales, prevista en los artículos 1 y 287 de la Constitución Política.”* La pregunta planteada guarda estrecha relación con lo estudiado por la Corte.

su priorización, la decisión de recurrir a la contratación, la configuración concreta de los elementos del contrato y la dirección tanto de la selección, como de la ejecución contractual, en el marco del ordenamiento jurídico. (ii) Estudió igualmente la relación que existe entre los pliegos de condiciones individualizados y aquellos estandarizados, respecto de la materialización de los principios de la función administrativa. Concluyó al respecto que aunque ambas figuras encuentran fundamento constitucional en los mandatos de optimización previstos en el artículo 209 de la Constitución y el Legislador goza de un amplio margen para configurar su régimen jurídico y para combinarlos, el principio constitucional de eficacia de la función administrativa implica que la estandarización de los pliegos de condiciones no puede convertirse en un obstáculo para la consecución de los fines de interés general confiados a cada autoridad administrativa, razón por la cual, los documentos normalizados **deben permitir adecuados márgenes de discrecionalidad, como instrumento indispensable para la eficacia administrativa.** (iii) Finalmente, determinó la constitucionalidad de las expresiones demandadas, (...) de la norma no surge vulneración alguna de la autonomía de los entes territoriales, en cuanto que la estandarización se predica únicamente de los requisitos habilitantes y los criterios de escogencia, elementos propios del procedimiento de selección de contratistas, materia en la que existe reserva de ley, el Legislador goza de un amplio margen de configuración normativa y que no se encuentra atribuida a la regulación de las entidades territoriales. Resaltó que la norma cuestionada no interfiere en la facultad de las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, la que, en materia contractual, se predica particularmente de la identificación autónoma de sus necesidades y la configuración de los elementos del contrato. (...)”. Negrilla y subrayado fuera del texto original.

Ese énfasis que realizó la Corte Constitucional al advertir que los documentos tipo deben permitir adecuados márgenes de discrecionalidad permite ratificar que esta potestad es una herramienta que otorga contenido al principio de autonomía territorial como se señaló en el capítulo anterior, y reafirma que el principio de autonomía de las entidades territoriales como mandato de optimización está sujeto inescindiblemente al desarrollo legislativo del marco competencial que le sea asignado y a la delimitación de las competencias.

La implementación de los pliegos de tipo, ha significado un cambio de paradigma para las entidades territoriales, y demás entidades estatales sometidas a su aplicación, por cuanto la libertad conferida por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para su elaboración ha sido reducida, estando obligadas a implementar las reglas que fije la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente.

No obstante, este cambio de paradigma, la confección de los pliegos de condiciones continúa siendo una potestad discrecional que está sometida al principio de legalidad, a los principios que rigen la contratación pública y a las reglas fijadas en los documentos tipo, marco que delimita el ejercicio de la competencia de los entes territoriales.

La libertad de valoración en la estructuración de pliego de condiciones que la doctrina estableció como un ilustrativo ejemplo sobre la dinámica decisoria, argumentativa y de razonamiento que implica la concepción de la discrecionalidad administrativa como lo afirmó el profesor Hugo Alberto Marín, con este desarrollo normativo se ve disminuido, no solo el margen de libertad para adoptar la decisión (discrecionalidad), sino que *per se* conlleva la reducción de una clara manifestación de la autonomía de los entes territoriales.

2.3 Afectación de la autonomía territorial con la implementación de los pliegos tipo

La Corte Constitucional en sentencia C – 119 de 2019 determinó que no se vulneraba la autonomía de las entidades territoriales con la incorporación de los pliegos tipo, para arribar a esta conclusión hizo mención al contenido de los pliegos de condiciones¹⁰⁵ estableciendo:

“(…) los pliegos de condiciones contienen dos grupos de normas: por una parte, aquellas relativas a la selección del contratista, cuya igualdad de oportunidades constituye la regla de oro del procedimiento competitivo donde se especifican, entre otros aspectos, tanto los requisitos que habilitan para la presentación de ofertas, como los factores de evaluación y

¹⁰⁵ Para consultar una obra especializada en materia de pliego de condiciones, véase: EDGAR GONZALEZ LÓPEZ, *El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*, Serie de Derecho Administrativo n.º 10, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

selección que, en el momento de la evaluación, deben determinar objetivamente cuál es la mejor oferta. Por otra parte, los pliegos contienen normas relativas al contenido concreto y específico del contrato que se celebrará, en particular los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, toda vez que el principio de planeación en la contratación, así como la igualdad en el acceso a los contratos públicos, exigen que la selección del contratista se realice a partir de un contrato concreto, por lo que debe existir congruencia entre los pliegos y el contrato finalmente celebrado.”

En tal sentido se indicó que el contenido estandarizado en los pliegos tipo correspondía al primer grupo referente a la selección del contratista y donde existía una autonomía relativa por cuanto la regulación de dichos procedimientos tiene reserva de ley, con amplia facultad de configuración por parte del Legislador y, por lo tanto, de allí se deriva la facultad reglamentaria presidencial¹⁰⁶. Además de puntualizar de que en este contenido del pliego de condiciones existe un interés nacional que justifica la intervención del legislador.

El solo hecho de existir reserva de ley en este asunto sostiene la tesis planteada por la Corte Constitucional. No obstante, en esta sentencia se expone como argumento el interés nacional en los siguientes términos *“La norma objeto de control de constitucionalidad, que autoriza al Gobierno Nacional para estandarizar unos precisos elementos de los pliegos de condiciones (requisitos habilitantes y factores de escogencia o de selección del contratista y documentos tipo), persigue finalidades que son de interés nacional y que superan lo meramente local. En particular, la estandarización de documentos contractuales es una opción del Legislador y del Ejecutivo (vía reglamentaria) en la lucha contra la corrupción en la contratación pública y, por esta vía, la protección del ordenamiento jurídico y del patrimonio público. Igualmente, la ampliación de la participación de oferentes con documentos tipo o estandarizados permite una selección más plural, transparente y,*

¹⁰⁶ Al momento de realizar el análisis de constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, este indicaba que era el Gobierno Nacional quien adoptaba los documentos tipo para los pliegos de condiciones y el Presidente de la Republica tanto en el Decreto 342 de 2019 como en el 2096 de 2019 encomendó el desarrollo e implementación de dichos documentos a la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, situación que dio lugar a discusión respecto a la competencia reglamentaria de esta Agencia. La anterior situación fue resuelta con el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020 que modificó el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, estableciendo directamente la competencia a la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente.

potencialmente, permite la escogencia de mejores ofertas para el interés general, asuntos que hacen parte de la competencia del Legislador en lo relativo a la expedición del estatuto general de contratación de las entidades públicas. Por otra parte, al tratarse de intereses nacionales, el Legislador goza de un amplio margen de configuración normativa, sin que la autonomía de las entidades territoriales pueda ser puesta de presente para impedir la protección de dichos intereses.”

Este argumento es un retroceso en la evolución jurisprudencial de como se ha resuelto la tensión entre el principio de autonomía de las entidades territoriales y el de Estado Unitario, esto por cuanto, como se explicó en el punto 1.1.2 del presente trabajo, corresponde a una de las reglas establecidas en la primera tesis adoptada por la Corte Constitucional en sentencia C-478 de 1992, esto es, que los asuntos nacionales priman sobre los territoriales.

Con este argumento de la Corte, se desconoce el mismo valor constitucional que le ha sido reconocido al principio de unidad y al de autonomía de las entidades territoriales, lo que en efecto conlleva a un retroceso a los triunfos que se han logrado en la jurisprudencia y en la doctrina de un principio que ha abierto camino en una tradición centralista y en una tendencia a concentrar las competencias en entidades del orden nacional.

La Corte Constitucional¹⁰⁷ al momento de decidir la demanda de inconstitucionalidad impetrada contra algunas expresiones del artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, que adicionó un párrafo al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en las que se atribuyó competencia al Gobierno Nacional para adoptar documentos tipo para los pliegos de condiciones de determinados contratos y que establece que los mismos deberán ser utilizados obligatoriamente por todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, donde están incluidas las entidades territoriales, determinó que: “*no surge vulneración alguna de la autonomía de los entes territoriales, en cuanto que la estandarización se predica únicamente de los requisitos habilitantes y los criterios de escogencia, elementos propios del procedimiento de selección de contratistas, materia en la que existe reserva de ley, el Legislador goza de un amplio margen de configuración*

¹⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia C – 119 de 2020.

normativa y que no se encuentra atribuida a la regulación de las entidades territoriales. Resaltó que la norma cuestionada no interfiere en la facultad de las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, la que, en materia contractual, se predica particularmente de la identificación autónoma de sus necesidades y la configuración de los elementos del contrato.”

Los argumentos expuestos por la Corte Constitucional para vislumbrar la afectación del principio de autonomía territorial y que han sido objeto de estudio en los capítulos anteriores, permiten concluir que la autonomía territorial no es absoluta, sino que debe ser equilibrada y armonizada con el principio de estado unitario y que su contenido está condicionado al desarrollo legislativo, siendo este último un desarrollo de las necesidades que surgen a partir de la realidad de la sociedad.

Entonces, es claro que la autonomía territorial es garantizada constitucional, legal y jurisprudencialmente y que en términos generales esta se respeta y se desarrolla de la mano con el principio de unidad nacional, pero en la realidad la autonomía así como las competencias asignadas a cada entidad territorial se ven disminuidas entre otros aspectos, por la desigualdad que existe entre los entes y que se debe a la clasificación que se ha desarrollado en torno a cada uno y depende de su ubicación, sus ingresos, regalías, relaciones interadministrativas, organización administrativa interna, entre otros factores.

Lo anterior, pues se insiste, a pesar de contar los entes territoriales con facultades para gestionar sus propios intereses, principalmente en lo que atañe a los aspectos políticos, administrativos y fiscales, no todas las entidades gozan de la capacidad técnica, administrativa y financiera que les permita desarrollar los mismos a nivel general, lo que en aplicación del test de proporcionalidad varias veces utilizado por la Corte Constitucional ha dado paso a la priorización del principio de República Unitaria en atención al traslado de competencias al poder central, situación que hace nugatoria la participación de los entes territoriales.

Lo anterior obedece a que la autonomía territorial como principio del Estado se halla en palpable formación, tan es así, que la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT) solo fue aprobada por el Congreso de la República luego de 20 años de expedida la Constitución de 1991, aun cuando desde los albores de la Asamblea Nacional Constituyente se dispuso que, a través de esta, se daría la asignación de competencia de los entes territoriales y que mediante las Leyes 9 de 1989 y 388 de 1997, se precisaron los lineamientos técnicos, políticos, administrativos y jurídicos sobre el proceso de Ordenamiento Territorial; y ello obedece a que, las competencias atribuidas a los departamentos y municipios están sujetas a un sistema de *numerus apertus* es decir, corresponde a un listado abierto que se encuentra en constante desarrollo tanto legal como jurisprudencial.

En tal sentido, se observa que el constituyente en ninguna de las normas que regulan las competencias de los entes territoriales, las enlistó de manera taxativa o cerrada, por lo contrario, dejó a disposición del legislador la posibilidad de asignar más competencias como se observa la Constitución Política en: i) el numeral 12 del artículo 300, ii) el artículo 302, iii) el numeral 15 del artículo 305, iv) el numeral 10 del artículo 313 y v) el numeral 10 del artículo 315.

Es así como el andamiaje constitucional, está diseñado para que el desarrollo de la autonomía de las entidades territoriales se materialice con la asignación de competencias por parte del legislador. Escenario que aplica de igual manera en materia de contractual, no obstante ser el principal instrumento para la gestión de los intereses de las entidades territoriales y la satisfacción de las necesidades, la autonomía en esta materia también está supeditada a la asignación de competencias por parte del legislador, pero con una clara tendencia a la entrega de éstas en cabeza del nivel central, en la mayoría de las veces justificada por la falta de capacidad técnica, administrativa y financiera, además por el fenómeno de la corrupción que ha permeado todas las esferas de la sociedad con gran influjo en materia de contratación estatal.

La implementación de los pliegos tipo en el ordenamiento jurídico-contractual colombiano de ninguna manera anula la autonomía de las entidades territoriales por cuanto aún persiste

un margen de discrecionalidad, en lo que respecta a la identificación de las necesidades y la configuración de los elementos del contrato. Por lo tanto, es dable que el legislador límite las competencias contractuales de las entidades territoriales siempre y cuando garantice un margen de discrecionalidad para la gestión de sus intereses en ejercicio del principio de autonomía territorial.

No obstante, ha sido criticado por parte de la doctrina, los argumentos que justificaron la implementación de los pliegos tipo, por cuando se cuestiona la idoneidad de los pliegos tipo como instrumento para combatir la corrupción y los llamado “pliego sastre”.

Un aspecto importante introducido por el legislador en la disposición demandada que luego sería modificada por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020 es la entrega de la competencia para que una entidad del orden nacional, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, adoptará documentos tipo, requiere analizar un tema que llama la atención y es la delimitación de una competencia del ente territorial por parte de una entidad administrativa del orden nacional , la cual se encarga de establecer unas reglas que son de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades territoriales, temática que a continuación se analizara.

2.4 Delimitación de la potestad discrecional de las entidades territoriales por una entidad administrativa del orden nacional.

Nuestra historia constitucional tiene una gran tradición centralista la cual dio un giro radical con la cláusula establecida en el artículo 1 de la Constitución Política de 1991, al establecer la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales.

No obstante, es recurrente ver una política legislativa que fortalece el poder a nivel central fundamentando este marco normativo en fenómenos sociales, económicos y culturales. Esta tendencia se presenta de igual manera en materia contractual, si se tiene en cuenta la importancia de la contratación pública como un instrumento transversal para el logro de los objetivos del Estado.

En el acto de creación de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, “*se reconoció la necesidad de tener una institucionalidad rectora en gestión contractual pública que promueva, articule, implemente, haga el seguimiento necesario a las políticas que orienten la actividad estatal, proporcione instrumentos gerenciales en dicha actividad y por esa vía colabore activamente en la mitigación de riesgo de corrupción en la inversión de los recursos públicos.*”¹⁰⁸, y de las funciones asignadas en la norma orgánica de esta entidad se ha presentado una discusión de si es o no ostentadora de la posibilidad de regular con actos administrativos reglamentarios la materia contractual.

Al respecto ha indicado la Corte Constitucional al realizar el estudio de constitucionalidad del numeral 5 (parcial) del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que Colombia Compra Eficiente “*No se trata de un órgano con competencias reglamentarias, sino doctrinales y de fijación de políticas públicas, encargado legalmente de interpretar las normas del sector, en desarrollo de su competencia para “Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”*”¹⁰⁹.

En el mismo sentido, el profesor Jorge Santos Rodríguez al comentar la sentencia proferida por el Consejo de Estado¹¹⁰ que decidió el medio de control de simple nulidad propuesto en contra de dos apartes del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015, luego de realizar un análisis de los pronunciamientos de la sentencia y de las funciones asignadas en la norma orgánica de Colombia Compra Eficiente, concluye que sus funciones en materia normativa no incluyen la competencia de regular administrativamente la materia contractual y que por tanto los manuales, guías y circulares que expide Colombia Compra

¹⁰⁸ Decreto 4170 de 2011 “*Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura.*”

¹⁰⁹ Corte Constitucional, sentencia C – 004 de 2017

¹¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, del 16 de agosto de 2017, expediente 11001-03-26-000-2016-00016-00(56166). Sentencia mediante la cual se decidió medio de control de simple nulidad contra dos apartes del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015 relativos a la competencia de Colombia Compra Eficiente para disponer la forma en que las Entidades obligadas deben suscribir el Acuerdo Marco de Precios, de una parte, y la no exigencia de garantías contractuales a los proveedores del Acuerdo, salvo que en él se disponga lo contrario.

Eficiente no tienen carácter obligatorio, no tienen contenido normativo, sino que se trata de instrumentos, herramientas o prácticas que contribuyen a mejorar la contratación estatal¹¹¹.

La profesora Mónica Sofía Safar Díaz, al realizar un análisis de la misma sentencia del Consejo de Estado, indicó que efectivamente no todo documento expedido por Colombia Compra Eficiente tiene carácter vinculante, por cuanto esta competencia debe derivar de la ley, puntualizando que “(...) a la luz de la normatividad vigente, solamente la función aquí estudiada relacionada con los acuerdos marco de precios consagra el tipo de atribuciones que permiten el desarrollo reglamentario que avala jurídicamente la generación de documentos vinculantes por la Agencia Nacional de Contratación”¹¹².

De la discusión planteada entorno a la competencia reglamentaria y el carácter vinculante de los documentos expedidos por Colombia Compra Eficiente, existe un acuerdo entorno a que es posible que la ley atribuya directamente una competencia reglamentaria¹¹³ o de regular asuntos en materia contractual.

Respecto a la potestad reguladora y reglamentaria, el profesor Jorge Enrique Ibáñez Najjar, ha señalado que por vía del reglamento (potestad reglamentaria del Presidente de la República) se puede regular la contratación estatal¹¹⁴, y con mayor razón nada se opone a que esta actividad del Estado sea objeto de regulación administrativa por una autoridad

¹¹¹ JORGE SANTOS RODRIGUEZ, “Las facultades reglamentarias de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente”, en *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 19, Universidad Externado de Colombia, 2018.

¹¹² MONICA SAFAR DIAZ, “La reivindicación de competencias de Colombia Compra Eficiente por el Consejo de Estado. ¿nuevo alcance de la potestad reglamentaria o interpretación extensiva de la ley por la jurisprudencia?”, en *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 19, Universidad Externado de Colombia, 2018.

¹¹³ La Corte Constitucional en sentencia C – 350 de 1997 indicó que “La potestad reglamentaria, (...) no es exclusiva del Presidente de la República, cosa distinta es que, a éste, dado su carácter de suprema autoridad administrativa del Estado, le corresponda por regla general esa atribución. (...) En algunas ocasiones, y así lo entendió el Constituyente, es necesario extender esa potestad a autoridades y organismos administrativos diferentes al ejecutivo, a los cuales es posible atribuirle inclusive por vía legal, pues sólo así es posible garantizar la efectividad de la norma jurídica que produce el legislador.”

¹¹⁴ Potestad reglamentaria que es permanente como atribución constitucional y que tiene sus limitaciones y restricciones en la Constitución y la ley: Corte Constitucional, sentencia C – 508 de 2002.

administrativa para que la ejerza permanente, previo otorgamiento de esta competencia por la Constitución o por la ley¹¹⁵.

Esta especie de competencia reglamentaria, se presenta en el caso de los pliegos tipo implementados con el artículo 4 de la Ley 1882 de 2019, modificado por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, en donde se dotó de una potestad normativa a la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, para que adoptara los documentos tipo. Esta regulación administrativa en materia contractual, en teoría permite que una autoridad administrativa especializada regule de manera flexible, ágil, eficaz, eficiente y oportuna, pero es innegable que reviste una centralización en perjuicio de las entidades territoriales.

La potestad entregada a esta Agencia constituye una delimitación de la competencia contractual de las entidades territoriales, al establecer reglas que deben seguir¹¹⁶. La delimitación puede ser constitucional o legal y que en el caso de los pliegos tipo se observa como el legislador traslado a una autoridad del nivel nacional esa facultad reglamentaria para que llene un espacio normativo y defina algunos contenidos específicos del pliego de condiciones que en principio era potestativo de las entidades territoriales en ejercicio de esa manifestación discrecional para la gestión de sus intereses.

Los contenidos que estandariza la Agencia ungida con esta potestad a partir de la modificación realizada al artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, corresponde a criterios de la parte del procedimiento de selección del contratista¹¹⁷,

¹¹⁵ JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR, "ALCANCE Y LÍMITES DE LAS POTESTADES REGULADORA Y REGLAMENTARIA La división de competencias existente entre la ley y el acto administrativo normativo, sea regulador o reglamentario", en *Vniversitas*, vol. 52, núm. 106, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, p.p. 9–93.

¹¹⁶ Señala el profesor Juan Carlos Covilla que "A través del reglamento la administración pública está contemplando el vacío que dejó la ley que atribuía la competencia propia (...)" al respecto véase "Diferencia entre el ejercicio de la competencia de coordinación y capacidad de delimitar una competencia o regular un sector de actuación de un ente local" en: JUAN CARLOS COVILLA MARTINEZ, *Coordinación y autonomía en la Administración Pública*, Thomson Reuters Aranzadi : Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2019, p.p. 191 - 193.

¹¹⁷ Se ha dicho por parte de la doctrina que "El pliego de condiciones contiene dos clases de regulaciones: -Las condiciones contractuales, donde se reseñan las condiciones que se aplicarán en la ejecución del contrato que pretende formalizarse, como su objeto y especificaciones, los límites a su cuantía contenidos en el presupuesto

en donde como lo afirmó la Corte Constitucional en sentencia C-119 de 2020 existe una reserva de ley con amplia facultad de configuración por parte del Legislador. Por lo que tiene sustento, conforme a lo argumentado en la sentencia en mención, que se limite el ejercicio de la potestad discrecional en la elaboración en los pliegos de condiciones sin que signifique la anulación de la autonomía de las entidades territoriales.

En esta medida se observa como la delimitación de competencias de las entidades estatales mediante el ejercicio de una potestad reglamentaria y de configuración normativa asignada por el legislador a una entidad del orden nacional afecta el principio de autonomía de las entidades territoriales, disminuyendo la expresión de este elemento sustancial de la organización del Estado; afectación que no anulada este principio, en tanto, se garantice el margen de capacidad de gestión reconocido constitucionalmente para que las entidades territoriales planeen programen, dirijan, organicen, ejecuten, coordinen y controlen sus actividades.

En tal sentido, es oportuno indicar que al igual que la potestad reglamentaria del Presidente de la República¹¹⁸, el desarrollo de la competencia atribuida a la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, encuentra sus limitaciones y restricciones en la Constitución y en la ley.

Por lo tanto, en el evento de exceder los límites de la reglamentación administrativa en la adopción de pliegos tipo, lo cual se podría presentar cuando se interfiera en la facultad de las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, la que, en materia contractual, se

oficial de la entidad, la forma de pago, el plazo de entrega (...) y en general las obligaciones y los derechos de las partes. - Las reglas y condiciones del proceso de selección objetiva, considerado de naturaleza normativa (...): EDGAR GONZALEZ LÓPEZ, *El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*, Serie de Derecho Administrativo n.º 10, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 44.

¹¹⁸ Respecto a las limitaciones de la potestad reglamentaria se ha indicado que *“se encuentra específicamente restringida por la Constitución en primer término, por las leyes como normas de jerarquía superior y necesariamente ha de ejercerse tomando en consideración como un todo jurídico la propia ley mencionada, que fija los parámetros dentro de los cuales debe circunscribirse la reglamentación que se dicte por el Ejecutivo, no para sustituir al legislador, ni como legislador paralelo, sino dentro de un ámbito estrictamente administrativo para no exceder las funciones y atribuciones que al Presidente de la República le señala el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política.”*: Corte Constitucional, sentencia C – 508 de 2002.

predica particularmente de la identificación autónoma de sus necesidades y la configuración de los elementos del contrato, tal como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C - 119 de 2020, el control de legalidad deberá realizarse a través del medio de control de nulidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al tratarse de una competencia que se materializa en un acto administrativo de carácter general.

3. Conclusiones

Desde la Constitución de 1991, la asignación y reconocimiento del principio de autonomía territorial a las entidades territoriales ha tenido que ser desarrollado bajo la reserva legal, la que ha permitido determinar su alcance, jugando un papel fundamental la jurisprudencia de la Corte Constitucional por cuanto ha existido tensión constante con el principio de Estado Unitario.

Dentro de los desarrollos legislativos que han surgido, se observa que, se ha trasladado la toma de decisiones del nivel local al nacional, y un claro ejemplo de ello, se presenta en la implementación de los pliegos tipo en donde evidentemente se ve una disminución de la autonomía de las entidades territoriales amparada bajo la facultad de configuración normativa del legislador, ello por cuanto el artículo 287 constitucional permite al legislador darle alcance a la autonomía territorial delimitando sus competencias aplicando el principio de prevalencia del interés general el cual está vinculado directamente con el cumplimiento de las finalidades esenciales del Estado colombiano.

Este traslado de una competencia para que se delimite el ejercicio precontractual de las entidades territoriales, si bien es cierto disminuye el espectro de la autonomía de estas, no anula este principio, por cuanto garantiza unos mínimos márgenes de discrecionalidad, tal como lo puntualizó la Corte Constitucional en sentencia C-119 de 2020, permitiéndole a estas realizar las apreciaciones de oportunidad y conveniencia para que programen, dirijan, ejecuten, coordinen y controlen sus actividades.

En tal sentido, la limitación que hace la autoridad del orden nacional, habilitada por el legislador para establecer los pliegos tipo, se debe ceñir exclusivamente a los criterios del procedimiento de selección del contratista, por cuanto es allí donde existe una reserva de ley que le permite al legislador o a una autoridad del nivel nacional autorizada por este, delimitar el ejercicio de la función contractual.

En el evento de que el legislador o la autoridad nacional habilitada para la configuración de los pliegos tipo invadan el margen de capacidad de gestión reconocido constitucionalmente, se vería desconocido y anulado el principio de autonomía de las entidades territoriales.

4. Bibliografía

ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*, Ernesto Garzón (trad), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BENAVIDES, JOSE LUIS. *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*, segunda edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

COVILLA MARTINEZ, JUAN CARLOS. “Concurrencia y coordinación en las distintas tipologías de determinantes de los planes de ordenamiento territorial”, en *Ordenación del territorio, ciudad y derecho urbano: competencias, instrumentos de planificación y desafíos*, JORGE IVAN RINCON CORDOBA y NICOLAS CABEZA MANOSALVA (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

COVILLA MARTINEZ, JUAN CARLOS. “La necesidad de la regulación de las relaciones interadministrativa”, en *Diseño institucional del Estado democrático en América Latina*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, MAGDALENA CORREA HENAO y PAULA ROBLEDO SILVA (eds.), 2018.

COVILLA MARTINEZ, JUAN CARLOS. *Coordinación y autonomía en la Administración Pública*, Thomson Reuters Aranzadi: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2019.

DAVILA VINUEZA, LUIS GUILLERMO. *Régimen jurídico de la contratación estatal*, tercera edición, Bogotá, Legis Editores S.A., 2016.

EXPOSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. “Autonomía de la voluntad, competencias regladas y discrecionalidad en el contrato estatal”, en *Las transformaciones de la administración pública y de derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Tomo II La reinención de los instrumentos jurídicos y materiales utilizados por la Administración, HECTOR SANTAELLA QUINTERO (ed.), 2019.

GONZALEZ LÓPEZ, EDGAR. *El pliego de condiciones en la contratación estatal*, Serie de Derecho Administrativo n.º 10, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

HERNANDEZ BECERRA, AUGUSTO. *Ordenamiento y desarreglo territorial en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

HERNÁNDEZ VIDAL, AUGUSTO. “La discrecionalidad territorial”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 6, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, julio-diciembre 2011.

IBÁÑEZ NAJAR, JORGE ENRIQUE. “ALCANCE Y LÍMITES DE LAS POTESTADES REGULADORA Y REGLAMENTARIA La división de competencias existente entre la ley y el acto administrativo normativo, sea regulador o reglamentario”, en *Vniversitas*, vol. 52, núm. 106, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2003.

MARIN HERNANDEZ, HUGO ALBERTO. *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

MARIN HERNANDEZ, HUGO ALBERTO. “Naturaleza Jurídica de las Facultades de la Administración para confeccionar Pliegos de Condiciones” en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 1, 13 de junio de 2009.

MARÍN HERNANDEZ, HUGO ALBERTO. “Algunas anotaciones en relación con la discrecionalidad administrativa y el control judicial de su ejercicio en el derecho urbanístico colombiano”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, núm. 2, julio-diciembre, 2009.

MORELL OCAÑA, LUIS. “La coordinación del Estado y las Comunidades Autónomas con la Administración Local”, en *Documentación administrativa*, n.º 230 – 231, 1992.

PERDOMO VILLAMIL, CAMILO. “La gestión ambiental de las entidades territoriales: ¿atrapada en la organización territorial?”, en *Derecho de las entidades territoriales*, PAULA

ROBLEDO SILVA, HECTOR SANTAELLA QUINTERO, JUAN CARLOS COVILLA MARTINÉZ (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

PINO RICCI, JORGE. *El régimen jurídico de los contratos estatales*, primera edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

RAGONE, SABRINA y COVILLA MARTINEZ, JUAN CARLOS. “La ley de Regiones colombiana de 2019: Reflexiones desde las contribuciones al derecho constitucional comparado de la descentralización”, en *federalismi.it – ISS 1826-3534*, n.º 1, disponible en: <https://www.federalismi.it/ApplyOpenFilePDF.cfm?artid=40845&dpath=document&dfile=07012020044205.pdf&content=La%2BLey%2Bde%2BRegiones%2Bcolombiana%2Bde%2B2019%3A%2BReflexiones%2Bdesde%2Blas%2Bcontribuciones%2Bal%2Bderecho%2Bconstitucional%2Bcomparado%2Bde%2Bla%2Bdescentralizaci%C3%B3n%2B%2D%2Bs tato%2B%2D%2Bdotrina%2B%2D%2B>.

RINCÓN CARDONA, JORGE IVÁN. *Teoría de la organización administrativa en Colombia*, Bogotá (Colombia), Universidad Externado de Colombia, 2018.

ROBLEDO SILVA, PAULA. *La autonomía municipal en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

ROBLEDO SILVA, PAULA. “La autonomía territorial como forma de reconocer la existencia de particularidades dentro del Estado Unitario”, en *Las transformaciones de la administración pública y de derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Tomo I Constitucionalización de la disciplina y evolución de la actividad administrativa, JORGE IVÁN RINCÓN (ed.), 2019.

ROBLEDO SILVA, PAULA. “¿Cómo entender el territorio? Anotaciones de como ampliar el concepto”, en *Ordenación del territorio, ciudad y derecho urbano: competencias, instrumentos de planificación y desafíos*, JORGE IVAN RINCON CORDOBA y NICOLAS CABEZA MANOSALVA (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

SAFAR DIAZ, MONICA. “La reivindicación de competencias de Colombia Compra Eficiente por el Consejo de Estado. ¿nuevo alcance de la potestad reglamentaria o interpretación extensiva de la ley por la jurisprudencia?”, en *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 19, Universidad Externado de Colombia, 2018.

SANTAELLA QUINTERO, HÉCTOR. “La maraña de competencias e instrumentos de ordenación del territorio en el derecho administrativo colombiano: interacción multinivel más allá del criterio jerárquico y de la simple concertación horizontal”, en *Ordenación del territorio, ciudad y derecho urbano: competencias, instrumentos de planificación y desafíos*, JORGE IVAN RINCON CORDOBA y NICOLAS CABEZA MANOSALVA (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. "Autonomía fiscal de las entidades territoriales", en *Revista impuestos*, enero/febrero, Bogotá, 1992.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. “Fundamentos constitucionales del derecho administrativo colombiano”, en *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n.º 31, enero – marzo, 2008.

SANTOS RODRIGUEZ, JORGE. “Las facultades reglamentarias de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente”, en *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 19, 2018.

SANTOS RODRIGUEZ, JORGE ENRIQUE. “Concepto técnico especializado”, presentado en el proceso de inconstitucionalidad adelantado contra el artículo 4 (parcial) de la Ley 1882 de 2018, Corte Constitucional, expediente n.º D-12637.

VALENCIA-TELLO, DIANA CAROLINA y KARAM DE CHUEIRI VERA. “Descentralización y re-centralización del poder en Colombia. La búsqueda de equilibrios

entre la nación y las entidades territoriales”, en *"Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica"*, vol. 23, 2014.

NORMATIVIDAD

Constitución Política de 1991.

Decreto Ley 150 de 1976.

Decreto Ley 222 de 1986.

Ley 11 de 1986.

Ley 9 de 1989.

Ley 80 de 1993.

Ley 388 de 1997.

Ley 1150 de 2007.

Decreto 4170 de 2011.

Ley 1454 de 2011.

Ley 1882 de 2018.

Ley 1962 de 2019.

Ley 2022 de 2020.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, sentencia T – 406 de 1992.

Corte Constitucional, sentencia C – 449 de 1992.

Corte Constitucional, sentencia C-478 de 1992.

Corte Constitucional, sentencia C-517 de 1992.

Corte Constitucional, sentencia C-004 de 1993.

Corte Constitucional, sentencias C - 216 de 1994.

Corte Constitucional, sentencia C-317 de 1996.

Corte Constitucional, sentencia C – 535 de 1996.

Corte Constitucional, sentencia C – 350 de 1997.

Corte Constitucional, sentencia C – 561 de 1999.

Corte Constitucional, sentencia C - 534 de 1996.

Corte Constitucional, sentencia C - 535 de 1996.

Corte Constitucional, sentencia C - 772 de 1998.

Corte Constitucional, sentencia C – 795 de 2000.

Corte Constitucional, sentencia C-1096 de 2000.

Corte Constitucional, sentencia c – 579 de 2001.

Corte Constitucional, sentencia C - 837 de 2001.

Corte Constitucional, sentencia C - 1051 de 2001.

Corte Constitucional, sentencias C - 1258 de 2001.

Corte Constitucional, sentencia C – 427 de 2002.

Corte Constitucional, sentencia C – 508 de 2002.

Corte Constitucional, sentencia C - 889 de 2002.

Corte Constitucional, Sentencia C - 931 de 2006.

Corte Constitucional, sentencia C – 909 de 2007.

Corte Constitucional, sentencia C- 713 de 2009.

Corte Constitucional, sentencia C – 149 de 2010.

Corte Constitucional, auto 383 de 2010.

Corte Constitucional, sentencia C - 489 de 2012.

Corte Constitucional, sentencia C - 889 de 2012.

Corte Constitucional, sentencia C - 624 de 2013.

Corte Constitucional, sentencia C – 123 de 2014.

Corte Constitucional, sentencia C – 004 de 2017.

Corte Constitucional, sentencia C – 346 de 2017.

Corte Constitucional, sentencia C – 189 de 2019.

Corte Constitucional, sentencia C – 246 de 2019.

Corte Constitucional, sentencia C – 119 de 2020.

Corte Constitucional, sentencia C – 138 de 2020.

Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil, radicado n.º 1371, del 15 de noviembre de 2001.

Consejo de Estado, sección tercera, subsección A, radicado n.º 66001233100020040109801, del 29 de mayo de 2014.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado n.º 11001-03-06-000-2014-00285-00 (2238), del 11 de marzo de 2015.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, expediente 11001-03-26-000-2016-00016-00(56166), del 16 de agosto de 2017.

Consejo de Estado, sección primera, radicado n.º 50001-23-31-000-2010-00548-01, del 19 de septiembre de 2019.

Consejo de Estado, sección primera, radicado n.º 50001-23-33-000-2017-00266-01, del 30 de enero de 2020.

Consejo de Estado, sección primera, radicado n.º 50001-23-33-000-2017-00266-01, del 30 de enero de 2020.