



Revista Digital de Derecho Administrativo

ISSN: 2145-2946

Universidad Externado de Colombia

Milkes, Irit

Desafíos y dinámicas de la administración pública: la adjudicación
de derechos públicos subjetivos bajo el presupuesto de escasez
Revista Digital de Derecho Administrativo, núm. 18, 2017, pp. 355-369
Universidad Externado de Colombia

DOI: 10.18601/21452946.n18.14

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=503857545014>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEM  redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Desafíos y dinámicas de la administración pública: la adjudicación de derechos públicos subjetivos bajo el presupuesto de escasez

IRIT MILKES¹

Reseña bibliográfica de Luis Arroyo y Dolores Utrilla (coords.). *La administración de la escasez: los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

RESUMEN

La obra colectiva *La administración de la escasez: los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número* aborda el rol de la administración pública en su imperiosa necesidad de apoyarse en la construcción dogmática realizada sobre los temas de la función administrativa en general, y sobre la actividad de adjudicación de derechos públicos subjetivos en situaciones de concurrencia, en particular. Para esto estudia aquellas situaciones de escasez derivadas de una mayor demanda de interesados en la obtención o reconocimiento de derechos a "adjudicar" respecto a la oferta realizada por la

1 Estudiante de Derecho y monitorea investigadora del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: irit.milkes@est.uexternado.edu.co Fecha de recepción: 15 de octubre de 2016. Fecha de modificación: 10 de noviembre de 2016. Fecha de aceptación: 25 de noviembre de 2016. Para citar el artículo: MILKES, I. "Desafíos y dinámicas de la administración pública: la adjudicación de derechos públicos subjetivos bajo el presupuesto de escasez", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 18, segundo semestre, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 355-369. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n18.14>

administración pública. Se plantea así la relevancia de dotar al procedimiento administrativo en cada caso concreto de los principios generales del derecho y de los principios constitucionales que materialicen aquellas garantías que conducen a la eficacia y el debido respeto de los derechos fundamentales de cada sujeto procesal.

Palabras clave: Adjudicación, derechos públicos subjetivos, Administración pública, Procedimiento administrativo, constitucionalización del Derecho Administrativo.

ABSTRACT

The reviewed book examines the role of the Public Administration and its need to rely on a dogmatic construction of the administrative function, particularly when administrative agencies decide cases involving the award of subjective public rights in competitive scenarios. After exploring shortage situations due to an increasing number of petitions for the recognition of individual rights before administrative authorities, the study deems important to reinforce the respect of constitutional and general principles of the Law in adjudicative procedures. On the one hand, this will prevent selective and unfair awarding of individual rights in competitive scenarios. On the other hand, this will allow the Administration to efficiently allocate resources and, as a result, protect the fundamental rights of these individuals.

Keywords: Administrative Awarding, Subjective Public Rights, Public Administration, Adjudicative Procedures, Constitutionalisation of Administrative Law.

INTRODUCCIÓN

Esta obra colectiva tuvo su origen en el congreso internacional celebrado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Leiden en el año 2012, el cual estableció como objeto de estudio la adjudicación de autorizaciones y ayudas en el derecho de la Unión Europea y en el de sus Estados miembros. Además de los coordinadores de la obra, Luis Arroyo y Dolores Utrilla, el evento contó también con la participación de los profesores Ferdinand Wollenschläger², Johan Wolswinkel³ y Silvia Díez Sastre⁴.

- 2 Abogado de la Universidad de Múnich y doctor en Derecho de la Universidad de Edimburgo, Ferdinand Wollenschläger es catedrático de la Universidad de Augsburgo, donde dicta Derecho Administrativo, Derecho Europeo y Derecho Público. Wollenschläger también ha sido profesor en la Universidad de Würzburg y en la Universidad de Sarre. Recuperado el 8 de octubre de 2016 de: https://www.jura.uni-augsburg.de/lehrende/professoren/wollenschlaeger/mitarbeiter/ferdinand_wollenschlaeger/

Uno de los objetivos principales de la obra es estudiar los fundamentos sobre los cuales se ha construido la teoría general de la actividad administrativa de recursos escasos; es decir, eventos de concurrencia donde se pretende asignar contratos y empleos públicos o títulos habilitantes limitados en número sobre bienes públicos, entre otros. Aquellas situaciones, por regla general, conducen a una decisión de "adjudicación" la cual también plantea diversos problemas, como por ejemplo los diversos criterios de adjudicación, el modo y los límites del ejercicio de la discrecionalidad de la administración en cada caso concreto, las garantías de los interesados que pretenden obtener una decisión a su favor y verse provistos de una tutela judicial efectiva.

El presente trabajo se desarrolla guardando el mismo orden lógico de la obra reseñada. En principio, el capítulo primero analiza las bases metodológicas y conceptuales de los recursos escasos como presupuesto de la actividad de adjudicación de derechos limitados en número. Después, se observa en el capítulo segundo la identificación de las bases constitucionales de esta actividad, desarrollándolo en conjunto con la mención de algunos principios que la influyen. El capítulo tercero despliega la perspectiva de esta actividad en el marco del derecho europeo, para finalizar en los capítulos cuarto y quinto con la exposición del procedimiento administrativo de adjudicación, sus etapas y características transversales con procedimientos administrativos generales, y la necesidad de implementar una tutela que garantice de manera efectiva los derechos de los competidores, respectivamente.

1. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE ADJUDICACIÓN DE DERECHOS LIMITADOS EN NÚMERO: BASES CONCEPTUAL Y METODOLÓGICA

En este primer capítulo de la obra colectiva, Luis Arroyo y Dolores Utrilla inician exponiendo la problemática actual de la administración pública que, según su criterio, paulatinamente ha tenido que dar soluciones particulares

- 3 Profesor de la Universidad de Ámsterdam, dicta Derecho Constitucional y Derecho Administrativo. Igualmente, se desempeña como investigador del Centro de Investigación de Derecho y Gobernanza de la misma Universidad y dirige el Programa de Contratos Públicos: Derecho y Gobernanza. Además, es profesor asociado de la Universidad de Tilburg. Recuperado el 8 de octubre de 2016 de: <https://www.tilburguniversity.edu/webwijs/show/c.j.wolswinkel/>
- 4 Abogada de la Universidad Autónoma de Madrid y doctora en Derecho con mención en Derecho Europeo de la misma Universidad. Se desempeña como profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid, específicamente en las áreas de Contratación Pública y Procedimiento Administrativo. Recuperado el 8 de octubre de 2016 de: [http://www.obcp.es/index.php/mod.expertos/mem.detalle/id.38/relecategoria/relemenu.7/relemenu.2.3/chk.1e3bce070f9bc73d2b1f84b65cad094e](http://www.obcp.es/index.php/mod.expertos/mem.detalle/id.38/releategoria/relemenu.7/relemenu.2.3/chk.1e3bce070f9bc73d2b1f84b65cad094e)

a las situaciones de escasez como consecuencia de una premisa general: la pluralidad de interesados.

De acuerdo a la mencionada delimitación conceptual con la que inicia el capítulo de la obra objeto de esta reseña, los autores mencionan que es preciso delimitar los contornos de la actividad administrativa de adjudicación de recursos escasos, y por ende opta por explicar el alcance de las categorías de *recurso* y de *escasez*.

1.1. EL RECURSO

Dentro de la correspondiente demarcación, los autores optan por explicar de manera extensiva los elementos propios de la actividad de adjudicación de recursos escasos, haciendo alusión a que el concepto de *derecho público subjetivo* debe usarse en un sentido amplio, esto es, referido a las "situaciones jurídicas activas o de poder, cuyo titular ostenta frente a un poder público" donde se desarrolla consecuentemente su carácter público, su grado de perfeccionamiento y su estructura jurídica.

1.2. LA ESCASEZ

La escasez, como lo mencionamos anteriormente, resulta uno de los rasgos característicos del objeto de la actividad administrativa de recursos escasos, ya que la administración se ve llamada a asignar derechos limitados en número en situaciones de concurrencia. Es así como los autores profundizan en los posibles motivos de la escasez y el modo en el que esta se produce, atribuyéndola a un proceso básico económico; es decir, si el número de la oferta es menor a la demanda correspondiente de los interesados en obtener la adjudicación de ese derecho público subjetivo, efectivamente se tratará de una situación de escasez.

"[L]a escasez es, por tanto, un verdadero presupuesto de la actividad administrativa de adjudicación y no el simple resultado de ejercicio de las correspondientes potestades administrativas"⁵. Podemos observar, a título de ejemplo, los derechos de emisión de gases del efecto invernadero, la competencia y el procedimiento para la enajenación de valores representativos del capital de sociedades mercantiles de los cuales es titular la administración pública, los títulos habilitantes para la utilización de bienes públicos, las decisiones administrativas habilitantes limitadas en número como las *concesiones administrativas*, la prestación de servicios públicos de todo orden, entre otros.

Una vez vistos los presupuestos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos públicos subjetivos limitados en número, los autores

5 Obra reseñada, p. 34.

plantean la urgente necesidad de que se le dé a ella un tratamiento dogmático, con la finalidad de mejorar su interpretación y regulación sectorial, para así obtener una mejor comprensión del derecho vigente. Esta solución ha sido proporcionada e influenciada por el derecho alemán, que a su vez ha sido un faro jurídico para el derecho administrativo europeo y un estudio de derecho comparado determinante para la realización de la obra reseñada.

2. LAS BASES CONSTITUCIONALES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE ADJUDICACIÓN DE DERECHOS LIMITADOS EN NÚMERO

Este capítulo hace una aproximación a los "presupuestos constitucionales que limitan y dirigen el modo en que esa actividad ha de ser configurada normativamente y desarrollada por la propia Administración Pública"⁶. Es así como el autor de este capítulo, Luis Arroyo, identifica las funciones esenciales de este ejercicio; posteriormente, identifica una función científica en la medida que es el derecho constitucional el que proporciona insumos y criterios para el desarrollo del derecho administrativo general. Por último, determina el análisis de los fundamentos constitucionales y la manera como estos cumplen una función que lleva correlativamente a la mejora y evolución del derecho administrativo sectorial.

He aquí una manifestación del fenómeno de la "constitucionalización" que se busca exponer, toda vez que la "verdadera relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo sólo se empezó a evidenciar cuando se reconoció la fuerza normativa superior de la Constitución como fuente del Derecho administrativo y se dio así el primer paso hacia la constitucionalización de este, dentro de un verdadero Estado de Derecho y no simplemente en un Estado legal"⁷. El reconocimiento de la fuerza normativa del texto constitucional aparece de cierta manera como el resultado de las tradiciones propias que se derivan de cada sistema, presente en la configuración de cualquier ordenamiento jurídico, pudiendo por ende identificar la influencia que tiene este fenómeno jurídico en el derecho administrativo como disciplina autónoma, tanto en sus bases y contenido como en su relación con otras ramas del derecho.

Al estudiar el alcance y los límites de la aproximación constitucional se menciona que el conjunto de principios constitucionales puede ser dividido en dos categorías: la primera, compuesta por los principios que se pueden proyectar sobre la adjudicación administrativa de cualesquiera derechos pú-

6 Obra reseñada, p. 47.

7 ANDRÉS OSPINA GARZÓN, "Presentación", en *La constitucionalización del derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, ALBERTO MONTAÑA PLATA y ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN (eds.), 2014, pp. 11-18; ver además, MARIE-JOËLLE REDOR, *De l'État légal à l'État de droit*, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1992.

blicos subjetivos limitados en número, y la segunda, referente al conjunto de principios que actúan como mandatos de optimización. Esta última categoría está dirigida tanto a las autoridades competentes de regular la adjudicación de derechos públicos subjetivos limitados en número, como a las autoridades competentes para tramitar el respectivo procedimiento y así adoptar una decisión de adjudicación. Por otro lado, las disposiciones que resultan de la primera categoría son normas que actúan como reglas jurídicas que indefectiblemente deben ser aplicadas.

Conforme a lo anterior, respecto a los mandatos de optimización, realiza un planteamiento novedoso, al señalar que existen derechos que debido a su contenido prestacional no pueden ser objeto de la actividad administrativa de adjudicación⁸. Esto, no porque no ostenten características de escasez, sino dado su carácter incondicional de reconocimiento constitucional, lo cual obliga a garantizar el acceso al recurso a todos sus titulares e impide por ello que su distribución se articule mediante un procedimiento de adjudicación administrativa, como lo veremos luego con mayor profundidad.

A lo largo del desarrollo de la obra, el autor opta, después de hacer ciertas precisiones metodológicas para el análisis de los presupuestos constitucionales, por hacer una explicación por medio de una lista enunciativa de distintos principios, como lo son los de igualdad, libertad, imparcialidad, objetividad y eficacia, explicándolos a partir de su relación con los criterios de adjudicación y su influencia en los distintos procedimientos de esta actividad administrativa.

2.1. IGUALDAD

Es evidente que, al encontrarnos ante un contexto de adjudicación de recursos escasos, el correspondiente procedimiento lleva a la satisfacción de las expectativas de los sujetos interesados, mientras que a su vez se da la insatisfacción de los restantes que reciben un trato diferenciado. Por esta razón, para el autor el principio de igualdad es una de las columnas vertebrales del proceso administrativo de adjudicación en la medida que este "condiciona la regulación y el desarrollo de la actividad administrativa de adjudicación de recursos escasos"⁹.

A partir de un estudio riguroso de las disposiciones, tanto de la Constitución española como de las normas de derecho comunitario, Arroyo explica cómo el derecho a la igualdad es reconocido como un derecho fundamental y tiene operancia simultánea como un derecho subjetivo y como un principio objetivo,

8 LUIS ARROYO, "Las bases constitucionales de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número", en *La administración de la escasez: los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número*. Madrid: Marcial Pons, LUIS ARROYO JIMÉNEZ y DOLORES UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO (dirs.), 2015, p. 74.

9 Obra reseñada, p. 50.

tanto en el derecho interno (art. 14 CE)¹⁰ como en el derecho comunitario. Lo anterior ha llevado a evidenciar que en el marco europeo y en los sistemas jurídicos de sus Estados miembros hay una interpretación homogénea.

Finalmente, se analiza cómo la decisión de limitar el número de derechos públicos subjetivos puede estar afectada por el principio de igualdad, ya que este condiciona el modo en que la ley regula los criterios de adjudicación, tal como se ejemplifica en la fijación de estos dentro de los contratos del sector público y sus respectivos pliegos de contratación, regulados por la Ley española de Contratos de Sector Público. Lo anterior también se aplica para el caso colombiano, que tiene un desarrollo jurisprudencial extenso sobre el principio de igualdad en materia de contratación pública¹¹.

2.2. LIBERTAD

Bajo este principio se subsumen aquellos supuestos en los que la posición jurídica limitada en número está protegida por el texto constitucional, en el entendido de que se trata de un derecho a acciones negativas por parte del Estado. El autor analiza las libertades reconocidas tanto en el derecho interno como en el derecho de la Unión Europea, destacando la *libertad de circulación en el mercado interior* y la *libre prestación de servicio*, más la suma de un listado reconocido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

De esta manera, se evidencia a lo largo de la obra, y en particular en este acápite, la relevancia constitucional de este principio, ya que produce un efecto habilitante sobre el ejercicio de la actividad administrativa de adjudicación y su forma de operar como derechos acciones negativas del ente estatal.

Finalmente, podemos observar el desarrollo completo de un postulado esencial en el derecho constitucional y que influencia enormemente el derecho administrativo, ya que la limitación de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número, y por consiguiente la limitación del número de autorizaciones, según el autor, "tendrá que justificarse en otro principio constitucional, satisfacer las exigencias que se derivan del principio de proporcionalidad y no afectar al contenido esencial de la libertad limitada"¹².

10 Art. 13 CP de Colombia.

11 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencias del 3 de diciembre de 2007, exp. 24715, C.P.: Ruth Stella Correa; del 19 de julio de 2011, exp. 12037, C.P. Alir Hernández; del 14 de marzo de 2013, exp. 24059, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez; del 29 de agosto de 2013, exp. 39005, C.P.: Jaime Orlando Santofimio; del 21 de mayo de 2008, exp. 15963, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra; del 30 de abril de 2014, exp. 26967, C.P.: Hernán Andrade Rincón; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 23 de agosto de 2013, exp. 2148, C.P.: William Zambrano Cetina. Corte Constitucional. Sentencia C-499 de 2015, M.P.: Mauricio González Cuervo.

12 Obra reseñada, p. 69.

Lo anterior permite determinar en qué medida se intervendrá sobre la libertad dependiendo de las exigencias del interés público.

2.3. PRESTACIÓN

En el presente acápite se usa la noción de *prestación* en sentido amplio, con el objetivo de cobijar varios supuestos, es decir, aquellos casos en los que la posición jurídica reflejada del derecho limitado en número cuya adjudicación corresponde a la administración pública consiste en una obligación de hacer (derechos a acciones positivas o prestaciones en sentido estricto), de dar (derechos de crédito) o de consentir el uso de bienes públicos (derechos reales).

Sin embargo, en nuestra opinión la *prestación*, en el desarrollo lógico del capítulo, es un enclave en la exposición metodológica del mismo, ya que efectivamente, como lo reconoce el autor, la prestación no es objeto de la actividad administrativa de adjudicación, aunque posea características esenciales de la escasez.

No obstante, se plantea la cuestión de que a través del sistema de *numerus clausus* el legislador haga frente a la situación de escasez, "limitando el número de prestaciones y disponiendo que estas se distribuyan mediante la actividad administrativa de adjudicación"¹³, como, por ejemplo, en el acceso a determinados estudios universitarios, la adjudicación de viviendas de protección pública. Lo anterior resulta entonces de una relación dual derivada del carácter prestacional de un derecho, ya que esta figura, como un mandato de optimización, vincula a la administración a garantizar su acceso y/o adjudicación en la mayor medida posible.

2.4. IMPARCIALIDAD

Para empezar, el autor menciona que se ha equiparado en varias legislaciones las nociones de *imparcialidad* y de *objetividad*, dotándolas de un mismo sentido y contenido semántico. Sin embargo, él difiere de esta similitud ya que considera que son esencialmente diferentes; por esta razón pretende en su escrito realizar una separación de las mismas, ya que la imparcialidad hace alusión a la necesidad de que la actividad administrativa de adjudicación tenga como presupuesto la neutralidad respecto a los intereses de los sujetos interesados en el procedimiento de adjudicación, mientras que la objetividad consiste en que todas las decisiones administrativas de adjudicación se adopten después de un juicio de todos los elementos e intereses relevantes.

Al hacer referencia a la influencia de estos principios dentro del procedimiento y los criterios de adjudicación, el autor hace una *summa divisio* donde

13 Obra reseñada, p. 81.

subsume bajo tres categorías las exigencias que se derivan del principio de imparcialidad respecto a la neutralidad: en primer lugar, señala la importancia de la *neutralidad personal* de los empleados que participan en el procedimiento de adjudicación, recogidos en el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa del Defensor del Pueblo, materializados en técnicas procesales reconocidas, como la abstención o la recusación, que, al igual que en el ordenamiento jurídico español, en nuestro Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) se encuentran reconocidas¹⁴. Posteriormente, encontramos una *neutralidad institucional*, que exige a la entidad administrativa una posición imparcial respecto a los intereses particulares concurrentes. Y por último encontramos la *neutralidad procedimental*, que pretende reducir el riesgo de que se adopten decisiones administrativas de adjudicación de manera indebida, o que beneficien incorrectamente a unos interesados en perjuicio de los otros.

No obstante, debemos mencionar que Colombia tiene una de aquellas legislaciones que equiparan estos términos. En cuanto a las disposiciones generales referentes al procedimiento administrativo, contempladas en el artículo 3 numeral 3 CPACA, corresponden a la descripción realizada por el autor. Sin embargo, en la Ley 1150 de 2007 se menciona el principio de selección objetiva que parece incorporar la definición del principio de imparcialidad traída por el CPACA en el citado artículo, agregando disposiciones que corresponden a una actuación objetiva en materia de contratación pública.

Más allá de una simple diferencia en ámbitos del lenguaje, para el autor esta distinción tiene consecuencias directas en la definición de los criterios y modalidades de adjudicación y en la configuración del procedimiento administrativo específico que culmina en una decisión administrativa. Lo cual puede significar insumos importantes para el legislador colombiano y para las entidades administrativas que son competentes para conocer de estos procesos de adjudicación.

2.5. EFICACIA

El principio de eficacia en el derecho de la Unión Europea y en el derecho de los países miembros es un modelo de asimetría normativa, ya que, sin perjuicio de que el primero imponga a los Estados miembros y sus administraciones públicas correspondientes la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la eficacia de sus normas, no contiene un principio general de eficacia de la actuación administrativa, a pesar de que en el derecho interno, por lo menos en el caso español, lo contemple como tal.

14 Arts. 11 y 12 CPACA (Ley 1437 de 2011).

En el caso colombiano, el CPACA prevé la *eficacia* como un principio (art. 3 num. 11) que busca que los procedimientos generales y particulares logren su finalidad, mediante actuaciones que lleven a concretar la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa. De igual forma, la *eficacia* como principio está inmersa en los *finés de la contratación pública* previstos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública¹⁵ (art. 3).

3. LAS AUTORIZACIONES EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Wolswinkel completa el estudio de los presupuestos que se derivan del derecho de la Unión Europea mediante el análisis de los que condicionan, específicamente, la adjudicación de autorizaciones administrativas limitadas en número. En este capítulo se evidencia que el autor, tras haber realizado una investigación anterior¹⁶, proporciona una imagen completa del tipo de exigencias que son relevantes mediante el análisis de la Directiva de Servicios y su conexión con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de libertades de circulación, cuya capacidad de penetración en los ámbitos sectoriales más diversos es bien conocida.

El análisis que se expone, comienza con una aproximación de las disposiciones del derecho de la Unión Europea, tal como lo mencionamos anteriormente, relevantes en el ámbito de la asignación de autorizaciones limitadas en número. Estas muestran un marcado carácter fragmentario, ya que mientras hay algunos temas que se encuentran regulados y desarrollados de manera detallada y suficiente¹⁷, existen otros que se encuentran escasamente regulados mediante normas de derecho derivado¹⁸.

De este apartado se deduce que uno de los grandes retos del derecho comunitario es establecer, bajo un mismo parámetro, criterios de selección para los procedimientos de adjudicación respectivos en una economía de mercado. Dentro del marco europeo y unas fronteras extendidas, se debe garantizar que los interesados puedan aplicar y participar en aquellas situaciones de concurrencia con la expectativa de obtener una decisión de adjudicación a su favor. Por esto mismo, al ser condiciones jurídicas reguladas de manera horizontal para los Estados miembros de la Unión Europea, estos deben evitar la implementación de procedimientos previos que entorpezcan el ejercicio de las

15 Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

16 C. J. WOLSKINKEL, "Limited Authorisations".

17 Directiva de Hidrocarburos (Directiva 94/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo). Directiva de Autorización (Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo).

18 Como es el caso de las autorizaciones limitadas en número para el desarrollo de actividades de juego *online* (*gambling*). Ver JOHAN WOLSWINKEL. "Las autorizaciones en número en el derecho de la Unión Europea", en *La administración de la escasez*, cit., pp. 109-137.

empresas que se encuentran en cualquier Estado de la Unión Europea y que desarrollen actividades transfronterizas.

4. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN DE DERECHOS LIMITADOS EN NÚMERO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL

Wollenschläger estudia la modalidad de la actuación administrativa desde un enfoque del derecho administrativo general, contando también con un arduo trabajo de derecho comparado que toma como referente el derecho alemán.

En el tema del procedimiento administrativo de adjudicación de derechos limitados en número y la tutela judicial efectiva de los competidores, Wolleschläger presenta el procedimiento a través del cual la administración selecciona entre varias personas y, con base en determinados criterios, a uno o varios sujetos. Esta selección se realiza según la intención o propósito particular que se persigue al iniciar el procedimiento. Sin embargo, el autor identifica que una de las problemáticas de los procedimientos específicos en las distintas leyes sectoriales es el desconocimiento u omisión de los principios generales y disposiciones superiores del ordenamiento jurídico. Frente a esto, plantea la adopción de un *procedimiento "tipo"* que represente un nivel intermedio en la construcción sistemática del procedimiento administrativo, esto es, una clase de procedimiento que constituya un puente entre la teoría general del procedimiento y los distintos sectores de actividad administrativa, "reconduciendo las disparidades procedimentales existentes en la legislación sectorial a modelos de regulación de un nivel de abstracción intermedio"¹⁹.

Para estos efectos, se inicia con una *fase de preparación* donde la administración tiene el deber de establecer bases reguladoras del contexto de adjudicación, definiendo tanto el objeto a asignar como los criterios y el procedimiento de adjudicación siempre y cuando no haya una expresa regulación por parte del legislador. Conforme a lo anterior, podemos inferir que el propósito de realizar exitosamente la *fase de preparación* es obtener buenas bases de adjudicación que definen la naturaleza jurídica de la decisión y su carácter vinculante. Esto permite compensar técnicamente los márgenes de decisión concedidos a la administración, facilitando la ulterior revisión jurisdiccional de la actividad administrativa de adjudicación.

Teniendo en cuenta que las bases de adjudicación pueden ser fijadas en una norma de rango reglamentario, estas vinculan por regla general a la administración a las bases prefijadas, salvo los casos en donde, respetando el procedi-

19 FERDINAND WOLLESCHLÄGER, "El procedimiento administrativo de adjudicación de derechos limitados en número en el derecho administrativo general", en *La administración de la escasez*, cit., p. 140.

miento de producción normativa correspondiente, reforme las bases en el curso de la adjudicación. Lo anterior podemos asimilarlo, en el caso colombiano, a la revocación directa del acto de apertura de un proceso de selección, como lo ha mencionado el tribunal supremo de lo contencioso administrativo, ya que

... es posible que ese acto de apertura sea retirado del ordenamiento jurídico, de manera definitiva, mediante la revocatoria directa, es decir, a través de la expedición de otro acto administrativo en sentido opuesto [...] [E]n suma, el acto administrativo de apertura puede ser revocado directamente por la Administración hasta antes de que agote sus efectos jurídicos, es decir, hasta antes de que se adjudique o se declare desierto el proceso de selección; pero, en cada caso, debe observar las situaciones jurídicas que se han generado y las razones que conducen a adoptar la decisión, para evitar que el acto revocatorio surja viciado de nulidad²⁰.

Posteriormente encontramos una *fase de convocatoria*, seguida de una *fase de solicitud* y una *fase de decisión*²¹ basadas en aquellos criterios de adjudicación planteados en la primera fase de preparación. Lo dicho hasta aquí supone que la actuación realizada conforme a las bases de adjudicación que se plantearon previamente permite respetar las garantías de manera efectiva y evitar situaciones de déficit de información pertinente para los interesados e impedir decisiones de asignación con vicios en su procedimiento. Por último, termina con una *fase de resolución* en la cual la decisión tomada por la administración se ve formalizada a través de una resolución de adjudicación debidamente motivada.

El resultado del análisis de Wolleschläger es la presentación de un trabajo minucioso de estructuración, desde una perspectiva metodológica y teórica, de un procedimiento administrativo de adjudicación que respete las garantías y derechos de los sujetos procesales, así como también los intereses de la administración.

5. LA TUTELA DE LOS COMPETIDORES EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE ADJUDICACIÓN

El análisis de Wolleschläger se complementa de manera pertinente con el trabajo de Díez Sastre en este capítulo, el cual observa de manera ostensible la necesidad de determinar las especiales exigencias que permiten la tutela efectiva de los particulares en un procedimiento administrativo específico. Así mismo, el reconocimiento del respeto a la tutela judicial efectiva como mandato de optimización, como regla general, lleva a la autora a concluir que no encaja

20 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de noviembre de 2014, exp. 31297, C.P.: Carlos Alberto Zambrano.

21 FERDINAND WOLLESCHLÄGER, ob. cit., pp. 156-157.

en los casos de procedimientos específicos, ya que los intereses particulares de los sujetos en situación de concurrencia se excluyen; es decir que "la tutela de los particulares puede limitarse en los procedimientos de asignación de recursos escasos"²².

De esta manera, a lo largo del capítulo observamos cómo la tutela judicial efectiva debe interpretarse como un mandato que equilibre las posiciones iusfundamentales de los distintos actores involucrados quienes no se pueden ver totalmente satisfechas sus pretensiones que tienen por objetivo la protecciones de sus intereses. Lo anterior lleva a que la autora plantee una división metodológica entre una *restitución primaria*, que pretende el restablecimiento de la posición jurídica subjetiva que se ha visto ciertamente vulnerada, y una *restitución secundaria*, como la compensación económica de los daños sufridos en la esfera patrimonial.

Para desarrollar el estudio pretendido, se toman como referencia la regulación y la jurisprudencia del derecho español, a nivel tanto interno como europeo; por consiguiente, se trata de poder analizar las particularidades de la actividad administrativa de adjudicación de recursos escasos desde una perspectiva, como lo mencionamos anteriormente, de un mandato constitucional de tutela judicial efectiva sin indefensión.

El debate planteado en la obra y en gran parte de la doctrina radica en el cuestionamiento de si estas clases de tutela judicial efectiva son formas complementarias de tutela, o si hay alguna prevalencia de alguna de ellas por parte del ordenamiento jurídico y la administración. La autora, a manera de posible conclusión, menciona que los distintos ordenamientos jurídicos tienden a preferir la tutela primaria frente a la secundaria, sin existir alguna prevalencia, haciendo relevancia en su autonomía. No obstante, hay algunos casos donde es posible ver una relación de subsidiariedad de la tutela secundaria respecto de la eficacia de la tutela primaria. En principio, cuando se logra restablecer la legalidad a tiempo, se evita la producción de daños o el agravamiento de los existentes; no obstante, no en todos los casos es o será necesario garantizar la tutela *restitutoria primaria*, porque "cuando el restablecimiento de la posición jurídica subjetiva del particular no es posible o procedente, únicamente queda la posibilidad de resarcirle por los daños ocasionados"²³; es decir, una *restitución secundaria*. Cabe afirmar, por consiguiente, que la obra objeto de esta reseña es bastante completa, en la medida que plantea un recorrido por las importantes dinámicas para la construcción de una verdadera teoría sobre la adjudicación de derechos limitados en número.

22 Obra reseñada, p. 213.

23 SILVIA DÍAZ SASTRE, "La tutela de los competidores en los procedimientos administrativos de adjudicación", en *La administración de la escasez*, cit., pp. 234-235.

CONSIDERACIONES FINALES

El trabajo inicia planteando las bases metodológicas para su estudio, siendo bastante incisiva en el presupuesto de escasez de la actividad administrativa de adjudicación, presupuesto que nos permite hacer las respectivas salvedades dentro del ordenamiento jurídico colombiano y nutrirnos de la perspectiva del derecho común europeo. Asimismo, menciona y desarrolla las dinámicas de constitucionalización del derecho administrativo y su estructura, fenómeno que lleva a garantizar una tutela judicial efectiva dentro de los diferentes procedimientos administrativos en general y el procedimiento administrativo de adjudicación de derechos públicos subjetivos de recursos escasos en particular.

Podemos llegar a la conclusión de que el derecho administrativo evoluciona a partir de políticas que han sido materializadas por cada administración en virtud de su función reguladora. Y además, de la urgente necesidad de que sea esta disciplina jurídica y las construcciones doctrinales que de ella se han hecho, el marco de referencia a partir del cual se materialicen las políticas en cuestión. En otras palabras, solo mediante la construcción sistemática del derecho administrativo se puede lograr una satisfacción coherente y homogénea de sus presupuestos constitucionales, y así garantizar el cumplimiento de su función directiva, neutralizando el riesgo de desintegración que genera la evolución de las regulaciones administrativas sectoriales.

Conforme a las anteriores dinámicas expuestas en esta obra colectiva, de manera simultánea se esbozan nuevos retos que representan insumos para la academia y diferentes operadores jurídicos: entre ellos, consideramos la necesidad de construir o seguir garantizando procedimientos "tipo", para que el ejercicio de la función administrativa sea respetuoso de las garantías de los sujetos que en él participan, haciendo efectiva la tutela judicial efectiva de los intereses públicos que la administración tiene encomendados.

Más allá del convencimiento de que la actividad administrativa de adjudicación debe tener un tratamiento dogmático, la importancia de esta obra consiste en señalar que dicho estudio no debe limitarse a la elaboración de simples propuestas de interpretación para su elaboración, sino incorporarlo al sistema del derecho administrativo en la práctica. Lo anterior, con la finalidad de evitar la multiplicidad de regímenes sectoriales, enclaves de un sistema jurídico que pretende y necesita armonizarse.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO, LUIS; UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, DOLORES et al. *La administración de la escasez: los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número*, Madrid: Marcial Pons, 2015.
- COVILLA MARTÍNEZ, JUAN CARLOS. *Autorizaciones y concesiones en el derecho administrativo colombiano*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN. *Curso de derecho administrativo*, Madrid: Thomson-Civitas, vol. II, 9.^a ed., 2004.
- GORDILLO, AGUSTÍN. *Tratado de derecho administrativo: Parte general*, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 8.^a ed., 2003.
- MAYER, OTTO. *Derecho administrativo alemán*, Horacio Heredia y Ernesto Krotoschin (trad.), Buenos Aires: Depalma, 1951, vol. III.
- OSPINA GARZÓN, ANDRÉS FERNANDO. "Presentación", en *La constitucionalización del derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, ALBERTO MONTAÑA PLATA y ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN (eds.), 2014, pp. 11-18.
- PAJEJO ALFONSO, LUCIANO. *Lecciones de derecho administrativo*, Valencia y Bogotá: Tirant lo Blanch y Universidad Externado de Colombia, 2011.
- SHMIDT-ASSMANN, EBERHARD. "El concepto de la constitucionalización del derecho administrativo", en ALBERTO MONTAÑA PLATA y ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN (eds.), *La constitucionalización del derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 23-38.