





Serie de Derecho Administrativo N.º 30

---

El derecho administrativo como idea  
y sus transformaciones contemporáneas



Daniel Castaño  
Editor

**El derecho administrativo  
como idea  
y sus transformaciones  
contemporáneas**

Universidad Externado de Colombia

*El derecho administrativo como idea y sus transformaciones contemporáneas / Irit Milkes [y otros] ; Daniel Castaño, editor. – Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2018.*

445 páginas ; 21 cm. (Derecho Administrativo ; 30)

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587900026

1. Derecho administrativo – Fundamentos 2. Contratos administrativos 3. Concesiones 4. Administración pública -- Aspectos jurídicos I. Castaño, Daniel, editor II. Universidad Externado de Colombia III. Título IV. Serie.

344 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.  
Octubre de 2018

ISBN 978-958-790-002-6

© 2018, DANIEL CASTAÑO (EDITOR)  
© 2018, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá  
Teléfono (57-1) 342 0288  
publicaciones@uexternado.edu.co  
www.uexternado.edu.co

Primera edición: noviembre de 2018

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones  
Corrección de estilo: Néstor Clavijo  
Composición: Álvaro Alexander Rodríguez Peña  
Impresión y encuadernación: Imageprinting Ltda.  
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia  
*Printed in Colombia*

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

## CONTENIDO

ESTUDIO INTRODUCTORIO: EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO IDEA ORDENADORA Y SUS TRANSFORMACIONES CONTEMPORÁNEAS Irit Milkes y Daniel Castaño	9
CAPÍTULO PRIMERO DELIMITACIÓN DE LA CONTRIBUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO A LA FORMACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO NACIONAL A PARTIR DE LA REVISIÓN DE SUS INFLUENCIAS FORÁNEAS: LA TRADICIONAL FRANCESA Y LA ALTERNATIVA ESTADOUNIDENSE Alberto Montaña y Daniel Castaño	41
CAPÍTULO SEGUNDO LA DIMENSIÓN TELEOLÓGICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: EN BÚSQUEDA DE UN NUEVO PASO EN LA EVOLUCIÓN DOGMÁTICA Samuel Baena y Camilo Perdomo	87
CAPÍTULO TERCERO ¿EXISTEN AÚN PRERROGATIVAS PÚBLICAS EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO? José Luis Benavides	135
CAPÍTULO CUARTO LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS (APP) EN COLOMBIA Y EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL Jaime Orlando Santofimio y Mónica Liliana Ibagón	167
CAPÍTULO QUINTO LA ACCIÓN DE REPETICIÓN Y LA ACCIÓN FISCAL: COMPLEMENTARIEDAD Y CONCURRENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ANTICIPATIVO Verónica Peláez y Juan Carlos Peláez	221

CAPÍTULO SEXTO LA REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS Y LA ADECUACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL A LOS PARÁMETROS CONVENCIONALES. ¿MITO O REALIDAD? María Juliana Santaella	267
CAPÍTULO SÉPTIMO LOS RETOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO FRENTE A LA GOBERNANZA DE INTERNET Paola Beatriz Cardozo y Luz Mónica Herrera	299
CAPÍTULO OCTAVO EL EUFEMISMO DEL TÉRMINO AGENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO Aníbal Zárate	341
CAPÍTULO NOVENO UN PUNTO DE VISTA NORMATIVO ACERCA DEL “NUDGE FINANCIERO” Diego Moreno	411

**ESTUDIO INTRODUCTORIO:  
EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO IDEA  
ORDENADORA Y SUS TRANSFORMACIONES  
CONTEMPORÁNEAS**

IRIT MILKES<sup>1</sup>  
DANIEL CASTAÑO<sup>2</sup>

**Resumen:** de acuerdo con la teoría de los sistemas, se podría argumentar que el derecho administrativo, como subsistema, es el reflejo de ciertas instituciones y estructuras políticas, económicas, sociales y culturales presentes en un momento determinado, razón por la que cualquier cambio en dichas instituciones o estructuras acarrea, las más de las veces, una transformación de las instituciones propias del derecho administrativo. Este estudio introductorio tiene por propósito realizar una presentación descriptiva de nueve transformaciones contemporáneas del derecho administrativo en Colombia y proponer que la teoría del derecho administrativo como idea ordenadora se erige en el instrumento predilecto para garantizar que la interacción entre este y otras disciplinas se desarrolle de

- 
- 1 Investigadora del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Abogada de la misma casa de estudios.
  - 2 Profesor de Derecho, Universidad Externado de Colombia. Abogado de la misma casa de estudios. LL. M. (Master of Laws) & J. S. D. (Doctor of Juridical Science), University of California at Berkeley.

manera coherente para preservar la identidad del derecho administrativo y su aptitud para gobernar la actividad de la Administración pública.

**Palabras clave:** derecho administrativo, teoría de los sistemas, contratación estatal, regulación, derecho internacional.

## PRIMERA PARTE: INTRODUCCIÓN

Hablar de las transformaciones contemporáneas del derecho administrativo implica una compleja labor investigativa orientada a identificar la manera en que el cambio de las circunstancias económicas, políticas, sociales y culturales está redefiniendo la identidad de nuestra disciplina y su aptitud para gobernar la actividad de la Administración pública con los particulares. La amplitud y diversidad de las temáticas aquí desarrolladas son una muestra de ello. El derecho administrativo, entonces, debe hacer frente a las nuevas realidades del tráfico jurídico que le permitirán atender de manera pronta y eficaz, por un lado, el estudio de su objeto, y por el otro, la protección efectiva de toda persona a los efectos jurídicos que repercutan de los actos estatales.

Esta obra colectiva tiene como objetivo contextualizar y analizar, desde una perspectiva dogmática y práctica, cuáles son los nuevos retos del derecho administrativo como subsistema. Así, los autores abordarán que a su juicio representan transformaciones modernas del derecho administrativo que van desde su dimensión teológica hasta la influencia del derecho internacional de los derechos humanos y la economía conductual, pasando por nuevos instrumentos para la gestión de las relaciones contractuales de la Administración pública y el gobierno de la internet. Por medio de un ejercicio crítico, los autores estudian instituciones y temáticas que han sido tradicionalmente observados y desarrollados por el derecho administrativo para conservarlos total o parcialmente o, por el contrario, con la finalidad de

nuevos planteamientos novedosos que pretenden responder a nuevas necesidades sociales.

El objeto de este estudio introductorio estriba, además de presentar en términos descriptivos las contribuciones que conforman esta obra, en demostrar cómo estas marchan al mismo compás dictado por los principios generales del derecho administrativo de acuerdo con los postulados del derecho administrativo como idea ordenadora defendido por el profesor Eberhard Schmidt-Assmann.

Este estudio procede en dos partes, a la luz de los postulados teóricos del derecho administrativo como idea ordenadora y de su continua construcción y reconstrucción dinámica en clave *autopoiética*. En la segunda parte realizaremos una presentación en clave descriptiva y sin ninguna pretensión normativa o prescriptiva de las contribuciones individuales que conforman esta obra colectiva, con el fin de poner de relieve las distintas transformaciones contemporáneas del derecho administrativo en Colombia desde las diferentes perspectivas y aristas propuestas por los autores. Luego, con esa base, en la tercera parte realizaremos algunas consideraciones a manera de conclusión sobre la comprobación empírica de la forma en que la idea ordenadora del derecho administrativo se ha encargado de impulsar las distintas transformaciones del derecho administrativo en Colombia mediante la preservación de la identidad de nuestra disciplina.

#### SEGUNDA PARTE: NUEVE TRANSFORMACIONES CONTEMPORÁNEAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

En su capítulo “Delimitación de la contribución del contrato de concesión de servicio público a la formación del derecho administrativo nacional a partir de la revisión de sus influencias foráneas: la tradicional francesa y la alternativa estadounidense”, Alberto Montaña y Daniel Castaño especulan sobre las transformaciones que el derecho administra-

tivo podría experimentar en nuestros días, con ocasión de una relectura crítica de sus fundamentos de acuerdo con la influencia del derecho estadounidense y la tradición legal del *common law* en la construcción del derecho administrativo colombiano. Para ello, los citados autores presentan dos visiones distintas sobre las influencias foráneas que ha tenido el contrato de concesión en Colombia y su papel en la construcción del derecho administrativo nacional. Tras un cuidadoso análisis, los autores proponen una síntesis entre la visión racional-deductiva del derecho administrativo de corte continental europeo y del *civil law* y la visión pragmático-inductiva propia del derecho administrativo estadounidense y el *common law* que permita realizar una lectura crítica del derecho administrativo nacional.

Luego, en el capítulo titulado “La dimensión teleológica del derecho administrativo: en búsqueda de un nuevo paso en la evolución dogmática”, Samuel Baena y Camilo Perdomo parten de un supuesto concreto: el derecho administrativo colombiano cuenta con un vacío teórico que consiste en la ausencia o inexistencia de una identificación adecuada de la finalidad que persigue. A partir de un método dogmático<sup>3</sup>, se proponen estudiar —en el contexto nacional— las justificaciones yuxtapuestas por el derecho administrativo en sí mismo como ciencia y como ordenamiento positivo. Así, los autores pretenden identificar las finalidades propias del subsistema normativo en estudio, para así comprobar su presencia en el ordenamiento jurídico colombiano y la coordinación que debe predicarse entre la parte general y la especial del derecho administrativo colombiano.

En la primera parte del mencionado capítulo, los autores explican las razones por las cuales consideran la existencia

---

3 Cfr. SILVIA DIEZ SASTRE, “La formación de conceptos dogmáticos en el derecho público”, en *Revista Jurídica*, n.º 31, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2015, p. 126.

de un vacío dogmático al no identificar de forma adecuada sus finalidades. Allí se analizan los elementos que deben concurrir para el sostenimiento sólido de dicha construcción: conservación e innovación. Estos, a su vez —como lo evidenciaremos a lo largo de la obra colectiva—, resultan ser pilares de un mismo eje transversal; es decir, tras la realización de un ejercicio retrospectivo, puede evidenciarse que aún mantiene valía un sinnúmero de instituciones propias del derecho administrativo, mientras otras deben analizarse, actualizarse y así (re)interpretarse de conformidad con las finalidades a las que deben responder. En consecuencia, la (re)construcción dogmática —desde un punto de vista teleológico— del derecho administrativo debe atender también a instrumentos que permitan su materialización y adecuado cumplimiento, siendo estos los que desempeñarán el nuevo papel protagónico para que no se reduzcan a su mera teorización.

En la segunda parte de dicho capítulo los autores exponen de manera detallada en qué contextos concretos se evidencia la fragmentación conceptual del derecho administrativo colombiano, a causa de la inexistente *arquitectura* sólida en sus disposiciones y finalidades específicas. De esta manera, logran evidenciar una finalidad tendencial y transversal —del derecho administrativo como subsistema normativo— que le ha permitido hasta nuestros días ser un faro en el ejercicio y estudio de esta materia: el sometimiento del poder al derecho —entendida como una finalidad negativa—. Se trata, entonces, de una finalidad que encubre otra finalidad adicional, para garantizar su efectivo cumplimiento: la protección efectiva de toda persona del ejercicio del poder.

Luego se detienen en un análisis multidimensional sobre este último, evidenciando nuevas formas de poder, de cara a la internacionalización del derecho administrativo y la influencia de carácter económico que tienen nuevos sujetos que entran a desempeñar un nuevo papel en esta

relación dinámica. Paralelamente a la finalidad anterior, existe de igual forma una finalidad positiva como complemento de esta (re)construcción dogmática, que consiste en una utilidad práctica de las instituciones, ya sea desde la conservación o innovación, para traspasar la barrera de la mera legalidad y concentrarse en la consecución de resultados<sup>4</sup> —en palabras de los autores—.

Así las cosas, allí radica el punto esencial de esta obra colectiva: existe una necesidad de transformación que permite, desde un punto de vista crítico, responder a nuevas tendencias, innovar, visibilizar asuntos que sin perjuicio de que existieran de tiempo atrás, no eran del todo palpables, como lo veremos más adelante. Por otra parte, en el capítulo “¿Existen aún prerrogativas públicas en el contrato administrativo?”, el profesor José Luis Benavides aborda el estudio de la contratación pública en Colombia, en particular de la figura del contrato público. El autor parte del supuesto de las numerosas similitudes que existen desde el nacimiento del contrato público en el contexto nacional con el derecho administrativo francés —como tradicionalmente ha sido concebido—. Es decir, la doctrina administrativista francesa, por un lado, caracterizó el contrato de la Administración pública sometido a un régimen de derecho administrativo por la presencia esencial de prerrogativas exorbitantes en cabeza de la Administración pública contratante, y por el otro, lo caracterizó como un instrumento donde concurren intereses públicos y privados en la ejecución de actividades esenciales para la materialización del interés general.

Las prerrogativas del poder público son fórmulas que otrora se creían inmutables. En efecto, tradicionalmente han sido consideradas una potestad unilateral de la administración contratante respecto del particular contratista. No

---

4 Cfr. MARCELLO CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bolonia, Il mulino, 2017, p. 107.

obstante, el autor ofrece una serie de razones por las cuales estima que es posible afirmar que, cada vez más, el régimen de derecho administrativo de los contratos estatales se acerca al régimen contractual de los particulares. Igualmente, sostiene que este último régimen, en cuanto a sus exigencias y dinamisismos, ha tendido a fortalecer el unilateralismo contractual permitiendo la existencia de nuevos poderes directos del acreedor, que en un momento se consideraron que recaían exclusivamente en la Administración pública.

El autor evidencia una fuerte tendencia contemporánea a la llamada “contractualización” de los poderes unilaterales de la Administración, a partir de un análisis retrospectivo de ciertas instituciones jurídicas. Así las cosas, tal relativización del contrato administrativo se aleja cada vez más de la concepción clásica del contrato público francés, que inspiró numerosas legislaciones en diversas latitudes. En la segunda parte, el autor pone en evidencia algunas dudas encontradas, cada vez con mayor fuerza, sobre la fundamentación de la existencia de las prerrogativas del poder público. A su juicio, dicha *contractualización* del poder —como se podrá evidenciar a lo largo del capítulo— ha llevado, incluso, a poner en el mismo plano, por ejemplo, la compensación de la modificación unilateral<sup>5</sup> a la indemnización por el subrogado pecuniario por el incumplimiento del contrato civil.

En la tercera parte el autor aborda las potestades de dirección, control y poder sancionatorio que recaen en la Administración cuando esta celebra y ejecuta contratos públicos. Si bien en principio se predica que no resulta del todo necesario incluir la potestad de imponer sanciones administrativas por el incumplimiento del contratista en

---

5 PASCAL ANCEL, “Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat”, en *RTD civ.*, n.º 4, 1999, pp. 771-810; RAMÓN PARADA, *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1963; MARION UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, 2.ª ed., París, LexisNexis, 2017, p. 321.

el contenido de las disposiciones contractuales —pues se evidencia, por efectos preventivos, y en aras de evitar una consecuencia gravosa en el proceso de la fiscalización jurídica—, en la práctica se incluyen dichas potestades en las disposiciones del contrato. Lo anterior implica, a criterio del autor, la *contractualización* de los poderes unilaterales de la Administración.

En la misma línea temática de la contratación estatal y la interacción autopoiética entre el régimen de los contratos públicos y los contratos celebrados entre particulares, los profesores Jaime Orlando Santofimio y Mónica Liliana Ibagón presentan el capítulo “Las asociaciones público-privadas (APP) en Colombia y en el derecho administrativo internacional” como un modelo de vinculación de capital privado a la gestión y actividad públicas realizadas por el Estado. Allí parten del presupuesto de que el derecho de las asociaciones público-privadas (en adelante, APP<sup>6</sup>) se edifica bajo el modelo de derecho continental europeo del derecho francés—*contrats de partenariat*—en el ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, su comprensión, a diferencia de como tradicionalmente se ha concebido, no se restringe a este modelo de sistema jurídico ni a los límites ya impuestos en el derecho administrativo de la contratación estatal en el contexto colombiano, como quiera que la regulación de las APP en Colombia también ha estado muy influida por el modelo anglosajón de vinculación de capital privado a la gestión y actividad públicas que está determinado por el derecho administrativo nacional.

En la primera parte de esta contribución, los autores realizaron un estudio exhaustivo conducente a dar respuesta a la pregunta: ¿por qué el régimen jurídico de las APP en

---

6 Cfr. JUAN CARLOS COVILLA MARTÍNEZ, “Ley de Asociaciones Público Privadas (APP): ¿única forma de vinculación de capital privado?”, en *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas* (José Luis Benavides, comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 86.

Colombia tiene como pilar el derecho continental europeo de tradición francesa? Con esta perspectiva, sostienen que tal influencia logra percibirse en la *contractualización* y lo que ellos denominan “concesionalización” de las APP en ordenamiento jurídico colombiano. A juicio de los autores, la contractualización de las APP responde a la intención legislativa de conservar la naturaleza contractual de este modelo de vinculación de capital privado a las obras de infraestructura para la provisión de servicios públicos en un periodo determinado.

En consecuencia, proponen que la discusión sobre su naturaleza jurídica resulta intrascendente, pues su configuración jurídica responde a la de un tipo contractual previamente diseñado y fijado por el legislador. Por tanto, los autores estiman que al predicarse dicha naturaleza podrá aplicársele principios como los de la función administrativa y la contratación estatal. Así pues, los autores proponen a manera de ejemplo el principio de planeación<sup>7</sup> como parte esencial de la etapa de estructuración del proyecto y el cumplimiento de los deberes que de allí se desprenden y recaen en el originador del proyecto en la etapa de prefactibilidad o factibilidad.

Los autores demuestran cómo la *concesionalización*<sup>8</sup> de las APP resulta ser otro de los pilares de la influencia del derecho europeo continental en este tipo contractual. Si bien el contrato de concesión tan solo es una de las especies que teóricamente podrían predicarse de la modalidad de contratos APP, los autores ofrecen una serie de razones que pre-

---

7 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *El contrato de concesión de servicios públicos: coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, tesis doctoral, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, p. 413.

8 Sobre este término, cfr. SANDRA VERANO, *La gestión del riesgo en el contrato de concesión de obra pública*, tesis doctoral, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, s. p., apartado 3.2.2.1.

tenden fundamentar lo contrario: el contrato de concesión de obra pública es la única y exclusiva figura contractual a la que pueden aplicarse las características del contrato de APP, al menos en el ordenamiento jurídico colombiano. Así pues, si bien el contrato de APP logra encontrar elementos esenciales comunes con otras figuras contractuales tales como su objeto genérico y específico o la remuneración del asociado, existen otros de los cuales incluso pudiendo predicarse un carácter esencial, en los contratos de APP no resulta posible materializarlos. Como ejemplo de ello, los autores subrayan las actividades de operación y mantenimiento de una infraestructura determinada. Este último elemento esencial es señalado como uno de los criterios diferenciadores entre el contrato de concesión de obra pública y el contrato de obra.

En la segunda parte del capítulo, los autores estudian la influencia del derecho administrativo internacional y del modelo anglosajón de vinculación de capital privado a la gestión y actividad. Lo anterior, a criterio de los autores, logra materializarse aplicando los fundamentos del *Project Finance* en la estructuración de las APP y el recurso de los riesgos contractuales. Uno de los principales aportes que se logra evidenciar de este particular ejercicio de investigación es el reconocimiento de la influencia de fuentes internacionales sobre el derecho administrativo local, sobre todo en asuntos de contratación pública, ora por su incorporación mediante convenios y tratados internacionales, ora por vía del denominado *soft law*.

Este análisis es la causa de que los procesos de contratación —al menos en los alusivos a asuntos de infraestructura— tengan como parámetros de guía instrumentos jurídicos internacionales tales como los expedidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el *Manual para la evaluación de los sistemas regulatorios sobre infraestructuras* del Banco Mundial o los documentos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

Internacional (Cnudmi). Estos, si bien no resultan vinculantes, son disposiciones legales y modelos de guía legislativa para revisar o promulgar la legislación interna relativa a la participación del sector privado en el desarrollo de la infraestructura pública<sup>9</sup>.

Retomando lo expuesto en el primer capítulo, uno de los ejes transversales que atienden al análisis de las transformaciones contemporáneas del derecho administrativo consiste en incluir una finalidad positiva, finalidad que pretende dotar de carácter práctico y eficaz las instituciones ya existentes en el subsistema normativo, como lo veremos en los capítulos expuestos a continuación. Así, en el capítulo “La acción de repetición y la acción fiscal: complementariedad y concurrencia desde la perspectiva del derecho anticipativo”, los profesores Verónica Peláez y Juan Carlos Peláez consideran que la acción de repetición y la acción fiscal persiguen proteger y resarcir el patrimonio público, y que para su eficacia existen “acciones” de las cuales se puede predicar un ejercicio complementario y concurrente.

De esta manera, los autores realizan un análisis histórico que se remonta a la decisión jurisprudencial del Consejo de Estado francés en los fallos Laruelle y Delville, los cuales les permitieron a las personas públicas repetir en contra de sus agentes cuando de la conducta de estos se hubiera provocado el pago de una indemnización a un tercero por una falta de tales agentes<sup>10</sup>. Tal decisión marcó definidamente la acción de repetición en el panorama colombiano, añadiendo una gran evolución en la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso-administrativo, para después tener su repercusión directa en la redacción de las disposiciones

---

9 Asamblea General Res n.º 58/76, Res ONU Doc A/RES/58/76&Lang=S,19/03/2015.

10 RENÉ CHAPUS, *Droit administratif général*, 15.ª ed., t. 1, París, Montchrestien, 2001, p. 1398.

normativas de la Constitución Política de 1991 y las leyes 678 y 1437 de 2011.

En la primera parte, los autores exponen las razones por las cuales se puede considerar que el ejercicio de los dos instrumentos jurídicos es concurrente, al tener cada uno una identidad propia. Las razones que se engloban en esta afirmación indican que son acciones desarrolladas y claramente caracterizadas. De manera simultánea identifican algunas imprecisiones, ya sea por falta de un fundamento jurídico preciso o una imprecisión terminológica del legislador, conceptuales entre estos dos instrumentos jurídicos. Así, de manera detallada señalan por qué consideran que la “acción’ fiscal”<sup>11</sup> ha sido erróneamente denominada de tal forma, mientras que la facultad del Estado para repetir por la conducta de sus agentes en la materialización de un daño antijurídico sí es considerada como una acción.

A pesar de tales distanciamientos, los autores encuentran puntos comunes para tales mecanismos jurídicos: la responsabilidad personal y patrimonial para el gestor fiscal, funcionario, exfuncionario o contratista, que tendrán la obligación de resarcir integralmente el daño al patrimonio público con su propio patrimonio, entre otros. En la segunda parte, ya analizados las características de los dos mecanismos de protección del patrimonio público nacional y los presupuestos para su ejercicio, los autores estudian los presupuestos en común que determinan la procedencia de cada uno de ellos. De tal manera, por un lado, exponen los presupuestos legales del ejercicio de ambos, las características que deben predicarse del *daño* para que efectivamente resulten procedentes y sus presupuestos diferenciadores.

Por su parte, el capítulo “La reparación a las víctimas y la adecuación de la jurisprudencia nacional a los pará-

---

11 Cfr. ALBERTO AMAYA URIEL, *Teoría de la responsabilidad fiscal*, 1.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

metros convencionales. ¿Mito o realidad?”, escrito por la profesora María Juliana Santaella, aborda un tema con grandes repercusiones en un contexto global y dinámico, como resulta ser el entorno actual. La autora señala que a causa de la constante influencia de fuentes supranacionales en el derecho interno y el carácter complementario que ostenta el control de convencionalidad<sup>12</sup>, los jueces del orden nacional encuentran el deber de decidir de conformidad con parámetros y estándares reconocidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. A criterio de la autora, lo anterior influye en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Allí se dimensiona el desarrollo jurisprudencial y la trascendencia que ha tenido el control de convencionalidad<sup>13</sup> en la actividad de los jueces nacionales, sin que ello signifique desconocer su obligación de atender, con igual prioridad, los precedentes jurisprudenciales de carácter interno en la materia. La autora señala el efecto que ha tenido la categoría “nuevas formas de reparación integral” inmersa en la jurisprudencia interamericana, puesto que, a su criterio, a partir de allí se ha considerado que no resulta suficiente la simple indemnización de perjuicios como medida de reparación, sino que ha devenido necesaria la integración de otras categorías no pecuniarias de reparación.

En la primera parte, la profesora realiza un estudio detallado y exhaustivo de las reparaciones ordenadas por la Corte Internacional de Derechos Humanos (IDH), con el ob-

---

12 Cfr. ALLAN BREWER-CARÍAS y JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 47-67. En lo relacionado con el control de convencionalidad ejercido por los jueces nacionales, destaca el precedente contenido en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*.

13 Cfr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ideas fuerza rectoras*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 32 y ss.

jetivo de analizar si en verdad resulta necesario considerar como faro de interpretación las categorías de reparación de perjuicios usadas e integradas en la jurisprudencia de esta corporación, o si, por el contrario, el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso-administrativo, con apoyo en sus precedentes jurisprudenciales, podría fundamentar sus decisiones en categorías ya creadas en sus precedentes para obtener una reparación integral de la víctima de un hecho dañino cometido por el Estado colombiano<sup>14</sup>.

Así las cosas, de acuerdo con la autora, resulta esencial escudriñar la categoría de *reparación integral* en consonancia con otros principios del ordenamiento jurídico, sobre todo el principio de igualdad. Lo anterior exige una carga argumentativa de mayor rigor para la autoridad judicial, en la medida en que los jueces dentro del contexto actual deben determinar de manera específica los criterios de reparación que utilizaron en el caso concreto y sobre todo los motivos que los llevaron a considerar la adopción de tal medida. En la segunda parte, la autora examina juiciosamente una muestra jurisprudencial de la Corte IDH con el objetivo de distinguir la argumentación allí realizada al momento de determinar y cuantificar, por un lado, los perjuicios materiales y, por el otro, los perjuicios inmateriales.

Ahora bien, conscientes de que nos encontramos en proceso del advenimiento de un nuevo derecho administrativo resultante de una fase de cambio, modernización y reforma, este se ha centrado en dirigir y guiar el nuevo papel estatal como regulador del riesgo, autoridad y brújula en la economía, buscando con ello un enfoque renovado

---

14 Cfr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, "Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado", en *La responsabilidad extracontractual del Estado. XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* (Henaó Pérez y Ospina Garzón, eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 31-117.

e interdisciplinario<sup>15</sup>. Así, fenómenos como la sociedad de la información y del conocimiento, la globalización, las nuevas formas o modelos de regulación, la gobernanza y la tendencia de buscar una colaboración público-privada, son asuntos que exigen mayor detenimiento y desarrollo por esta disciplina jurídica, como lo observaremos en los siguientes capítulos.

De esta manera, en el capítulo “Los retos del derecho administrativo frente a la gobernanza de internet”, Paola Beatriz Cardozo y Luz Mónica Herrera parten del presupuesto de que existe una concurrencia latente entre el sector público y el privado, lo cual ha generado una participación más activa en las actividades desarrolladas por particulares, esencialmente al ser estos los sujetos que integran los sujetos interesados en la toma de decisiones sobre internet y la postura de la Administración pública frente a este. A juicio de las autoras, la Administración pública resulta ser la única parte interesada en la comunidad global que podría garantizar efectivamente la protección del interés general y los derechos humanos de los ciudadanos / usuarios de nuevas tecnologías. Así pues, las autoras plantean de manera innovadora cuáles son los cinco desafíos de la Administración pública y, por ende, del derecho administrativo como disciplina para lograr vincularse de forma adecuada a la interacción que exige la gobernanza de internet.

---

15 Matthias Ruffert (ed.), *The transformation of administrative law in Europe*, 2007; WOLFGANG HOFFMANN RIEM, *Zwischenschritte zur Modernisierung der Rechtswissenschaft* [Hacia la modernización de la teoría del derecho], en *JuristenZeitung*, vol. 62, p. 645, 2007; EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Principes de base d'une réforme du droit administrative*, Partie 1 [Principios básicos para una reforma del derecho administrativo. Parte 1.]. En SABINO CASSESE, *Nuevos caminos para el derecho administrativo: un manifiesto*, Colección Blanca, Derecho Administrativo: Historia y Futuro. Disponible en <[http://es.globallawpress.org/wp-content/uploads/Nuevas-vi%C3%81as-para-el-Derecho-Administrativo.-Un-manifiesto.-Traduccio%C3%81n-del-ingle%C3%81s.-Estracto-del-libro\\_-Derecho-Administrativo.-Historia-y-futuro\\_-coleccion%C3%81n-blanca-.pdf](http://es.globallawpress.org/wp-content/uploads/Nuevas-vi%C3%81as-para-el-Derecho-Administrativo.-Un-manifiesto.-Traduccio%C3%81n-del-ingle%C3%81s.-Estracto-del-libro_-Derecho-Administrativo.-Historia-y-futuro_-coleccion%C3%81n-blanca-.pdf)>.

De acuerdo con las autoras, el término *gobernanza*<sup>16</sup> resulta, en principio, un concepto de difícil interpretación desde la perspectiva de una Administración pública soberana, en cuanto, si bien ha logrado aceptar la participación de distintos sujetos en la colaboración armónica de sus intereses y competencias, termina siendo la única responsable de la toma de decisiones en un primer plano. Como bien lo anotan las autoras, según algunos sectores podría reducirse a una simple cuestión lingüística, cuando en realidad la manera como logra ser definida internet “refleja diferentes perspectivas, enfoques, e intereses políticos”<sup>17</sup>.

Sin embargo, las autoras estiman que la innovación de nuevas tecnologías y la participación de nuevos actores en el ecosistema digital llevan necesariamente a que el Estado —como *stakeholder*— participe en la toma de decisiones que tocan de forma directa e indirecta sus intereses y el cumplimiento de sus fines esenciales. En este sentido, las autoras señalan que la interacción en dicho ecosistema digital implica necesariamente la participación activa del Estado como regulador y prestador del servicio público de telecomunicaciones para garantizar y materializar la protección efectiva a sus ciudadanos, en este caso usuarios de esta red global.

Después de llevar a cabo un estudio y descripción técnica, las autoras identifican quiénes son los *stakeholders* que horizontalmente acompañan al Estado en la gobernanza de internet como consecuencia del diseño de una red descentralizada<sup>18</sup> en la toma de decisiones. Así, logran exponer

---

16 Cfr. MARÍA VICTORIA WHITTINGHAM MUNÉVAR, “¿Qué es la gobernanza y para qué sirve?”, en *Análisis Internacional*, n.º 2, Bogotá, Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2010, p. 222.

17 JOVAN KURBALIJA, *Introducción a la gobernanza de internet*, 7.ª ed., Malta, Diplomacy Foundation, 2016, p. 5. Disponible en <[https://www.diplomacy.edu/sites/default/files/IG2016\\_7th\\_ed\\_ESP.pdf](https://www.diplomacy.edu/sites/default/files/IG2016_7th_ed_ESP.pdf)>.

18 ADRIAN ESTRADA, “Protocolos TCP/IP de internet”, en *Revista Digital Universitaria*, vol. 5, n.º 8, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2004, p. 2.

de manera clara cuáles son los objetivos del *multistakeholder model*, como una gobernanza multiparticipativa y desarrollada como un modelo inclusivo que permite crear políticas de gobernabilidad de internet en igualdad de condiciones<sup>19</sup>.

Ante la timidez de la doctrina y la jurisprudencia sobre estos temas, las autoras toman la iniciativa para plantear numerosas dudas alrededor de cuál es el papel de las partes interesadas —entre esas el Estado— para la toma de decisiones, el procedimiento que deben seguir para ello, cuáles son sus funciones y cuáles son los límites competenciales y sustanciales de la Administración pública en la toma de decisiones. Así, la primera parte del capítulo expone el desarrollo histórico de la gobernanza de internet y la justificación de dicha actividad. Luego, con esa base, en la segunda parte las autoras se refieren a los desafíos del derecho administrativo frente a esta nueva interacción dentro de un ecosistema digital.

De manera global, cada uno de los retos evidenciados por las autoras se encuentra enmarcado en uno que ellas estiman general: “La inserción del derecho administrativo nacional en una red de derechos administrativos nacionales, regionales y transnacionales”<sup>20</sup>. Además, las autoras señalan que a causa de la arquitectura del ecosistema digital, muchos de los *stakeholders* no tienen incentivos ni tampoco intereses en la mayoría de los casos para elaborar normas o recomendaciones que le den prioridad al interés general, como al parecer resulta ser el caso de comunidades técnicas que van en busca de sus propios intereses económicos.

---

19 ANALÍA ASPIS, “La gobernanza de internet y la nueva agenda mundial de los recursos tecnológicos”, en 14.º *Seminario Argentino de Informática y Derecho*, SID, 2014.

20 JAVIER BARNES, “Sobre el derecho administrativo de la información”, “La incidència de les tecnologies de la informació i la comunicació (ΠIC) en el dret públic: evolució o transformació?”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, Barcelona, Escola d’Administració Pública de Catalunya, n.º 35, 2007. Disponible en <<http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/viewFile/2138/n35-barnes-es.pdf>>.

En la misma línea de las transformaciones que ha experimentado la noción de agencias administrativas, en el capítulo “El eufemismo del término *agencia* en el ordenamiento jurídico colombiano”, Aníbal Zarate aborda el estudio de la numerosa proliferación de las agencias en el contexto nacional a partir de un estudio comparado con las agencias desarrolladas en el sistema jurídico estadounidense. El autor realiza un estudio detallado del origen histórico, en el contexto colombiano, de las agencias y autoridades administrativas independientes. Parte de un supuesto específico: la equiparación del tratamiento jurídico entre ellas responde a una imprecisión terminológica que ha tenido diversas consecuencias en la dimensión orgánica de la Administración pública en Colombia.

Después de un ejercicio comparativo, estudia nuevas fórmulas de modelos de administración pública, específicamente el *New Public Management*<sup>21</sup> — como un modelo alternativo— que rompe el esquema tradicional colombiano, apoyado en un principio jerárquico de autoridad directa de un órgano ejecutivo unitario. Tal modelo, en concreto, responde a una nueva atribución de competencias administrativas a organismos compuestos de tecnócratas, desligados parcialmente del Poder Ejecutivo, que encuentran su legitimación con fundamento en la obtención de resultados (*outputs*), en vez de preferencias políticas y democráticas (*inputs*).

En consecuencia, el capítulo en mención desarrolla, en primer lugar, las razones que llevan a explorar por qué la distinción entre autoridades administrativas independientes y agencias colombianas requiere una identificación de los dispositivos que integran la arquitectura de las autoridades administrativas, dispositivos que a su vez han sido la cau-

---

21 FRANÇOIS-XAVIER MERRIEN, “La nouvelle gestion publique en action”, en *Revue internationale de politique comparée*, Bélgica, De Boek, vol. 11, n° 2, 2002.

sa de atribución del adjetivo *independientes*. En la segunda parte, una vez caracterizados los elementos esenciales de tales autoridades, identifica los vacíos de los dispositivos en mención en el diseño institucional de las agencias nacionales.

Finalmente, en el capítulo titulado “Un punto de vista normativo acerca del ‘*nudge* financiero’”, Diego Moreno aborda uno de los temas donde se percibe con mayor intensidad una transformación contemporánea del derecho administrativo. El autor plantea el uso del *nudge* de parte del regulador económico como un tipo de herramienta para obtener fines de política pública para garantizar el bienestar de los consumidores / usuarios financieros. El autor explica que se trata de una expectativa que de manera progresiva se ha difundido entre los reguladores de distintos países.

De tal forma, el autor expone el alcance que podría predicarse de las posibles interferencias llevadas a cabo por el regulador en el proceso psicológico de decisión de determinados sujetos (agentes). Lo anterior responde a un objetivo en concreto, el cual debe atender la Administración pública para evitar que los administrados-agentes se hagan daño a sí mismos con la acción que ellos, tras la exposición de un modelo arquitectónico de decisión, logren decidir y luego ejecutar. La hipótesis central del capítulo consiste en si se justifica o no el uso del *nudge* en un contexto de intermediación financiera, a pesar de la existencia de un aparente reproche desde una perspectiva moral en la aplicación del *nudge* en otros contextos.

En la primera parte del capítulo, el autor expone el alcance del *nudge* en contextos generales para después establecer una diferencia entre esta herramienta con el *nudge financiero* en ámbitos de intermediación financiera. Así, en un primer momento, el autor identifica el uso del *nudge* como una medida paternalista utilizada por el regulador para interferir en la toma de decisiones de primer orden de un sujeto determinado (agente). Lo anterior tiene por finalidad inducir en su razonamiento práctico al momento de

ejecutar una acción mediante la cual no se haga daño a sí mismo, como se logra evidenciar en el trabajo en mención<sup>22</sup>.

Ahora bien, específicamente frente al *nudge financiero*, la decisión del agente (cliente, usuario, inversionista, consumidor) depende del arquitecto de la decisión (intermediario financiero). En este contexto, el autor caracteriza el *nudge financiero* como una herramienta que podría ser utilizada por el regulador económico desde una perspectiva paternalista pura, bien sea interfiriendo de manera activa o pasiva en aspectos de la arquitectura del problema de decisión del consumidor o del usuario financiero, o ambos. Una vez precisada la manera en que se encuentra desarrollada la primera parte del capítulo, en la segunda parte el autor expone las razones por las cuales se puede justificar el uso del *nudge* por el regulador económico, sin perjuicio de que en otros contextos pueda considerarse reprochable su uso.

### TERCERA PARTE: A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como lo mencionamos algunas líneas atrás, el derecho administrativo refleja las estructuras e instituciones sociales, culturales, políticas y económica de un momento y lugar determinado, razón por la cual cualquier cambio o modificación de dichas estructuras o instituciones comporta necesariamente un cambio en lo que entendemos por derecho administrativo. Si bien hablaba para otra tradición legal, las palabras del célebre juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos Oliver W. Holmes resultan de gran relevancia sobre este punto. Al estudiar las raíces

---

22 RICHARD THALER y CASS R. SUNSTEIN, *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*, Londres, Penguin Books, 2009, pp. 6, 11, 20-24, 56-57, 83-102; CASS R. SUNSTEIN, "Behavioral economics and paternalism", en *The Yale Law Journal*, The Storrs Lectures, New Heaven, CT, 2013, pp. 122, 1826-1833. G. Alder N. 2: 263-292; derecificacir, nestar generalta esta calificacir la confianza del pcieste sentido, cable.(.)s derec

del *common law* en los Estados Unidos, Holmes señaló que el derecho representaba la historia del desarrollo de un Estado durante muchos siglos, la cual no era susceptible de ser estudiada como si estuviera contenida en los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. Por ello, Holmes sostuvo que para conocer qué era el derecho, primero debíamos saber lo que había sido y en lo que podría convertirse en los años venideros<sup>23</sup>.

En efecto, cada una de las contribuciones de esta obra colectiva constituye una prueba empírica y teórica de las diferentes transformaciones contemporáneas que el derecho administrativo ha experimentado de manera reciente, al tiempo que permiten entrever el futuro de nuestra disciplina. Así las cosas, cabe subrayar el valioso aporte de Samuel Baena y Camilo Perdomo, en el sentido de proponer una reconstrucción dogmática de los fundamentos del derecho administrativo. Sin limitarse a un trabajo descriptivo, plantean tal ejercicio como un foro de discusiones de cuestiones esenciales<sup>24</sup>, logrando encontrar los puntos débiles y proponer soluciones alternativas, sin alejarse de los cimientos que han sido el resultado del disenso durante los últimos años en el contexto nacional. Tal como lo plantean los autores, la justificación del subsistema normativo debe ser fortalecida con miras a asumir nuevos retos y perspectivas que le permitan avanzar de manera fehaciente al derecho administrativo como ciencia jurídica pero también como ordenamiento positivo.

En lo tocante a las relaciones negociales de la Administración pública y los mecanismos de vinculación de capital privado para la provisión de obras y servicios públicos, la contribución de José Luis Benavides pone de presente la

---

23 O. W. HOLMES JR., *The Common Law*, Boston, Little Brown y Co., 1881, pp. 1-2.

24 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, "La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma", en *Rivista Trimestrale Diritto Amministrativo*, vols. 2-3, Roma, Giuffrè, 2015, p. 256.

existencia de una serie de elementos que justifican la paulatina aproximación entre los poderes unilaterales sancionatorios del contrato privado y el contrato administrativo. Lo anterior se debe, además de otras razones expuestas en el texto, a la presencia de una fuerte tendencia al unilateralismo en materia contractual del régimen privado materializada en la reforma del Code Civil francés en el año 2016, entre otros fenómenos.

Por su parte, Jaime Orlando Santofimio y Mónica Liliana Ibagón señalan que la aparición de las APP en el ordenamiento jurídico colombiano resulta ser un cambio de paradigma en la forma de participación del Estado en la provisión de bienes y servicios públicos. Por otra parte, el resultado de la interpretación sistemática realizada por los autores permite concluir que los elementos esenciales diferenciadores del contrato de concesión de obra pública con otros contratos resultan ser determinantes para afirmar que esta figura contractual, bajo la cual se materializa efectivamente la APP, es el resultado de la influencia directa del modelo contractual del sistema de derecho continental de influencia francesa. Así mismo, el reconocimiento de una conjugación de influencias también del *common law* permite una interpretación amplia del fenómeno de participación del sector privado y su capital en proyectos de una dimensión tan importante como lo es la infraestructura nacional. Por tanto, a criterio de los autores, el modelo de APP es el resultado y materialización de la confluencia e interacción de sistemas jurídicos que justifican cada vez la innecesaria y porosa frontera entre sistemas jurídicos, que equivocadamente se consideraban opuestos.

En lo tocante a los mecanismos legales para defender el patrimonio público, Verónica Peláez y Juan Carlos Peláez consideran que los dos mecanismos estudiados, al tener una naturaleza patrimonial y una finalidad de proteger el mismo bien jurídico, implican la obligatoriedad de su ejercicio cuando efectivamente sea procedente. Además de la