

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD SIMPLE – Accede parcialmente / SISTEMA DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA / PROYECTOS ESPECÍFICOS DE REGULACIÓN

Síntesis del caso: La Sala decide, en única instancia, la demanda instaurada (...) en ejercicio del medio de control de nulidad, consagrado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con la que se impugnó la totalidad del Decreto 1510 de 2013. De manera subsidiaria deprecaron la nulidad del artículo 159 del mismo cuerpo normativo y, en subsidio de la primera subsidiaria, pidieron que se decrete la nulidad del numeral 3 de esta última disposición.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1510 DE 2013 – ARTÍCULO 159 (Anulado parcialmente)

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA / CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Esta Corporación es competente para conocer la demanda impetrada contra el Decreto 1510 de 2013, pues es un acto administrativo general de naturaleza puramente reglamentaria, expedido por el Presidente de la República en desarrollo de lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política. Por tal motivo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 237 de la Constitución Política, y los artículos 137 y 149 del CPACA, corresponde al Consejo de Estado conocer, en única instancia, de las demandas de nulidad que contra el mismo se interpongan.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1510 DE 2013 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 189 NUMERAL 11 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 237 NUMERAL 1 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 137 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 149

COMPETENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO / DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO - Asuntos contractuales

[A]dvierde la Sala que el conocimiento de la presente demanda corresponde a esta Sección de la Corporación, dado que el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 - modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003-, por el cual se adoptó el reglamento del Consejo de Estado, radicó en la Sección Tercera la competencia para conocer de los procesos de simple nulidad contra actos administrativos que, entre otros temas, versen sobre asuntos contractuales.

FUENTE FORMAL: ACUERDO 55 DE 2003 – ARTÍCULO 1 / ACUERDO 58 DE 1999 – ARTÍCULO 13

DEROGATORIA DE LA NORMA – No impide juicio de legalidad / CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL

En relación con lo anterior, la Sala observa que si bien la finalidad del gobierno nacional fue agrupar en un solo cuerpo normativo la totalidad de las disposiciones que regulan el sector administrativo de planeación nacional, mediante el artículo 3.1.1. del Decreto 1082 de 2015 se procedió a la derogatoria de las disposiciones objeto de “compilación”, por lo que, el compendio o continente regulatorio varió y, por contera, el Decreto 1082 de 2015 vino a constituir una nueva disposición que supone la inexistencia actual del Decreto 1510 de 2013. Ante la desaparición de la vida jurídica de las normas atacadas, debe indicar la Sala que ello no impide un pronunciamiento judicial sobre su validez, puesto que el mismo no está

condicionado a su vigencia, lo cual se ajusta a la finalidad del medio de control previsto en el artículo 137 del CPACA, en tanto que, con ello, se pretende garantizar la incolumidad de la legalidad objetiva dentro del ordenamiento jurídico.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 137 / DECRETO 1082 DE 2015

DEROGATORIA DE LA NORMA / EFECTOS DE LA DEROGATORIA DE LA NORMA – Rige hacia el futuro / CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Evalúa elementos de validez del acto / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

La circunstancia de que un acto demandado haya sido modificado, derogado o subrogado por otro, ocasiona la cesación de sus efectos hacia el futuro, en tanto que, como el análisis de la legalidad del acto administrativo comprende la evaluación de sus requisitos esenciales a efecto de definir si nació o no válido a la vida jurídica, su nulidad produce efectos invalidantes desde su nacimiento, tal como lo ha reiterado la Corporación desde la providencia del 14 de enero de 1991.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la finalidad del control jurisdiccional del acto y los efectos de la derogatoria de las normas, consultar sentencias del 7 de marzo de 2007, expediente 11542, C.P. Ramiro Saavedra Becerra y del 14 de enero de 1991, expediente S-157, C.P. Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

POTESTAD REGLAMENTARIA / PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA

El poder normativo reconocido constitucionalmente al Presidente de la República pone de presente la jerarquización del ordenamiento jurídico, con preeminencia de las normas constitucionales y legales, que somete al imperio de la ley la actuación que en este sentido despliega el Poder Ejecutivo y evidencia la necesidad de la existencia de varias fuentes formales productoras de normas jurídicas que garanticen el imperio del derecho y una más ajustada y transparente regulación legal de los comportamientos sociales.

ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA – Determinada por el criterio jerárquico

Para el caso particular de la potestad reglamentaria, el criterio por el cual se resuelven las tensiones entre la ley y el reglamento es el jerárquico, de suerte que el gobierno nacional se encuentra plenamente sometido al imperio de la ley, la cual determina el contenido, alcance y límites de la mencionada potestad. (...) La potestad reglamentaria no es absoluta y tiene por límites la Constitución Política y la ley que en cada caso se reglamente, reconociendo la estructura jerarquizada del ordenamiento jurídico y su nivel de segundo orden dentro de las fuentes del derecho, por manera que con su ejercicio el gobierno nacional no puede suprimir, restringir, alterar, ampliar, adicionar o, en fin, modificar el contenido del orden normativo superior, pues ello comportaría la extralimitación de su marco competencial

POTESTAD REGLAMENTARIA – Concepto / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

La potestad reglamentaria reconocida al Presidente de la República es una atribución constitucional de carácter permanente, correlato de la función principal que tiene el Ejecutivo de asegurar el cumplimiento del derecho contenido en disposiciones de superior jerarquía, para expedir normas de carácter general, impersonal y abstracto que desarrollen los principios y reglas previstos en aquellas y encauzarlos hacia la operatividad efectiva en la sociedad, sin que ello pueda comportar la modificación, ampliación o restricción del contenido o alcance de las

normas reglamentadas. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el concepto de la potestad reglamentaria, consultar sentencias del 25 de abril de 1970, Exp. 1087, C.P. Hernando Gómez Mejía y del 24 de mayo de 1973, Exp. 2226, C.P. Miguel Lleras Pizarro; del 5 de diciembre de 2005, Exp. 14759, C.P. María Elena Giraldo Gómez y de la Corte Corte Constitucional, sentencia C-228 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

CARACTERÍSTICAS DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

La potestad reglamentaria se caracteriza por ser ejercida por el Presidente de la República en su calidad de primera autoridad administrativa, (...) salvo reserva constitucional expresa. (...) Es una competencia inalienable, intransferible e inagotable de carácter meramente instrumental, pues con ella se permite al Ejecutivo desarrollar su función esencial de darle operatividad a las disposiciones legales, por manera que se garantice la cumplida ejecución de las leyes. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la excepción de la potestad reglamentaria, consultar sentencia C-028 de 30 de enero de 1997; M.P. Alejandro Martínez Maldonado.

POTESTAD REGLAMENTARIA – Del Presidente de la República / POTESTAD REGLAMENTARIA – Del Gobierno Nacional / CONTRATACIÓN ESTATAL / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN

En punto de la actividad contractual del Estado, debe indicarse, en primer lugar, que la Constitución Política se encargó de asignar expresamente al legislador (inciso final del artículo 150) la facultad de expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y, en especial, de la administración nacional, lo cual, sin embargo, no puede interpretarse, tal como lo tiene sentado la Corte Constitucional, como una obligación de desarrollar integral y casuísticamente tal materia, pues en esa labor resulta de principal importancia la competencia normativa del gobierno nacional, en procura de regulaciones flexibles y cercanas a la realidad de las entidades públicas que permitan la debida ejecución de la ley. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar sentencia C-949 del 5 de septiembre 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 150 INCISO FINAL

POTESTAD REGLAMENTARIA – Del gobierno nacional en materia de contratación estatal

En cuanto a las limitaciones del gobierno en materia de regulación de la actividad contractual del Estado, ha de decirse que la jurisprudencia de la Corporación se ha pronunciado para señalar la imposibilidad que existe de dejar en manos de las entidades públicas la definición de aspectos relativos a su gestión contractual, cuya reglamentación le corresponde de acuerdo con la Constitución y la ley al primero, pues ello supondría una renuncia a su facultad constitucional inalienable que invalidaría su comportamiento. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar auto del 1º de abril de 2009, expediente 36476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, reiterado en sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36054, C.P. Enrique Gil Botero.

PROYECTOS ESPECÍFICOS DE REGULACIÓN / Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil y pronunciamientos jurisprudenciales

La ley 1437 de 2011 estableció en el numeral 8 de su artículo 8 el deber de las autoridades públicas de mantener a disposición de toda persona, entre otros asuntos, información completa y actualizada sobre los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el fin de recibir opiniones,

sugerencias o propuestas alternativas, para lo cual, dicha autoridad, debe establecer un procedimiento que permita dar cumplimiento a tal disposición. (...) Ante los pronunciamientos referidos, en los que se observan interpretaciones amplias y restringidas respecto del alcance de la norma en estudio, debe la Sala advertir, que, en principio, resulta indiscutible que con lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 8 del CPACA el legislador concretó sensibles valores y principios constitucionales y pretende acentuar la democracia participativa en todos los ámbitos del funcionamiento del Estado y otorgar mayores herramientas para materializar algunos de los principios sobre los que se edifica la función administrativa, como la igualdad, moralidad, eficacia, imparcialidad y publicidad (art. 209 superior). **NOTA DE RELATORÍA:** Frente a la interpretación de los proyectos específicos de regulación de las secciones Cuarta, Quinta y Sala de Consulta y Servicio Civil, consultar decisiones de, en su orden, 10 de diciembre de 2015, expediente 19234, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez; 21 de julio de 2016, radicación número: 11001-03-28-000-2015-00030-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro; concepto del 14 de septiembre de 2016, radicación 2.291, C.P. Edgar González López.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 8 NUMERAL 8

POTESTAD REGLAMENTARIA / CRITERIO ORGÁNICO / PROYECTOS ESPECÍFICOS DE REGULACIÓN

Pues bien, en el ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política, a la luz de lo previsto en el artículo 115 ejusdem, participan tanto el Presidente de la República como sus ministros o directores de departamento administrativo, todos ellos claramente considerados como “autoridades” en el artículo 2 del CPACA.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 2 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 189 NUMERAL 11

POTESTAD REGLAMENTARIA / CRITERIO MATERIAL / PROYECTOS ESPECÍFICOS DE REGULACIÓN

En el entendimiento de la expresión “regulación” utilizada por el CPACA, entonces, debe considerarse incluido todo ejercicio de producción normativa de proposiciones jurídicas con contenido general y abstracto a cargo de las autoridades a las cuales va dirigida la disposición, independientemente de la Rama del Poder Público a la que pertenezca, su orden, sector o nivel pues, lo contrario, comportaría desconocer las finalidades de la disposición en punto de la profundización de la participación ciudadana en el ejercicio de las funciones públicas y del cumplimiento de los pilares de la función administrativa.

PROYECTOS ESPECÍFICOS DE REGULACIÓN – Aplicable al acto administrativo general / ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL

En suma, concluye la Sala que, tanto por razón de los sujetos a los cuales va dirigido el artículo 8 del CPACA (criterio orgánico), como por la actividad o materia que es regulada en su ordinal 8º (criterio material), dicha normativa es aplicable a los actos administrativos de carácter general y abstracto que pretendan ser expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 8 ORDINAL 8

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA / COLOMBIA COMPRA EFICIENTE / PROYECTOS ESPECÍFICOS DE REGULACIÓN / CARGO DE ILEGALIDAD – No acreditado

Por lo que se deja visto, con las pruebas documentales aportadas por Colombia Compra Eficiente se encuentra demostrado el cumplimiento del deber impuesto en el ordinal 8º del artículo 8º del CPACA, toda vez que el proceso de publicidad del proyecto reglamentario cumplió con la finalidad de informar a los interesados sobre la intención gubernamental de modificar la normativa reglamentaria relativa a las compras y la contratación pública y de recibir las observaciones y comentarios sobre el particular.

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA / EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

En el anterior orden de ideas, para la Sala resulta claro que con el Decreto-Ley 4170 de 2011 el legislador extraordinario no quiso modificar –como en efecto no lo hizo– el esquema de producción normativa establecido en la Constitución Política y, por lo mismo, las funciones asignadas a Colombia Compra Eficiente guardan una estricta lógica de jerarquía normativa respecto de las facultades reglamentarias reservadas al Presidente de la República y, por supuesto, respecto de los lineamientos legislativos. No podría considerarse que con el Decreto-Ley mencionado se distribuyeron las competencias reglamentarias entre el Presidente de la República y la nueva agencia, asignando a esta última todo aquello relativo a la contratación del Estado.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 4170 DE 2011

NORMA REGLAMENTARIA – Características / NORMA REGLAMENTARIA - General, impersonal y abstracta / ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL

En consonancia con lo anterior, cabe advertir que la regulación llevada a cabo por las distintas entidades y autoridades estatales de todos los órdenes, en el ámbito de sus competencias -que necesariamente la ubicarán en un grado jerárquicamente inferior a la ley y a los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República-, consiste precisamente en la producción de normas de carácter general, impersonal y abstracto, cuyos efectos jurídicos entran a formar parte del ordenamiento jurídico de manera indefinida, las cuales buscan desarrollar y hacer ejecutables las normas superiores a las que se hallan sujetas – constitucionales, legales y reglamentarias-, mediante la consecución de un mayor grado de detalle que haga posible su aplicación.

ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL – Contenido reglamentario

Siempre que responda a las características anotadas, un acto administrativo de carácter general puede revestir distintas formas, tales como decretos, resoluciones, reglamentos, acuerdos, circulares, etc. En consecuencia, no es el nombre que recibe el que le otorga la naturaleza de acto administrativo, sino su contenido reglamentario o normativo de obligatoria aplicación, y ello es predicable, incluso, de los manuales expedidos por las distintas autoridades. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la naturaleza de los manuales de funciones y de los manuales expedidos por autoridades administrativas, consultar sentencia del 22 de junio de 2006, Exp. 7670, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL – Contenido reglamentario / ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL – Obligtoriedad de los manuales

La Sección Tercera del Consejo de Estado no ha sido ajena al reconocimiento de la obligatoriedad que, en general, revisten los distintos manuales expedidos por las entidades estatales en el ámbito de su propia actuación, puesto que se ha considerado como un elemento de juicio fundamental, a tener en cuenta en el juzgamiento de la responsabilidad extracontractual del Estado, para efectos de deducirla o no, respecto de las entidades demandadas y de determinar la responsabilidad personal de los servidores públicos, en la acción de repetición entablada por aquellas en su contra, dependiendo del acatamiento o vulneración de las normas de conducta que les eran exigibles a las entidades y sus funcionarios, contenidas en los diversos manuales, conformados por normas generales, impersonales y abstractas que deben ser acatadas por sus destinatarios. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar sentencia del 2 de mayo de 2018, expediente 34795, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (manual de uso de armas de dotación oficial); Subsección A, sentencia del 15 de febrero de 2018, expediente 52157, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico (manual de funciones); Subsección A, sentencia del 25 de enero de 2017, expediente 36115, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico (manual de operaciones militares); Subsección A, sentencia del 10 de febrero de 2016, expediente 35410, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico (manual de seguridad y decálogo de armas de dotación oficial); Subsección A, sentencia del 23 de septiembre de 2015, expediente 34994, C.P. Hernán Andrade (E) (manual sobre dispositivos para el control del tránsito en calles y carreteras); Subsección C, sentencia del 13 de febrero de 2015, expediente 31037, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (manual sobre técnicas de policía de carreteras y puestos de control); Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2014, expediente 30742, C.P. Danilo Rojas Betancourth (manual de atención, manejo y control de multitudes); Subsección C, sentencia del 12 de febrero de 2014, expediente 25836, C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz (manual de reglamentos aeronáuticos).

EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA – Traslado de competencias reglamentarias / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS – Corresponde al Presidente de la república

De lo anterior, resulta que son las entidades públicas sujetas al Estatuto General de Contratación Pública, en cada caso concreto, las encargadas de definir en sus pliegos de condiciones los riesgos relacionados con su actividad contractual, y sólo estarán obligadas a ajustarse a lo que se defina en la ley sobre el particular y a las políticas generales que defina el Presidente de la República, en ejercicio de su función reglamentaria. (...) [E]s el Presidente de la República, en ejercicio de la función constitucional atribuida por el numeral 11 del artículo 189 de la Carta, el llamado a reglamentar la norma legal que dispone la distribución de riesgos en los contratos estatales.(...) [N]o resulta procedente que el Presidente de la República, a través de la norma demandada, traslade a otra entidad, en este caso a Colombia Compra Eficiente, la reglamentación de lo concerniente a la estimación de los riesgos en materia contractual, en cuanto a su identificación y cobertura, como lo hace el literal a) del numeral 2º del artículo 159 demandado, razón por la cual se declarará su nulidad.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1510 DE 2013 – ARTÍCULO 2

POTESTAD REGLAMENTARIA – Capacidad residual de contratación / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN – El legislador y el Presidente establecieron límites

Como se observa, tanto el legislador como el Presidente de la República, en ejercicio de sus respectivas competencias, regularon los aspectos relativos a la capacidad residual de contratación. Este último, mediante el artículo 18 del Decreto 1510 demandado, si bien asignó a Colombia Compra Eficiente la fijación

de la metodología para que las entidades puedan calcular la capacidad residual del proponente, lo cierto es que indicó los factores a tener en cuenta para ello, luego de enlistar los documentos con los cuales dicha capacidad residual será acreditada, y de establecer las fórmulas que se deben utilizar para calcularla, respecto del proceso de contratación y de cada proponente, definiendo el puntaje máximo que se otorgará a cada factor que será objeto de calificación. (...) para la Sala es claro que el diseño e implementación de manuales y guías para la determinación de la capacidad residual no traslada a Colombia Compra Eficiente una facultad reglamentaria del Presidente de la República, pues este último la ejerció y dispuso las condiciones necesarias para determinar la capacidad residual.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1510 DE 2013 – ARTÍCULO 18

SISTEMA DE CODIFICACIÓN DE NACIONES UNIDAS / UNSPSC – Criterio de uso determinado por el Presidente de la República / COLOMBIA COMPRA EFICIENTE - Código Estándar de Productos y Servicios de Naciones Unidas

El clasificador de bienes y servicios, por su parte, el cual corresponde al sistema de codificación de las Naciones Unidas para estandarizar productos y servicios, conocido por sus siglas en inglés UNSPSC (inciso 10, artículo 3, Decreto 1510 de 2013), deberá ser utilizado, por determinación del gobierno nacional, en el diligenciamiento del plan anual de adquisiciones (artículo 4 ejusdem), en la inscripción en el registro único de proponentes (artículos 9 y 10 ejusdem) y en la identificación de los bienes y servicios a adquirir en los pliegos de condiciones que elaboren las entidades públicas (artículos 22 y 40), para lo cual se asignó a Colombia Compra Eficiente la función de establecer un manual o guía de uso, con lo cual no advierte la Sala una extralimitación en el ejercicio reglamentario, ni un desplazamiento del Presidente de la República en el ejercicio de su potestad, pues, como se analizó en precedencia, los criterios generales fueron determinados reglamentariamente por aquel, de suerte que la entidad rectora en materia de contratación solo tendrá competencia para guiar o informar a las entidades estatales en la práctica administrativa, que se concreta en cómo deberán utilizar el UNSPSC, sin que le sea dable definir –pues esa tarea ya la agotó el Presidente de la República en el decreto reglamentario– cuál sería el clasificador y cuándo debería ser utilizado.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1510 DE 2013 – ARTÍCULO 3 INCISO 10 / DECRETO 1510 DE 2013 – ARTÍCULO 4 / DECRETO 1510 DE 2013 – ARTÍCULO 10 / DECRETO 1510 DE 2013 – ARTÍCULO 9 / DECRETO 1510 DE 2013 – ARTÍCULO 22 / DECRETO 1510 DE 2013 – ARTÍCULO 40

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA / MINUTAS TIPO DE CONTRATOS / EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA – Traslado de competencias reglamentarias

Dado el marco normativo expuesto, para la Sala, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente no cuenta con la competencia jurídica necesaria para diseñar e implementar, con efectos obligatorios para las entidades públicas, documentos contractuales estandarizados para ninguna modalidad de contratación, pues, ante una orfandad normativa que la sustente, ello reñiría, abiertamente, con el principio de autonomía de la voluntad reconocido a aquellas por la Ley 80 de 1993. (...) Por otra parte, ante la inexistencia manifiesta de una previsión legal en el sentido indicado, la definición de modelos de contratos obligatorios para las entidades públicas, afectaría sustancialmente la autonomía de la voluntad a ellas reconocida por los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 y, en particular, su libertad negocial, según la cual, las partes no sólo pueden celebrar todos aquellos negocios jurídicos que emerjan de la autonomía

de la voluntad, sino pactar, también, condiciones negociales particulares, conforme al artículo 1602 del Código Civil, ajustando el contrato en cuanto a modo, tiempo y lugar, para el cumplimiento de las prestaciones. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, pueden consultarse las sentencias del 15 de octubre de 1997, expediente 11212, C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros, y del 7 de octubre de 2009, expediente 18509, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 32 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 40 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1602 / DECRETO 1510 DE 2013 – ARTÍCULO 159 NUMERAL 4

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA / PLIEGO DE CONDICIONES / POTESTAD REGLAMENTARIA / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

No puede compartir la Sala, como consecuencia, el argumento de la coadyuvante, en el sentido de que el Decreto-Ley 4170 de 2011 y su reglamentario 1510 de 2013 ampliaron las facultades otorgadas para efectos de estandarización del pliego de condiciones, pues, como se acaba de señalar, se trata de facultades con sujetos y alcances diferentes. (...) No se desprende del texto demandado que Colombia Compra Eficiente haya sido investida de facultad reglamentaria alguna, pues en los términos en que fue redactado y del contexto de las normas que regulan el funcionamiento de Colombia Compra Eficiente, ninguna obligatoriedad podría imponerse respecto de los pliegos de condiciones tipo para la contratación, que debe diseñar e implementar. Para estos efectos, se reiteran, íntegramente, las consideraciones expuestas en el numeral anterior en relación con los contratos tipo, pues en la elaboración de los pliegos de condiciones, les asiste a las entidades públicas, igualmente, el principio de la autonomía de la voluntad.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 4170 DE 2011

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., once (11) de abril dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00135-00 (52055)

Actor: DIANA CAROLINA ROSAS BONILLA Y OTROS

Demandado: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Referencia: NULIDAD SIMPLE

La Sala decide, en única instancia, la demanda instaurada por Camilo Andrés Peinado Galán, Lina Sofía Pérez Pedraza, Paola Andrea Ramírez Pereira y Diana Carolina Rosas Bonilla en ejercicio del medio de control de nulidad, consagrado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con la que se impugnó la totalidad del Decreto 1510 de 2013. De manera subsidiaria deprecaron la nulidad del artículo 159 del mismo cuerpo normativo y, en subsidio de la primera subsidiaria, pidieron que se decrete la nulidad del numeral 3 de esta última disposición.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

El 21 de agosto de 2014, los demandantes formularon, en ejercicio del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 del CPACA, demanda en contra del Departamento Nacional de Planeación – DNP-, con la que se pretende de manera principal y subsidiaria la nulidad de las normas antes referidas.

2. Trámite de instancia

2.1. Admisión de la demanda

Mediante auto del 23 de enero de 2015¹, luego de verificar el régimen normativo aplicable, la competencia de la Corporación para conocer del mismo y el cumplimiento de requisitos formales de la demanda, se procedió a su admisión, se ordenó su notificación a la entidad demandada, al Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y se otorgó el término legal para la respectiva contestación.

2.2. Contestación de la demanda

En la oportunidad procesal correspondiente, mediante escrito del 15 de mayo de 2015 el Departamento Nacional de Planeación –DNP- contestó la demanda formulada, oponiéndose a las pretensiones de nulidad incoadas².

¹ Folios 25 a 28 cdo. ppal.

² Folios 45 a 54 cdo. ppal.

2.3. Coadyuvancia

En escrito del 14 de mayo de 2015³, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente solicitó tenerla como coadyuvante y que su escrito fuera considerado como contestación a la demanda. Mediante auto del 12 de noviembre de 2015, se admitió la intervención solicitada⁴.

Colombia Compra Eficiente se opuso a las pretensiones de la demanda, pues consideró que las normas no adolecen de los vicios o irregularidades indicadas por los actores.

3. Disposiciones acusadas, cargos formulados, posición de la demandada y el tercero interviniente

Con propósitos puramente metodológicos que garanticen un eficiente estudio del objeto de la presente *litis* y una fácil y clara comprensión de los argumentos esgrimidos por todos los intervinientes, la Sala presentará, a continuación, las normas demandadas, la síntesis de los cargos planteados y la posición de la demandada y su coadyuvante en cada caso.

3.1. Primera disposición acusada (pretensión principal)

Los demandantes solicitaron la declaratoria de nulidad de la totalidad del Decreto 1510 del 17 de julio 2013, “*Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública*”, de cuya transcripción se releva la Sala dada su extensión. Su texto puede ser consultado en el Diario Oficial No. 48854 del 17 de julio de 2013.

3.1.1. Fundamentos de la demanda

En sustento de su solicitud, los demandantes advirtieron la infracción del artículo 29 de la Constitución Política y del numeral 8 del artículo 8 del CPACA, toda vez que en la expedición del decreto demandado se pretermitió el procedimiento establecido en la última de las disposiciones referidas, en el cual se impone la obligación a las entidades públicas de mantener a disposición de toda persona “[l]os *proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas*

³ Folios 32 a 37 cdo. ppal.

⁴ Folio 59 a 62 cdo. ppal.

alternativas...”. Adujeron que tal inobservancia, además, vulneró el derecho fundamental al debido proceso.

3.1.2. Oposición de la demandada

El DNP Indicó que el artículo 8 del CPACA, señalado como vulnerado por los demandantes, no resulta aplicable para el caso del ejercicio de la facultad reglamentaria del Presidente de la República y, por lo mismo, no era necesario un proceso de consulta o concertación para la expedición del decreto demandado.

No obstante lo anterior, la demandada precisó que Colombia Compra Eficiente puso a disposición de la ciudadanía, a través de su página electrónica, entre el 7 de diciembre de 2012 y el 24 de junio de 2013, 7 versiones del proyecto de decreto, junto con una matriz para la presentación de comentarios y observaciones. Agregó que Colombia Compra Eficiente también organizó reuniones con diferentes grupos de interés para recibir comentarios al proyecto de decreto.

De acuerdo con lo indicado, en consideración de la demandada, el cargo no estaría llamado a prosperar.

3.1.3. Oposición de Colombia Compra Eficiente

Colombia Compra Eficiente señaló que preparó, estructuró y proyectó el Decreto 1510 de 2013 y, en cumplimiento de la normativa vigente, puso a disposición del público, en la entonces página electrónica del Secop (www.contratos.gov.co), 7 versiones del proyecto de decreto reglamentario entre el 7 de diciembre de 2012 y el 24 de junio de 2013, junto con una matriz para la presentación de observaciones y comentarios. Adicionalmente, adujo haber sostenido reuniones con diversos representantes del sector privado y grupos de interés. Todo lo anterior, en concepto de la coadyuvante, respondió al cumplimiento de la norma cuya infracción alegaron los demandantes, con lo que se permitió a los interesados conocer, con anterioridad a su expedición, el contenido del acto administrativo de reglamentación.

3.2. Segunda norma acusada

Los demandantes solicitaron, en subsidio de la pretensión principal previamente referida, la declaratoria de nulidad de la totalidad del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, el cual es del siguiente tenor:

Artículo 159. Estándares y documentos tipo. Sin perjuicio de la función permanente que el Decreto-ley 4170 de 2011 le asigna, Colombia Compra Eficiente debe diseñar e implementar los siguientes instrumentos estandarizados y especializados por tipo de obra, bien o servicio a contratar, así como cualquier otro manual o guía que se estime necesario o sea solicitado por los partícipes de la contratación pública:

1. Manuales para el uso de los Acuerdos Marco de Precios dentro de los dos (2) meses siguientes a la expedición del presente decreto.

2. Manuales y guías para: (a) la identificación y cobertura del Riesgo; (b) la determinación de la Capacidad Residual para los contratos de obra pública dependiendo del valor de los mismos; (c) la elaboración y actualización del plan Anual de Adquisiciones; y (d) el uso del Clasificador de Bienes y Servicios; los cuales deben ser expedidos dentro de los (2) meses siguientes a la expedición del presente decreto.

3. Pliegos de condiciones tipo para la contratación dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto.

4. Minutas tipo de contratos dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto.

3.2.1. Fundamentos de la demanda

Los actores estimaron que la norma demandada infringe el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, toda vez que las funciones allí asignadas son propias del ejercicio reglamentario que corresponde, por expresa disposición constitucional, al Presidente de la República y no a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

En cuanto a la infracción del numeral 1 del artículo 11 de la Ley 489 de 1998, afirmaron que, al conferirse a Colombia Compra Eficiente la función de elaborar manuales y guías de contratación pública, se delegó una potestad de carácter reglamentario que se halla radicada en cabeza del Presidente de la República, lo cual riñe con la prohibición contenida en la disposición anotada.

En relación con las funciones de Colombia Compra Eficiente, contenidas en el artículo 3 del Decreto-Ley 4170 de 2011, advirtieron que aquella relativa a proponer, desarrollar, implementar y difundir planes, programas y normas en

materia de compras y contratación pública, no le asigna a este organismo la creación, elaboración y expedición de normas de carácter obligatorio, en especial, en punto de los manuales y guías para la contratación pública y los pliegos de condiciones tipo. Este entendimiento de la disposición, en opinión de los libelistas, comporta que Colombia Compra Eficiente no se encuentre autorizada para expedir reglamentos, manuales y guías concernientes a la contratación pública, lo que demuestra la contrariedad del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013 con el ordenamiento jurídico superior.

3.2.2. Oposición de la demandada

Luego de realizar algunas consideraciones en relación con el instituto de la potestad reglamentaria, para lo cual remitió a la jurisprudencia de la Corporación sobre la materia, la entidad demandada señaló que con el Decreto 1510 de 2013 se establecieron reglas para la cumplida ejecución de las leyes 80 de 1993, 361 de 1997, 590 de 2000, 816 de 2003, 1150 de 2007, 1450 de 2011, 1474 de 2011 y de los Decretos-Ley 4170 de 2011 y 019 de 2012.

Estimó que con el artículo demandado se pretende que Colombia Compra Eficiente cumpla con una de las funciones que le fue asignada por el Decreto-Ley 4170 de 2011 y no implica un ejercicio inapropiado de la facultad discrecional en la elaboración de pliegos de condiciones conferida a las entidades estatales, pues ellas no se eximen de responsabilidad en el cumplimiento de sus funciones o por la estructuración de los procedimientos de contratación. Concluyó que Colombia Compra Eficiente es un apoyo para las entidades públicas en temas de compras y contratación pública, sin que reemplace su actividad o funciones dentro de los procesos de contratación y que los documentos tipo o estandarizaciones que aquella elabora, son solo recomendaciones de carácter general.

3.2.3. Oposición de Colombia Compra Eficiente

Para la entidad, el cargo formulado por los demandantes, consistente en la infracción de los artículos 189 de la Constitución Política y 11 de la Ley 489 de 1998, es incorrecto, pues otorga la misma naturaleza reglamentaria a las guías y manuales expedidos por Colombia Compra Eficiente, que a los decretos, resoluciones u órdenes proferidas por el Presidente de la República.

Indicó que en el artículo 3 del Decreto-Ley 4170 de 2011, por el cual se creó la Agencia Nacional de Contratación – Colombia Compra Eficiente, se le asignó la función de “[d]esarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas”, conforme con lo cual las circulares, guías, manuales, documentos tipo y demás instrumentos y herramientas son “...una manifestación de la Administración (...) y pueden contener potestad reglamentaria, en tanto están destinadas a la cumplida ejecución de la ley, dentro del marco normativo que las regula, y propias de la función, objeto y misión de la Entidad”.

En relación con lo regulado por el Decreto-Ley 4170 de 2011, Colombia Compra Eficiente considera que el artículo 159 del Decreto 1510 de 2013 le permite el cumplimiento de su función de coordinación del sistema de compras y contratación pública, y concreta su carácter de ente rector en esa temática.

3.3. Tercera norma acusada

En subsidio de la primera pretensión subsidiaria, fue solicitada la declaratoria de nulidad del numeral 3 del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, transcrito en el numeral precedente.

3.3.1. Fundamentos de la demanda

Con la disposición demandada, estimaron vulnerado el parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que dicha disposición establece que el diseño de pliegos de condiciones tipo, solo es procedente para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades. Así, por tanto, cuando en la norma demandada se confiere a Colombia Compra Eficiente la facultad de elaborar pliegos de condiciones tipo para los procesos de contratación pública en general, se está ampliando la autorización establecida en la Ley 1150 2007.

El numeral 3 del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, en consideración de los demandantes, estableció casos adicionales a los previstos en las normas superiores a las que se encuentra sometido, lo que comporta una extralimitación en el ejercicio de la función reglamentaria.

Por otra parte, observaron los demandantes que la norma impugnada quebranta la discrecionalidad de la administración en la elaboración de los pliegos de condiciones, consagrada en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

3.3.2. Oposición de la demandada

No se realizaron consideraciones adicionales a las manifestadas en la oposición a los cargos en contra de la totalidad del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013.

3.3.3. Oposición de Colombia Compra Eficiente

En cuanto a la posible infracción del párrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, Colombia Compra Eficiente advirtió que el Decreto-Ley 4170 de 2011, el cual también fue reglamentado por el Decreto 1510 de 2013, amplió el espectro de normas, herramientas, instrumentos y demás mecanismos que son propios del sistema de compra y contratación pública, con lo que la competencia otorgada al gobierno nacional por medio de la Ley 1150 de 2007 fue extendida por el Decreto-Ley 4170 de 2011, *“...asignando la potestad reglamentaria de tal función a Colombia Compra Eficiente, a través del ejercicio técnico de las funciones asignadas a la Subdirección de Gestión Contractual (...) para que expida las estandarizaciones y documentos tipo necesarios para cualquiera de las etapas de la gestión contractual pública y no sólo para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización”*.

La impugnante desestimó la alegada infracción del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 con lo establecido en el numeral 3 del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, pues, en su concepto, la libertad de configuración contractual de la que gozan las entidades estatales no es para la elaboración de pliegos de condiciones, sino para configurar el proceso de contratación. Añadió que el pliego de condiciones tipo es un documento base, al cual pueden adicionarse los aspectos fundamentales propios del proceso específico y no constituye una limitación de la libertad de la entidad.

4. Audiencia inicial

De conformidad con lo previsto en el artículo 180 del CPACA, por proveído del 3 de mayo de 2016, se fijó para el 26 de mayo de la misma anualidad a las 09:00 a.m. la realización de la audiencia⁵.

Luego de la verificación de la asistencia de los intervinientes, advertida la inexistencia de alguna circunstancia que pudiera afectar la validez de lo actuado y al no encontrar configurada ninguna excepción previa, se procedió a hacer una síntesis de la demanda, su contestación y la intervención del tercero interviniente con el objeto de fijar el litigio (numeral 1.5 *infra*). Posteriormente, se ordenó tener como pruebas dentro del proceso, con el valor probatorio que les corresponda de conformidad con la ley, los documentos aportados por la coadyuvante, de las cuales se corrió traslado a las partes.

Al término de la audiencia, de acuerdo con el artículo 181 del CPACA, se ordenó el traslado para que las partes presentaran, por escrito, sus alegatos de conclusión, así como al Ministerio Público para que allegara su concepto.

5. Fijación del litigio

En consonancia con los cargos formulados por los demandantes, la contestación de la demanda y el escrito de coadyuvancia, el litigio formulado, tal como se dejó sentado en la audiencia inicial, se contrae a los siguientes aspectos:

- Determinar si las entidades públicas competentes para la expedición del Decreto 1510 de 2013 dieron o no cumplimiento al procedimiento de publicidad previsto en el numeral 8 del artículo 8 del CPACA.
- Determinar si las funciones asignadas a la Agencia Nacional de Contratación Pública en el artículo 159 del Decreto 1510 de 2013 implicaron o no una extralimitación del Presidente de la República en el ejercicio de su facultad reglamentaria, teniendo en cuenta que tales funciones podrían ser de su exclusivo resorte.
- Determinar si el numeral 3 del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013 contraviene o no lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que esta última disposición limita la posibilidad de diseñar pliegos de condiciones tipo únicamente para la adquisición o suministro de

⁵ Folio 80 cdo. ppal.

bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Debe determinarse, además, si la norma demandada quebranta o no la discrecionalidad de la administración en la elaboración de los pliegos de condiciones consagrada en el ordinal 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

6. Alegatos de conclusión

Mediante escritos del 9 de junio de 2016⁶ y del 16 de junio de 2016⁷, el DNP y la Agencia Nacional de Contratación Pública, respectivamente, presentaron sus alegatos conclusivos, en los que reiteraron los argumentos expuestos previamente en las oportunidades procesales pertinentes.

La Agencia, sin embargo, dada la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial se pronunció frente a cada uno de los asuntos definidos y en relación con la supuesta expedición irregular del Decreto demandado, indicó que, si bien no fue esa entidad la que profirió el acto administrativo respectivo, pues ello es extraño a sus competencias, es esa entidad la encargada de proponer al gobierno nacional las normas que deben ser expedidas para la regulación de las compras y la contratación pública (Decreto 4170 de 2011), artículo 3, numeral 1, por lo cual las actividades adelantadas supusieron el cumplimiento del proceso de publicidad regulado en el numeral 8 del artículo 8 del CPACA.

Los demandantes allegaron su escrito de alegaciones el 14 de junio de 2016⁸, en el que reiteraron los argumentos expuestos en la demanda formulada.

7. Ministerio Público

Guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

En primer lugar, la Sala establecerá (i) su competencia para conocer del asunto sometido en esta oportunidad a su consideración, posteriormente, hará referencia a (ii) la derogatoria de las normas demandadas, estudiará (iii) el fenómeno de la

⁶ Folios 97 a 101 cdo. ppal.

⁷ Folios 105 a 109 cdo. ppal.

⁸ Folios 102 a 104 cdo. ppal.

potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República y, finalmente, pasará a analizar (iv) los cargos formulados por los demandantes.

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer la demanda impetrada contra el Decreto 1510 de 2013, pues es un acto administrativo general de naturaleza puramente reglamentaria, expedido por el Presidente de la República en desarrollo de lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política. Por tal motivo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 237 de la Constitución Política, y los artículos 137 y 149 del CPACA, corresponde al Consejo de Estado conocer, en única instancia, de las demandas de nulidad que contra el mismo se interpongan.

Finalmente, advierte la Sala que el conocimiento de la presente demanda corresponde a esta Sección de la Corporación, dado que el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 -modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003-, por el cual se adoptó el reglamento del Consejo de Estado, radicó en la Sección Tercera la competencia para conocer de los procesos de simple nulidad contra actos administrativos que, entre otros temas, versen sobre asuntos contractuales.

2. Derogatoria de las normas demandadas

Destaca la Sala la existencia actual del Decreto 1082 del 26 de mayo de 2015⁹, *“por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”*, en el que se incluyó la mayor parte de las disposiciones del Decreto 1510 de 2013¹⁰. En la parte considerativa del primero de los decretos mencionados, se advierte sobre la existencia de una política pública gubernamental de simplificación y compilación orgánica del sistema nacional regulatorio, y se indica que la facultad reglamentaria incluye la posibilidad de compilar normas de la misma naturaleza. Análogamente, señala que con el objetivo de compilar y racionalizar las normas de carácter reglamentario que rigen

⁹ Diario Oficial 49.523 del 26 de mayo de 2015.

¹⁰ Excepto las relativas a su vigencia (artículo 161), régimen de transición (artículo 162) y derogatorias (artículo 163)

en el sector y contar con un instrumento jurídico único para el mismo, se hace necesario expedir el mencionado Decreto Único Reglamentario Sectorial¹¹.

En relación con lo anterior, la Sala observa que si bien la finalidad del gobierno nacional fue agrupar en un solo cuerpo normativo la totalidad de las disposiciones que regulan el sector administrativo de planeación nacional, mediante el artículo 3.1.1. del Decreto 1082 de 2015 se procedió a la derogatoria de las disposiciones objeto de “*compilación*”¹², por lo que, el compendio o continente regulatorio varió y, por contera, el Decreto 1082 de 2015 vino a constituir una nueva disposición que supone la inexistencia actual del Decreto 1510 de 2013.

Ante la desaparición de la vida jurídica de las normas atacadas, debe indicar la Sala que ello no impide un pronunciamiento judicial sobre su validez, puesto que el mismo no está condicionado a su vigencia, lo cual se ajusta a la finalidad del medio de control previsto en el artículo 137 del CPACA, en tanto que, con ello, se pretende garantizar la incolumidad de la legalidad objetiva dentro del ordenamiento jurídico.

La circunstancia de que un acto demandado haya sido modificado, derogado o subrogado por otro, ocasiona la cesación de sus efectos hacia el futuro, en tanto que, como el análisis de la legalidad del acto administrativo comprende la evaluación de sus requisitos esenciales a efecto de definir si nació o no válido a la vida jurídica, su nulidad produce efectos invalidantes desde su nacimiento¹³, tal como lo ha reiterado la Corporación desde la providencia del 14 de enero de 1991¹⁴.

Por lo expuesto, la Sala procederá al estudio de las normas demandadas, no obstante haberse verificado su derogatoria.

¹¹ En relación con la posibilidad de compilar normas de carácter reglamentario ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 21 de julio de 2005, expediente 1657, C.P. Gustavo Aponte Santos.

¹² En el artículo 3.1.1. del Decreto 1082 de 2015 se dispuso:
“*Derogatoria Integral. Este decreto regula íntegramente las materias contempladas en él. Por consiguiente, de conformidad con el art. 3 de la Ley 153 de 1887, quedan derogadas todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria relativas al Sector Administrativo de Planeación Nacional que versan sobre las mismas materias, con excepción, exclusivamente, de los siguientes asuntos (...)*”.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2007, expediente 11542, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de enero de 1991, expediente S-157, C.P. Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

3. Potestad reglamentaria del Presidente de la República

Teniendo en cuenta que el fundamento transversal de la mayor parte de los vicios anulatorios alegados por los actores gravita en torno al ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República, en adelante, la Sala pondrá de presente las consideraciones que sobre el particular ha desarrollado la Corporación.

3.1. Contexto de la potestad reglamentaria del Presidente de la República

El poder normativo reconocido constitucionalmente al Presidente de la República pone de presente la jerarquización del ordenamiento jurídico, con preeminencia de las normas constitucionales y legales, que somete al imperio de la ley la actuación que en este sentido despliega el Poder Ejecutivo y evidencia la necesidad de la existencia de varias fuentes formales productoras de normas jurídicas que garanticen el imperio del derecho y una más ajustada y transparente regulación legal de los comportamientos sociales.

Tal como lo ha señalado la Corporación¹⁵, el reconocimiento del poder de producción normativa a cargo del Presidente de la República, consagrado en el numeral 11 del artículo 189, no es el único que la Carta Política establece¹⁶. Por esta última circunstancia, la tensión entre el espectro competencial de los diferentes órganos productores de normas se ha resuelto, en el medio colombiano, mediante los criterios de jerarquía y de distribución de competencias normativas¹⁷.

Para el caso particular de la potestad reglamentaria, el criterio por el cual se resuelven las tensiones entre la ley y el reglamento es el jerárquico, de suerte que el gobierno nacional se encuentra plenamente sometido al imperio de la ley, la cual determina el contenido, alcance y límites de la mencionada potestad.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 20 de mayo de 1994, expediente 5185, C.P. Guillermo Chahín Lizcano. Ver, también, Sección Tercera, sentencia del 14 de agosto de 2008, expediente 16230, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, en donde la Corporación advierte una tipología reglamentaria en el ordenamiento jurídico constitucional.

¹⁶ Ostentan facultades constitucionales de producción normativa el Consejo Superior de la Judicatura (art. 257), el Consejo Nacional Electoral (art. 265), el Contralor General de la República (art. 268), el Contador General (art. 354) y la Junta Directiva del Banco de la República (arts. 371 y 372).

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-234 del 2 de abril de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

3.2. Concepto de la potestad reglamentaria del Presidente de la República

La potestad reglamentaria reconocida al Presidente de la República es una atribución constitucional de carácter permanente, correlato de la función principal que tiene el Ejecutivo de asegurar el cumplimiento del derecho contenido en disposiciones de superior jerarquía, para expedir normas de carácter general, impersonal y abstracto que desarrollen los principios y reglas previstos en aquellas y encauzarlos hacia la operatividad efectiva en la sociedad, sin que ello pueda comportar la modificación, ampliación o restricción del contenido o alcance de las normas reglamentadas¹⁸.

3.3. Características de la potestad reglamentaria del Presidente de la República

La potestad reglamentaria se caracteriza por ser ejercida por el Presidente de la República en su calidad de primera autoridad administrativa, por derecho propio de raigambre constitucional, sin que resulte necesario, para cada caso particular, que se precise su reconocimiento por parte del legislador, de suerte que se ejerce de manera permanente, y no puede ser limitada temporal o materialmente, salvo reserva constitucional expresa¹⁹. Es una competencia inalienable, intransferible e inagotable de carácter meramente instrumental, pues con ella se permite al Ejecutivo desarrollar su función esencial de darle operatividad a las disposiciones legales, por manera que se garantice la *cumplida ejecución de las leyes*.

3.4. Contenido y alcance de la potestad reglamentaria del Presidente de la República

La potestad reglamentaria tiene como presupuesto básico un mínimo de materialidad legislativa, a partir del cual el Gobierno puede ejercerla para asegurar la ejecución de dicho contenido, bajo los dictados explícitos e implícitos de la ley²⁰,

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencias del 25 de abril de 1970, expediente 1087, C.P. Hernando Gómez Mejía y del 24 de mayo de 1973, expediente 2226, C.P. Miguel Lleras Pizarro; Sección Tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2005, expediente 14759, C.P. María Elena Giraldo Gómez. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-228 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁹ *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-028 del 30 de enero 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 15 de abril de 1977, expediente 2034, C.P. Jorge Valencia Arango; 5 de mayo de 2005, expediente 13562, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Ver, también, Corte Constitucional, sentencias C-508 del 3 de julio de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-290 del 16 de junio de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía; C-852 del 17 de agosto de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

de suerte que la misma se *acople a las variantes y complicaciones que comporta la realidad*²¹. No se trata, por tanto, de una reiteración textual de la ley, pues tal sería un ejercicio inane del Ejecutivo que contrariaría principios superiores del ordenamiento; el ejercicio reglamentario debe estar dirigido a “...*dar vida práctica a la ley para ponerla en ejecución, supliendo aquellos detalles que sería exótico consignar en la propia ley (...). El decreto reglamentario debe estar contenido implícitamente dentro de la ley reglamentada*”²².

3.5. Límites de la potestad reglamentaria del Presidente de la República

La potestad reglamentaria no es absoluta y tiene por límites la Constitución Política y la ley que en cada caso se reglamente, reconociendo la estructura jerarquizada del ordenamiento jurídico y su nivel de segundo orden dentro de las fuentes del derecho, por manera que con su ejercicio el gobierno nacional no puede suprimir, restringir, alterar, ampliar, adicionar o, en fin, modificar el contenido del orden normativo superior, pues ello comportaría la extralimitación de su marco competencial²³.

En reiterada jurisprudencia de esta Corporación, se ha indicado, además, que la atribución reglamentaria se encuentra limitada por la forma en la que el Congreso ejerce su poder de producción normativa, de suerte que a mayor detalle legislativo menor competencia ejecutiva para reglamentar y, *contrario sensu*: a menor ejercicio legislativo, mayor amplitud reglamentaria²⁴.

3.6. Potestad reglamentaria del Presidente de la República en materia de contratación estatal

En punto de la actividad contractual del Estado, debe indicarse, en primer lugar, que la Constitución Política se encargó de asignar expresamente al legislador

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 2 de diciembre de 1982, C.P. Samuel Buitrago Hurtado.

²² Consejo de Estado, sentencia del 22 de agosto de 1944, C.P. Gonzalo Gaitán.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 1º de abril de 2009, expediente 36476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, reiterado en sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36054B, C.P. Enrique Gil Botero.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 17 de febrero de 1962, C.P. Carlos Gustavo Arrieta, reiterada, entre otras, en las siguientes providencias de esta Corporación: sentencias del 24 de mayo de 1973, expediente 2226, C.P. Miguel Lleras Pizarro; 7 de diciembre de 1982, expediente 10559, C.P. Eduardo Suescún; 11 de marzo de 1994, expediente 2432, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez; sentencia del 14 de agosto de 2008, expediente 16230, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 2 de diciembre de 2013, expediente 41719, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

(inciso final del artículo 150) la facultad de expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y, en especial, de la administración nacional, lo cual, sin embargo, no puede interpretarse, tal como lo tiene sentado la Corte Constitucional²⁵, como una obligación de desarrollar integral y casuísticamente tal materia, pues en esa labor resulta de principal importancia la competencia normativa del gobierno nacional, en procura de regulaciones flexibles y cercanas a la realidad de las entidades públicas que permitan la debida ejecución de la ley.

Adicionalmente, el artículo 273²⁶ de la Constitución Política, tal como lo ha entendido la Corporación, estableció una reserva legal para regular la forma en que deben evaluarse las propuestas en todos los eventos en los cuales las entidades inicien un proceso de selección, sin que ello se limite a los casos en los cuales se aplique el mecanismo de audiencia pública²⁷.

Ahora bien, al considerar el desarrollo legislativo que a la fecha se ha procurado para la regulación de los asuntos contractuales del Estado, puede advertirse que el gobierno nacional cuenta con un amplio margen para la reglamentación, pues las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 se concentran en la configuración de principios que deben guiar la actividad contractual²⁸. La Ley 1150 de 2007, a su vez, en una gran cantidad de asuntos se limitó a establecer unas condiciones básicas mínimas y defirió al gobierno nacional, expresamente, su reglamentación²⁹.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-949 del 5 de septiembre 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁶ **“ARTICULO 273.** *A solicitud de cualquiera de los proponentes, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública.*

Los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública, la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas y las condiciones bajo las cuales se realizará aquella, serán señalados por la ley”.

²⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011, expediente 36601, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; auto del 13 de mayo de 2004, expediente 24524, C.P. Ricardo Hoyos Duque; y auto del 6 de agosto de 2009, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 19 de febrero de 1996, en el que se indica que “...la Ley 80 de 1993 señaló principios y reglas generales para adelantar la actividad contractual del estado, lo que generaría una necesidad mayor de reglamentación por parte del Ejecutivo”.

²⁹ La expresa y necesaria remisión al reglamento gubernamental se evidencia en materia de presentación dinámica de ofertas en procesos licitatorios (artículo 2, número 1), selección abreviada (artículo 2º, número 2), concurso de méritos (artículo 2º, número 3, modificado por el artículo 219 del Decreto –Ley 019 de 2012), acuerdos marco de precios (artículo 2º, parágrafo 5º), utilización de tecnología en materia de gestión contractual (artículo 3º), requisitos habilitantes y registro único de proponentes (artículo 6º), garantías en la contratación (artículo 7º), publicidad de procesos de contratación (artículo 8º), promoción del desarrollo local y departamental (artículo 12).

En cuanto a las limitaciones del gobierno en materia de regulación de la actividad contractual del Estado, ha de decirse que la jurisprudencia de la Corporación se ha pronunciado para señalar la imposibilidad que existe de dejar en manos de las entidades públicas la definición de aspectos relativos a su gestión contractual, cuya reglamentación le corresponde de acuerdo con la Constitución y la ley al primero, pues ello supondría una renuncia a su facultad constitucional inalienable que invalidaría su comportamiento³⁰.

También se ha declarado la invalidez de los reglamentos que no hagan más expedita o faciliten la aplicación de la ley³¹; o que tipifiquen negocios jurídicos civiles, comerciales o administrativos, cuyos elementos esenciales y naturales corresponde a la ley y nunca al reglamento³²; o que fijan restricciones que cercenan las opciones legales, como aquella según la cual las partes pueden acordar el modo de costear la publicación del contrato³³; o que confieren facultades de índole judicial, como lo hizo el artículo 17 del Decreto 856 de 1994, al establecer que las cámaras de comercio tenían competencia para determinar los perjuicios y costas causados relacionados con la impugnación en materia de registro de proponentes³⁴; o, en fin, cuando impongan contenidos en los pliegos de condiciones, dado que ello compete a las entidades contratantes³⁵.

4. Análisis de los asuntos objeto de la presente litis

A continuación la Sala procederá a la resolución de cada uno de los asuntos puestos a su consideración, de conformidad con la fijación del litigio presentada en la audiencia inicial, tal como consta en el numeral 5 de la presente providencia.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 1º de abril de 2009, expediente 36476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, reiterado en sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36054, C.P. Enrique Gil Botero.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de junio de 1997, expediente 9523, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 1994.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de febrero de 1998, expediente 11795, C.P. Luis Fernando Olarte Olarte.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de marzo de 2000, expediente 10077, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, expediente 18509, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

4.1. Determinar si las entidades públicas competentes para la expedición del Decreto 1510 de 2013 dieron o no cumplimiento al procedimiento de publicidad previsto en el numeral 8 del artículo 8 del CPACA

La ley 1437 de 2011 estableció en el numeral 8 de su artículo 8 el deber de las autoridades públicas de mantener a disposición de toda persona, entre otros asuntos, información completa y actualizada sobre los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el fin de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas, para lo cual, dicha autoridad, debe establecer un procedimiento que permita dar cumplimiento a tal disposición. Esta previsión, de acuerdo con lo allí indicado, no comporta para la autoridad una limitación en el contenido de la decisión, la cual deberá ser adoptada autónomamente.

En relación con el alcance de la referida norma, esta Corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse. En efecto, mediante sentencia del 10 de diciembre de 2015³⁶, la Sección Cuarta indicó:

4.2.- Sobre la participación de la comunidad en la toma de decisiones que los afectan, como fin esencial del Estado, debe decirse, que tratándose de la expedición de normas, ya sean de orden legal o no, aquella se ejerce de varias maneras: una, la elección de representantes (en sentido amplio) que expongan sus intereses y necesidades, en desarrollo del principio democrático que informa el modelo de Estado en Colombia; otras, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa, la asistencia a los escenarios de deliberación dispuestos para tal propósito, o la consulta previa, entre otras.

Por eso, si bien es cierto que las autoridades tienen la facultad de abrir espacios para el debate, de manera previa a la expedición de normas, no lo es menos que tratándose del ejercicio de la función reglamentaria, en estricto sentido no están obligadas a realizar consultas a la comunidad, porque el límite de su actuación viene dado por la ley que se pretende reglamentar, de manera que, si se quiere ser preciso, no comporta propiamente un ejercicio discrecional, sino a una labor técnica circunscrita a la eficaz aplicación de la ley.

La consulta previa, en el marco constitucional y legal colombiano, es obligatoria, entre otros casos, cuando se trata de decisiones sobre la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas, pero no para el ejercicio de la potestad reglamentaria, particularmente en el

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 10 de diciembre de 2015, expediente 19.234, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

asunto fiscal que se trató en la norma demandada.

No se trata, por lo tanto, de un requisito de validez de este tipo de decretos, de manera que, si no se realiza, se afecten de nulidad.

Recuérdese, que el deber de someter a consideración del público la información sobre proyectos específicos de regulación antes de su expedición, es fijado directamente por la Constitución y la Ley. En esos casos, para dar a conocer el proyecto a los sectores interesados, este deberá estar disponible en el sitio Web de la respectiva entidad que lo prepara.

Por su parte, la Sección Quinta, en sentencia del 21 de julio de 2016, estudió la legalidad del Decreto 2033 del 16 de octubre de 2015³⁷, por medio del cual el gobierno nacional dictó normas para la conservación del orden público durante el período de elecciones de autoridades y corporaciones públicas territoriales del 25 de octubre de 2015, y en ella, consideró:

3.1.4.2. Para la Sala, del 8º numeral 8º de la Ley 1437 de 2011 no se desprendía la obligación del Gobierno Nacional de publicar el proyecto de Decreto 2033 de 2015.

En efecto, si bien esta norma impone el deber a las autoridades de publicar ‘los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas’, lo cierto es que dicho mandato se impone únicamente respecto de aquellos proyectos que orientan u organizan las relaciones entre la autoridad administrativa y los ciudadanos y no a aquellos actos de carácter general que expide en desarrollo de sus labores misionales.

(...)

Así, el numeral 8º del artículo 8º no puede ser leído y estudiado por fuera del contexto del cual hace parte, y en ese orden, se impone concluir que “los proyectos específicos de regulación” que deben ser sometidos a consideración del público, son aquellos que establecen normas que orientan u organizan las relaciones entre la autoridad administrativa y los ciudadanos.

Posteriormente, la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, en concepto que comparte esta Sección, por la razones que más adelante se expondrán, ante una consulta del Gobierno Nacional dirigida a absolver el mismo

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 21 de julio de 2016, radicación número: 11001-03-28-000-2015-00030-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

interrogante que pretende resolverse en el *sub lite*³⁸, luego de advertir que el concepto “regulación” puede tener una acepción amplia o general y otra restringida o especial, advirtió (se omiten las citas a pie de página del texto original):

Si se considera que la expresión ‘proyectos específicos de regulación’ hace referencia al sentido específico de regulación económica-social, debe concluirse que se trataría de propuestas de actos administrativos generales y abstractos o de reglamentos dirigidos a fijar o ajustar ex ante, las reglas de juego de una actividad determinada de un sector económico particular para garantizar el derecho a la competencia y proteger un interés general específico de un sector calificado como servicio público. Este concepto abarcaría, por ejemplo, las propuestas de normas de carácter técnico especializado, como lo serían los proyectos de resoluciones expedidas por las comisiones de regulación.

Es importante destacar que los referidos proyectos se limitarían a los actos administrativos de carácter general y abstracto, pues una interpretación que incluyera también a los de contenido particular y concreto haría ineficaz e ineficiente la actividad de la administración, toda vez que implicaría que todos los actos administrativos, aun los que corresponden a una situación concreta o particular, tendrían que ser publicados y sujetos a un periodo de observaciones antes de su promulgación definitiva, lo cual haría irrazonablemente lenta la actividad estatal. Para el efecto, las normas del CPACA consagran expresas disposiciones para que en la actuación de la administración de contenido particular sean citadas las personas que puedan verse afectadas por la futura decisión, con el fin de garantizar sus derechos.

Por su parte, si la expresión ‘proyectos específicos de regulación’ se determina a la luz del sentido general del término regulación, debe concluirse que dichos proyectos hacen referencia a la propuesta de norma jurídica que busca expedir la autoridad administrativa, sin que se limite o restrinja únicamente a la regulación económica-social.

A juicio de la Sala, esta aproximación es la que debe acogerse, pues: i) es coherente y hace efectivo el principio democrático y la democracia participativa que acoge la Constitución de 1991, ii) está acorde con una interpretación sistemática de otras normas del ordenamiento nacional, iii) materializa los principios de transparencia, publicidad, participación, eficacia y seguridad jurídica que guían la actividad administrativa, iv) es afín con los conceptos de gobernanza y buen gobierno, y v) permite mejorar la calidad regulatoria en Colombia (...).

³⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 14 de septiembre de 2016, radicación 2.291, C.P. Edgar González López. Entre otros interrogantes, el Gobierno Nacional formuló el siguiente: “5. ¿El deber de que trata el artículo en mención se aplica también en relación a las normas que tengan una vocación reglamentaria expedida en virtud de la potestad concedida en el artículo 189.11 constitucional?”

Más adelante, concluyó:

En consecuencia, la expresión 'proyectos específicos de regulación' hace referencia a la propuesta de norma jurídica que pretende ser expedida por la autoridad administrativa en un asunto o materia de su competencia. En otras palabras, cuando la Ley 1437 de 2011 ordena publicar los proyectos específicos de regulación, debe entenderse que está ordenando a las autoridades señaladas en el artículo 2º del CPACA publicar los proyectos de actos administrativos de contenido general y abstracto que piensa proferir.

Por lo tanto, el deber de publicidad contenido en el numeral 8º del artículo 8º es exigible a las autoridades administrativas que pueden expedir actos administrativos de contenido general y abstracto, y por consiguiente, no se encuentra limitado o restringido únicamente a aquellas autoridades que tienen la posibilidad de expedir normas de carácter técnico o de regulación económica-social.

Asimismo, es importante señalar que a la luz de lo anterior, y teniendo en cuenta que la primera parte del Código aplica a las autoridades para el ejercicio de su función administrativa, quedan excluidos del concepto 'proyectos específicos de regulación', los decretos con fuerza de ley y los decretos legislativos expedidos en estados de excepción, y en general aquellos que tengan un contenido formal de naturaleza legislativa.

Ante los pronunciamientos referidos, en los que se observan interpretaciones amplias y restringidas respecto del alcance de la norma en estudio, debe la Sala advertir, que, en principio, resulta indiscutible que con lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 8 del CPACA el legislador concretó sensibles valores y principios constitucionales y pretende acentuar la democracia participativa en todos los ámbitos del funcionamiento del Estado y otorgar mayores herramientas para materializar algunos de los principios sobre los que se edifica la función administrativa, como la igualdad, moralidad, eficacia, imparcialidad y publicidad (art. 209 superior).

Ahora, con el fin de establecer el alcance de la disposición objeto de análisis, observa la Sala que la misma contempla un criterio orgánico y otro material, los cuales permitirán definir si, como la afirman los demandantes, es necesario agotar el procedimiento de publicidad previo allí previsto para el caso de los decretos reglamentarios.

- Criterio orgánico:

El artículo 8 del CPACA se encuentra dentro de la Primera Parte de tal codificación denominada “*Procedimiento Administrativo*”, la cual se encuentra dirigida, en los términos de su artículo 2, a “...*todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares cuando cumplan funciones administrativas*”. Se precisa, en la misma norma, que a todas las entidades allí indicadas se les denominará “*autoridades*”.

En el artículo 8 *ibídem* se precisa, por su parte, que “[*]as autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada...*”, *relativa a “[]os proyectos específicos de regulación...*”.

Pues bien, en el ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política, a la luz de lo previsto en el artículo 115³⁹ *ejusdem*, participan tanto el Presidente de la República como sus ministros o directores de departamento administrativo, todos ellos claramente considerados como “*autoridades*” en el artículo 2 del CPACA.

De lo anterior resulta forzoso concluir que, de acuerdo con un criterio orgánico, la norma resulta ciertamente aplicable a las autoridades que participan en la expedición de un decreto reglamentario.

- Criterio material:

Advierte la Sala que resulta menester determinar si dentro de la expresión “*proyectos específicos de regulación*” utilizada por el tantas veces mencionado ordinal 8º del artículo 8 del CPACA, se pueden entender incluidos los proyectos de decretos reglamentarios elaborados por el Gobierno Nacional.

³⁹ Constitución Política, artículo 115: “*El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa*”.

“*El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.*”

“*Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables.*”

“*Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva*”.

Con el anterior propósito, la Sala debe desechar la posible consideración de que se está exclusivamente ante el fenómeno de “regulación” como instrumento de intervención en la prestación de servicios públicos⁴⁰, pues ello excluiría del deber introducido por la disposición en estudio a las entidades que no tienen funciones sobre tal materia⁴¹.

En opinión de la Sala, una interpretación en el sentido anotado supondría limitar, injustificada y excesivamente, el ámbito de aplicación de la norma, pues aplicaría a un reducido sector de la actividad administrativa del Estado⁴², cuando, como se anotó, la parte preliminar del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece unos alcances muy superiores (*cfr.* artículo 2).

⁴⁰ El contenido y alcance del concepto se encuentra suficientemente delimitado por la jurisprudencia de la Corporación: *Vid.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 13 de marzo de 1997, expediente 3760, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola; sentencia del 17 de marzo de 2000, expediente 5920, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa; Sección Cuarta, sentencia del 5 de mayo de 2000, expediente 9783, C.P. Germán Ayala Mantilla; Sección Primera, sentencia del 14 de agosto de 2002, expediente 11001-03-24-000-2000-6637-01(6637), C.P. Olga Inés Navarrete Barrero; sentencia del 6 de marzo de 2003, expediente 11001-03-24-000-2001-0066-01(6869), C.P. Camilo Arciniegas Andrade; sentencia del 6 de agosto de 2004, expediente 11001-03-15-000-2001-0110-01(AI), C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; sentencia del 9 de junio de 2005, expediente 11001-03-24-000-2003-00209-01, C.P. María Claudia Rojas Lasso; Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2007, expediente 11542, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 2 de mayo de 2007, expediente 16257, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Sección Primera, sentencia del 30 de abril de 2009, expediente 11001-03-24-000-2004-00123-01, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009, expediente 20691, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; sentencia del 29 de marzo de 2012, Subsección B, expediente 25693, C.P. Danilo Rojas Betancourth; Sección Primera, sentencia del 15 de noviembre de 2012, expediente 11001-03-24-000-2002-00194-01, C.P. María Claudia Rojas Lasso.

⁴¹ Para el caso de las Comisiones de Regulación, con anterioridad a la expedición de la Ley 1437 del 2011 (CPACA), ya existía la obligación de dar a conocer al público “los proyectos de resoluciones de carácter general”, de conformidad con lo previsto en el Decreto 2696 de 2004.

⁴² En sentencia del 27 de marzo de 2014 (expediente 16722), esta Subsección advirtió: “...la regulación objeto de delegación, además de tener una acepción ligada a la producción normativa, está más estrechamente relacionada con un concepto encaminado a optimizar la prestación eficiente de los servicios públicos y garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de la colectividad. En efecto, entiende la Sala que las competencias regulatorias asignadas a las Comisiones de Regulación buscan, más allá de otorgar facultades de producción normativa, garantizar una intervención dinámica dentro del mercado que evite prácticas indeseables atentatorias de los intereses de los prestadores y de los consumidores y, en últimas, de las finalidades sociales del Estado”. En sentencia del 5 de marzo de 2008, expediente 20409, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, se sostuvo que: “La función de regulación a cargo de las comisiones creadas por la ley, se contrae entonces, al ejercicio de las específicas competencias que ésta les otorga en su articulado, y es distinta de la competencia de reglamentación de la ley que le corresponde ejercer al Presidente de la República de manera exclusiva; se trata entonces, de dos órbitas de acción que deben ejercerse de manera independiente pero coordinada, en la medida en que las dos se hallan sometidas a las mismas disposiciones constitucionales y legales que rigen en materia de servicios públicos domiciliarios, evitando invadir cada una, el ámbito de decisión que no les corresponde”.

En el entendimiento de la expresión “*regulación*” utilizada por el CPACA, entonces, debe considerarse incluido todo ejercicio de producción normativa de proposiciones jurídicas con contenido general y abstracto a cargo de las autoridades a las cuales va dirigida la disposición, independientemente de la Rama del Poder Público a la que pertenezca, su orden, sector o nivel pues, lo contrario, comportaría desconocer las finalidades de la disposición en punto de la profundización de la participación ciudadana en el ejercicio de las funciones públicas y del cumplimiento de los pilares de la función administrativa.

En suma, concluye la Sala que, tanto por razón de los sujetos a los cuales va dirigido el artículo 8 del CPACA (*criterio orgánico*), como por la actividad o materia que es regulada en su ordinal 8º (*criterio material*), dicha normativa es aplicable a los actos administrativos de carácter general y abstracto que pretendan ser expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República.

En claro lo anterior, de las pruebas documentales allegadas por Colombia Compra Eficiente, la Sala encuentra demostrados los siguientes hechos:

- Colombia Compra Eficiente puso a consideración del público en general, en la página electrónica www.contratos.gov.co, varias versiones del proyecto reglamentario con el que se derogaría el Decreto 734 de 2012 relativo a las compras y contratación pública. Producto de la mencionada publicación, recibió múltiples comentarios y sugerencias por parte de personas naturales, entidades públicas, agremiaciones y grupos de interés⁴³.
- De conformidad con lo señalado en la memoria justificativa del decreto reglamentario enjuiciado⁴⁴, “...*Colombia Compra Eficiente adelantó reuniones con el sector privado y con Entidades Estatales para recoger comentarios sobre las dificultades del Decreto 734 de 2012 y para presentar las nuevas herramientas que el nuevo decreto introduce. Asimismo, publicó 6 versiones*

⁴³ En formato digital, contenido en el disco compacto que obra a folio 44 del cuaderno principal, reposan 6 documentos en los que se encuentran comunicaciones dirigidas a Colombia Compra Eficiente, en las que se hace mención de las diversas versiones del proyecto de decreto reglamentario que derogaría el Decreto 734 de 2012 y se proponen modificaciones y se realizan sugerencias en relación con la reglamentación correspondiente.

⁴⁴ Documento en formato digital contenido en el disco compacto *loc. cit.*, denominado “*Memoria Justificativa Decreto 1510 de 2013*”.

del proyecto de decreto en el SECOP entre el 7 de diciembre de 2012 y el 24 de junio de 2013 sobre los cuales recibió comentarios...”.

Por lo que se deja visto, con las pruebas documentales aportadas por Colombia Compra Eficiente se encuentra demostrado el cumplimiento del deber impuesto en el ordinal 8º del artículo 8º del CPACA, toda vez que el proceso de publicidad del proyecto reglamentario cumplió con la finalidad de informar a los interesados sobre la intención gubernamental de modificar la normativa reglamentaria relativa a las compras y la contratación pública y de recibir las observaciones y comentarios sobre el particular.

En relación con lo anterior, la Sala debe precisar que, si bien Colombia Compra Eficiente no es una de las entidades signatarias del Decreto demandado, lo cierto es que la publicidad del proyecto de regulación le competía, toda vez que de acuerdo con sus normas de creación, es el ente rector de la administración pública en materia de compras y contratos estatales y, entre otras funciones, le corresponde proponer y difundir normas como la expedida (Decreto 4170 de 2011, artículo 3 numerales 1, 2 y 10). Aparte de lo anterior, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 8 de la Ley 1437 de 2011, lo que resulta imperativo es dar publicidad a los proyectos de regulación específica, sin que la norma haya establecido que este deber tenga que ser cumplido directamente por la autoridad que la expide.

Por lo expuesto, el cargo será despachado desfavorablemente.

4.2. Determinar si las funciones asignadas a la Agencia Nacional de Contratación Pública en el artículo 159 del Decreto 1510 de 2013 implicaron o no una extralimitación del Presidente de la República en el ejercicio de su facultad reglamentaria, teniendo en cuenta que tales funciones podrían ser de su exclusivo resorte

En primer lugar, debe advertirse que el Presidente de la República, mediante la Ley 1444 de 2011, fue revestido de facultades extraordinarias que, respecto del asunto que es interés de la Sala en el *sub lite*, fueron concedidas en los siguientes términos:

Artículo 18. Facultades extraordinarias. De conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades

extraordinarias, por el término de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente ley para:

(...)

d) Reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la Administración Pública nacional y entre estas y otras entidades y organismos del Estado;

e) Crear, escindir y cambiar la naturaleza jurídica de los establecimientos públicos y otras entidades u organismos de la rama ejecutiva del orden nacional;

f) Señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de las entidades u organismos resultantes de las creaciones, fusiones o escisiones y los de aquellas entidades u organismos a los cuales se trasladen las funciones de las suprimidas, escindidas, fusionadas o transformadas, y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado...

De conformidad con los lineamientos así definidos, el Presidente de la República creó, mediante el Decreto-Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente que, como ente rector, tiene por objetivo *desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación, de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado* (artículo 2).

Consecuente con el objetivo trazado para la Agencia, el artículo 3 del Decreto-Ley, estableció como función de la entidad *“...el desarrollo, la implementación y la difusión de las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas”*.

Sobre el anterior particular conviene reiterar que, a la luz de lo señalado al momento de realizar el estudio de la potestad reglamentaria, la estructura establecida por la Carta Política en materia de fuentes productoras de proposiciones normativas, si bien concentra tales actividades en el Congreso y en el Presidente, establece otros organismos que también cuentan con tal atribución y que, bajo tal esquema, la tensión existente entre las competencias de cada uno

de esos entes viene a resolverse mediante los criterios de jerarquía y de distribución de competencias normativas.

No podría, como consecuencia, una disposición con fuerza de Ley (expedida por el Congreso o por el Presidente en ejercicio de facultades extraordinarias) modificar el esquema constitucional adoptado y, por ejemplo, disponer que la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República sea ejercida por un órgano diferente, como tampoco podría este último, mediante un acto reglamentario, delegar en otra entidad la referida potestad contrariando su carácter inalienable.

En el anterior orden de ideas, para la Sala resulta claro que con el Decreto-Ley 4170 de 2011 el legislador extraordinario no quiso modificar –como en efecto no lo hizo– el esquema de producción normativa establecido en la Constitución Política y, por lo mismo, las funciones asignadas a Colombia Compra Eficiente guardan una estricta lógica de jerarquía normativa respecto de las facultades reglamentarias reservadas al Presidente de la República y, por supuesto, respecto de los lineamientos legislativos. No podría considerarse que con el Decreto-Ley mencionado se distribuyeron las competencias reglamentarias entre el Presidente de la República y la nueva agencia, asignando a esta última todo aquello relativo a la contratación del Estado.

Por el contrario, lo que resulta evidente es que el Presidente de la República cuenta ahora con una entidad especializada que lo apoya técnicamente tanto en la formulación de una política pública en materia de compras y contratación pública, como en su labor de producción normativa, sin que por ello se desprenda de las normas pertinentes alguna suerte de escisión de las facultades.

Adicionalmente, las funciones asignadas a la Agencia, si bien pueden comportar una facultad de regulación de la actividad contractual pública, ella debe ser ejercida con sometimiento al esquema jerárquico normativo del sistema jurídico, por lo que deberá sujetarse, como consecuencia, a los dictados constitucionales, legales y a la reglamentación expedida por el Presidente de la República⁴⁵.

⁴⁵ En sentencia del 14 de agosto de 2008 (exp. 16.230) previamente citada, la Sección Tercera, haciendo referencia a este tipo de facultades de entidades administrativas, indicó: *“Reglamentos expedidos por otras autoridades administrativas, en asuntos especializados relativos a la órbita de sus competencias. // “Se trata de los productos normativos emanados de cualquier autoridad administrativa en ejercicio de la facultad que le asiste en el sentido de regular la ejecución de las funciones o la prestación de los servicios a su cargo, mediante reglamentaciones que estarán subordinadas a la Constitución, a la ley, a los reglamentos expedidos por el Presidente de la República en*

La naturaleza de los manuales expedidos por Colombia Compra Eficiente

En consonancia con lo anterior, cabe advertir que la regulación llevada a cabo por las distintas entidades y autoridades estatales de todos los órdenes, en el ámbito de sus competencias -que necesariamente la ubicarán en un grado jerárquicamente inferior a la ley y a los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República-⁴⁶, consiste precisamente en la producción de normas de carácter general, impersonal y abstracto, cuyos efectos jurídicos entran a formar parte del ordenamiento jurídico de manera indefinida, las cuales buscan desarrollar y hacer ejecutables las normas superiores a las que se hallan sujetas – constitucionales, legales y reglamentarias-, mediante la consecución de un mayor grado de detalle que haga posible su aplicación.

La doctrina las llama *normas reglamentarias* de segundo o tercer grado, “cuando se expiden con sujeción a un reglamento de la ley o de otro reglamento. Se da así un escalonamiento o cadena de normas reglamentarias, con tantos grados o niveles como sea posible en la estructura jerárquica y territorial del Estado”⁴⁷, reservando los reglamentos de primer grado, a aquellos que frente a la ley, profiere el presidente de la República en ejercicio de la facultad otorgada por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y a los proferidos por las demás autoridades a las que constitucionalmente se les atribuyó también la posibilidad de reglamentar directamente la ley.

Es claro entonces, que en la pirámide normativa que compone el régimen jurídico estatal, en cuya cúspide se halla la Constitución Política, además de la ley, que le sigue en orden y de los decretos reglamentarios, que se hallan a continuación, existe una miríada de normas de carácter general que son de inferior categoría, y que van descendiendo en la medida en que son proferidas por autoridades ubicadas en niveles administrativos inferiores y que, por lo tanto, van quedando sujetas a aquellas jerárquicamente superiores.

virtud de la facultad que a éste le atribuye el artículo 189-11 constitucional y, cuando sea el caso, a las reglamentaciones expedidas por otras autoridades o instancias administrativas de superior jerarquía o a las cuales se deba acatamiento”.

⁴⁶ La Ley 489 de 1998 “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, establece en su artículo 11 las funciones que no se pueden delegar, siendo la primera de ellas “1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley”.

⁴⁷ Berrocal Guerrero, Luis Enrique, “Manual del Acto Administrativo”, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 7ª ed., 2016, p. 150.

Se reitera así mismo, que un acto administrativo de carácter general, lo será en la medida en que contenga unas disposiciones, reglas o normas objetivas, impersonales y abstractas, a las que deban ajustarse los destinatarios indefinidos e indeterminados de la respectiva disposición.

Siempre que responda a las características anotadas, un acto administrativo de carácter general puede revestir distintas formas, tales como decretos, resoluciones, reglamentos, acuerdos, circulares, etc. En consecuencia, no es el nombre que recibe el que le otorga la naturaleza de acto administrativo, sino su contenido reglamentario o normativo de obligatoria aplicación, y ello es predicable, incluso, de los manuales expedidos por las distintas autoridades.

Al respecto, se observa que la Sección Primera de esta Corporación, ha considerado que los manuales de funciones son actos administrativos de carácter general, así como otras clases de manuales expedidos por distintas autoridades⁴⁸. Al resolver la excepción de inexistencia de acto administrativo propuesta por la entidad demandada en un caso anterior, sostuvo la jurisprudencia⁴⁹:

Las excepciones propuestas por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, acogidas por el señor Agente del Ministerio Público, no tienen vocación de prosperidad.

En efecto, al admitir la demanda se tuvo en cuenta que el objeto de la misma lo constituye el documento elaborado por la Presidencia de la República, contentivo de los requisitos que deben cumplir los particulares para presentar proyectos ante el Programa de Empleo En Acción- Proyectos Comunitarios.

Si bien es cierto que los apartes pertinentes del mencionado documento fueron extraídos de una página web, no lo es menos que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República expidió un documento denominado EMPLEO EN ACCIÓN, PROYECTOS COMUNITARIOS, RED DE APOYO SOCIAL SUBPROGRAMA EMPLEO EN ACCIÓN- PROYECTOS COMUNITARIOS- MANUAL DE

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera (S5 Descongestión Acuerdo 357/2017), sentencia del 19 de julio de 2018, Radicación número: 25000-23-24-000-2011-00064-02, C.P. Alberto Yepes Barreiro, que reitera sentencia de la Sección Quinta, del 6 de agosto de 2009, Radicación 11001-03-28-000-2009-00005-00, C.P. María Nohemí Hernández Pinzón; también se pueden consultar: Sentencia del 9 de diciembre de 2016, radicación 11001-03-24-000-2013-00440-00, C.P. María Elizabeth García González; sentencia del 14 de julio de 1995, expediente 2346, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez; sentencia del 12 de noviembre de 1998, expediente 4839, C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz; sentencia del 7 de febrero de 2002, expediente 6372, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; sentencia del 24 de agosto de 2008, expediente AP-01304, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno; sentencia del 22 de octubre de 2015, radicación 11001-03-24-000-2013-00319-00, C.P. Guillermo Vargas Ayala.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera sentencia del 22 de junio de 2006, expediente 7670, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

*OPERACIONES, que fue allegado al proceso en virtud del proveído de 23 de febrero de 2006, el cual en su capítulo correspondiente a la “**ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL DEL SUBPROGRAMA**”, numeral 3.5, relativo a “**proponentes de proyectos**”, contiene unos requisitos para poder presentar proyectos, que son los cuestionados por la actora.*

Ahora, el referido documento, al cual pertenecen los apartes cuestionados, constituye un acto administrativo, pues señala las reglas, los procedimientos y los instrumentos para ejecutar los proyectos comunitarios del subprograma Empleo En Acción, expedido por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, según certificación obrante a folio 140, entidad que compareció al proceso; y, conforme se lee a folio 149, tales reglas y procedimientos son de obligatorio cumplimiento, para las entidades y organismos a quienes va dirigido.

De otra parte, el hecho de no haber acreditado la publicación de dicho documento no convierte la demanda en inepta, pues su contenido se ajusta enteramente al texto del artículo 137 del C.C.A. y la constancia de la publicación, a que se refiere el artículo 139, ibídem, es un anexo de la demanda cuya no aportación es irrelevante en este caso por tratarse de una acción de simple nulidad que procede inclusive a partir de la expedición del acto y que no está sujeta a caducidad.

En otra ocasión, en la que también se alegó que el acto acusado, “*manual instructivo para el examen de solicitudes de patentes de invención y modelos de utilidad*”, expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio, no era un acto administrativo, sostuvo la Sección Primera⁵⁰:

Durante el traslado del escrito de solicitud de suspensión provisional del acto acusado, el apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio, manifestó que debe negarse la solicitud y rechazarse la acción, toda vez que, a su juicio, el Instructivo acusado no constituye un acto administrativo susceptible de control judicial.

*Analizada la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la declaratoria de nulidad de circulares de servicio, advierte el Despacho que en pronunciamiento reciente la Sección Primera de la Corporación varió su posición jurisprudencial en el entendido de que, en virtud de lo previsto por el artículo 137 del C.P.A.C.A., “*toda clase de circulares, con independencia de su objeto, por ser expresión del ejercicio de la función administrativa a cargo de las autoridades que la expidan, se encuentra sujeta al control de los jueces*”.⁵¹*

Conforme con lo anterior, se tiene que el Instructivo acusado, al ser expresión del ejercicio de la Superintendencia de Industria y Comercio, está sujeto a control judicial y, por ello, corresponde al Despacho

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 9 de abril de 2015, Radicación número: 11001-03-24-000-2012-00364-00, C.P. María Claudia Rojas Lasso.

⁵¹ [4] “Consejo de Estado (Sección Primera) M.P. Guillermo Vargas Ayala. Auto de 27 de noviembre de 2015. Exp. Radicado: 2012-00533-01. Actora. Asociación de Institutores de Antioquia”.

pronunciarse de fondo respecto de la solicitud de suspensión provisional presentada por la actora.

La Sección Tercera del Consejo de Estado no ha sido ajena al reconocimiento de la obligatoriedad que, en general, revisten los distintos manuales expedidos por las entidades estatales en el ámbito de su propia actuación, puesto que se ha considerado como un elemento de juicio fundamental, a tener en cuenta en el juzgamiento de la responsabilidad extracontractual del Estado, para efectos de deducirla o no, respecto de las entidades demandadas y de determinar la responsabilidad personal de los servidores públicos, en la acción de repetición entablada por aquellas en su contra, dependiendo del acatamiento o vulneración de las normas de conducta que les eran exigibles a las entidades y sus funcionarios, contenidas en los diversos manuales, conformados por normas generales, impersonales y abstractas que deben ser acatadas por sus destinatarios⁵².

De otro lado, la Subsección C de la Sección Tercera de esta Corporación, refiriéndose al manual de contratación de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, sostuvo:

Así las cosas, la Sala encuentra que es la propia Ley 142 la que faculta a las empresas de servicios públicos domiciliarios a dictar todos los actos necesarios para su administración, en consecuencia, los manuales de contratación no son nada distinto que una manifestación de dicha competencia atribuida directamente por la ley, que, en virtud de su contenido material y del capital 100% público de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, revisten la forma jurídica de actos administrativos de contenido general, sin que ello signifique que su régimen contractual sea el del derecho público pues, como se verá este sólo se aplicará de manera excepcional.

⁵² Ver por ejemplo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 2 de mayo de 2018, expediente 34795, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (manual de uso de armas de dotación oficial); Subsección A, sentencia del 15 de febrero de 2018, expediente 52157, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico (manual de funciones); Subsección A, sentencia del 25 de enero de 2017, expediente 36115, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico (manual de operaciones militares); Subsección A, sentencia del 10 de febrero de 2016, expediente 35410, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico (manual de seguridad y decálogo de armas de dotación oficial); Subsección A, sentencia del 23 de septiembre de 2015, expediente 34994, C.P. Hernán Andrade (E) (manual sobre dispositivos para el control del tránsito en calles y carreteras); Subsección C, sentencia del 13 de febrero de 2015, expediente 31037, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (manual sobre técnicas de policía de carreteras y puestos de control); Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2014, expediente 30742, C.P. Danilo Rojas Betancourth (manual de atención, manejo y control de multitudes); Subsección C, sentencia del 12 de febrero de 2014, expediente 25836, C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz (manual de reglamentos aeronáuticos).

(...)

Por todo lo expuesto, a juicio de la Sala, los actos demandados deben ser calificados como actos administrativos⁵³.

En consonancia con lo expuesto, concluye la Sala que, en relación con los manuales expedidos por Colombia Compra Eficiente, en cuanto los mismos contengan disposiciones que resulten de obligatorio cumplimiento para aquellas entidades a las que están dirigidos, los mismos sin duda constituyen actos administrativos de carácter general, susceptibles, por lo tanto, de ser controlados judicialmente por esta jurisdicción especializada en cuanto a su legalidad.

El caso concreto

Clara como está la asignación de funciones a la Agencia Nacional de Contratación Pública y la naturaleza de los manuales que ella expide, procede, ahora, verificar el contenido de la disposición demandada y establecer si, de acuerdo con lo que se ha indicado, con la misma se infringieron los límites constitucionales y legales de la facultad reglamentaria del Presidente de la República.

En concreto, el artículo 159 del Decreto 1510 de 2013 asigna a Colombia Compra Eficiente la función de diseñar e implementar, por tipo de obra, bien o servicio a contratar, los siguientes instrumentos:

- Manuales para el uso de los acuerdos marco de precios.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de abril de 2011, expediente 37423, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En el mismo sentido, Sección Tercera, sentencia del 2 de diciembre de 2013, Radicación número: 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, en la que se consignó: *“De donde viene al caso concluir, conforme con el criterio jurisprudencial con arreglo al cual se entiende que en tanto se trata de manifestaciones de voluntad unilateral de una entidad pública, con efectos generales para los administrados, los manuales internos de contratación adoptados por la demandada constituyen actos administrativos”*. Y Sección Segunda, sentencia del 10 de mayo de 2018, radicación número: 11001-03-25-000-2011-00502-00(1938-11), C.P. William Hernández Gómez, en la cual se sostuvo: *“Con el propósito de armonizar el régimen de contratación privado a estas máximas constitucionales, se generó un fenómeno con ocasión del cual las entidades públicas reguladas por él comenzaron a dictarse sus propias reglas en materia contractual. En efecto, las características del sistema normativo aplicable en esos casos les otorgan autonomía para expedir estatutos internos en el asunto, también llamados manuales de contratación. A estos se les ha reconocido la naturaleza de actos administrativos dentro de la categoría de reglamentos (...)”*.

- Manuales y guías para la identificación y cobertura del riesgo; la determinación de la capacidad residual para los contratos de obra pública dependiendo del valor de los mismos; la elaboración y actualización del plan anual de adquisiciones; y el uso del clasificador de bienes y servicios.
- Pliegos de condiciones tipo para la contratación⁵⁴.
- Minutas tipo de contratos.

4.2.1. Manuales para el uso de los acuerdos marco de precios (numeral 1, artículo 159 del Decreto 1510 de 2013)

El párrafo 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 estableció que corresponde al gobierno nacional señalar la entidad o entidades que tendrán a su cargo el diseño, organización y celebración de los acuerdos marco de precios. Así mismo, la mencionada norma dispuso que el gobierno nacional establecería las condiciones bajo las cuales el uso de acuerdos marco de precios se haría obligatorio para las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. A su vez, el ordinal 7º del artículo 3 del Decreto-Ley 4170 de 2011, asignó a Colombia Compra Eficiente la función de diseñar, organizar y celebrar los acuerdos marco de precios y demás mecanismos de agregación de demanda de que trata el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.

En cuanto a las condiciones para el uso de los acuerdos marco de precios, el Decreto 1510 de 2013 estableció su carácter obligatorio para las entidades del orden nacional pertenecientes a la Rama Ejecutiva y su carácter facultativo para las entidades territoriales, los organismos autónomos y los pertenecientes a la rama legislativa y judicial (artículo 46). Dispuso que Colombia Compra Eficiente debía suscribir los acuerdos marco y publicar el catálogo de los que hubiere celebrado (artículo 47) y determinó que, en caso de que una de las entidades obligadas a adquirir el bien o servicio por dicho medio advirtiera que se encontraba en uno de tales acuerdos, estaría obligada a suscribirlo en la forma que Colombia Compra Eficiente dispusiera.

En relación con este tema, ha dicho la jurisprudencia⁵⁵:

⁵⁴ Teniendo en cuenta que los demandantes formularon un cargo particular en relación con los pliegos de condiciones tipo, en el presente acápite la Sala no hará referencia a este asunto.

⁵⁵ En providencia de esta Corporación sobre la legalidad del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015, en el que se compiló el artículo 48 del Decreto 1510 de 2013 – decreto que, a su vez, fue derogado por aquel-, que le asignó a Colombia Compra

7.7.1.4.3.- Más allá de esa revisión apenas formal del acto reglamentario, lo que advierte esta Sala es que el término ‘en la forma que Colombia Compra Eficiente disponga’ no es cosa diferente que la concreción de competencias legales previamente atribuidas por la Ley y el Decreto-Ley, que guardan estrecha relación con las atribuciones de diseño y organización de los Acuerdos Marco de Precios, esto es, del establecimiento de las condiciones jurídicas, logísticas y operacionales que demanda esa figura para su debida ejecución y aplicación por cuenta de las Entidades obligadas (o que facultativamente han adherido) al Acuerdo Marco de Precios y que deben ejecutar la llamada operación secundaria que, como se dijo, es la particularización de negocios jurídicos puntuales en los que se entienden trasvasados la totalidad del clausulado convenido en el contrato o acuerdo marco.

7.7.1.4.4.- El enunciado objeto de revisión, entonces, no es expresión de un poder reglamentario similar o propio al atribuido por la Constitución al Presidente de la República en el artículo 189.11 superior, pues no se trata de despliegue normativo para asegurar la cumplida ejecución de la Ley sino que lo es para garantizar la recta ejecución del Acuerdo Marco de Precios en tanto negocio jurídico [de ahí el menor grado de generalidad de éste frente a aquél] lo que deviene armónico en un todo con el mandato de dirección general del contrato estatal, en los términos previstos por el numeral 1° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, esto es, que las entidades estatales al celebrar un contrato “1° Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato”, siendo, para el caso que es objeto de revisión, una competencia necesaria si se atiende a los pormenores de la contratación con arreglo a un acuerdo o contrato, tomando en consideración las particularidades ya expuestas. Entonces, se trata de una competencia de orientación incardinada a guiar a las demás autoridades públicas a efectos de hacer uso de la anotada figura contractual con el provecho o beneficio ya advertido.

7.7.1.4.5.- Por lo demás, dígase que ese poder de regulación normativa en cabeza de CCE se ejerce secundum legem como también subordinado a la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional, de suerte que no rivaliza con ésta o aquella, sino que constituye, en puridad, expresión de ejercicio de autoridad administrativa bajo habilitación legal expresa sujeta, entre otras cuestiones, a la concreción de aquellos principios y valores que subyacen a la función administrativa, de una parte, y los propios de la Constitución Económica, de otro tanto, como recién ha sido reiterado por esta Sección en asunto de similar naturaleza al aquí tratado. Con otras palabras, la Sala tiene averiguado que el poder de regulación otorgado a

Eficiente la labor de publicar el catálogo para Acuerdos Marco de Precios, a fin de que cada entidad estatal adquiriera por ese medio los bienes o servicios allí ofertados, “en la forma que Colombia Compra Eficiente disponga”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 16 de agosto de 2017, expediente 56166, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Colombia Compra Eficiente no es ejercicio de potestad reglamentaria constitucional, en los términos expuestos.

En consonancia con lo anterior, el diseño e implementación de los manuales para el uso de los acuerdos marco de precios por parte de Colombia Compra Eficiente, no obedece al ejercicio de una facultad reglamentaria, que en principio le correspondía al Presidente de la República, tal y como lo sostuvo la parte actora, sino que constituye el desarrollo normativo subordinado a la ley y al reglamento, en orden al cumplimiento de la función que la primera le atribuye a esa entidad, de diseñar, organizar y celebrar los acuerdos marco de precios. Razón por la cual, la pretensión anulatoria frente a este aparte de la disposición –artículo 159, numeral 1, del Decreto 1510 de 2013-, no tiene vocación de prosperidad y será denegada.

4.2.2. Manuales y guías para la identificación y cobertura del riesgo (literal a) del numeral 2º del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013)

El Decreto-Ley 4170 de 2011 (ordinal 9 del artículo 3) dispuso que Colombia Compra Eficiente debía diseñar y proponer políticas y herramientas para la adecuada identificación de riesgos de la contratación pública y su cobertura, facultad que debe entenderse armónicamente con lo regulado por la Ley 1150 de 2007, la cual, en su artículo 4, dispuso la obligación a cargo de las entidades públicas sometidas a su regulación, de incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

De lo anterior, resulta que son las entidades públicas sujetas al Estatuto General de Contratación Pública, en cada caso concreto, las encargadas de definir en sus pliegos de condiciones los riesgos relacionados con su actividad contractual, y sólo estarán obligadas a ajustarse a lo que se defina en la ley sobre el particular y a las políticas generales que defina el Presidente de la República, en ejercicio de su función reglamentaria.

En cuanto a los mecanismos de cobertura de riesgos, debe precisarse que corresponde al gobierno nacional, en los términos del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, señalar los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos.

Lo anterior, no obsta para entender que, en ejercicio de sus propias funciones, que no son reglamentarias de la ley pero que sí implican la facultad de expedir medidas de carácter general encaminadas a dar cumplimiento a la ley y a los decretos reglamentarios del Presidente de la República, Colombia Compra Eficiente bien puede establecer instrumentos que compendien las normas legales y reglamentarias sobre el particular, que sirvan de guía para las entidades destinatarias, las que deberán, en cada caso particular, incluir en sus pliegos de condiciones la estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles involucrados en la contratación, de acuerdo con la ley y los reglamentos. Se reitera entonces, que es el Presidente de la República, en ejercicio de la función constitucional atribuida por el numeral 11 del artículo 189 de la Carta, el llamado a reglamentar la norma legal que dispone la distribución de riesgos en los contratos estatales.

En consecuencia, no resulta procedente que el Presidente de la República, a través de la norma demandada, traslade a otra entidad, en este caso a Colombia Compra Eficiente, la reglamentación de lo concerniente a la estimación de los riesgos en materia contractual, en cuanto a su identificación y cobertura, como lo hace el literal a) del numeral 2º del artículo 159 demandado, razón por la cual se declarará su nulidad.

4.2.3. Manuales y guías para la determinación de la capacidad residual para los contratos de obra pública dependiendo del valor de los mismos (literal b) del numeral 2º del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013)

El párrafo 1 del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 estableció que para poder participar en los procesos de selección de los contratos de obra y demás que se señalen en el reglamento, la capacidad residual del proponente o “*K de contratación*” debe ser igual o superior al que la entidad haya establecido para el efecto en los pliegos de condiciones. En punto de su determinación, a más de indicar que deben tenerse en consideración todos los contratos que tenga en ejecución el proponente al momento de presentar la oferta, precisó que correspondía al Gobierno Nacional reglamentar la materia.

En atención a lo anterior, el Decreto demandado, en su artículo 18, dispuso⁵⁶:

⁵⁶ El artículo 18 del Decreto 1510 de 2013, fue modificado por el artículo 1º del Decreto 791 del 22 de abril de 2014.

Artículo 18. Capacidad Residual. El interesado en celebrar contratos de obra con Entidades Estatales debe acreditar su Capacidad Residual o K de Contratación para lo cual debe presentar los siguientes documentos:

1. La lista de los contratos en ejecución suscritos con Entidades Estatales y con entidades privadas para ejecutar obras civiles, así como el valor y plazo de tales contratos, incluyendo los contratos de concesión y los contratos de obra suscritos con concesionarios.

2. La lista de los contratos en ejecución, suscritos por sociedades, consorcios o uniones temporales, en los cuales el proponente tenga participación, con Entidades Estatales y con entidades privadas para ejecutar obras civiles, así como el valor y plazo de tales contratos, incluyendo los contratos de concesión y los contratos de obra suscritos con concesionarios.

3. Los estados financieros auditados de los últimos dos (2) años, suscritos por el interesado o su representante legal y el revisor fiscal, si está obligado a tenerlo, o el auditor o contador si no está obligado a tener revisor fiscal, que deben tener el estado de resultados y el balance general. Si el interesado tiene menos de dos (2) años de constituido, los estados financieros deben cubrir el término desde la fecha de su constitución hasta la fecha de corte mensual inmediatamente anterior a la presentación de los mismos.

La Entidad Estatal debe calcular la Capacidad Residual exigida para cada año de ejecución del contrato objeto del Proceso de Contratación, de acuerdo con la metodología que defina Colombia Compra Eficiente. Para el efecto, debe tener en cuenta la utilidad operacional antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización, las inversiones en activos fijos y las inversiones en capital de trabajo neto operativo. Así mismo, la Entidad Estatal debe considerar los saldos de los contratos que deban ejecutarse durante el año de cálculo de la Capacidad Residual.

La Entidad Estatal debe determinar en los pliegos de condiciones la Capacidad Residual para cada Proceso de Contratación de obra pública, teniendo en cuenta el tipo de obra, el valor y la vigencia del contrato y su cronograma de pagos, de acuerdo con la metodología que defina Colombia Compra Eficiente.

El manual que contenga la metodología de cálculo de la Capacidad Residual, debe contener también la forma como los proponentes deben acreditar la información a la que se refieren los numerales 1 y 2 del presente artículo y garantizar que es cierta, o alternativamente utilizar los índices que corresponda para proyectar los ingresos y egresos derivados de los contratos de obra en ejecución.

Ahora bien, se observa que el artículo 18 del Decreto 1510 de 2013 fue modificado por el artículo 1º del Decreto 791 del 22 de abril de 2014, es decir con anterioridad a la presentación de la demanda que dio origen al presente proceso, razón por la

cual el análisis del cargo relacionado con los manuales y guías para la determinación de la capacidad residual para los contratos de obra pública debe efectuarse teniendo en cuenta dicha modificación, en la cual se conservó el deber de las entidades estatales de calcular la capacidad residual del proponente de acuerdo con la metodología que defina Colombia Compra Eficiente, teniendo en cuenta los factores de: Experiencia (E), Capacidad Financiera (CF), Capacidad Técnica (CT), Capacidad de Organización (CO), y los saldos de los contratos en ejecución, pero ya no hizo alusión al manual que contenga la metodología de cálculo de la capacidad residual. La norma modificada, dispuso:

Artículo 18. Capacidad Residual. *El interesado en celebrar contratos de obra pública con Entidades Estatales debe acreditar su Capacidad Residual o K de Contratación con los siguientes documentos:*

1. *La lista de los contratos de obras civiles en ejecución suscritos con Entidades Estatales y con entidades privadas, así como el valor y plazo de tales contratos, incluyendo contratos de concesión y los contratos de obra suscritos con concesionarios.*

2. *La lista de los contratos de obras civiles en ejecución, suscritos por sociedades, consorcios o uniones temporales, en los cuales el proponente tenga participación, con Entidades Estatales y con entidades privadas, así como el valor y plazo de tales contratos, incluyendo los contratos de concesión y los contratos de obra suscritos con concesionarios.*

3. *Balance general auditado del año inmediatamente anterior y estado de resultados auditado del año en que haya obtenido el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años. Los estados financieros deben estar suscritos por el interesado o su representante legal y el revisor fiscal si está obligado a tenerlo, o el auditor o contador si no está obligado a tener revisor fiscal. Si se trata de proponentes obligados a tener RUP, las Entidades Estatales solo deben solicitar como documento adicional el estado de resultados del año en que el proponente obtuvo el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años.*

La Entidad Estatal debe calcular la Capacidad Residual del Proceso de Contratación de acuerdo con la siguiente fórmula:

Capacidad Residual del Proceso de Contratación = Presupuesto oficial estimado — Anticipo

Si el plazo estimado del contrato es superior a doce (12) meses, la Capacidad Residual del Proceso de Contratación equivale a la proporción lineal de doce (12) meses del presupuesto oficial estimado menos el anticipo cuando haya lugar.

La Entidad Estatal debe calcular la Capacidad Residual del proponente de acuerdo con la siguiente fórmula:

Capacidad residual del proponente = CO x $\frac{E + CT + DF}{SCE}$

A cada uno de los factores se le asigna el siguiente puntaje máximo:

FACTOR	PUNTAJE MÁXIMO
<i>Experiencia (E)</i>	120
<i>Capacidad financiera (CF)</i>	40
<i>Capacidad técnica (CT)</i>	40
Total	200

La Capacidad de Organización no tiene asignación de puntaje en la fórmula porque su unidad de medida es en pesos colombianos y constituye un factor multiplicador de los demás factores.

El proponente debe acreditar una Capacidad Residual superior o igual a la Capacidad Residual establecida en los Documentos del Proceso para el Proceso de Contratación.

Por consiguiente, la Capacidad Residual del proponente es suficiente si:

Capacidad residual del proponente \geq Capacidad residual del proceso de contratación.

La Entidad Estatal debe calcular la Capacidad Residual del proponente de acuerdo con la metodología que defina Colombia Compra Eficiente, teniendo en cuenta los factores de: Experiencia (E), Capacidad Financiera (CF), Capacidad Técnica (CT), Capacidad de Organización (CO), y los saldos de los contratos en ejecución.

Los proponentes extranjeros que de acuerdo con las normas aplicables aprueben sus estados financieros auditados con corte a 31 de diciembre en un fecha posterior al quinto día hábil del mes de abril, pueden presentar sus estados financieros a 31 de diciembre suscritos por el representante legal junto con un pre informe de auditoría en el cual el auditor o el revisor fiscal certifique que: (a) la información financiera presentada a la Entidad Estatal es la entregada al auditor o revisor fiscal para cumplir su función de auditoría; y (b) el proponente en forma regular y para ejercicios contables anteriores ha adoptado normas y principios de contabilidad generalmente aceptados para preparar su información y estados financieros. Esta disposición también es aplicable para la información que el proponente en estas condiciones debe presentar para inscribirse o renovar su inscripción en el RUP de acuerdo con el artículo 9° del Decreto 1510 de 2013. Esta información debe ser actualizada llegada la fecha máxima de actualización de acuerdo con la legislación del país de origen.

Como se observa, tanto el legislador como el Presidente de la República, en ejercicio de sus respectivas competencias, regularon los aspectos relativos a la capacidad residual de contratación. Este último, mediante el artículo 18 del

Decreto 1510 demandado, si bien asignó a Colombia Compra Eficiente la fijación de la metodología para que las entidades puedan calcular la capacidad residual del proponente, lo cierto es que indicó los factores a tener en cuenta para ello, luego de enlistar los documentos con los cuales dicha capacidad residual será acreditada, y de establecer las fórmulas que se deben utilizar para calcularla, respecto del proceso de contratación y de cada proponente, definiendo el puntaje máximo que se otorgará a cada factor que será objeto de calificación.

Es claro entonces, que en cada caso, el reglamento estableció, de manera puntual, los criterios generales sobre cada tópico, los cuales, necesaria e indefectiblemente deben ser considerados por Colombia Compra Eficiente al momento de la elaboración e implementación del manual o guía a que hace referencia el artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, por manera que no podría excluir, adicionar, modificar o, en fin, variar alguno de ellos.

De acuerdo con lo anterior, para la Sala es claro que el diseño e implementación de manuales y guías para la determinación de la capacidad residual no traslada a Colombia Compra Eficiente una facultad reglamentaria del Presidente de la República, pues este último la ejerció y dispuso las condiciones necesarias para determinar la capacidad residual, no obstante lo cual, defirió a la entidad técnica en la materia, la determinación de aspectos puntuales –fijación de metodologías– que deben sujetarse, se itera, a los parámetros establecidos por la ley y el reglamento, lo cual se acompasa con las funciones legales asignadas a Colombia Compra Eficiente, en punto del desarrollo e implementación de herramientas que faciliten las compras y contratación pública.

Por este aspecto, como consecuencia, las pretensiones anulatorias no resultan prósperas.

4.2.4. Manuales y guías para la elaboración y actualización del plan anual de adquisiciones y el uso del clasificador de bienes y servicios (literales c) y d) del numeral 2º del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013)

Dispuso el gobierno nacional, en el decreto que es objeto de la presente acción, que el plan anual de adquisiciones es un instrumento de planeación contractual que se corresponde con el plan general de compras al que se refiere el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011 y con el plan de compras al que se refiere la Ley Anual de Presupuesto, cuya elaboración está a cargo de las entidades estatales (artículo 3, inciso 21). Adicionalmente, determinó su contenido (artículo 4), su carácter no

vinculante para efectuar las adquisiciones allí señaladas (artículo 5), el mecanismo para su publicidad, y los motivos para su actualización (artículos 6 y 7). En cuanto a las funciones de Colombia Compra Eficiente, indicó que se encargaría de establecer los lineamientos y el formato para la elaboración del plan, el mecanismo en que sería publicado en la página web de la entidad y en el Secop, así como la forma y oportunidad en la que se presentarían sus actualizaciones (artículos 4, 6 y 7).

Sobre el particular, observa la Sala que el asignar la función de diseño e implementación de un manual o guía para la elaboración y actualización del plan anual de adquisiciones a Colombia Compra Eficiente, no representa un exceso de la facultad reglamentaria, en tanto que los criterios generales fueron definidos previamente por el Presidente de la República, y solo los aspectos relacionados con la gestión de tal actividad, podrían establecerse en el mencionado manual o guía, situaciones que, sin duda, obedecen a la práctica administrativa que puede resultar cambiante y cuya regulación específica por Colombia Compra Eficiente, para nada invade la órbita de competencias a cargo del primer mandatario, como suprema autoridad administrativa.

El clasificador de bienes y servicios, por su parte, el cual corresponde al sistema de codificación de las Naciones Unidas para estandarizar productos y servicios, conocido por sus siglas en inglés UNSPSC⁵⁷ (inciso 10, artículo 3, Decreto 1510 de 2013), deberá ser utilizado, por determinación del gobierno nacional, en el diligenciamiento del plan anual de adquisiciones (artículo 4 *ejusdem*), en la inscripción en el registro único de proponentes (artículos 9 y 10 *ejusdem*) y en la identificación de los bienes y servicios a adquirir en los pliegos de condiciones que elaboren las entidades públicas (artículos 22 y 40), para lo cual se asignó a Colombia Compra Eficiente la función de establecer un manual o guía de uso, con lo cual no advierte la Sala una extralimitación en el ejercicio reglamentario, ni un desplazamiento del Presidente de la República en el ejercicio de su potestad, pues, como se analizó en precedencia, los criterios generales fueron determinados reglamentariamente por aquel, de suerte que la entidad rectora en materia de contratación solo tendrá competencia para guiar o informar a las entidades estatales en la práctica administrativa, que se concreta en cómo deberán utilizar el UNSPSC, sin que le sea dable definir –pues esa tarea ya la agotó el Presidente de

⁵⁷ El UNSPSC (United Nations Standard Products and Services Code) o Código Estándar de Productos y Servicios de Naciones Unidas, es un sistema de clasificación de bienes y servicios que puede ser utilizado para la valoración de gastos y los procesos de adquisiciones en las empresas tanto privadas como públicas: <https://www.unspsc.org/>.

la República en el decreto reglamentario— cuál sería el clasificador y cuándo debería ser utilizado.

En estos términos, la pretensión anulatoria será despachada desfavorablemente.

4.2.5. Minutas tipo de contratos (numeral 4 del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013)

Respecto de las minutas tipo de contratos, resulta importante poner de presente, inicialmente, que la Ley 1150 de 2007 otorgó al gobierno nacional la facultad de “...estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales, cuando se trata de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de la entidades” (parágrafo 3, artículo 2). Así mismo, el Decreto-Ley 4170 de 2011 dispuso como función general de Colombia Compra Eficiente, tal como se advirtió previamente, aquella relativa a desarrollar, implementar y difundir, entre otros asuntos, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado (ordinal 2º, artículo 3), la cual se complementa con lo previsto en el ordinal 12º del artículo 11 de ese mismo cuerpo normativo, en el que se asigna a la Subdirección de Gestión Contractual de la mencionada entidad, la función de “[d]esarrollar e implementar estándares y documentos tipo para las diferentes etapas de la gestión contractual pública”.

En relación con lo anterior, no puede perderse de vista que, tal y como ya se precisó (*cf. supra* numeral II.4.2.), las facultades con las que fue revestido el Presidente de la República y que sustentaron la expedición del Decreto-Ley 4170 de 2011, implicaban la “reasignación de funciones y competencias” (letra d., artículo 18 de la Ley 1444 de 2011), lo cual se realizaría a la par del señalamiento, modificación y determinación de los objetivos y la estructura orgánica de las entidades y organismos resultantes de las creaciones, fusiones o escisiones que fueron autorizadas (letra f. *ejusdem*).

Dado el marco normativo expuesto, para la Sala, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente no cuenta con la competencia jurídica necesaria para diseñar e implementar, con efectos obligatorios para las entidades públicas, documentos contractuales estandarizados para ninguna modalidad de contratación, pues, ante una orfandad normativa que la sustente, ello reñiría, abiertamente, con el principio de autonomía de la voluntad reconocido a aquellas por la Ley 80 de 1993.

En efecto, por una parte, una facultad conferida a Colombia Compra Eficiente, dirigida a la definición del contenido de los contratos a celebrar por las entidades públicas, no contaría con el mínimo soporte de legalidad requerido de acuerdo con sus normas de creación, toda vez que ellas suponen la existencia previa de ciertas funciones o competencias que serían reorganizadas entre las diferentes entidades que fueran creadas, fusionadas o escindidas, atendiendo las facultades conferidas en la Ley 1444 de 2011, sin que la estandarización de documentos contractuales tipo, con fuerza obligatoria, fuese una de ellas. La única disposición sobre el particular, como se advirtió, asignó al gobierno nacional la estandarización de documentos para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, facultad que, como consecuencia, sólo puede ser ejercida en los términos expuestos en la ley y, de ninguna manera, por parte de Colombia Compra Eficiente.

Por otra parte, ante la inexistencia manifiesta de una previsión legal en el sentido indicado, la definición de modelos de contratos obligatorios para las entidades públicas, afectaría sustancialmente la autonomía de la voluntad a ellas reconocida por los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 y, en particular, su libertad negocial, según la cual, las partes no sólo pueden celebrar todos aquellos negocios jurídicos que emerjan de la autonomía de la voluntad, sino pactar, también, condiciones negociales particulares, conforme al artículo 1602 del Código Civil, ajustando el contrato en cuanto a modo, tiempo y lugar, para el cumplimiento de las prestaciones⁵⁸.

Como resultado de lo expuesto, las facultades que, por este aspecto, le fueron concedidas a Colombia Compra Eficiente en el numeral 4º del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, constituyen un traspaso indebido de la facultad reglamentaria a cargo del Presidente de la República, motivo por el cual se declarará la nulidad de la respectiva disposición.

4.3. Determinar si el numeral 3º del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013 contraviene o no lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que esta última disposición limita la posibilidad de diseñar pliegos de condiciones tipo únicamente para la adquisición o suministro de

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 1997, expediente 11212, C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros, sentencia del 7 de octubre de 2009, expediente 18509, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Debe determinarse, además, si la norma demandada quebranta o no la discrecionalidad de la administración en la elaboración de los pliegos de condiciones consagrada en el ordinal 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993

Para desatar el asunto así formulado, debe la Sala indicar, tal como se precisó en el numeral que antecede, que la facultad contenida en el párrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, es otorgada exclusivamente al gobierno nacional, lo cual implica, para su ejercicio, la participación del Presidente de la República con uno o varios de sus ministros o directores de departamento administrativo, en los términos del artículo 115 de la Constitución Política. En efecto, la disposición en mención indica:

Artículo 2. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

“Párrafo 3º. El Gobierno Nacional tendrá la facultad de estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales, cuando se trate de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades.

Así las cosas, las funciones otorgadas a Colombia Compra Eficiente, no pueden asimilarse a aquella de que trata la disposición que se deja transcrita, pues es evidente que mientras en esta se confiere al gobierno nacional la facultad de fijar, con fuerza vinculante, “*las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales*” para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, en la función otorgada a la Agencia, objeto de impugnación en el *sub examine*, se le permite diseñar e implementar pliegos tipo para la contratación, sin que ello comporte una facultad normativa desde el punto de vista reglamentario, tal como se indicó anteriormente en punto de la elaboración de contratos tipo.

No puede compartir la Sala, como consecuencia, el argumento de la coadyuvante, en el sentido de que el Decreto-Ley 4170 de 2011 y su reglamentario 1510 de 2013 ampliaron las facultades otorgadas para efectos de estandarización del

pliego de condiciones, pues, como se acaba de señalar, se trata de facultades con sujetos y alcances diferentes.

En efecto, mientras la Ley 1150 de 2007 refiere expresamente al gobierno nacional y, consecuentemente, a su facultad reglamentaria, el Decreto 1510 de 2013 atribuye a Colombia Compra Eficiente, funciones de diseño e implementación de pliegos de condiciones tipo, los cuales no podrán servir de referencia vinculante a las entidades públicas respectivas, salvo que se trate de aquellas condiciones generales de que trata el parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, adoptadas por el gobierno nacional⁵⁹.

Tampoco es correcta la afirmación de la Agencia Nacional de Contratación Pública, cuando señala que ha sido investida con alguna suerte de facultad reglamentaria, propia del Presidente de la República. No se desprende del texto demandado que Colombia Compra Eficiente haya sido investida de facultad reglamentaria alguna, pues en los términos en que fue redactado y del contexto de las normas que regulan el funcionamiento de Colombia Compra Eficiente, ninguna obligatoriedad podría imponerse respecto de los pliegos de condiciones tipo para la contratación, que debe diseñar e implementar. Para estos efectos, se reiteran, íntegramente, las consideraciones expuestas en el numeral anterior en relación con los contratos tipo, pues en la elaboración de los pliegos de condiciones, les asiste a las entidades públicas, igualmente, el principio de la autonomía de la voluntad.

⁵⁹ En relación con esta facultad del gobierno nacional, se observa que mediante el artículo 4º de la Ley 1882 del 15 de enero de 2018, *“Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de Infraestructura y se dictan otras disposiciones”*, se adicionó un parágrafo al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, del siguiente tenor: **“Parágrafo 7º.** *El Gobierno nacional adoptará 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, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten. Dentro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, que deberán incluirse en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Para la adopción de esta reglamentación el Gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local. // La facultad de adoptar documentos tipo la tendrá el Gobierno Nacional, cuando lo considere necesario, en relación con otros contratos o procesos de selección. // Los pliegos tipo se adoptarán por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación, según la reglamentación que expida el Gobierno Nacional”*.

Por lo anterior, este aparte de la disposición será declarado nulo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO. Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, **DECLÁRASE** la nulidad parcial del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, en cuanto a las siguientes disposiciones:

Literal a) del numeral 2º: *“Manuales y guías para: (a) la identificación y cobertura del Riesgo”.*

Numeral 3º: *“Pliegos de condiciones tipo para la contratación dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto”.*

Numeral 4º: *“Minutas tipo de contratos dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto”.*

SEGUNDO. NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

TERCERO. ARCHÍVESE el proceso de la referencia, una vez en firme esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA