

POTESTAD REGLAMENTARIA - Concepto / REGLAMENTO - Concepto / PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA - Reglamento / POTESTAD REGLAMENTARIA - Límite / POTESTAD REGLAMENTARIA - Alcance

Así las cosas, en nuestro orden, la potestad reglamentaria es la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido o alcance. El reglamento, como expresión de esta facultad originaria del Ejecutivo es, pues, un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley; su sumisión jerárquica a ésta en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos, motivo por el cual si supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador compromete su validez y, por tanto, deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política. El poder reglamentario se encuentra limitado en función a la necesidad de la cumplida ejecución de la ley y, como lo ha manifestado la jurisprudencia, la extensión de esta competencia es inversamente proporcional a la extensión de la ley, es decir, cuanto mayor sea el campo disciplinado por la ley, menor será el que corresponde al decreto reglamentario y, al contrario, si ella sólo regula aspectos o reglas generales para su aplicación, más amplio será el campo de desarrollo del reglamento, acorde con las exigencias requeridas para su cumplimiento. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 19 de febrero de 1998, Exp. 9825; de la Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 17 de junio de 1993, Sentencia C-265 de 2002 y Sentencia C-512 de 1997.

CONTRATACION ESTATAL - Reglamentación / POTESTAD REGLAMENTARIA - Contratación estatal

De acuerdo con la jurisprudencia, la Ley 80 de 1993 contiene los principios y reglas esenciales para la contratación pública, establece los parámetros generales para acometer esta actividad por parte de las entidades públicas y consagra los mecanismos de selección que les permiten la escogencia del mejor ofrecimiento para el cumplimiento de los fines que con ella se persiguen en procura de la obtención del bienestar general, cuya observancia resulta obligatoria para el adecuado funcionamiento del Estado en esta materia, pero no agota el tema de la contratación celebrada por las entidades del Estado, ni su vigencia impide el señalamiento, en otras leyes, de asuntos referentes a los contratos celebrados por los entes públicos, o la existencia de reglamentaciones relacionadas con la actividad contractual, siempre que éstos respeten y desarrollen esas normas y principios contenidos en dicho Estatuto General de la Contratación Pública, las otras leyes y, obviamente, la Constitución Política. Nota de Relatoría Ver Sentencia de 19 de febrero de 1998, Exp. 9825, en la cual se declaró la nulidad del párrafo del artículo 27 del Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993; Sentencia de 4 de julio de 1997, Exp. 9523, en la cual se declaró la nulidad del artículo 3 del Decreto 2251 de 1993 que reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993; Sentencia de 3 de febrero de 1994; Sentencia de 5 de febrero de 1998, Exp.11.795; Sentencia de 23 de marzo de 2000, Exp.10.077; Sentencia de 6 de julio de 2005, Exp. 11575, en la cual se negó la nulidad del artículo 21, inciso

3, del Decreto 679 de 28 de marzo de 1994; Auto de 19 de febrero de 1996; demanda contra el art. 4 del Decreto 287 de 1996 de la Corte Constitucional, en la Sentencia C-1262 de 20 de septiembre de 2000, C-508 de 2002 y Sentencia C-949 de 2001

**CONTRATO ESTATAL - Finalidad / CONTRATO ESTATAL - Formación /
CONTRATO ESTATAL - Diferente a contrato privado / CONTRATO PRIVADO -
Diferente a contrato estatal / PROCESO DE SELECCION - Finalidad**

Para el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción de los intereses y necesidades colectivas, se requiere el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos, lo cual se obtiene bien con la colaboración de los particulares ora de las propias entidades que integran la administración pública, mediante la contratación de los mismos, de manera que "...el objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz..." En la formación de un contrato de la administración, como ocurre en el celebrado por particulares, la doctrina entiende que se requiere de dos aspectos a saber: "1º que las partes expresen o autoricen su voluntad, lo cual involucra la elaboración de las cláusulas del contrato; 2º que el contrato se perfeccione". Sin embargo, a diferencia de la contratación entre particulares, en el que se elige al cocontrante según las leyes del mercado o por razones que atañen a la voluntad de que quien requiere el bien o servicio, el proceso de formación de la voluntad de la administración en la contratación pública es regulado, en tanto, se descompone en varias fases o etapas más o menos numerosas que involucran actos administrativos, hechos, simples actos, la decisión de contratar, la selección del cocontrante, el perfeccionamiento del contrato, etc. Lo cierto es, por tanto, que la administración para seleccionar a sus contratistas y la oferta más favorable para sus intereses, no se encuentra en una posición de libertad absoluta pues está sujeta a los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos, inspirados en una doble finalidad: 1º asegurar la eficiencia en el cumplimiento del contrato; y 2º evitar toda sospecha de inmoralidad en la respectiva negociación, de lo cual se deduce que la decisión de contratar y la adjudicación de un contrato no es una facultad enteramente discrecional de las entidades públicas que integran aquella. En otras palabras, contrario a lo que ocurre en el derecho común, en el que prima la autonomía de la voluntad y la libertad de forma, en el derecho público la preparación, adjudicación y perfeccionamiento de los contratos del Estado es eminentemente reglado, de manera que las partes, entidad pública y particular están en la obligación de cumplir con el procedimiento fijado por el orden jurídico, bajo precisos principios que garantizan el derecho a la igualdad de los oferentes y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con esta actividad. Nota de Relatoría: Ver Sentencia C-449 de 1992 de la Corte Constitucional

**PROCESO DE SELECCION - Modalidades / LICITACION PUBLICA - Definición
/ CONTRATACION DIRECTA - Definición**

Existen mecanismos, modalidades o procesos de selección de la persona más idónea y la oferta más favorable o ventajosa para la celebración del contrato con la administración, que serán menos o más rigurosos en función a ciertos elementos, como la cuantía, el tipo o naturaleza del contrato o el objeto de los bienes y servicios requeridos. La Ley 80 de 1993, en sus disposiciones originales y vigentes para la época de las demandas que ocupan la atención de la Sala, estableció dos modalidades: La licitación pública y la contratación directa. La Licitación pública es la regla general para la selección del contratista y la contratación directa la excepción; el artículo 24 No. 1 así expresamente señaló

que “la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de la licitación o concurso públicos”, salvo en los casos indicados en la misma norma en que se podrá contratar directamente y en el artículo 30 ibídem se establece el procedimiento, con precisión de las reglas y etapas que lo rigen, las cuales son de estricto cumplimiento en tanto constituyen normas de orden público. El párrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, define la licitación pública como el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccionen entre ellas la más favorable. Dicho de otro modo, la licitación es un procedimiento reglado a través del cual se hace una invitación pública por parte de la Administración para que los posibles interesados en contratar con ella presenten sus propuestas, de las cuales, previo el cumplimiento de las etapas que lo conforman, se elige la más favorable para los fines de la contratación, con sujeción a unas bases y condiciones establecidas por la entidad pública licitante. En contraste, la contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas en los casos expresa y taxativamente previstos en la ley (art. 24 N.1 Ley 80 de 1993), pueden celebrar contratos sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública o concurso, mediante un trámite simplificado, abreviado, ágil y expedito, que debe cumplir los mismos principios que la ley dispuso para el primero. Por lo tanto, la contratación directa es un procedimiento reglado excepcional y de aplicación e interpretación restrictiva, al cual pueden acudir las entidades públicas para celebrar contratos, en determinados eventos tipificados en la ley, en una forma más rápida, sencilla y expedita para la adquisición de bienes y servicios que por su cuantía, naturaleza o urgencia manifiesta, no precisa ni requiere de los formalismos y múltiples etapas y términos previstos para la licitación pública, aun cuando debe cumplir los principios que rigen la contratación pública. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 22 de julio de 1996. Exp. 10313; Autos de 14 de agosto de 2003, Exp. 22.848, y de 30 de septiembre de 2004, Exp. 26945; Sentencia de 10 de agosto de 2000, Exp.12.964

PRINCIPIOS JURIDICOS - Valor / REGLAS JURIDICAS - Valor / PRINCIPIO JURIDICO - Diferente a regla jurídica / REGLA JURIDICA - Diferente a principio jurídico / FUENTE FORMAL - Principios jurídicos

Los principios y las reglas son normas jurídicas, pues unos y otras establecen un deber ser y, finalmente, exigen un determinado comportamiento. En efecto, los principios jurídicos, como las reglas, tienen valor de fuente del derecho, forman parte del ordenamiento jurídico y su violación puede ser sancionada. Sin embargo, difieren en que, en tanto las reglas prescriben y exigen determinada conducta de acción u omisión, tendientes a permitir, mandar o prohibir, los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspiran las reglas de conducta, también se proyectan en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales; y mientras en las reglas el juicio de valor ya se encuentra establecido al consagrar la proposición en que ella consiste, en los principios, sea que se contemplen o no en normas positivas, corresponde al intérprete realizar ese juicio a través de una operación intelectual acerca de la coincidencia de una situación concreta con el valor correspondiente, para determinar su observancia. Además, los principios funcionalmente son soporte estructural del sistema, puesto que establecen los criterios esenciales que animan el ordenamiento en una determinada situación o relación que interesa al derecho, se convierten en pautas hermenéuticas para desentrañar el significado y alcance de las reglas jurídicas, y

constituyen fuente formal para resolver situaciones o problemas concretos ante la falta o insuficiencia de reglas jurídicas. Nota de Relatoría: Ver Sentencia T-406 de 1992 y Sentencia C- 818 de 2005 de la Corte Constitucional

PRINCIPIOS - Conflicto / JUICIO DE PONDERACION - Conflictos. Principios. Reglas / PRINCIPIO JURIDICO - Naturaleza / PRINCIPIO JURIDICO - Alcance normativo

Para resolver los conflictos que se susciten entre los principios o entre principios y reglas jurídicas, se ha acudido al denominado juicio de ponderación, de conformidad con el cual, en un caso concreto, se otorgará primacía jurídica de un principio frente a otro, y en las hipótesis en que "...una regla entre en contradicción con la vocación normativa de un principio, sea o no de rango constitucional, pueden conducir a inaplicar los preceptos jurídicos que se derivan de éstas en un caso en concreto...", o "...dar lugar a la declaratoria de ilegalidad o inconstitucionalidad de las mismas, cuando su contradicción u oposición resulte clara, manifiesta e indiscutible con un principio jurídico de mayor jerarquía...". De ahí que, respecto de los principios se afirme que su pluralidad "... y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia entre su ponderación", en la búsqueda de una optimización posible de todos, siendo propio de los principios "...su capacidad para relativizarse a fin de poder conciliarse recíprocamente.". Pero, en esta tarea, es importante tener en cuenta que los principios por ser una norma jurídica de contenido general, son por naturaleza de textura abierta, lo que significa que están sometidos constantemente al desarrollo legal y jurisprudencial para la determinación de su alcance normativo, de manera que su eficacia se encuentra, en veces, condicionada a la interpretación de dicho contenido normativo, y también pueden ser susceptibles de integración a través de preceptos constitucionales de aplicación directa o de normas de rango legal, que permitan concretarlo en forma clara e inequívoca. Nota de Relatoría: Ver sentencias SU-337 de 1999, T-551 de 1999, T-692 de 1999, C-647 de 2001, T-823 de 2002, T-1025 de 2002, T-1021 de 2003, C-1186 de 2003, C-131 de 2004, C-229 de 2004 y T-739 de 2004 y Sentencia T-406 de 1992 de la Corte Constitucional

CONTRATACION ESTATAL - Principios / PROCESO LICITATORIO - Principios fundamentales / PROCEDIMIENTO PRECONTRACTUAL - Principios / CONTRATACION DIRECTA - Principios

La doctrina y la jurisprudencia han esbozado como principios fundamentales del proceso licitatorio los de libertad de concurrencia, igualdad, publicidad y transparencia. La Ley 80 de 1993 consagró como principios de la contratación estatal los de transparencia, economía y responsabilidad, a los cuales ha sumado los de planeación y el de selección objetiva. Por lo demás, el procedimiento precontractual que adelanta la administración, es un típico procedimiento administrativo, sujeto a los principios orientadores de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción, señalados en el artículo 3 del C.C.A. y en el artículo 209 de la Carta. La ley como se señaló, y lo ha manifestado la jurisprudencia, estableció que los principios generales que rigen la contratación pública en general y la función administrativa, son igualmente aplicables a la contratación directa. Recapitulando, es menester señalar que la Ley 80 de 1993, Estatuto de General de la Contratación de la Administración Pública, se encuentra fundamentado en los principios constitucionales, rectores de la función administrativa, generales del derecho, de interpretación de los contratos, particulares del derecho administrativo y los establecidos directamente en el mismo, de los cuales la Sala sólo se ocupara de aquellos con mayor incidencia en

el asunto en estudio y de aplicación en la etapa precontractual, en tanto la licitación pública y la contratación directa, temas centrales del Decreto 2170 de 2002 demandado, son los dos procesos de selección vigentes que regulan la formación de la voluntad del Estado en esta actividad. Nota de Relatoría: Ver Autos de 14 de agosto de 2003, Exp. 22.848, y de 30 de septiembre de 2004, Exp. 26945; y Sentencias de 10 de agosto de 2000, Exp. 12.964, 15 de julio de 2004, Exp. AP 1156-02, 14 de abril de 2005, Exp. AP 01577; 20 de abril de 2005, Exp. 14.519

PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Generalidades / PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Contratación estatal / CONTRATACION ESTATAL - Principio de legalidad

El principio de legalidad, fundante del Estado Social de Derecho, tiene un mayúsculo valor normativo que irradia la convivencia dentro del orden social, pues, a la vez que sujeta las situaciones y relaciones al imperio jurídico y a la obediencia del derecho, define la órbita de responsabilidad de las personas y de las autoridades y, por ende, tiene connotaciones sustantivas para el ejercicio del derecho fundamental a la libertad, habida cuenta que en tanto los administrados pueden hacer todo aquello que no les está prohibido por el orden jurídico, las autoridades únicamente pueden hacer lo que les está legalmente permitido y autorizado. Así, está por fuera de discusión que las actuaciones del Estado -y la contratación lo es- se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, conforme a lo dispuesto en los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política. En efecto, la Corporación ha manifestado que dicho principio, regulador de la organización estatal y garantía de control del poder público, implica que las competencias que cada funcionario detenta, le hayan sido asignadas previamente a su ejercicio por la misma Constitución, por la ley o el reglamento y, por lo mismo, defiende al ciudadano contra los abusos del poder del Estado, para establecer condiciones igualitarias y equitativas entre éste y los particulares, salvo en lo que de manera excepcional y con el fin de garantizar el orden público y la prevalencia de los intereses de los asociados, la Constitución o la ley faculden en sentido contrario, razones que tienen plena aplicación en materia de contratación estatal. Por lo tanto, en materia de contratación estatal, la Ley 80 de 1993, en virtud del principio de legalidad, consagra las normas y principios jurídicos que tienen la finalidad principal de seleccionar objetivamente al contratista, y que, en tratándose de procesos y mecanismos de selección implican que sea una actividad reglada de la administración, en la que no tiene cabida la discrecionalidad absoluta, ni la autonomía de la voluntad que se erige en postulado para el contrato, según lo previsto en los artículos 13, 32, y 40 del citado estatuto, de conformidad con los cuales los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esa misma ley, así como que las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En consecuencia, el principio de legalidad es de medular aplicación en la contratación pública, dado que es presupuesto de validez de la actuación contractual en todas sus manifestaciones (precontractual y contractual), y se concreta en el postulado según el cual ella debe estar conforme con el ordenamiento jurídico. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 9 de julio de 1993, Exp. 5671; Exp. 14.579, Sentencia de 20 de octubre de 2005; Sentencia de 5 de marzo de 1993, Exp. 6225; Sentencia de 7 de junio de 2001, Exp. 13.405.

PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO - Generalidades / DEBIDO PROCESO - Contratación estatal / CONTRATACION ESTATAL - Debido proceso

Los derechos al debido proceso y sus corolarios de defensa y de contradicción, según lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, rigen en los procedimientos administrativos -sancionatorios o no-, mandato éste que constituye un avance significativo en la defensa del ciudadano y que en el ámbito de la contratación tiene específicas manifestaciones, como por ejemplo, cumplir y observar las formas propias de los procesos de selección, mediante el desarrollo de etapas taxativas que aseguran la selección objetiva de la propuesta más favorable; no dilatar injustificadamente el procedimiento y cumplir con los términos preclusivos y perentorios fijados; evaluar los ofrecimientos de acuerdo con reglas justas, claras y objetivas; motivar por la administración su actuación y darla a conocer; brindar la posibilidad de controvertir los informes y conceptos y de presentar observaciones a los mismos, etc., deberes todos estos que se involucran en los principios de transparencia, economía y selección objetiva que serán posteriormente explicados. En suma, este principio no sólo se trata del cumplimiento de las normas que establecen el procedimiento y el conjunto de principios que informan y orientan la actividad de la contratación pública -respeto de la legalidad objetiva-, sino de la salvaguarda de las garantías en que consiste este derecho y la protección contra la arbitrariedad de la administración.

PRINCIPIO DE IGUALDAD - Generalidades / PRINCIPIO DE IGUALDAD - Contratación estatal / CONTRATACION ESTATAL - Principio de igualdad

Este principio que se traduce en la expresión según la cual “la ley es igual para todos”, involucra en los términos del precepto constitucional transcrito dos supuestos: el trato paritario e igualitario de las personas y el trato diferenciado a favor de grupos en condiciones diversas que lo justifican. De ello se desprende, de una parte, que cuando las condiciones de los destinatarios sean similares, y la norma o la actuación de la autoridad otorgan un tratamiento disímil a los mismos, se presentará una discriminación proscrita por la Constitución Política; y de otra parte, que cuando las condiciones de los destinatarios fueren diferentes, para dar cabal cumplimiento al derecho a la igualdad, la norma o la autoridad deberán dar un trato diferenciado que promueva una igualdad real y efectiva frente a los otros que no se encuentran en esa situación de desventaja. El principio de igualdad en un proceso de contratación es desarrollo del derecho constitucional consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. Además, a él se hace alusión expresa en el concepto que de la licitación pública prevé el parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, y los principios de transparencia y el deber de selección objetiva de que tratan los artículos 24 y 29 de la citada ley, incorporan reglas que son claro desarrollo del mismo. El principio de igualdad implica el derecho del particular de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, por lo cual la administración no puede establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás. En consecuencia, en virtud de este principio los interesados y participantes en un proceso de selección deben encontrarse en igual situación, obtener las mismas facilidades y estar en posibilidad de efectuar sus ofertas sobre las mismas bases y condiciones. En este contexto, la jurisprudencia de esta Corporación ha manifestado que la igualdad se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la administración, y gozar de las mismas oportunidades, lo cual se logra, siguiendo a la doctrina, cuando concurren los siguientes aspectos: 1) Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores. 2) Debe

darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la administración. De acuerdo con lo anterior, la igualdad en la contratación pública no limita el derecho de la entidad de dar preferencia a quien mejores calidades y condiciones tenga y acredite, toda vez que es el cometido de la selección objetiva que ordena la ley. En efecto, por regla general los interesados -aspirantes o participantes- en un proceso de selección tienen diferentes calidades derivadas de su experiencia, de su organización, de los equipos que pueden poner a disposición del contrato, etc.; sin embargo, el tratamiento diferente que puede establecer la entidad en sus pliegos de condiciones para satisfacer la específica necesidad tiene su fundamento en el interés general perseguido con el contrato y no vulnera el derecho a la igualdad. De otra parte, el reconocimiento del principio de la igualdad de oportunidades implica que el Legislador al configurar el régimen de contratación estatal (art. 150 C.P.), establezca procedimientos o mecanismos que le permitan a la administración seleccionar en forma objetiva y libre a quien haya hecho la oferta más favorable, lo cual debe preservar y garantizar el reglamento cuando incurriera en el desarrollo de la ley, en aquellos espacios que aquel le haya dejado al Gobierno Nacional para asegurar su cumplimiento. En conclusión, el principio de la igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, tiene una doble finalidad: de una parte, como garantía de imparcialidad para los administrados y de protección de sus intereses y derechos, que se traduce en la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas, irrazonables y desproporcionadas para participar, de suerte que los interesados cuenten con idénticas oportunidades en un proceso de contratación; y de otra parte, también como garantía para la administración, toda vez que su rigurosa observancia incrementa la posibilidad de obtención de una pluralidad de ofertas y, por ende, de una mejor selección del contratista y de la propuesta más favorable. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 11 de marzo de 2004, Exp. 13355; Sentencia de 19 de julio de 2001, Exp.12307; Sentencia C-154 de 18 de abril de 1996; Sentencia C-887 de 22 de octubre de 2002; Sentencia C-400 de 2 de junio de 1999 de la Corte Constitucional

PRINCIPIO DE LIBRE CONCURRENCIA - Contratación estatal / CONTRATACION ESTATAL - Principio de libre concurrencia

El principio de libertad de concurrencia tiene correlación con el de igualdad de oportunidades, aun cuando no tienen el mismo contenido, pues, por una parte, asegura la igualdad de oportunidades a los particulares y, por otra, facilita la selección de quien presenta la oferta más favorable. Ahora, si bien la libre concurrencia o participación de los interesados en ofrecer los bienes y servicios que se pretenden contratar se instituye como postulado del proceso de selección, como contrapartida la entidad pública respectiva puede exigir el cumplimiento de ciertos presupuestos. Esta facultad implica que el principio de libre concurrencia no es de carácter absoluto sino relativo, toda vez que el ordenamiento jurídico en aras del interés público le impone ciertas limitaciones por mandato legal o constitucional, "que derivan de la necesidad de asegurar la capacidad civil, la idoneidad moral (ausencia de inhabilidades e incompatibilidades), y las calidades técnicas, profesionales y económicas y financieras que aseguren el cumplimiento de las prestaciones requeridas por la Administración Pública." La Libre concurrencia, conlleva, entonces, a la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto

que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato. Por ello, la publicidad de la convocatoria del proceso de selección es una manifestación fundamental del principio de libre concurrencia, por cuanto, al permitir el conocimiento del llamado a ofertar a los interesados y de sus bases, promueve y facilita la participación en el mismo. Empero, si bien este principio tiene como fin la participación en los procesos de contratación del Estado del mayor número de oferentes, para que la Administración cuente con una amplia y variada gama de propuestas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones ofrezca, no se menoscaba si luego de haberse cumplido estrictamente con el procedimiento de selección no se llega a contar con una pluralidad de propuestas, pues, tal y como lo afirmó la jurisprudencia, en vigencia de la Ley 80 de 1993 bien puede contratarse con el único proponente que se presente al respectivo proceso, siempre que su oferta se ajuste a los criterios de selección objetiva y a los requisitos y condiciones exigidos en el pliego de condiciones. En este orden de ideas, se concluye que de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina el principio de libre concurrencia consiste en la igualdad de oportunidades de acceso a la participación en un proceso de selección contractual (art. 13. C.P), y a la oposición y competencia en el mismo, de quienes tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración, en el marco de las prerrogativas de la libertad de empresa regulada en la Constitución Política, destinada a promover y estimular el mercado competitivo (arts. 333 y 334 C.P.). Nota de Relatoría: Ver Auto de 30 de enero de 2003, Exp. 23508; Sentencia de 19 de julio de 2001, Exp. 12.037; Sentencia de 24 de junio de 2004, Exp.15235; y sentencia C-815 de 2001 de la Corte Constitucional

PRINCIPIO DE BUENA FE - Generalidades / CONTRATACION ESTATAL - Principio de buena fe / PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL - Generalidades / DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS - Principio de buena fe contractual

La buena fe está consagrada como canon constitucional en el artículo 83 de la Constitución Política. La Buena fe -o bona fides- es un principio general del derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, y significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato entre las personas en una determinada situación social y jurídica. Dicho de otro modo, es la ética media de comportamiento entre los particulares y entre éstos y el Estado con incidencia en el mundo del derecho, descansa en la confianza respecto de la conducta justa, recta, honesta y leal del otro, y se constituye en un comportamiento que resulta exigible a todos como un deber moral y jurídico propio de las relaciones humanas y negociales. Por lo demás, la buena fe, en su carácter de principio, incorpora el valor ético de la confianza y lo protege, fundamenta el ordenamiento jurídico, sirve de cauce para la integración del mismo e informa la labor interpretativa del derecho. En el ámbito de la contratación se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar las partes en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos, esto es, el cumplimiento de los deberes de fidelidad, lealtad y corrección tanto en los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o formación del contrato, como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido. En efecto, en el derecho privado el art 1603 del C.C establece que los contratos deben celebrarse de buena fe; y los art 835, 863 y 871 del C. Co señalan que se presumirá la buena fe, que las partes deben proceder en la etapa precontractual de buena fe exenta de culpa -calificada- so pena de indemnizar perjuicios, y que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, respectivamente. Así, en materia de

contratación pública, la buena fe es considerada como un modelo o criterio de actitud y conducta, que debe preceder al contrato, permanecer durante su ejecución y perdurar luego de su cumplimiento. La Ley 80 de 1993, incorpora este principio general en el num 2 del art 5 por cuya inteligencia los contratistas deberán obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse; en el art 23 cuando dispone que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal estarán regidas por los principios generales de la contratación, dentro de los que está el de la buena fe; además, en el art 28 en el que estableció que este principio se tendrá en cuenta en la interpretación de las normas de los contratos estatales, de los procedimientos de selección y escogencia de los contratistas y de las cláusulas y estipulaciones de ellos. Por lo tanto, circunscritos a las actuaciones administrativas de selección contractual, la buena fe impone a la administración y a los interesados en contratar con el Estado un proceder caracterizado por la mutua confianza, diligencia, prudencia y colaboración en la construcción del vínculo jurídico para la satisfacción de la necesidad colectiva y de interés público que se persigue con la contratación estatal. Este principio general tiene fundamental desarrollo en el proceso de formación de los contratos estatales a través de los principios de transparencia y economía, como que son deberes de la administración, entre otros, elaborar un pliego de condiciones que contenga reglas objetivas, justas, claras y completas que no induzcan a error, precisar el costo y la calidad de los bienes, obras y servicios necesarios, no fijar condiciones de imposible cumplimiento, ni exenciones de las responsabilidades por los datos que se suministren (24 No.5 de la Ley 80 de 1993); conceder las etapas y oportunidades para que los interesados conozcan y controviertan los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, colocando incluso los expedientes a su disposición (art. 24 Nos. 2 y 3 ibídem); así como tampoco exigir, sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimiento de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa se encuentren previstos en leyes especiales (art. 25 No. 15 in fine). Expresión de este principio también resulta, por ejemplo, el criterio de inalterabilidad de los pliegos de condiciones, según el cual, una vez precluída la etapa respectiva de precisión, aclaración, adición o modificación de los mismos en el proceso de selección, le está vedado a la administración hacer cualquier cambio sobre la marcha a las reglas de juego previamente establecidas en ellos, en forma unilateral, subrepticia y oculta, tomando por sorpresa a los participantes y generando incertidumbre en la etapa de evaluación y estudio del mérito de la mejor propuesta. Además, este principio impone al oferente, entre otros deberes de honestidad: i) no incluir en su propuesta información falsa o que no consulte la realidad; ii) no formular propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas; y iii) no ocultar las inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones en las que se pueda encontrar (No. 6 y 7 art. 26), con el propósito de hacer incurrir a la administración en un error y obtener así la adjudicación del contrato, eventos en los cuales compromete su responsabilidad; y se compromete también en los casos en que el proponente retira su oferta o se niega a celebrar el contrato en las condiciones propuestas o aceptadas. Así mismo, la jurisprudencia ha indicado que no se puede desconocer los actos y conductas expresadas válidamente por la administración o los proponentes, por incurrir en la prohibición de venire contra factum proprium nom valet, en cuya virtud no le es lícito a las personas venir contra sus propios actos, desconocimiento que no se compadece con el principio de buena fe. La violación de la buena fe entraña la no obtención de los derechos en los que ella es requisito, o la invalidez del acto y, por supuesto, la obligación de reparar los daños ocasionados con una conducta así calificada, con

la consiguiente indemnización de perjuicios. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 22 de abril de 2006, Exp. 8830; Sentencia de 21 de abril de 2004, Exp. 12.960

PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD - Contenido / PROCESO DE SELECCION - Principio de imparcialidad / CONTRATACION ESTATAL - Principio de imparcialidad

En virtud del principio de imparcialidad: las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos (para el caso los de selección contractual) consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos. Como puede apreciarse la definición legal de este principio es desarrollo del derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 de la C.P. En tratándose de los mecanismos de selección, significa el deber de transparencia de la administración de actuar sin designio anticipado o prevención a favor o en contra de un posible oferente o participante por algún motivo o factor subjetivo de segregación irrazonable y desproporcionado, esto es, que no tengan una justificación objetiva y proporcional que fundamente el trato diferente.

PRINCIPIO DE ECONOMIA - Contratación estatal / CONTRATACION ESTATAL - Principio de economía / PRINCIPIO DE CELERIDAD - Contratación estatal

En virtud del principio de economía: se tendrá en cuenta que las normas que fijan los procedimientos de selección contractual se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa. Y por el principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados. Como se aprecia, estas nociones, en realidad se fusionan en el concepto del principio de economía de la contratación pública.

PRINCIPIO DE EFICACIA - Contratación estatal / CONTRATACION ESTATAL - Principio de eficacia

En virtud del principio de eficacia: se tendrá en cuenta que los procedimientos de selección contractual deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Al igual que los anteriores encuentra sustento en el principio de economía en la contratación pública, el cual propende por la obtención de los resultados que se buscan con esta actividad, es decir, el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con las entidades públicas en la consecución de dichos fines (artículo 3 de la Ley 80 de 1993).

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - Generalidades / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - Contratación estatal

En virtud del principio de publicidad: las autoridades deben dar a conocer sus actuaciones y decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o

publicaciones que ordena la ley, con el propósito de que sean vinculantes y puedan ser acatadas por sus destinatarios. Publicidad significa anunciar, divulgar, difundir, informar y revelar las decisiones y su motivación para hacerlas saber a quienes va dirigida, de manera que puedan ser obligatorias, controvertibles y controlables. En efecto, los posibles oferentes y la comunidad en general deben tener conocimiento o la oportunidad de conocer tanto la convocatoria y reglas del proceso de selección o llamado a la licitación, como los actos y hechos del procedimiento y los participantes de presentar observaciones (art. 24 Nos. 2 y 6 y 30 No. 3 Ley 80 de 1993). La actuación de la administración debe ser abierta al público y a los participantes o concurrentes, quienes, incluso, en el caso de la licitación pueden hacer uso del ejercicio del derecho a la audiencia pública (art. 24 No. 3 ibídem en armonía con el artículo 273 de la Constitución Política). Este principio - deber también se traduce en el correlativo derecho de los interesados de enterarse de esas actuaciones de la administración, pedir por parte de quien demuestre un interés legítimo información y solicitar las copias de los documentos que la integran, con sujeción a la reserva de ley (art. 23 y 74 de la C.P, No. 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, entre otros). Por lo tanto, los principios del debido proceso -defensa y contradicción-, libre concurrencia y transparencia en los términos de la Constitución Política y la ley de contratación, encuentran concordancia y punto de apoyo imprescindible en el principio de publicidad en la actuación administrativa.

PRINCIPIO DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Contratación estatal / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Contratación estatal

En cuanto al principio de la moralidad administrativa: a la vez que se define como un derecho colectivo según el artículo 4 lit. b. de la Ley 472 de 1998 y, por lo mismo, susceptible de protección mediante la acción popular, la Sala precisó, en tesis que ha sido constantemente reiterada, que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (artículo 209 ibídem), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley. Ha dicho la jurisprudencia que este principio se refiere al ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares, sin que cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, en el ejercicio de tal función, lleve consigo de manera automática, vulneración a la moralidad administrativa, por cuanto, no toda violación al principio de legalidad, excepto en los casos en que la ilegalidad sea protuberante y grosera, implica per se violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa. El enfoque de este principio aplicado a la contratación pública, lo explicó la Corte Constitucional con ocasión del estudio de constitucionalidad del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, en el que se indica que los sobrecostos e irregularidades provenientes de la contratación son pasibles de la referida ley por vulnerar la moralidad administrativa. Por lo demás, ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y, específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta; en este sentido, existe una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder, pero entendida en su componente ético como la necesidad de exigencia de desenvolvimiento del servidor público dentro los auténticos propósitos del servicio público, con toda honestidad, concepto del cual no escapa la adjudicación, celebración, ejecución y

liquidación de los contratos, como que configura una típica acción de la Administración (función administrativa) que puede violar ese principio y, por lo mismo, amenazar o causar agravio a ese derecho o interés colectivo (inciso segundo del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, en consonancia con los artículos 9, 15 y 18 de la misma ley). Nota de Relatoría: Ver Sentencias del 31 de octubre de 2002, Exp. AP-059. En el mismo sentido ver sentencias AP-166 y Ap-170 de 2001; de la Corte Constitucional Sentencia C-088 de 2 de febrero de 2000 y Sentencia C-508 de 2002.

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Contratación estatal / CONTRATACION ESTATAL - Principio de transparencia

El principio de transparencia persigue la garantía que en la formación del contrato, con plena publicidad de las bases del proceso de selección y en igualdad de oportunidades de quienes en él participen, se escoja la oferta más favorable para los intereses de la administración, de suerte que la actuación administrativa de la contratación sea imparcial, alejada de todo favoritismo y, por ende, extraña a cualquier factor político, económico o familiar. Por consiguiente, este principio aplicado a la contratación pública, excluye una actividad oculta, secreta, oscura y arbitraria en la actividad contractual y, al contrario, propende por una selección objetiva de la propuesta y del contratista del Estado para el logro de los fines de la contratación y la satisfacción de los intereses colectivos, en los términos del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, en forma clara, limpia, pulcra, sana, ajena a consideraciones subjetivas, libre de presiones indebidas y en especial de cualquier sospecha de corrupción por parte de los administradores y de los particulares que participan en los procesos de selección contractual del Estado. La Ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, entroniza este principio principalmente en los procedimientos de selección, en la definición de las bases de los mismos -elaboración de los pliegos y términos de referencia- y en la publicidad que debe darse a éstos y a la contratación pública en general. En conclusión, el principio de transparencia, previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 garantiza otros principios, entre los que se encuentran los de imparcialidad, igualdad, moralidad y selección objetiva en la contratación, para lo cual se instrumente procedimientos de selección, con actuaciones motivadas, públicas y controvertibles por los interesados, con el fin de elegir la mejor oferta, razón por la cual cabe remitirse para la debida comprensión de este principio a los comentarios efectuados en torno a aquellos. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 19 de julio de 2001, Exp. 12037; de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de 19 de diciembre de 2000, Exp. 17088; de la CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-508 de 2002.

PRINCIPIO DE ECONOMIA - Contratación estatal / CONTRATACION ESTATAL - Principio de economía / EFICACIA - Principio de economía / EFICIENCIA - Principio de economía / PROCESO DE SELECCION - Principio de economía / PRINCIPIO DE BUENA FE PRECONTRACTUAL - Noción / PRINCIPIO DE PLANEACION - Principio de economía

Cabe de entrada precisar que este principio tiene diversos matices según el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, tanto en los procesos de selección como en la ejecución de los contratos, que propenden por una administración eficaz y eficiente de la contratación pública, es decir, de una parte, con las reglas establecidas en esta norma inspirada en el principio de economía se busca obtener los fines de la contratación (eficacia), pero, de otra, maximizar los beneficios colectivos perseguidos con el menor uso de recursos públicos

(eficiencia), en el marco de actuaciones administrativas ágiles, celeras, sencillas y sin obstáculos de trámites engorrosos y requisitos innecesarios. La citada norma establece reglas tanto para los procesos de selección como en materia de ejecución de contratos, de las cuales la Sala se limitara a las primeras por estar estrechamente relacionadas con el asunto a examinar. En primer lugar, se resalta que el principio de economía, implica la prevalencia del derecho sustancial sobre la forma, para lo cual el administrador debe interpretar las normas de los procedimientos de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias (art. 25 No. 2). Así mismo, se debe tener en consideración que los procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continúa y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados (art. 25 No. 3). Igualmente, en virtud de la prevalencia del derecho sustancial las autoridades no pueden exigir sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimiento de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales; la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos (No. 15 art. 25); y la declaratoria de desierta de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y deberá declararse en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión (art. 25 No. 18). En segundo lugar, y como corolario del debido proceso, en los procesos de selección deben cumplirse únicamente las etapas estrictamente necesarias con el fin de asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable; además, con este mismo propósito los términos son preclusivos y perentorios y las autoridades están en la obligación de dar impulso oficioso a las actuaciones (art. 25 No.1). Bajo este mismo criterio de eficiencia, son deberes de las entidades públicas adelantar los trámites con austeridad de tiempo, medios y gastos, impidiendo las dilaciones y los retardos (art. 25 No. 4); abstenerse de someter el acto de adjudicación del contrato a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, o a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en el estatuto (No. 8 art. 25), y adoptar procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo del proceso de selección y celebración del contrato se presenten (No. 5 art. 25). En tercer lugar, y en cumplimiento también del deber de planeación y el principio de buena fe precontractual, las entidades estatales no pueden iniciar procesos de contratación si no existen las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales (No. 6 art. 25); igualmente, deben con antelación al inicio del proceso de selección del contratista analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y obtener las autorizaciones y aprobaciones para ello (No. 7 art. 25), así como elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia (No. 12 art. 25). Reglas éstas que resultan concordantes y se puntualizan en el proceso de la licitación pública en cuanto la apertura del proceso debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad (No. 1 del art. 30); y haber elaborado los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones

de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar condiciones objetivas, claras y completas (No. 2 del art. 30). Por lo tanto, el principio de economía en cuya esencia se encuentra el deber de planeación del contrato "...Significa que el Estado está obligado a actuar con alto grado de eficiencia y eficacia para que se protejan los recursos públicos fiscales, con sujeción estricta al orden jurídico. De tal manera que es cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación u organización estatal en la toma de decisiones públicas, que generan situaciones contrarias a la ley." Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 20 de octubre de 2005, Exp. 14.579; Sentencia de 15 de mayo de 1992; Sentencia de 19 de junio de 1998, Exp.10.439

PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD - Contratación estatal / CONTRATACION ESTATAL - Principio de responsabilidad / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - Fundamento / RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA - Eventos

Este principio fue consagrado como contrapartida al otorgamiento de una gran autonomía en cabeza de los administradores de la cosa pública y una contratación semejante a la de los particulares, que de suyo, conlleva, una mayor responsabilidad. Así, como contrapeso a esa mayor libertad en la gestión contractual -que no absoluta-, el Legislador estableció en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, precisos supuestos en los cuales se compromete la responsabilidad no sólo del Estado por los daños antijurídicos ocasionados con motivo de la actividad contractual (art. 90 C.P.), sino de los servidores públicos y los contratistas que en ella intervienen, y en los Títulos V (50 a 59) y VII (arts. 62 a 67) desarrolló la responsabilidad contractual y el control de la gestión contractual, respectivamente. Para garantizar el cumplimiento de este principio los servidores públicos que intervienen en la actividad contractual responderán civil, penal y disciplinariamente, razón por la cual están obligados a cumplir los fines de la contratación, vigilando la correcta ejecución de lo contratado y velando por la protección de los derechos de la entidad y del contratista (Nos. 1 y 8 art. 26); responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas (No. 2 ídem); verbigracia, cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquéllos (No. 3 ídem). Dispuso también el Legislador que las actuaciones de los servidores públicos deberán estar presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia (No. 4 ídem), y que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección se atribuye al jefe o representante de la entidad estatal y no a las juntas, consejos directivos, corporaciones administrativas de elección popular u órganos de control y vigilancia de la misma, ni a los comités asesores con lo cual "...se busca evitar que la responsabilidad derivada de dichas actuaciones termine diluyéndose entre el representante o jefe de la entidad y las personas que integran dichos organismos" En cuanto a los particulares contratistas, así como de los asesores, consultores e interventores que participen en los procesos contractuales, también se dispone que deberán responder, incluso civil y penalmente, por las conductas dolosas o culposas en que incurran en su actuar contractual o precontractual, específicamente los contratistas responderán cuando

formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato (No. 6 ídem), o por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa (No. 7 ídem) y, por supuesto, por la buena calidad del objeto contratado (No 8 ídem). Como puede apreciarse este principio apunta a que los sujetos que intervienen en la actividad contractual (Estado, servidores y contratistas) actúen en el estricto marco de la legalidad, en cumplimiento de los deberes y obligaciones que le corresponde a cada cual, sin el ánimo y predisposición de inferir daños y con la diligencia y cuidado que es exigible en un ámbito que como la contratación pública se fundamenta en el interés general, so pena de incurrir en diferentes tipos de responsabilidad. Nota de Relatoría: Ver Sentencias de 8 de mayo de 1995, Exp. 8118, y 8163 de 13 de julio de 1993; de la CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-004 de 18 de enero de 1996.

PRINCIPIO DE SELECCION OBJETIVA - Concepto / DEBER DE SELECCION OBJETIVA - Concepto / CONTRATACION ESTATAL - Principio de selección objetiva

La selección objetiva es un deber -regla de conducta- en la actividad contractual, un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación. El deber de selección objetiva, es desarrollado por el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, norma que establece varios conceptos a saber: a) Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. b) Ofrecimiento más favorable es aquel que teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos o sólo alguno de ellos. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no podrá ser objeto de evaluación; y c) El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. En este sentido, la selección objetiva consiste en la escogencia de la oferta más favorable para la entidad, siendo improcedente considerar para ello motivaciones subjetivas. Para tal efecto, con carácter enunciativo, la norma consagra factores determinantes para esa elección, los cuales deben constar de manera clara, detallada y concreta en el respectivo pliego de condiciones o términos de referencia, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, y que sobre todo, deben apuntar al cumplimiento de los fines estatales perseguidos con la contratación pública. Lo anterior significa que en la contratación, sea mediante licitación o concurso públicos o contratación directa, la administración está obligada a respetar los principios que la rigen -transparencia, economía y responsabilidad- y los criterios de selección objetiva establecidos en las bases del proceso para la escogencia del contratista al que se le adjudicará el contrato por haber presentado la mejor propuesta, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, etc., los cuales deberán ser previamente analizados y evaluados por la entidad con arreglo a las condiciones del pliego que

rigen el respectivo proceso, con el fin de determinar en forma motivada que la propuesta elegida resulta ser en realidad la más ventajosa, de suerte que el concepto jurídico indeterminado "oferta más ventajosa" del artículo 29 citado pueda ser susceptible de concreción en sede de revisión de la legalidad y razonabilidad de la comparación de los ofrecimientos, por cuanto esta actividad no es discrecional ni arbitraria, sino reglada, en tanto pone a la administración en frente del inequívoco camino de elegir aquella oferta que se ajusta a dichas condiciones y adjudicar al proponente que supera a los demás. En consecuencia, la intención del Legislador al definir legalmente este principio, fue la de regular la escogencia de la mejor oferta mediante una selección en la que prime la transparencia, imparcialidad e igualdad de oportunidades, y ajena a consideraciones subjetivas, para lo cual juegan un papel preponderante los factores y criterios de selección que en función a la específica necesidad haya fijado la administración en los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia. Nota de Relatoría: Ver Sección Tercera, Sentencia de 10 de agosto de 2000, Exp. 12.964; Sección Tercera, Sentencia de 15 de julio de 2004, Exp. AP 116402. Nota de Relatoría: Ver sentencia de la Corte Constitucional C-400 de 2 de junio de 1999

SUSTRACCION DE MATERIA - Improcedencia. Acción de nulidad / ACCION DE NULIDAD - Sustracción de materia. Improcedencia

Observa la Sala que la controversia recae sobre el decreto en su conjunto y varios de sus artículos individualmente considerados, razón por la cual para despachar cada una de ellas se partirá de lo general -cargos generales contra todo el Decreto 2170 de 2002 o contra varias de sus disposiciones- para llegar a lo específico del articulado -cargos individuales contra las disposiciones-, análisis que se limitará exclusivamente a la versión original demandada del citado decreto y que, por ende, no se extenderá a las modificaciones parciales que el mismo hubiese tenido, pues según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación no es necesario indagar sobre la vigencia del acto impugnado, toda vez que tratándose de actos administrativos de carácter general no aplica la tesis de sustracción de materia. Nota de Relatoría: Ver Sentencias de 14 de enero de 1991, Exp. S - 157, C.P. Carlos Gustavo Arrieta P, 23 de julio de 1996, Exp.. S - 612, C.P. Juan Alberto Polo F. y 19 de noviembre de 1996, Exp. A-508, C.P. Juan Alberto Polo F.

DECRETO 2170 DE 2002 - Contenido / DECRETO 2170 DE 2002 - Suspensiones provisionales

El Decreto 2170 de 2002 contiene disposiciones para la transparencia de la actividad contractual (Capítulo I), a través de la publicidad de los proyectos de pliegos de condiciones y términos de referencia y de sus textos definitivos (art. 1 y 2); audiencias de adjudicación en las licitaciones y concursos públicos (art. 3 suspendido provisionalmente en Auto de mayo 13 de 2004, con excepción del Parágrafo); reglas en materia del deber de selección objetiva (art. 4 suspendido provisionalmente mediante auto 26105 de 2004, con excepción del Parágrafo); sistema de conformación dinámica en la propuesta (art. 5, suspendido provisionalmente mediante providencia proferida en fecha 13 de mayo de 2004, confirmada a través de auto de 3 marzo de 2005); la consulta de precios o condiciones del mercado en los procesos de selección, a través del Registro Único de Precios de Referencia (RUPR-SICE) a que se refiere la Ley 598 de 2000 para el caso de los bienes o servicios allí registrados (art. 6); el manejo del anticipo en aquellas contrataciones cuyo monto sea superior al 50% de la menor cuantía a que se refiere el literal a) del numeral 1o del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 (art. 7); y el deber de hacer estudios previos en desarrollo de lo previsto en los

numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 (art. 8). Igualmente, establece normas para la participación ciudadana en la contratación estatal, a través de las veedurías (Capítulo II, art. 9); de la selección objetiva en la contratación directa (Capítulo III), para lo cual dispone reglas de contenido mínimo de los pliegos de condiciones o términos de referencia (art. 10); criterios para el trámite de la contratación directa de la menor cuantía (art. 11); del sistema de conformación dinámica de la oferta y de su adjudicación en la contratación directa (art.12); en relación con los contratos de prestación de servicios profesionales, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas (art. 13); las reglas de los contratos interadministrativos con cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales y para la celebración de contratos con organismos multilaterales (arts. 14 y 15); el procedimiento de contratación directa en los casos de declaratoria de desierta de la licitación pública o concurso; de la contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes (art. 17); de los contratos de seguro de menor cuantía (art. 18); de la contratación directa de intermediarios de seguros (art. 19), y de los contratos de prestación de servicios de salud (art. 20). Así mismo, prevé normas en materia de contratación por medios electrónicos (Capítulo IV), para suministrar información contractual por este conducto en las páginas web que tengan a disposición las entidades públicas (art. 21); la celebración de audiencias por medios electrónicos (art. 22); la información sobre los mecanismos de comunicación interactiva en los procesos de selección indicando el carácter de oficial de los mensajes de datos para el respectivo proceso y señalando la aplicación de la Ley 527 de 1999 (art. 23); la salvaguarda de documentos electrónicos que se produzcan durante un proceso de contratación y su valor por equivalencia funcional (art. 24 y 25). Finalmente, culmina con otras disposiciones (Capítulo V) relacionadas con la responsabilidad de la publicación en la web, y de las entidades para verificar que todos los trabajadores que laboren en la ejecución de un contrato se encuentren afiliados al sistema de seguridad social (art. 27), así como las normas de transición en los procedimientos en curso (art. 28). Nota de Relatoría: Ver sobre artículo 3 suspendido provisionalmente en Auto de mayo 13 de 2004, con excepción del Parágrafo; artículo 4 suspendido provisionalmente mediante auto 26105 de 2004, con excepción del Parágrafo; artículo 5, suspendido provisionalmente mediante providencia proferida en fecha 13 de mayo de 2004, confirmada a través de auto de 3 marzo de 2005

CONTRATACION DIRECTA - Concepto

Así, bajo la filosofía jurídica que animó la Ley 80 de 1993, como atrás se explicó, la contratación directa es un procedimiento excepcional a la licitación y concurso públicos para celebrar contratos con mayor agilidad y simplicidad en los precisos eventos contemplados taxativamente en la ley; sin embargo, so pretexto de una mayor brevedad en este proceso de selección no se pueden soslayar los principios rectores de la contratación estatal y de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución y recogidos en el artículo 23 de la citada ley, que deben ser tenidos en cuenta sin importar la forma utilizada en la escogencia de la mejor propuesta por voluntad explícita del Legislador (arts. 1 y 24 parágrafo 2º).

DECRETO 2170 DE 2002 - Naturaleza jurídica / POTESTAD REGLAMENTARIA - Decreto 2170 de 2002 / CONTRATACION DIRECTA - Reglamentación / POTESTAD REGLAMENTARIA - Límite artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Alcance

El Decreto 2170 de 2002, fue expedido el 30 de septiembre de 2002 por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, con el fin de reglamentar la Ley 80 de 1993, modificar el Decreto 855 de 1994 y dictar otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999, según se expresa en su epígrafe, y entró en vigencia el 1 de enero de 2003. Como se aprecia, en este decreto, como también se hizo en el Decreto 855 de 1994 que modificó, el Gobierno no invocó facultades extraordinarias para su expedición, sino las ordinarias de la potestad reglamentaria. El Decreto 2170 de 2002 tiene naturaleza de decreto reglamentario y no de extraordinario, toda vez que fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria, porque no se trata de una materia en la que se requiera del otorgamiento de facultades extraordinarias para la expedición de normas con fuerza de ley. ii) La facultad del Gobierno Nacional en relación con el tema de la contratación directa no se agotó con el vencimiento del plazo de seis (6) meses establecido en el párrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, ni menos aún con la expedición del Decreto 855 de 1994, por cuanto la Constitución Política y la ley le otorgan competencia al Ejecutivo para reglamentar la materia y modificar el reglamento expedido obedeciendo los principios en ella establecidos, tal y como la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa lo tienen dilucidado. iii) En consecuencia, los preceptos demandados del Decreto 2170 de 2002, artículos 1 párrafo 1, 2 párrafo 1º, 7, 10, 11, 13, 16, 17, 19, 20, 21 párrafo 1º, 23 (parcial) y 29 (parcial) del Decreto 2170 de 2002, por los motivos estudiados en este cargo, no infringen los artículos 150 numerales 10 y 25 inciso 2º y 189 numeral 11 de la Constitución Política, por haber invadido el Gobierno Nacional una materia de reserva del Congreso, dado que en el estatuto general de contratación el Legislador estableció los parámetros y las bases de la contratación directa -contenido legal- y sujetó su realización y cumplimiento a la reglamentación que expidiera el Gobierno Nacional, en desarrollo de la facultad reglamentaria a él otorgada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

DECRETO 2170 DE 2002 - Nulidad artículo 3. Audiencia pública de adjudicación / AUDIENCIA DE ADJUDICACION - Nulidad artículo 3 decreto 2170 de 2002 / POTESTAD REGLAMENTARIA - Exceso. Artículo 3 decreto 2170 de 2002

El artículo 3 del Decreto 2170 de 2002 deviene ilegal, por cuanto de conformidad con el inciso segundo del artículo 273 de la Constitución Política, es la ley la que debe señalar los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública y las condiciones en que ésta se realiza, y no al Gobierno Nacional, a quien no le es dable variar la estructura prevista en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 por el Legislador, y en particular adicionar eventos fuera del previsto en el numeral 10 ibídem para la realización de dicha actuación. Recuérdese que la disposición reglamentaria se encuentra en inferior posición a ley, y está sometida y limitada en su contenido y alcance a lo que disponga la norma superior, razón por la que no puede el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria, modificar o crear nuevas hipótesis a la indicadas en la norma legal o extender su alcance a situaciones no contempladas en ella. Si excede la potestad reglamentaria y se atribuye una facultad que no le es propia, termina por invadir la órbita del Legislador, caso en el cual las normas que en estas circunstancias expida deben ser anuladas por falta de competencia y, por ende, al estar viciadas de ilegalidad. Así las cosas, mientras que la ley disponga que el acto de adjudicación tiene lugar en audiencia pública “en el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política” (o sea, cuando ésta la ordene el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes por solicitud de

cualquiera de los proponentes) y no determine otros casos en los que se pueda acudir a este mecanismo (num. 10 art. 30 de la Ley 80 de 1993), es evidente que la norma reglamentaria la excede cuando prescribe que, igualmente, puede disponerse “de oficio por la entidad estatal”, por cuanto la ley no señaló que la misma entidad contratante pudiera ordenarla. Por lo expuesto, resulta procedente acceder a la declaratoria de nulidad del artículo 3 del Decreto 2170 de 2002, a excepción de su párrafo que reglamenta un asunto diferente, por exceso en la facultad reglamentaria, con lo cual se vulneraron los artículos 121, 150 inciso final y 273 inciso segundo de la Constitución Política, y el numeral 10 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Nota de Relatoría: Sobre Suspensión provisional por la Corporación mediante Auto de 27 de noviembre de 2003 (Exp. 25.206), excepto su párrafo, medida confirmada en Auto de 13 de mayo de 2004

DECRETO 2170 DE 2002 - Nulidad artículo 4. Criterios de evaluación y calificación de la selección objetiva / CRITERIOS DE EVALUACION Y CALIFICACION DE LA SELECCION OBJETIVA - Nulidad artículo 4 decreto 2170 de 2002 / POTESTAD REGLAMENTARIA - Exceso. Artículo 4 decreto 2170 de 2002 / SELECCION OBJETIVA - Criterios de evaluación y calificación. Artículo 4 decreto 2170 de 2002

Plantean los actores la nulidad del artículo 4 del Decreto 2170 de 2002, porque, a su juicio, el Gobierno Nacional, sin competencia para ello, modificó el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, relacionado con el deber de selección objetiva, al determinar en forma diferente la manera de evaluar y valorar las propuestas, e introducir la posibilidad de subsanar por parte de los oferentes los requisitos y documentos referentes a la futura contratación o al proponente en cualquier momento del proceso de selección y hasta la adjudicación, pero sin explicar cuáles de ellos. La Sala declaró la nulidad de la disposición demandada, por considerar que persisten las razones de ilegalidad expuestas en las providencias de 1 de abril y 23 de septiembre de 2004 en las que se suspendió provisionalmente. En este orden de ideas, se advierte nuevamente que el artículo 4 del Decreto 2170 de 2002, en contraste a la definición legal del deber de selección objetiva, efectivamente distinguió dos grupos de factores de escogencia y de calificación; el primero, que identificó como de cumplimiento o requisitos mínimos, esto es, la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad administrativa, operacional y financiera del oferente que serán objeto de verificación de cumple o no cumple pero no de calificación, excepto en los contratos de prestación de servicios especializados (Nos. 1 y 4); y un segundo grupo, que señaló como susceptibles de calificación, esto es, los factores técnicos y económicos de escogencia, de cuya ponderación matemática precisa y detallada, resulta la propuesta más favorable (No. 2). Además, para la adquisición de bienes de características uniformes estableció como únicos factores de evaluación el precio y la garantía de calidad de los bienes ofrecidos (No. 3), y en los de prestación de servicios especializados una calificación que se hará primordialmente sobre los aspectos técnicos de la oferta y la experiencia (No. 4). Como puede apreciarse, el reglamento olvidó que el deber de selección objetiva es una materia desarrollada por la Ley 80 de 1993 en el artículo 29 y, por lo mismo, cuando el artículo 4 del Decreto 2170 de 2002, a través del cual se reglamentó “el deber de selección objetiva”, estableció un sistema de selección diferente al previsto por la ley, modificó los términos y alcances de la norma legal, razón por la cual incurrió el Gobierno Nacional en un desbordamiento de su facultad reglamentaria. Es cierto, como lo ha proclamado la Sala en su jurisprudencia (Sentencia de 16 de abril de 2006, Exp. 16.041), que existen requisitos de participación de los oferentes y factores de evaluación o calificación de sus ofertas; los primeros, permiten la participación de los sujetos, esto es, habilitan jurídica, financiera o técnicamente la

conurrencia de los interesados al proceso y, por ende, conciernen a la idoneidad de los oferentes; y los segundos, posibilitan la selección de la propuesta, esto es, están referidos a calificar la oferta, a darle un puntaje, para establecer su mérito frente al objeto a contratar. Pero, al organizar con carácter vinculante para las entidades públicas los factores de escogencia en esos dos grupos, la norma reglamentaria contrarió el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, porque, como arriba se analizó, son las entidades públicas las que, siguiendo sus pautas y dictados, cuentan con la facultad de determinar los factores de escogencia y criterios de selección y, por ende, cuáles serán de cumplimiento y cuáles de calificación. Así, al agruparlos en uno y otro en el reglamento, se limitó ostensiblemente la libertad que las entidades públicas tenían legalmente para hacerlo, con sujeción al objeto y las precisas necesidades de la contratación. Nota de Relatoría: Ver sobre Suspensión provisional por la Corporación mediante Auto de 1 de abril de 2004 (Exp. 26.105), excepto su parágrafo, medida confirmada en Auto de 23 de septiembre de 2004; Auto de 24 de septiembre de 2004. Exp. 26.105.

PLIEGO DE CONDICIONES - Concepto / PLIEGO DE CONDICIONES - Naturaleza / PLIEGO DE CONDICIONES - Función

Es conveniente recordar que la jurisprudencia ha recalcado que el pliego de condiciones constituye la ley del proceso de licitación y del contrato a celebrar con ocasión a él, como quiera que se traduce en un conjunto de prescripciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la Administración, con efectos obligatorios tanto para ella como para los oferentes, en las que se recogen las condiciones y reglas de procedimiento, jurídicas, técnicas, económicas y financieras que disciplinan el desarrollo y etapas del proceso de selección y la futura relación con el adjudicatario, para asegurar así el interés público que busca la entidad y otorgar en el proceso plenas garantías e igualdad de oportunidades a los oferentes y eventuales contratistas. En relación con la función que cumplen los pliegos de condiciones en orden a garantizar el deber de selección objetiva, los requisitos de participación y los criterios de selección que en ellos se consignan y la construcción de los mismos de acuerdo con las necesidades de la contratación en el marco del artículo 29 de la Ley 80 de 1993. Por eso, el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, mencionó con carácter enunciativo y no taxativo, algunos factores de selección, dado que ellos pueden variar en tanto dependen de la naturaleza misma del objeto a contratar, lo cual, bajo la filosofía de dicha norma, le corresponde determinar directamente a la entidad pública que va a contratar, quien está en la obligación de hacerlos constar en forma expresa, clara, detallada y concreta en el pliego de condiciones o en los términos de referencia que regirán el respectivo proceso de selección, con la explicación del contenido, alcance, peso y valor de cada uno, así como la manera en que van a ser ponderados y evaluados para escoger la oferta más ventajosa. En síntesis, la ley le otorgó la facultad a la administración para establecer los factores o criterios de selección que utilizará para la escogencia de la oferta más favorable, teniendo en cuenta las necesidades del servicio y con sujeción al interés general. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 3 de mayo de 1999, Exp. 12.344; Sentencia de 16 de abril de 2006, Exp. 16041

PRINCIPIO DE ECONOMIA - Contratación estatal / DECRETO 2170 DE 2002 - Nulidad parágrafo artículo 4 / SUBSANAR PROPUESTAS - Oportunidad

La Sala anulará la disposición acusada porque considera que la misma efectivamente es ilegal, por vulnerar el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993. En efecto, la norma legal que se estima infringida, en desarrollo del principio de economía. Esta regla del principio de economía y

manifestación de que lo sustantivo debe primar sobre lo formal en el proceso de formación de la contratación, ciertamente se estima violentada por el parágrafo de la norma reglamentaria en cuestión, teniendo en cuenta que el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 en manera alguna está autorizando a las entidades públicas para requerir a los proponentes, dentro del respectivo proceso de selección, documentos y subsanar requisitos en los términos de la disposición atacada, sino que lo que ella precisa es que la ausencia de dichos requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente que no resulten necesarios para la comparación de los ofrecimientos no constituyen título suficiente para rechazarlos. Incluso, observa la Sala que el numeral 7 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, tan solo prevé la posibilidad de que la administración dentro del plazo razonable fijado para ello en los pliegos de condiciones solicite a los oferentes las aclaraciones o explicaciones que se estimen indispensables para la evaluación de sus propuestas, y en el numeral 8 ibídem limita la facultad de los oferentes para presentar observaciones a los informes técnicos, económicos y jurídicos de evaluación, pues en ejercicio de la misma no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas, todo lo cual ratifica la conclusión de que las disposiciones del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública -original- no establecen la facultad para la administración de solicitar, dentro del proceso de selección, documentos con el fin de subsanar, se reitera, aquellos relacionados con la futura contratación o con el proponente no necesarios para la comparación de las propuestas, y por cuya sola omisión o defecto no es viable rechazar un ofrecimiento, rechazo que únicamente procede en tratándose de requisitos o documentos que impiden la evaluación de las ofertas por versar sobre aspectos esenciales, en el entendido de que no todos los preceptos o condiciones de los pliegos ostentan la misma categoría y, por ende, su ausencia no genera los mismos efectos. Así, introducir por vía del reglamento la posibilidad de subsanar por parte de los oferentes, a petición de la administración, requisitos y documentos referentes a la futura contratación o al proponente que no se requieran para la comparación de las propuestas y, por ende, no incidan en la selección objetiva, en cualquier momento del proceso de selección y hasta la adjudicación, cuando la norma legal lo que señala es que no se pueden rechazar las propuestas hechas, contraría la disposición superior y otorga un margen mayúsculo de discrecionalidad a la administración que puede afectar o alterar el principio de igualdad de tratamiento en un determinado proceso de selección. Destaca la Sala que, sin duda, es al Legislador a quien le corresponde regular el ejercicio de una posibilidad diferente a la establecida por él en la regla legal en mención (numeral 15 inciso segundo del artículo 25 de la Ley 80 de 1983), como es aquella de subsanar o no requisitos o documentos. Por consiguiente, como quiera que la disposición reglamentaria contradice y altera el alcance del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el cargo estructurado en este argumento está llamado a prosperar. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 23 de abril de 1988, Expediente 11192. En igual sentido: Sentencia de 23 de abril de 1992, Exp. 6224; Sentencia de 30 de noviembre de 1994, Exp. 9652; Sentencia de 18 de noviembre de 1997, Exp. 10.402.

DECRETO 2170 DE 2002 - Artículo 5. Conformación dinámica de la propuesta en audiencia pública / CONFORMACION DINAMICA DE LA PROPUESTA EN AUDIENCIA PUBLICA - Artículo 5 decreto 2170 de 2002 / AUDIENCIA PUBLICA - Conformación dinámica de la propuesta. Artículo 5 decreto 2170 de 2002

La Sala reitera la ilegalidad del artículo 5 del Decreto 2170 de 2002, por las razones que se expusieron en la providencia de 13 de mayo de 2004 -confirmado en auto de 3 de marzo de 2005-, mediante el cual se suspendió provisionalmente.

Como puede apreciarse, el artículo 5 del Decreto 2170 de 2002 introdujo el sistema de conformación dinámica de la propuesta en los procesos de licitación o concurso público, cuyas características se asemejan al de una subasta pero a la inversa, esto es, aquella en que los proponentes presentan en una audiencia pública diferentes posturas para mejorar aspectos dinámicos de la oferta (precio y otras variables medibles y cuantificables), hasta la integración de la definitiva. La Sala al analizar una vez más el texto de la norma, encuentra que no hay lugar a variar su pensamiento respecto de la palmaria ilegalidad de la misma, en tanto es claro que el sistema de la conformación dinámica de la oferta no es un mecanismo previsto en la Ley 80 de 1993 para la licitación o concursos públicos, en cuyo artículo 30 se estableció un proceso de selección que no da margen a la conformación de las ofertas a través del mecanismo de que trata la norma acusada. Este trámite constituye un elemento extraño y una nueva etapa al proceso que el Legislador, a quien compete expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en conformidad con el inciso final del art. 150 de la C.P., elaboró para el efecto. Se reitera que es atribución exclusiva del Legislador señalar los mecanismos que tiendan a la conformación de la oferta más favorable, con el propósito de mejorar y favorecer los ofrecimientos que se realicen a las entidades estatales, porque el Constituyente le dejó la competencia para regular el tema de la contratación estatal, campo en el cual la función del Ejecutivo se limita a ejercer la facultad reglamentaria, para el efectivo cumplimiento de la ley. En estas condiciones, resulta evidente que el artículo 5 del Decreto 2170 de 2002 sí contraría los artículos 29 y 30 de la Ley 80 de 1993, al establecer un mecanismo para conformar las ofertas que no fue previsto por la ley para escoger entre ellas la más favorable, materia que, se repite, le fue asignada privativamente al Legislador y, por tanto, es de ley y no del reglamento ni del pliego o términos de referencia, por lo que, por contera, se desconocieron los artículos 150 inciso final y 273 inciso segundo de la Constitución Política. Nota de Relatoría: Ver sobre la suspensión provisional por la Corporación, Auto de 13 de mayo de 2004 (Exp. 24.524), confirmado en Auto de 3 de marzo de 2005

DECRETO 2170 DE 2002 - Artículo 9. Participación ciudadana / CONTRATACION ESTATAL - Veeduría ciudadana / VEEDURIAS CIUDADANAS - Contratación estatal / PARTICIPACION CIUDADANA - Reserva legal / RESERVA LEGAL - Participación ciudadana

El problema jurídico que plantea el presente cargo se concreta en establecer si el artículo 9 del Decreto 2170 de 2002, es contrario a los artículos 121, 150, 152 y 270 letra d) de la Constitución Política, por cuanto es al Legislador y no al Ejecutivo a quien corresponde regular mediante ley de carácter estatutario las formas de participación ciudadana, entre ellas las veedurías ciudadanas, ley que para el momento de la expedición del decreto aún no se había expedido. Al respecto, cabe advertir que si bien la Sala en un comienzo se abstuvo de decretar la medida cautelar, en esta etapa del proceso y luego de analizar la jurisprudencia de constitucional sobre la materia, considera que el cargo está llamado a prosperar. Revisado el contenido de las disposiciones del reglamento expedido por el Ejecutivo frente al alcance de la reserva legal que la Constitución Política prevé al Congreso de la República en el artículo 152 letra d), para regular mediante leyes estatutarias lo concerniente a “d) Instituciones y mecanismos de participación”, estima la Sala que el Gobierno Nacional se excedió en su potestad reglamentaria en una materia que es de competencia del Legislador. En efecto, la Corte Constitucional ha dicho que la existencia de una ley que desarrolle el ejercicio de las veedurías ciudadanas, como formas de control ciudadano y expresión de la soberanía popular, es una materia que debe ser regulada mediante una ley de categoría estatutaria. En síntesis, el artículo 9 del decreto

reglamentario vulnera los artículos 121, 150, 152 y 270 letra d) de la Constitución Política, pues se encuentra afectado por un vicio material de competencia, en tanto el Gobierno Nacional carecía de ésta para dictar la disposición, motivo por el cual habrá de anularse, tal y como se declarara, lo que no significa que las veedurías ciudadanas no puedan ejercer la vigilancia de la contratación pública, pues esa facultad y las condiciones para su desarrollo se encuentran previstas, como se anotó, en la Ley 850 de 2003. Nota de Relatoría: Ver Sentencia C-180 de 1994 - Sentencia C-1338 de 2000, Sentencia C-292 de 8 de abril de 2003 de la Corte Constitucional

DECRETO 2170 DE 2002 - Artículo 11 numeral 3 inciso 2 / DERECHO DE LIBERTAD DE CONCURRENCIA - Alcance / DERECHO A LA IGUALDAD - Contratación directa. Alcance / CONTRATACION DIRECTA DE MENOR CUANTIA - Sorteo

Se sostuvo que el principio de libertad de concurrencia u oposición tiene correlación con el de igualdad de oportunidades, en tanto es una manifestación de él, aunque no tienen el mismo contenido, y que aquel no es absoluto sino relativo, toda vez que el ordenamiento jurídico en aras del interés público le puede imponer ciertas limitaciones a la participación por mandado legal o constitucional, es decir, admite excepciones con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, dentro del ámbito de la regulación propia de la actividad que va a ser objeto de la contratación y con fundamento en la necesidad de asegurarla. Pues bien, para la Sala no se configura la violación del derecho a la igualdad de oportunidades, por lo siguiente: En primer término, el sorteo previsto en la norma demandada se encuentra establecido para la celebración de contratos de menor cuantía, es decir, de los consagrados en la letra a) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, de manera que por tratarse de eventos en los que se puede contratar directamente, es viable que en el reglamento se disponga el trámite y las condiciones como debe realizarse dicha modalidad de contratación (art. 24 parágrafo 2º ibídem). En segundo término, el proceso de contratación directa está sujeto a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que orientan la función administrativa (art. 209 C.P.) y, a la vez, debe garantizar la igualdad de oportunidades (art. 13) y la libertad de concurrencia entre los interesados en el marco de la competencia (arts. 333 y 334 C.P). Así, el Gobierno Nacional en el reglamento de contratación directa que expida, con fundamento en el parágrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, está en la obligación de garantizar y desarrollar esos principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en ella. La respuesta, entonces, al interrogante de si resulta válido utilizar un sorteo como criterio de participación en la contratación directa de menor cuantía, se resuelve a favor de la legalidad de la norma reglamentaria que lo establece, en el entendido de que es congruente con los principios de economía y celeridad que le son aplicables a este mecanismo de selección y no desconoce absolutamente o menoscaba en forma irracional los otros principios, en particular, el de igualdad, porque persiste la garantía de participación en igualdad de condiciones, en tanto al sorteo pueden acceder en idénticas condiciones y oportunidades todas las personas que se crean o consideren que tienen la capacidad real de suministrar el bien o servicio que requiere el Estado. Por lo expuesto, la Sala encuentra que la limitación a la libertad de concurrencia que comporta el sorteo previsto en la norma acusada en este caso no viola el derecho a la igualdad, pues al desarrollar los principios de economía y celeridad, se justifica objetiva y razonablemente en la contratación directa, razón por la que el cargo no prospera.

DECRETO 2170 DE 2002 - Artículo 12 numeral 5 aparte segundo / Conformación dinámica de la oferta. Contratación directa. Audiencia pública / CONTRATACION DIRECTA - Conformación dinámica. Artículo 12 numeral 5 aparte segundo decreto 2170 de 2002. Audiencia pública / CONFORMACION DINAMICA DE LA OFERTA - Contratación directa. Decreto 2170 de 2002 artículo 12 numeral 5 aparte segundo. Audiencia pública / AUDIENCIA PUBLICA - Contratación directa. Conformación dinámica de la oferta

Precisa la Sala que lo establecido respecto del mecanismo de la conformación dinámica de la oferta en el artículo 12 del Decreto 2170 de 2002, ubicado en el Capítulo III correspondiente a la selección objetiva en la contratación directa -arts. 11 num. 4º y 12-, no infringe la Constitución Política y la ley en las disposiciones enunciadas por el actor, por cuanto en tratándose del procedimiento para la contratación directa, el trámite que las entidades estatales deben seguir para contratar, prescindiendo de la licitación o concurso públicos, está sometido al reglamento que para el efecto expida el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria (parágrafo 2º art. 24 Ley 80 de 1993), tal y como se ha sostenido en la presente providencia. Sin embargo, congruente con lo hasta ahora expuesto, observa la Sala que la expresión del numeral 5 aparte segundo del artículo 12 del Decreto 2170 de 2002, que se transcribe a continuación y se subraya: "...[e]stablecido el resultado procederá en forma pública a adjudicar el contrato que haya presentado la mejor oferta..." es ilegal, en la medida de que implica la realización de una audiencia pública para la adjudicación del contrato, que pugna con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 273 de la Constitución Política, el cual reservó a la ley la posibilidad de establecer los casos en los que se aplica este mecanismo y las condiciones bajo las cuales debe realizarse, así como la forma en que se efectuará la evaluación de las propuestas. Por lo anterior, el cargo por incompetencia del Presidente de la República para determinar y reglamentar el sistema de conformación dinámica de la propuesta en la contratación directa, no es de recibo, excepto en lo relacionado con la expresión "en forma pública" del numeral 5 aparte segundo del artículo 12 del Decreto 2170 de 2002 que se anulará, por ser ese aspecto competencia del Legislador.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Origen / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Características / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Naturaleza

Sea lo primero destacar que el contrato de prestación de servicios nació del contrato de arrendamiento o locatio, que tenía como modalidades de ejecución las obras (locatio operis), el transporte (locatio conductio), o los servicios personales (locatio operarum). Figura esta última que se generalizó para dar paso a la concepción actual de este negocio jurídico, al cual el Estado moderno ha recurrido, para cumplir las múltiples y crecientes funciones a su cargo y ante precisos requerimientos de conocimiento profesional, técnico, o científico o por insuficiencia del personal vinculado a su planta de personal a través de un acto condición (funcionarios) o mediante contrato de trabajo (trabajadores oficiales). De ahí que, la necesidad de servicios para su funcionamiento o para el cumplimiento de actividades dirigidas a la sociedad, ha dado lugar a contratarlos con personas naturales o jurídicas externas, no vinculadas como servidores o funcionarios de la Administración, a través de contratos de prestación de servicios. De conformidad con la anterior definición, es viable predicar las siguientes características y notas predominantes de los contratos de prestación de servicios: a) Pueden ser celebrados por cualquier entidad estatal que tenga capacidad para contratar, según lo previsto en el artículo 2 numeral 1. de la Ley

80 de 1993. b) Es posible su celebración con personas naturales o con personas jurídicas. Con personas naturales cuando se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad que no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Y, no obstante que la norma no lo señala, es conforme a derecho concluir que también es admisible suscribir este tipo de contratos con personas jurídicas, como así lo indica el artículo 24, numeral 1º, letra d), en el cual se señala la posibilidad de acudir a los mismos “[p]ara la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas (...).” c) Tienen por objeto desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones a cargo de la entidad contratante, con la condición de que tales actividades o funciones no puedan cumplirse con el personal de planta por ser insuficiente o porque se requieran conocimientos especializados. d) La relación que se genera entre entidad contratante y contratista no goza del carácter de relación laboral. e) No pueden pactarse por término indefinido, sino por el plazo estrictamente necesario e indispensable (inciso 2o. del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993). Precisamente, la naturaleza excepcional de este negocio jurídico de la administración y las dos últimas características anotadas previenen que no se utilice el contrato de prestación de servicios para establecer plantas paralelas con carácter permanente en las entidades públicas, en desconocimiento del régimen laboral, tal y como lo ha advertido esta Corporación al recalcar que no puede suplirse la vinculación de los servidores públicos a los cuadros del servicio oficial a través de estos contratos. f) En el marco de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebran las entidades públicas - incluyendo los de prestación de servicios- se rigen por las disposiciones civiles y comerciales que disciplinan el tipo comercial utilizado por la administración y las especiales previstas en dicho estatuto público contractual (artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993). g) No son obligatorias las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, salvo en materia de prestación de servicios públicos, en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pero ello no obsta para que si se estima conveniente se puedan pactar. De otra parte, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que en el ordinal 1º establece los precisos eventos en los que la escogencia del contratista puede realizarse directamente, en la letra d) señala como uno de ellos “la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas.” De esta norma del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública puede colegirse que los únicos contratos de prestación de servicios que permiten ser celebrados en forma directa involucran estas actividades: i) las profesionales, esto es, los que se prestan por personas que ejercen especialmente una profesión; ii) las de trabajos artísticos, es decir, relacionados con trabajos en las artes; y iii) las que tienden al desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 1 de noviembre de 1994, Exp. 7960; Sentencia C-154 de 1997 de la Corte Constitucional

DECRETO 2170 DE 2002 - Artículo 13 inciso segundo / CONTRATACION DIRECTA - Contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE APOYO A LA GESTION - Contratación directa / NULIDAD CONDICIONADA - Inciso segundo del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002 / ACCION DE NULIDAD - Modulación de efectos / SENTENCIA INTERPRETATIVA - Inciso segundo del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002 / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS -

Nulidad condicionada. Inciso segundo del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002

El contrato de prestación de servicios, en las voces del artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, es una manera de vincular a los particulares para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad y si bien aquellos que involucren servicios profesionales o ejecución de trabajos artísticos o el desarrollo de actividades artísticas se subsumen en una causal de contratación directa, no por ello se puede aseverar que se trata de dos modalidades de contratos, unos regidos por el artículo 32 citado y otros por el artículo 24 numeral 1 letra d, pues lo cierto es que se refiere a un mismo tipo contractual, pero con procesos de selección que pueden ser disímiles. Bajo este contexto normativo, la Sala considera que el hecho de que la ley no mencione los “contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad,” a los que se refiere el inciso 2º del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, no significa que se traten de una nueva modalidad de prestación de servicios que se introduce en el decreto reglamentario, puesto que ellos se enmarcan dentro de la definición genérica prevista en el ordinal 3º del artículo 32, por cuya virtud son contratos de este tipo “los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad,” los cuales, “solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”, y que además bien podrían versar sobre los servicios que enuncia la letra d. del ordinal 1º del art. 24 de la Ley 80 de 1993, aspecto este último que incidiría en la modalidad de contratación. Así las cosas, la disposición reglamentaria acusada cuando expresa: “...De igual forma se procederá para la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad los que sólo se realizarán cuando se trate de fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar...”, permite dos interpretaciones: i) La de la demanda, según la cual el artículo 13 acusado (inciso segundo) del Decreto 2170 de 2002, al establecer la contratación directa para todos los casos de prestación de servicios de apoyo con la simple constancia de que no existe personal de planta para atender la función respectiva, amplía el campo de contratación directa para un evento que la ley no prevé, eludiendo en consecuencia el proceso de licitación o concurso públicos, lo cual excedería la facultad reglamentaria y desconocería los principios que rigen la función administrativa; y ii) Una segunda ajustada a la ley y conforme a la cual la referencia a la celebración de contratos de servicios de apoyo en el contexto del Capítulo III que reglamenta la selección objetiva en la contratación directa, debe entenderse en relación con los contratos de prestación de servicios de apoyo que versen sobre actividades “...profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas...”, los cuales son los únicos que pueden ser contratados directamente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24, numeral 1. letra d. de la Ley 80 de 1993. En tal virtud, siguiendo la jurisprudencia de la Sala, cuando una interpretación de la norma reglamentaria atacada se ajusta a las normas superiores, esta situación impide que la decisión sea simplemente la de expulsarla del ordenamiento jurídico, sino que esa circunstancia impone mantener la legalidad del segmento normativo, pero condicionado a que sólo es válido bajo la segunda de las interpretaciones expuestas. Conforme a este criterio, la sentencia interpretativa que se adoptará en función del contenido del acto acusado se limitará a modular sus efectos y en lugar de retirar del ordenamiento jurídico la preceptiva administrativa demandada o de mantenerla a pesar de las observaciones de legalidad señaladas, se proferirá un pronunciamiento que alterará parcialmente su contenido y supone, de paso,

que se expulsa del ordenamiento cualquier otra interpretación que admita la norma acusada, incluida -por supuesto- la esgrimida por el demandante a lo largo de este proceso. En este orden de ideas, para la Sala no existe la ilegalidad endilgada al inciso segundo del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002 y, en consecuencia, lo declarará ajustado a derecho en forma condicional, esto es, bajo el entendido que se refiere a los contratos de prestación de servicios de apoyo que versen sobre actividades "...profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas...", los cuales son los únicos que permiten que sean contratados directamente, conforme el artículo 24, numeral 1. letra d. original de la Ley 80 de 1993. Nota de Relatoría: Ver sentencia del 5 de mayo de 2007 Exp. 16257;

DECRETO 2170 DE 2002 - Artículo 16 numeral 3. Adjudicación en audiencia pública / ADJUDICACION EN AUDIENCIA PUBLICA - Reserva legal

Ahora bien, como es viable el estudio de fondo de los argumentos esgrimidos en la demanda, es necesarios precisar que el numeral 3 del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002 fue suspendido provisionalmente por la Sala en Auto de 13 de mayo de 2004, confirmado por auto de 3 de marzo de 2005, por las mismas consideraciones jurídicas a las que esta Sala se refirió en relación con el artículo 3 íbidem, las cuales ahora reitera. En dichas providencias se advirtió que el numeral tercero del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002, que ordenó la adjudicación en audiencia pública de los procesos de selección correspondientes a la contratación directa en los casos de declaratoria de desierta de la licitación o concurso, cuando no se presente oferta alguna o ninguna oferta se ajuste al pliego de condiciones o términos de referencia, o en general cuando falte voluntad de participación, se encontraba viciado de ilegalidad, habida cuenta de que la Constitución Política en el inciso segundo del artículo 273 reservó a la ley la posibilidad de establecer los casos en los que se aplica este mecanismo y las condiciones bajo las cuales debía realizarse, así como la forma en que se efectuará la evaluación de las propuestas, y la Ley 80 de 1993, en el art. 30 No. 10, sólo la remitió al mismo evento previsto en el inciso primero de la norma superior -esto es, cuando así lo solicite cualquiera de los proponentes a las autoridades de control fiscal-. La Sala insiste que cuando la norma constitucional determina que los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública para la adjudicación serán señalados por la ley, es claro que sólo pueden ser fijados por el Legislador. La circunstancia de que la Ley 80 de 1993 no haya desarrollado la materia, no traslada la misma a la órbita de la potestad reglamentaria, en tanto es evidente que cuando el Constituyente se refirió a la ley, depositaba la competencia en el Legislador. En consecuencia, como el asunto de las audiencias públicas para la adjudicación del contrato, es reserva legal, y en el artículo 16 numeral 3 acusado el Presidente de la República se arrogó la competencia que corresponde al Legislador, fuerza concluir que es ilegal y, en tal virtud, debe ser retirada del ordenamiento jurídico mediante su declaratoria de nulidad.

CONTRATACION ESTATAL - Régimen de inhabilidades e incompatibilidades / REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Contratación estatal

La Ley 80 de 1993 estableció en su artículo 8 y en otras de sus disposiciones el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal, bajo los criterios de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la declaratoria de caducidad respecto del contratista y de los socios y sociedades de personas, la condena a interdicción de derechos y funciones públicas, la

destitución, la abstención injustificada de suscribir un contrato adjudicado, el parentesco, el matrimonio o unión permanente con servidores públicos, entre proponentes, asociados y el representante legal de sociedades proponentes, la participación a cualquier título o el desempeño en cargos de dirección en personas jurídicas interesadas en la contratación, el suministro de información falsa (art. 22 No. 6 ibídem), la declaratoria de responsabilidad civil o penal (art. 58 No. 3 in fine); la medida de aseguramiento y la condena penal (art. 58 No. 6 ejusdem). La inhabilidad, sea que se adopte como criterio que identifica su noción el de la restricción a la autonomía o libertad de contratación, legitimación para actuar u obrar, ora el de la incapacidad particular, lo cierto es que el supuesto en que consiste la misma no permite acceder al proceso de selección o celebrar el contrato, por circunstancias éticas y morales o de imparcialidad, eficacia, eficiencia y transparencia.

REGIMEN DE INHABILIDADES - Finalidad. Concepto / INHABILIDAD - Concepto / INHABILIDAD - Diferente de incompatibilidad / INCOMPATIBILIDAD - Diferente de inhabilidad

La consagración del régimen de inhabilidades tiende al desempeño de la función pública por sujetos idóneos mediante la exigencia de determinadas condiciones o cualidades para acceder a ella, y a prevenir la indebida utilización de los factores de poder para el beneficio individual, procurando un efecto moralizador en el desarrollo de la actividad y en la disposición del patrimonio público; así, las inhabilidades se erigen en "...circunstancias negativas o impeditivas preexistentes para acceder a la función pública (inelegibilidad), evitando el ingreso de sujetos que no reúnen determinadas condiciones, calidades y cualidades de idoneidad o moralidad, para desarrollar determinadas actividades o adoptar ciertas decisiones, ora para acceder a la contratación estatal..." y, por lo tanto, en el ámbito de la contratación pública se constituyen en una justificada restricción a la autonomía privada y a la libertad de contratación, que si bien limitan el principio de igualdad y los derechos negociales, representan un trato diferencial razonable y proporcional fundamentado en intereses superiores. En la contratación estatal se traduce en una situación que atañe al particular o contratista que le impide acceder al contrato y, por lo mismo, participar en el proceso de selección contractual y celebrar contratos con el Estado o con sus entidades públicas. Pueden tener origen en conductas punibles, delictivas o disciplinarias, como consecuencia de una pena o sanción, o en diferentes circunstancias tales como la calidad de servidor público, el parentesco, los lazos de amistad, las relaciones negociales, etc., sin que pueda preconizarse que atienden a una exclusiva naturaleza sancionatoria. Es claro, por lo demás, que las inhabilidades e incompatibilidades previstas en el ordenamiento jurídico son de origen constitucional y legal, y que corresponde al Legislador su establecimiento y configuración en forma privativa, sin que pueda tener cabida su creación por vía del reglamento, del pliego de condiciones, o de la autonomía negocial. Es así como, en ejercicio de la competencia de configuración normativa, el Legislador debe definir y tipificar expresamente sus causas, vigencia, naturaleza y efectos (arts. 6 y 123; como para la función pública según los arts. 150 No. 23 y 293; 299, 303 y 312 de la Constitución Política), para contratar con el Estado, es decir, que tienen una tipicidad legal rígida, son taxativas, de aplicación e interpretación restrictiva, excluyen la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable, y como quiera que limitan la libertad de las personas, se encuentran definidas en el tiempo, excepto aquellas constitucionales (vgr. 179 No.1; 197 y 267 C.P.). Además, las inhabilidades están previstas en normas de imperativas y de orden público (ius cogens), razón por la cual no son disponibles por acuerdo o convenio de las partes, y de presentarse la inhabilidad implica la nulidad absoluta del respectivo contrato (No. 1 art. 44 de la Ley 80 de 1993). De otra parte, es válido

señalar como elemento que diferencia esta figura de otras con sentido similar, que la inhabilidad hace relación o se predica de la persona que aspira a contratar con el Estado, mientras que la incompatibilidad recae sobre el servidor o ex servidor público, con el fin de evitar un conflicto de intereses. Así, teniendo como noción que la inhabilidad es aquella circunstancia consagrada en la Constitución Política o la Ley que impide a una persona el acceso al proceso de selección y celebrar el contrato, por vulnerar la moral, la idoneidad, la imparcialidad o la honestidad, encuentra la Sala que en dicho perfil conceptual no se enmarca la disposición acusada, aunque por los términos en que la regla se encuentra redactada se le pretenda encuadrar.

DECRETO 2170 DE 2002 - Parágrafo primero del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002. Inhabilidades. Contratación directa / CONTRATACION DIRECTA - Inhabilidades / INHABILIDADES - Contratación directa / PROPUESTA ARTIFICIALMENTE BAJA - Exclusión. Contratación directa / PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS - Exclusión. Contratación directa

La disposición acusada establece una medida preventiva de carácter eminentemente administrativo, con la cual se garantiza el deber de selección objetiva, la moralidad y la transparencia en el respectivo proceso de contratación, pero sin que se observe que se imponga una sanción con efectos punitivos generales. Nótese que es el propio proponente quien en el proceso de selección genera la situación de exclusión en el proceso de contratación, al haber presentado una propuesta con condiciones económicas artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato, es decir, con un precio irrisorio o falso como valor de los bienes y servicios que se pretenden contratar, frente a lo que realmente arroja la realidad económica y financiera del mercado y las condiciones del proponente, conducta contraria a las prácticas de la libre competencia con la cual pone en peligro la cabal ejecución del futuro contrato, como que afecta la selección objetiva y la economía del mismo, poniendo en riesgo la satisfacción de la necesidad que se busca con su celebración. Dicha exclusión del proceso debe ser analizada e interpretada en forma integral con el supuesto normativo al que pertenece, esto es, con la totalidad del texto del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002 del cual hace parte, pues en el numeral 2 de este artículo se establece categórica y perentoriamente que “[n]o se modificarán los elementos esenciales de los pliegos de condiciones o términos de referencia utilizados en el proceso de licitación o concurso público...”, razón por la cual, ante el deber de continuar rigiéndose el proceso de selección del contratista por los requisitos y condiciones sustanciales señalados en los pliegos de condiciones o en los términos de referencia de la licitación o concurso públicos declarados desiertos y bajo el prisma de los mismos, es lógico que no pueda proseguir en ese proceso de elección quien ofrece al Estado precios artificialmente bajos, es decir, aquél cuya propuesta no habría cumplido con las reglas y bases del proceso, motivo por el que habría sido objeto de rechazo. En criterio de la Sala, el supuesto de la norma demandada no establece una inhabilidad, entendida como una falta de legitimación para obrar o limitación a la capacidad legal de las personas naturales o jurídicas que pretendan contratar con el Estado, sino una circunstancia objetiva de rechazo del proponente, directamente relacionada con el proceso de contratación que comenzó inicialmente con el mecanismo de selección por licitación pública que se declaró desierto y que continua con una contratación directa que deviene de ella. De manera que la norma reglamentaria con ajuste a la ley, hace efectiva la responsabilidad que incumbe a los oferentes que realizaron ofrecimientos irrisorios, ínfimos, irreales y poco serios frente al valor del mercado de los bienes y servicios a contratar, a través de su desvinculación del proceso contractual, lo cual honra los principios que deben presidir la contratación pública

previstos en la Constitución Política y en la Ley 80 de 1993, en la medida que con ella se asegura el deber de selección objetiva y, por esa vía, la buena fe, imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad, transparencia, economía y responsabilidad en la contratación, para el cumplimiento de los fines que a esta actividad le señaló el artículo 3 ibídem y en salvaguarda del interés general y del patrimonio público (arts. 209 y 83 C.P. y 24 a 31 de la Ley 80 de 1993). En suma, encuentra la Sala que el supuesto del párrafo 1 del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002, debe entenderse como una manifestación plena del principio de responsabilidad. (...) La Sala estima que no desbordó el Gobierno Nacional el ámbito de sus competencias al expedir el párrafo primero del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002, puesto que, según se explicó, lo consagrado en él no constituye una inhabilidad de reserva y configuración legislativa, sino una disposición reglamentaria en la contratación directa dirigida a las entidades públicas con el propósito de evitar que terminen contratando con un oferente que presentó una propuesta con precios artificialmente bajos en una licitación o concursos públicos declarados desiertos, norma que tiene una clara justificación constitucional y legal, en tanto desarrolla los principios que rigen la contratación pública, especialmente los de responsabilidad y selección objetiva.

DECLARATORIA DE DESIERTA - Noción / DECRETO 2170 DE 2002 - Parágrafo 2 parcial del artículo 16 / CONTRATACION DIRECTA - Declaratoria de desierta

La declaratoria de desierta de un proceso de selección (licitación pública o contratación directa), es aquella determinación que adopta la Administración de no elegir ninguna de las propuestas recibidas para la adjudicación del contrato ofrecido, cuando se presentan motivos o circunstancias que hacen imposible cumplir con una selección objetiva, caso en el cual queda facultada para contratar directamente en aras de cumplir con los fines perseguidos con la contratación, mediante el procedimiento fijado por el reglamento y respetando los principios que rigen esta actividad. En efecto, la Ley 80 de 1993, en sus artículos 24 Nos. 1 letras g) y h), 5 letra b) y 7; 25 No. 18 y 30 No. 9, al regular los principios de transparencia y economía y al estructurar el proceso de selección de la licitación pública, estableció que las entidades públicas pueden contratar directamente como consecuencia de la declaratoria de desierta de la licitación o concurso públicos, en particular porque ninguna oferta cumplió con los pliegos de condiciones, o no se presentó ninguna oferta o no existió disposición de participación; y que dicha declaratoria únicamente procede por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva, las cuales se señalarán en forma expresa y detallada en el acto administrativo correspondiente, esto es, consignado en el mismo las razones que condujeron a esa decisión. A su turno, el artículo 16 del Decreto 2170 de 2002, como arriba se mencionó, reglamentó el procedimiento de contratación directa en los casos de declaratoria de desierta de la licitación o concurso públicos, cuando no se presente propuesta alguna o ninguna se ajuste al pliego de condiciones o términos de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación -o sea por las causales de que trata el artículo 24 numeral 1. letras g) y h)-, bajo las siguientes reglas: i) deberá realizarse una convocatoria pública y publicarse los pliegos de condiciones o términos de referencia definitivos; y ii) no podrá modificarse los elementos esenciales de los pliegos de condiciones o términos de referencia utilizados. Pero, además, de conformidad con el párrafo 2º del artículo 16 en estudio, podrá la administración declarar también desierta esa contratación directa por las mismas causales previstas en dicha norma para el caso de la declaratoria de desierta de la licitación o concurso, caso en el cual, de persistir la necesidad de contratar, la entidad pública adelantará otro proceso de contratación directa. Visto, entonces, el

supuesto de la disposición demandada, la Sala comparte el cargo efectuado por la actora, por cuanto, en verdad, no tiene sentido ni parece razonable repetir un proceso de contratación directa que fue declarado desierto cuando éste se suscitó a propósito de una licitación o concurso público fracasado y, menos aún, que pueda presentarse en varias oportunidades o en forma indefinida tornando incierto en el tiempo la satisfacción de los bienes y servicios que se pretenden satisfacer con la realización y ejecución del contrato. Por lo tanto, considera la Sala que si bien es posible declarar desierta la contratación directa, la expresión del párrafo segundo del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002 "...caso en el cual se aplicarán las reglas previstas en este...", que tiene por efecto ordenar la apertura de otro proceso de contratación directa en las mismas condiciones al que se declara desierto, desconoce la efectividad de los principios constitucionales (art. 2 C.P.), directamente los de economía, celeridad y eficacia (art. 209 C.P.) en concordancia con los principios de la contratación pública de economía y responsabilidad (art. 23 Ley 80 de 1993), toda vez que se traduce en una dilación que entorpece en forma injustificada la actividad contractual del Estado. En efecto, cuando una contratación surte dos procesos de selección pública (licitación y contratación directa) y en ellos no se presenta propuesta alguna o ninguna se ajusta al pliego de condiciones o términos de referencia o, en general, cuando falta voluntad de participación, es evidente que en la concepción o bases de la misma se presenta alguna anomalía esencial que impide la selección objetiva de la propuesta más ventajosa para los intereses de la administración. En esos eventos la administración debe, como arriba se explicó, en aras de superar los obstáculos que dieron lugar nuevamente a la declaratoria de desierto del proceso, y en cumplimiento de los principios aplicables a la contratación pública (igualdad, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, publicidad, transparencia y responsabilidad), analizar si esas causas o motivos por los que declaró desierto el proceso de selección le son atribuibles (vgr. confección incompleta, ambigua o confusa de los pliegos, o falta de determinación del objeto, etc.), con el fin de establecer si debe o no adelantar un proceso de contratación directa porque se presenta otra causal (vgr. inexistencia de pluralidad de oferentes) o, por el contrario, abrir una nueva licitación o concurso públicos con nuevos pliegos y reglas que subsanen las inconsistencias que truncaron o frustraron los anteriores procesos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil siete (2007)

Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524);1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410);1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00(28244);1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447)

Acumulados-

Actor: CARLOS ORLANDO VELASQUEZ MURCIA Y OTROS

Demandado: NACION- PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA Y OTROS

Referencia: ACCION DE NULIDAD EN CONTRA DEL DECRETO 2170 DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2002

Decide la Sala en única instancia los procesos acumulados que, en ejercicio de la acción pública de nulidad, fueron iniciados por CARLOS ORLANDO VELÁSQUEZ MURCIA, JORGE MANUEL ORTIZ GUEVARA; JORGE LEÓN QUIROZ BETANCUR; LUCIA GRANADOS CHAPARRO; MARTHA ALEJANDRA PARRA CHAVARRO; GUILLERMO SEBASTIÁN RINCÓN URIBE y LILIANA CECILIA ROJAS LEÓN, en contra del Decreto 2170 de 30 de septiembre de 2002, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993, se modifica el Decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. Las demandas

1.1. El presente proceso (Exp. 24.715) se originó en la demanda presentada ante esta Corporación el 28 de marzo de 2003, por el ciudadano CARLOS ORLANDO VELASQUEZ MURCIA, quien en ejercicio de la acción pública de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política y actuando en nombre propio, pretende que se declare la nulidad de los artículos 1 parágrafo 1, 2 parágrafo 1º, 7, 10, 11, 13, 16, 17, 19, 20, 21 parágrafo 1º, 23 (parcial) y 29 (parcial) del Decreto 2170 de 30 de septiembre de 2002, “[p]or el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999”, expedido por el Presidente de la República.

La demanda fue admitida en providencia de 15 de agosto de 2003.

A este proceso, distinguido con el número 24.715, fueron acumulados, mediante autos de 17 de febrero de 2006, 28 de abril de 2006 y 20 de abril de 2007, otros

ocho (8) procesos, por tratarse de acciones de nulidad contra disposiciones del Decreto 2170 de 2002.

Los procesos acumulados fueron los siguientes:

1.2. Proceso No. 25.206, iniciado mediante demanda formulada el 24 de junio de 2003, por el señor JUAN MANUEL ORTIZ GUEVARA, en ejercicio de la acción pública contemplada en el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política y en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, quien actuando en nombre propio, pretende la nulidad por inconstitucionalidad de los artículos 3 y 9 del Decreto 2170 de 2002.

1.3. Proceso 25.409, iniciado con demanda presentada el 30 de julio de 2003, por el señor JORGE LEÓN QUIROZ BETANCUR, quien actuando en nombre propio, pretende la nulidad de todo el Decreto 2170 de 2002, y en subsidio, de todos aquellos artículos del mismo que se ocupan indirecta o directamente de establecer el procedimiento de contratación directa: 1, 4, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 16, 18 y 19.

1.4. Proceso 25.410, iniciado con demanda presentada el 30 de julio de 2003, en ejercicio de la acción pública de nulidad prevista en el artículo 84 del C.C.A., por el ciudadano JORGE LEÓN QUIROZ BETANCUR, quien actuando en nombre propio, pretende la nulidad del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002.

1.5. Proceso 26.105, iniciado con demanda presentada el 12 de noviembre de 2003, en ejercicio de la acción pública de nulidad prevista en el artículo 84 del C.C.A., por el ciudadano GUILLERMO SEBASTIÁN RINCÓN URIBE, quien actuando en nombre propio, pretende la nulidad del artículo 4 del Decreto 2170 de 2002.

1.6. Proceso 27.834, iniciado con demanda presentada el 10 de junio de 2004, por la ciudadana LUCIA GRANADOS CHAPARRO, quien actuando a nombre propio, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, pretende que se declare la nulidad por inconstitucionalidad del párrafo 2º (parcial) del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002.

1.7. Proceso 24.524, iniciado a través de demanda interpuesta el 12 de marzo de 2003, por el señor JORGE MANUEL ORTIZ GUEVARA, quien en ejercicio de la

acción pública de nulidad y actuando en nombre propio, pretende la nulidad de los artículos 4, 5, 11 numeral 3, inciso 2º, 12, 13 inciso 2º, y 16 numeral 3º del Decreto 2170 de 2002.

1.8. Proceso 28.244, iniciado con demanda presentada el 28 de julio de 2004, por la ciudadana MARTHA ALEJANDRA PARRA CHAVARRO, quien actuando a nombre propio, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política y en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, pretende que se declare la nulidad del numeral 3 del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002.

1.9. Proceso 31.447, iniciado con demanda presentada el 18 de julio de 2005, por la ciudadana LILIANA CECILIA ROJAS LEON, quien actuando a nombre propio, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política y el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, pretende que se declare la nulidad del párrafo primero del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002.

2. Hechos

Tomadas en su conjunto las demandas, se pueden extractar como supuestos fácticos en los cuales confluyen los siguientes:

2.1. Que el Congreso de la República expidió la Ley 80 de 28 de octubre de 1993, en cuyo párrafo del artículo 24 dispuso que el Gobierno Nacional expidiera dentro de los seis (6) meses siguientes a su promulgación un reglamento de contratación directa, que garantizará los principios de economía, transparencia y selección objetiva.

2.2. Que en virtud de la anterior norma, el Gobierno Nacional mediante Decreto 855 de 1994, reglamentó la contratación directa.

2.3. Que, posteriormente, a través del Decreto 2170 de 30 de septiembre de 2002 impugnado, el Gobierno Nacional reglamentó nuevamente la Ley 80 de 1993, modificó el Decreto 855 de 1994 y dictó otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999.

En síntesis, los actores se refieren a la expedición del decreto demandado, a su contenido -el cual reproducen en las normas demandadas del mismo-, así como a los fundamentos normativos, antecedentes legales y reglamentarios que soportan sus censuras.

3. Normas violadas y concepto de la violación

Las normas violadas y el concepto de violación de acuerdo con cada una de las anteriores demandas serán descritos y detallados en la parte considerativa de la sentencia, al momento de decidir los cargos formulados en las mismas.

4. Admisión de las demandas y suspensión provisional

4.1 La demanda presentada por el ciudadano CARLOS ORLANDO VELASQUEZ MURCIA, proceso número 24.715, fue admitida en providencia de 15 de agosto de 2003.

4.2. La demanda promovida por el señor JUAN MANUEL ORTIZ GUEVARA, Proceso No. 25206, fue admitida mediante Auto de 27 de noviembre de 2003 y en él se decretó la suspensión provisional del artículo 3, a excepción de su parágrafo, y se negó la del artículo 9 del Decreto 2170 de 2002, decisión que fue confirmada a través de Auto de 13 mayo de 2004, en la cual se resolvió el recurso de reposición contra la primera providencia.

4.3. La demanda instaurada por el señor JORGE LEÓN QUIROZ BETANCUR, Proceso 25.409, fue admitida mediante Auto de 13 de noviembre de 2003 y en él se negó la suspensión provisional de todo el Decreto 2170 de 2002 demandado.

4.4. La demanda incoada por el señor JORGE LEÓN QUIROZ BETANCUR, Proceso 25.410, fue admitida mediante Auto de 13 de noviembre de 2003, y en él se negó la suspensión provisional del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002 demandado.

4.5. La demanda presentada por el ciudadano GUILLERMO SEBASTIÁN RINCÓN URIBE, Proceso 26.105, fue admitida en auto de 1 de abril de 2004, providencia en la cual se decretó la suspensión provisional del artículo 4 del Decreto 2170 de

2002, con excepción de su párrafo, medida confirmada en auto de 23 de septiembre de 2004.

4.6. La demanda instaurada por la ciudadana LUCIA GRANADOS CHAPARRO, Proceso 27.834, fue admitida mediante Auto de 3 de marzo de 2005, y en él se negó la suspensión provisional del párrafo 2º (parcial) del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002.

4.7. La demanda promovida por el ciudadano JORGE MANUEL ORTIZ GUEVARA, Proceso 24.524, fue admitida mediante Auto de 5 de junio de 2003, y en él se negó la suspensión provisional del artículo 4 y del inciso 2º del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002. Sin embargo, ante solicitud posterior del actor en relación con otros artículos demandados en auto de 13 de mayo de 2004 se resolvió suspender provisionalmente el artículo 5 y el numeral 3 del artículo 16, se denegó la del inciso segundo del numeral 3 del artículo 11 y se declaró estarse a lo resuelto en auto de 1 de abril de 2004, Exp. No. 26.105, respecto del artículo 4, todos del citado decreto.

Esta última decisión fue confirmada a través de Auto de 3 marzo de 2005, en la cual se resolvió el recurso de reposición contra la citada providencia, y se precisó que se mantendría la medida de suspensión provisional del artículo 5 del Decreto 2170 de 2002 que previó esta disposición para la conformación dinámica de la oferta respecto de la licitación y concursos públicos, pero no así en relación con el procedimiento de contratación directa que establece esta misma figura en el artículo 11 No. 4 y 12 *ibídem*.

4.8. La demanda presentada por la ciudadana MARTHA ALEJANDRA PARRA CHAVARRO, Proceso 28.244, fue admitida mediante Auto de 2 de febrero de 2005 y en él se declaró estarse a lo resuelto en el Auto proferido el 13 de mayo de 2004 (Exp. 24.524, Actor Jorge Manuel Ortiz Guevara) en cuanto a la suspensión provisional de la disposición del artículo 16 numeral 3 del Decreto 2170 de 2002.

4.9. La demanda incoada por la ciudadana LILIANA CECILIA ROJAS LEON, Proceso 31447, fue admitida mediante Auto de 15 de marzo de 2006 y en él se negó la suspensión provisional del párrafo primero del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002.

5. La oposición a las demandas

Presentaron sendos escritos de oposición a las pretensiones de las demandas y esgrimieron las razones que, en concepto del Gobierno Nacional, justifican la legalidad de las normas acusadas del Decreto 2170 de 2002 por las censuras realizadas por los actores y, por ende, solicitaron denegar las súplicas, las siguientes entidades públicas:

5.1. El Departamento Nacional de Planeación, mediante escritos de 20 de noviembre de 2003 (Exp. 24.715), 1 de diciembre de 2004 (Exp. 26.105), 18 de abril de 2005 (Exp. 27.834), 11 de mayo de 2005 (Exp. 25.524), 16 de junio de 2005 (Exp. 28.244), y 23 de mayo de 2006 (Exp. 31.447).

5.2. El Ministerio del Interior y de Justicia, a través de memoriales de 20 de noviembre de 2003 (Exp. 24.715), 16 de marzo de 2004 (Exps. 25.409 y 25.410), 11 de mayo de 2004 (Exp. 24.524), 25 de junio de 2004 (Exp. 25.206), 17 de junio de 2005 (Exp. 28.244) 17 de agosto de 2005 (Exp.27.834), y 25 de mayo de 2006 (Exp. 31.447).

5.3. El Ministerio de Transporte, en escritos de 1 de diciembre de 2004 (26.105), 15 de abril de 2005 (Exp. 27.834), 16 de junio de 2005 (Exp. 28.244), y 24 de mayo de 2006 (Exp. 31.447).

Al contenido de las anteriores intervenciones en defensa de las normas acusadas se hará también referencia en la parte considerativa de esta providencia.

6. Pruebas

Además de tenerse como prueba los documentos que fueron acompañados en los expedientes acumulados (copias de las normas demandadas), según Autos de 6 de diciembre de 2005 y 1 de septiembre de 2006 y 28 de julio de 2006, mediante oficio de 28 de agosto de 2003 (Expediente 24.715), la Corporación solicitó los antecedentes administrativos del Decreto 2170 de 2002, solicitud que fue atendida en oficio OA No. 0491 de 8 de septiembre de 2003 (fls. 46 a 49), suscrita por el Director Nacional de Planeación, quien manifestó a este propósito que *"...en el proceso de elaboración del decreto en mención participaron varios representantes de diversas entidades del Gobierno, tales como el Departamento Nacional de*

Planeación, el Ministerio de Transporte, la Presidencia de la República y la Vicepresidencia de la República...”, y que “... es el resultado de aplicar las recomendaciones formuladas por un grupo de consultores que colaboraron con el Proyecto de Contratación BIRF-DNP...”, cuyos documentos se relacionan y se adjuntan para los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 15, 21 y 22.

Igualmente, similar solicitud (oficio de 24 de junio de 2003) fue atendida en comunicación MT-1000-2 No. 21181 de 16 de julio de 2003 (fls. 45 a 46 proceso 24.524), suscrita por el Ministro de Transporte, quien manifestó a este propósito que *“...el Decreto 2170 de 2002, fue el producto compartido de varias personas pertenecientes a distintas instituciones del Gobierno Nacional como son el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Transporte, la Presidencia de la República y la Vicepresidencia de la República...”* y que *“...se trabajó en equipo a partir de las necesidades que en materia contractual podrían ayudar a mejorar los procesos contractuales, a aumentar la transparencia y las oportunidades en la contratación, de la misma manera que en la reducción de la corrupción...”*; y finalizó: *“...Esta actividad realizada por los funcionarios de las diferentes instituciones fue produciendo papeles de trabajo que se iban discutiendo con diferentes personas (...) procedimiento [que] no consta en documentos formales radicados en alguna institución, pero fue cumplido en múltiples sesiones de trabajo con personas, instituciones, docentes, gremios y demás grupos de interés en la contratación...”*

7. Alegatos para fallo y concepto del Ministerio Público

7.1. Dentro del término de traslado para alegar ordenado en auto de 2 de febrero de 2007, en los procesos acumulados 24.715, 24.524, 25.206, 25.409, 25.410, 26.105, y 27.834 el Departamento Nacional de Planeación en escrito de 26 de febrero de 2007 reiteró su petición de que se denieguen las pretensiones de las demandas, para lo cual se remitió a los argumentos expuestos al contestar la misma.

Las demás partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

7.2. En el plazo para presentar alegatos de conclusión ordenado en auto de 14 de febrero de 2006 para el proceso 28.244, el Departamento Nacional de Planeación

y el Ministerio del Interior, en escritos independientes de 10 y 14 de marzo de 2006, respectivamente, reiteraron su petición de que se denieguen las pretensiones de la demanda, para lo cual se remitieron a los argumentos expuestos al contestar la misma. El Ministerio Público rindió concepto en este proceso el 29 de marzo de 2006, a través de la Procuradora Quinta Delegada ante la Corporación, en el que solicitó acoger las súplicas de la demanda.

7.3. Durante el período para alegar de conclusión ordenado en auto de 1 de septiembre de 2006 para el proceso 31.447, el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio del Interior, en escritos independientes de 22 de septiembre y 2 de octubre de 2006, respectivamente, insistieron en la solicitud de que se nieguen las súplicas de la demanda, para lo cual reiteraron los argumentos expuestos al contestar la misma. El Ministerio Público rindió concepto en este proceso el 18 de octubre de 2006, a través de la Procuradora Quinta Delegada ante la Corporación, en el que solicitó no acceder a las pretensiones de la demanda.

Los argumentos presentados en las intervenciones del Ministerio Público se expondrán en la parte considerativa de esta providencia.

8. Impedimento

El Señor Consejero Enrique Gil Botero presentó impedimento por la causal prevista en el numeral 5º del artículo 150 del C. de P. Civil, el cual fue aceptado por la Sala, según consta en el acta correspondiente a la sesión de 3 de diciembre de 2007.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En tanto la Sala es competente para conocer y decidir conjuntamente de los procesos iniciados y al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, se procederá a resolver la controversia de legalidad planteada en las demandas, para lo cual transcribirá el texto de la norma demandada y abordará el estudio respectivo mediante la reseña de las normas infringidas, el concepto de violación,

las intervenciones de oposición, el concepto del Ministerio Público si lo hubiere y el análisis de los cargos formulados.

Para el efecto, se advierte que los cargos formulados tienen como común denominador las acusaciones a saber: a) la incompetencia del Gobierno Nacional para expedir el decreto (funcional y temporal) y adoptar por vía del reglamento las disposiciones contenidas en los diferentes artículos del decreto acusado, y b) la violación de normas superiores a las que está sujeto, de las cuales unas son de carácter constitucional y otras del orden legal, que se proyectan en reglas y principios de la contratación pública y de la función administrativa.

Por lo anterior, previamente a avocar el estudio de fondo propuesto en el presente negocio para estudiar si se presentan o no las transgresiones al orden jurídico, la Sala estima necesario pronunciarse sobre algunos aspectos generales relacionados con la potestad reglamentaria y los límites en la contratación directa y la noción y principios que rigen este mecanismo de selección en el contexto del ordenamiento jurídico, para luego aplicarlos al caso concreto.

1. El Ejercicio de la potestad reglamentaria en materia de contratación pública y sus límites

1.1. Ante la inmensa necesidad de regular las conductas que tiene cualquier sociedad que adopte el modelo del Estado de derecho, no hay ningún órgano capaz de satisfacerla exclusivamente y por sí mismo, problema complejo para el cual se ha recurrido, entre otros instrumentos, al reconocimiento de la facultad de producir normas jurídicas en varios poderes.¹

De ahí que la creación jurídica, como proceso de producción normativo dinámico, comporta varios grados, adopta diversas formas e involucra una pluralidad de poderes y autoridades; en principio, la Constitución atribuye al Legislador la creación de las normas generales -leyes en sentido formal-, pero en todos los Estados modernos existen autoridades que no son órganos legislativos, que dictan, dentro de ciertos límites, también normas de carácter general, bien con fuerza de ley por precisas habilitaciones *pro tempore*, excepcionales y

¹ Cfr. RIVERO, Jean. Derecho Administrativo, 9ª Edición, 1984, Págs. 67 y ss.

extraordinarias -leyes en sentido material-, ora bajo la denominación de reglamentos, que desenvuelven y aplican el sentido de las leyes expedidas.²

Entiéndese, entonces, por reglamento todas las normas generales dictadas por una autoridad distinta al órgano legislativo que tienen por fin asegurar la debida ejecución de las leyes y por potestad reglamentaria la ejercida con este propósito.

En efecto, si bien es cierto que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 114 y 150 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República hacer las leyes y, por medio de ellas interpretarlas, reformarlas y derogar la legislación preexistente -cláusula general de la competencia-, también lo es que, bajo el concepto de colaboración armónica que sustenta la estructura y el funcionamiento del Estado -inciso 2 del artículo 113 C.P.-, en virtud de lo previsto en el artículo 189 numeral 11° superior, corresponde al Presidente de la República, como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, *“11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”*.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-228 de 17 de junio de 1993, a propósito de las diferencias entre la función legislativa y la potestad reglamentaria, señaló:

“La ley por naturaleza prescribe en forma genérica, y ello es precisamente definir, distinto a describir, por cuanto la definición, propiamente hablando, es una proposición de validez genérica, apta para ser referida a las circunstancias específicas, y no generales, por la función ejecutiva, que también representa la voluntad general, pero en una atribución no declarativa, sino de cumplimiento y realización del orden legal. Como se observa, la ley no agota toda la posibilidad jurídica sino que es el fundamento del proceso en el cual, obviamente, está la función ejecutiva, la que gira en torno a la ley (...)

“La potestad reglamentaria... no contradice la naturaleza de la rama ejecutiva del poder público, porque la función es la de reglamentar, como acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley. Si el legislador hace la ley, el ejecutivo tiene el derecho-deber de

² Cfr. KELSEN, Hans. Teoría General del Estado, traducción de Luis Legaz Lacambra; Editorial Nacional, México, 1975, págs. 307 y ss. La teoría de la creación o producción del derecho por grados expuesta por KELSEN, se traduce en que las normas que integran el derecho constituyen un ordenamiento jerárquico, en el cual unas normas dependen de otras y son límites entre sí (pirámide normativa). Las normas de grado superior delimitan un hecho, que constituye la creación del derecho en un grado inferior, a través de una serie o cadena continuada de fases desde la norma fundamental a las leyes, reglamentos y hasta los actos jurídicos individuales, proceso que permite formular una jerarquía normativa expresada en una estructura jurídica piramidal, en la que la norma fundamental sustenta la unidad de ese orden jurídico en automovimiento para su individualización o concreción, y en la que la norma inferior está sujeta y debe respetar en un todo la norma superior como presupuesto de juridicidad y validez.

encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real... Y es que no están frente a frente la ley y la consecuencia de la potestad reglamentaria, porque ambas integran el concepto de norma, con la diferencia cualitativa de ser norma general la ley y norma particular el efecto de la reglamentación. El ejecutivo no puede legislar -salvo que se trate de facultades extraordinarias o de los estados de excepción de acuerdo con los términos de la Constitución- pero sí puede regular, porque toda legislación es normativa, pero no toda normatividad es legislativa, pues la norma es género y la ley es especie...”

También la citada corporación ha explicado que la facultad reglamentaria “...no es absoluta pues encuentra su límite y radio de acción en la constitución y en la ley; es por ello que no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley, ni puede dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador”³.

De otro lado, aunque el elemento esencial para que se pueda ejercer la potestad reglamentaria es la preexistencia de un contenido mínimo material legislativo a reglamentar⁴ y su ejercicio se amplía o restringe en la medida en que el Congreso utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos, como derecho propio constitucionalmente otorgado al Presidente de la República en su calidad de primera autoridad administrativa, no necesita de norma legal expresa que la conceda⁵, ni puede ser limitada en cuanto a la materia y el tiempo en que pueda utilizarla, siempre que continúe vigente la norma legal reglamentada. Así, la facultad de reglamentar la ley es “...inalienable, intransferible, inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo y es irrenunciable, por cuanto es un atributo indispensable para que la Administración cumpla con su función de ejecución de la ley.”⁶.

³ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-028 de 1997.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-265 de 2002.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-512 de 1997. “...Esta competencia la ejerce el Presidente de la República por derecho propio y con carácter permanente. Es decir, no requiere, para su ejercicio, autorización de ninguna clase por parte del legislador. No obstante, si el legislador hace referencia a esta facultad, tal mención no hace inconstitucional la norma, pues se debe entender sólo como el reconocimiento de la competencia constitucional del Ejecutivo. Sin embargo, dicha facultad reglamentaria no es absoluta pues ella se ejerce en la medida en que exista la ley. Ley que se convierte en su límite. Es por ello que cuando el Ejecutivo reglamenta la ley no puede ir más allá de lo que ella prevé, ni de las pautas generales que señala. Es bajo este entendimiento, que la facultad reglamentaria del Ejecutivo puede ser en algunos casos constitucional o inconstitucional. Pues si el legislador, al expedir la ley, se limita a enunciar el asunto a tratar, pero delega en el Presidente todos los temas inherentes a la propia labor legislativa, resulta innegable que estaría trasladando el legislativo su propia facultad constitucional. Al contrario, si la ley establece los parámetros generales, la reglamentación que el Ejecutivo expida es simplemente el resultado de las atribuciones constitucionales propias para desarrollarla...”

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-028 de 1997.

Esta Corporación, por su parte, ha explicado de tiempo atrás que la potestad es una función administrativa en cabeza del Gobierno, indispensable para la correcta y cumplida ejecución de las leyes, y que dentro los parámetros trazados para su cabal ejercicio, entre otros, se encuentran:

“....- Entre mayor sea el detalle con que el legislador haya regulado la materia, menos resulta necesaria la reglamentación de la ley. Al contrario, habría una competencia material más amplia en poder del gobierno, cuando la ley omite establecer todas o las suficientes disposiciones para su ejecución.

- El reglamento debe sumisión a la ley reglamentada, tanto que no podrá restringir o extender su alcance, ni crear situaciones, u ordenamientos no previstos en ésta.

- El reglamento no puede contradecir la norma reglamentada, sino hacerla más entendible y de fácil aplicación....”⁷

Así las cosas, en nuestro orden, la potestad reglamentaria es la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido o alcance.

El reglamento, como expresión de esta facultad originaria del Ejecutivo es, pues, un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley; su sumisión jerárquica a ésta en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos⁸, motivo por el cual si supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador compromete su validez y, por tanto, deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política.

⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 19 de febrero de 1998, Exp. 9825.

⁸ Ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RAMÓN, Tomás. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I Duodécima Edición, Thomson Civitas, 2004, pág. 182 y ss.

En consecuencia, el poder reglamentario se encuentra limitado en función a la necesidad de la cumplida ejecución de la ley y, como lo ha manifestado la jurisprudencia, la extensión de esta competencia es inversamente proporcional a la extensión de la ley, es decir, cuanto mayor sea el campo disciplinado por la ley, menor será el que corresponde al decreto reglamentario y, al contrario, si ella sólo regula aspectos o reglas generales para su aplicación, más amplio será el campo de desarrollo del reglamento, acorde con las exigencias requeridas para su cumplimiento.

1.2. En materia de regulación de la contratación pública, el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política señaló que, “[c]ompete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional...” La Corte Constitucional, al fijar el sentido y alcance de la competencia del Congreso para expedir el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, se pronunció en los siguientes términos:

“(...) tampoco es válido considerar que el precepto constitucional obliga al legislador a dictar un estatuto contractual que desarrolle la materia en forma integral y casuística, por cuanto una concepción de esa naturaleza significa que el constituyente quiso desconocer el campo de acción que le corresponde a la administración respecto de los contenidos normativos, que al estar expuestos a las cambiantes circunstancias, demandan una regulación ágil y expedita que permita lograr la debida ejecución de la ley.

“Menos aún del precepto superior puede inferirse la obligación para el legislador de incorporar en un solo cuerpo normativo toda la legislación existente en materia contractual, pues si esta hubiera sido la voluntad del constituyente, en el artículo 150 Fundamental se habría autorizado al Congreso de la República para expedir un estatuto único de contratación para el Estado y no un estatuto general como finalmente quedó redactada la aludida competencia legislativa”⁹.

En ejercicio de esta atribución de configuración legislativa, el Congreso de la República expidió la Ley 80 de 1993, en la que adoptó el “*Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”, cuyo objeto fue el de disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades públicas (art. 1) a que se hace referencia el artículo 2 *ibídem*, lo cual implica, de suyo, una competencia reglamentaria de amplio alcance para el Gobierno Nacional para adecuarla a las

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-949 de 2001.

circunstancias y necesidades sociales y administrativas. En efecto, esta Corporación así lo ha reconocido, puntualizando 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...”*¹⁰

Empero, ello no significa que esta labor no se encuentre sujeta a límites, pues, como ha dicho la Corte Constitucional en Sentencia C-508 de 2002, la potestad reglamentaria que el Presidente de la República ejercite para la cumplida ejecución y aplicación de la Ley 80 de 1993, se encuentra *“...específicamente restringida por la Constitución en primer término, por las leyes como normas de jerarquía superior y necesariamente ha de ejercerse tomando en consideración como un todo jurídico la propia ley mencionada, que fija los parámetros dentro de los cuales debe circunscribirse la reglamentación que se dicte por el Ejecutivo, no para sustituir al legislador, ni como legislador paralelo, sino dentro de un ámbito estrictamente administrativo para no exceder las funciones y atribuciones que al Presidente de la República le señala el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política...”*¹¹

Por eso, ha subrayado el Consejo de Estado que al Gobierno Nacional en ejercicio de esta potestad en el ámbito de la contratación pública no le es permitido desbordar los mandamientos del Legislador y extender sus efectos a supuestos no previstos en la norma legal reglamentada;¹² o expedir una reglamentación que no haga más expedita o facilite la aplicación de la ley¹³; o tipificar negocios jurídicos civiles, comerciales o administrativos, cuyos elementos esenciales y naturales corresponde a la ley y nunca al reglamento¹⁴; o fijar restricciones que cercenen las opciones legales, como aquella según la cual las partes pueden acordar el modo de costear la publicación del contrato¹⁵; o conferir facultades de índole judicial, como cuando en el artículo 17 del Decreto 856 de 1994 se sugirió que las cámaras

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Auto de 19 de febrero de 1996 (Demanda contra el art. 4 del Decreto 287 de 1996).

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 508 de 3 de julio de 2002.

¹² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 19 de febrero de 1998, Exp. 9825, en la cual se declaró la nulidad del párrafo del artículo 27 del Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993.

¹³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 4 de julio de 1997, Exp. 9523, en la cual se declaró la nulidad del artículo 3 del Decreto 2251 de 1993 que reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 3 de febrero de 1994.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 5 de febrero de 1998, Exp.11.795.

de comercio tenían competencia para determinar los perjuicios y costas causados relacionados con la impugnación en materia de registro de proponentes¹⁶, entre otros eventos.

Además, ha indicado que el Gobierno Nacional al reglamentar la Ley 80 de 1993, dentro del margen de determinación y espacio de configuración de ese poder normativo, debe obrar con razonabilidad y proporcionalidad y precisar los conceptos que permitan en forma adecuada aplicarlo, con subordinación a la Constitución y a la ley.¹⁷

En suma, de acuerdo con la jurisprudencia, la Ley 80 de 1993 contiene los principios y reglas esenciales para la contratación pública, establece los parámetros generales para acometer esta actividad por parte de las entidades públicas y consagra los mecanismos de selección que les permiten la escogencia del mejor ofrecimiento para el cumplimiento de los fines que con ella se persiguen en procura de la obtención del bienestar general¹⁸, cuya observancia resulta obligatoria para el adecuado funcionamiento del Estado en esta materia, pero no agota el tema de la contratación celebrada por las entidades del Estado, ni su vigencia impide el señalamiento, en otras leyes, de asuntos referentes a los contratos celebrados por los entes públicos¹⁹, o la existencia de reglamentaciones relacionadas con la actividad contractual, siempre que éstos respeten y desarrollen esas normas y principios contenidos en dicho Estatuto General de la Contratación Pública, las otras leyes y, obviamente, la Constitución Política.

2. Formación de la voluntad contractual de la administración y principios aplicables.

2.1. Los procesos de selección.

¹⁶ Disposición que anuló junto con el aparte del inciso final del artículo 20 de la misma normativa por consagrar un supuesto no previsto en la Ley 80 de 1993. Vid. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 23 de marzo de 2000, Exp.10.077.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 6 de julio de 2005, Exp. 11575, en la cual se negó la nulidad del artículo 21, inciso 3, del Decreto 679 de 28 de marzo de 1994, proferido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993, en materia de contratación estatal.

¹⁸ El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, establece los fines de la contratación estatal, los derechos y deberes de las entidades estatales y de los contratistas, la capacidad y competencia para contratar, las inhabilidades e incompatibilidades, las cláusulas excepcionales, los principios de la contratación, las nulidades, la forma de liquidarlos y solucionar las controversias que se originen en un contrato estatal, y el control de la gestión contractual, entre otros aspectos.

¹⁹ Así lo sostuvo la Corte Constitucional, en la Sentencia C - 1262 de 20 de septiembre de 2000.

Para el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción de los intereses y necesidades colectivas, se requiere el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos, lo cual se obtiene bien con la colaboración de los particulares ora de las propias entidades que integran la administración pública, mediante la contratación de los mismos, de manera que *“...el objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz...”*²⁰

En la formación de un contrato de la administración, como ocurre en el celebrado por particulares, la doctrina entiende que se requiere de dos aspectos a saber: “1º que las partes expresen o autoricen su voluntad, lo cual involucra la elaboración de las cláusulas del contrato; 2º que el contrato se perfeccione”.²¹

Sin embargo, a diferencia de la contratación entre particulares, en el que se elige al cocontratante según las leyes del mercado o por razones que atañen a la voluntad de quien requiere el bien o servicio, el proceso de formación de la voluntad de la administración en la contratación pública es regulado, en tanto, se descompone en varias fases o etapas más o menos numerosas que involucran actos administrativos, hechos, simples actos, la decisión de contratar, la selección del cocontratante, el perfeccionamiento del contrato, etc.²²

En este proceso, explica Escola, se pueden diferenciar dos etapas: “La primera relativa al orden interno de la Administración Pública, y es la que se refiere a la formación de la voluntad administrativa, a la decisión de contratar en sí misma y a la forma y condiciones de esa contratación (...). La segunda, en cambio, atañe al conjunto de las relaciones de la Administración con los particulares, y es la que se refiere a la formación del contrato como tal y a las formas y modalidades de selección del cocontratante particular, que llevarán, finalmente, a la declaración de voluntad que constituirá el contrato”.²³

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-449 de 1992.

²¹ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo, T.III-A, Abeledo Perrot, 1983, pág. 135.

²² ABALOS, María Gabriela. Contratos administrativos: La licitación y otros procedimientos de selección del cocontratante, LexisNexis, Abeledo Perrot, pág. 41.

²³ ESCOLA, Héctor, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Vol. 1, De palma, 1977, págs. 287 y 288.

Lo cierto es, por tanto, que la administración para seleccionar a sus contratistas y la oferta más favorable para sus intereses, no se encuentra en una posición de libertad absoluta pues está sujeta a los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos, inspirados en una doble finalidad: 1º asegurar la eficiencia en el cumplimiento del contrato; y 2º evitar toda sospecha de inmoralidad en la respectiva negociación²⁴, de lo cual se deduce que la decisión de contratar y la adjudicación de un contrato no es una facultad enteramente discrecional de las entidades públicas que integran aquella.

En otras palabras, contrario a lo que ocurre en el derecho común, en el que prima la autonomía de la voluntad y la libertad de forma, en el derecho público la preparación, adjudicación y perfeccionamiento de los contratos del Estado es eminentemente reglado, de manera que las partes, entidad pública y particular están en la obligación de cumplir con el procedimiento fijado por el orden jurídico, bajo precisos principios que garantizan el derecho a la igualdad de los oferentes y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con esta actividad.

En efecto, existen mecanismos, modalidades o procesos de selección de la persona más idónea y la oferta más favorable o ventajosa para la celebración del contrato con la administración, que serán menos o más rigurosos en función a ciertos elementos, como la cuantía, el tipo o naturaleza del contrato o el objeto de los bienes y servicios requeridos. La Ley 80 de 1993, en sus disposiciones originales y vigentes para la época de las demandas que ocupan la atención de la Sala²⁵, estableció dos modalidades: La licitación pública y la contratación directa.

La Licitación pública es la regla general para la selección del contratista y la contratación directa la excepción; el artículo 24 No. 1 así expresamente señaló que *“la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de la licitación o concurso públicos”*, salvo en los casos indicados en la misma norma en que se podrá contratar directamente²⁶ y en el artículo 30 *ibídem* se establece el

²⁴ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo, T.III-A, Abeledo Perrot, 1983, pág. 135.

²⁵ Esto es sin la modificación que sufrió la misma por cuenta de la Ley 1150 de 2007, la cual entrará en vigencia dentro de los seis meses después de su promulgación el 16 de julio de 2007, excepto sus artículos 9 y 17 que entraron a regir a partir de ella y el artículo 6 que regirá a los dieciocho meses a la misma. La reforma consagra cuatro modalidades: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa (art.2).

²⁶ ART. 24.— (...) 1. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:

a) [Modificado. D. 2150/95, art. 38; Modificado. D. 62/96] art. 1º. Menor cuantía para la contratación. Para efectos de la contratación pública se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en

procedimiento, con precisión de las reglas y etapas que lo rigen, las cuales son de estricto cumplimiento en tanto constituyen normas de orden público.

El párrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, define la licitación pública como el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccionen entre ellas la más favorable.²⁷ La Sala en relación con este mecanismo de selección ha mencionado que:

función de los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresados en salarios mínimos legales mensuales. Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.000.000 e inferior a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 800 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 500.000 e inferior a 1.000.000 de salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 600 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 250.000 e inferior a 500.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 400 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 e inferior a 250.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 300 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 12.000 e inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 250 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual inferior a 12.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 125 salarios mínimos legales mensuales.

b) Empréstitos.

c) Interadministrativos, con excepción del contrato de seguro.

d) Para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.

e) Arrendamiento o adquisición de inmuebles.

f) Urgencia manifiesta.

g) Declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

h) Cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, o términos de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación.

i) Bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.

j) Cuando no exista pluralidad de oferentes.

k) Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas.

l) Los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios.

m) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley." Este numeral quedará derogado a partir de la vigencia de la Ley 1150 de 2007, según el artículo 32, para dar paso a la modificación de este mecanismo de selección previsto en el artículo 2 de la misma.

²⁷ Para BERÇAITZ (Miguel Ángel, en Teoría General de los Contratos Administrativos, Edt, de Palma, pág 314 y 315, 1980) "es una invitación general, sin limitación alguna, que se hace a persona indeterminada, para obtener su conformidad con un pliego de condiciones confeccionado por la Administración y una oferta concreta respondiendo el llamado que se formula..."; DROMI (José Roberto, La Licitación Pública, Edt. Astrea, 2002, pág. 92), señala que se caracteriza por ser "un procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en los pliegos de condiciones, formulen propuestas entre las cuales seleccionará la más conveniente". ESCOLA (Héctor, Ob cit. pág. 330) sostiene que la licitación es el procedimiento que tiene por objeto la selección automática del cocontratante de la administración pública sobre la base elegir como tal a la persona física o jurídica que haya ofrecido el mejor precio y sin tener en cuenta consideraciones de ninguna naturaleza...". Y SAYAGUÉS (Lasso, en tratado de Derecho Administrativo, 8 edición, 2002, pág 543) -en una noción más próxima a la definición legal- afirma que "consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas señaladas en (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo cual el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se funda, para alcanzar la finalidad buscada, en los principios de igualdad de los licitantes y cumplimiento estricto del pliego de condiciones".

“...La formación de la voluntad de la administración se realiza siguiendo determinados procedimientos que pueden ser sencillos o complejos. Una primera fase se cumple con la producción de actos administrativos y una segunda con la contratación. Esta puede realizarse directamente o por licitación. La licitación es el procedimiento generalmente utilizado. De ella puede decirse, de manera descriptiva, que tiene las siguientes características: 1.- Es un procedimiento previo a través del cual se regula la forma de celebración de los contratos administrativos o estatales, con la finalidad de seleccionar a quien ofrece las mejores condiciones. 2.- Consiste en una invitación pública para que los interesados hagan propuestas, ciñéndose a las bases previstas, esto es al pliego de condiciones. 3.- De las propuestas la administración selecciona la más favorable y a ella le adjudica el contrato. 4.- El procedimiento se funda, para lograr la finalidad que busca la administración, entre otros, en los principios de igualdad, transparencia, economía y cumplimiento del pliego de condiciones...”²⁸

Dicho de otro modo, la licitación es un procedimiento reglado a través del cual se hace una invitación pública por parte de la Administración para que los posibles interesados en contratar con ella presenten sus propuestas, de las cuales, previo el cumplimiento de las etapas que lo conforman²⁹, se elige la más favorable para los fines de la contratación, con sujeción a unas bases y condiciones establecidas por la entidad pública licitante.

En contraste, la contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas en los casos expresa y taxativamente previstos en la ley (art. 24 N.1 Ley 80 de 1993), pueden celebrar contratos sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública o concurso, mediante un trámite simplificado, abreviado, ágil y expedito, que debe cumplir los mismos principios que la ley dispuso para el primero.³⁰

La Sala ha recalcado que “...la contratación directa hace más flexible el procedimiento de elección y le da posibilidad a la Administración de que el trayecto de análisis de propuestas sea más ágil....” y que “dicho proceder excepcional surgió como mecanismo para evitar que la administración, en casos expresamente

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 22 de julio de 1996. Exp. 10313.

²⁹ Estudios técnicos, jurídicos y financieros, planos, anteproyectos y proyectos; estudio de oportunidad y conveniencia, elaboración de los pliegos de condiciones; disponibilidad presupuestal; información a la cámara de comercio; resolución de apertura; publicidad –avisos-; apertura; audiencia de aclaración; cierre del plazo; evaluación de propuestas; traslado de los informes de evaluación; adjudicación; y firma del contrato.

³⁰ Ver en este sentido: CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Autos de 14 de agosto de 2003, Exp. 22.848, y de 30 de septiembre de 2004, Exp. 26945.

determinados, como cuando la cuantía era mínima, o por urgencia manifiesta o por la misma naturaleza del negocio o de los bienes [sic] que se pretendían adquirir, estuviera obligada a someterse a procedimientos largos y dispendiosos y que por el contrario pudiera elegir al contratista rápidamente y satisfacer de manera pronta necesidades apremiantes...”³¹

Por lo tanto, la contratación directa es un procedimiento reglado excepcional y de aplicación e interpretación restrictiva, al cual pueden acudir las entidades públicas para celebrar contratos, en determinados eventos tipificados en la ley, en una forma más rápida, sencilla y expedita para la adquisición de bienes y servicios que por su cuantía, naturaleza o urgencia manifiesta, no precisa ni requiere de los formalismos y múltiples etapas y términos previstos para la licitación pública, aun cuando debe cumplir los principios que rigen la contratación pública.

2.2. Principios y reglas de la contratación estatal en la etapa precontractual

2.2.1. La Ley 80 de 1993 es, entonces, una ley esencialmente de principios de estirpe constitucional y desarrollo legal, por oposición al anterior estatuto de contratación (Decreto - ley 222 de 1983) que lo era absolutamente de reglas, lo cual constituye una diferencia sustancial en el entendimiento del estudio del derecho que informa la contratación estatal.

Como atrás se señaló, la Ley 80 de 1993 contiene en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado y, en rigor, a los cuales se encuentran sujetos los procesos de selección que adelanten las entidades públicas cuando deseen contratar bien bajo la modalidad de la licitación pública o mediante la contratación directa.

Los principios y las reglas son normas jurídicas, pues unos y otras establecen un deber ser y, finalmente, exigen un determinado comportamiento. En efecto, los principios jurídicos, como las reglas, tienen valor de fuente del derecho, forman parte del ordenamiento jurídico y su violación puede ser sancionada.³²

³¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 10 de agosto de 2000, Exp.12.964.

³² “... Con frases harto expresivas lo ha proclamado RIVERO: ‘Los principios generales tienen pleno valor de Derecho Positivo, considerándoles éste como parte integrante esencial del orden jurídico y sancionando su violación con la misma energía que la de la regla escrita’. Por consiguiente, su valor es indiscutible, hayan logrado o no el reconocimiento jurisprudencial”. Ob. Cit. GONZÁLEZ, Pérez Jesús. Ob. Cit Pág. 50.

Sin embargo, difieren en que, en tanto las reglas prescriben y exigen determinada conducta de acción u omisión, tendientes a permitir, mandar o prohibir, los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspiran las reglas de conducta, también se proyectan en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales; y mientras en las reglas el juicio de valor ya se encuentra establecido al consagrar la proposición en que ella consiste, en los principios, sea que se contemplen o no en normas positivas, corresponde al intérprete realizar ese juicio a través de una operación intelectual acerca de la coincidencia de una situación concreta con el valor correspondiente, para determinar su observancia.³³

Además, los principios funcionalmente son soporte estructural del sistema, puesto que establecen los criterios esenciales que animan el ordenamiento en una determinada situación o relación que interesa al derecho³⁴, se convierten en pautas hermenéuticas para desentrañar el significado y alcance de las reglas jurídicas³⁵, y constituyen fuente formal para resolver situaciones o problemas concretos ante la falta o insuficiencia de reglas jurídicas.³⁶

En cuanto a la fuerza normativa y vinculante de los principios, la Corte Constitucional ha manifestado:

³³ “Así pues –por lo que aquí interesa-, la distinción esencial parece ser la siguiente: las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada al respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de un ‘supuesto de hecho’ a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles ‘reaccionar’ ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, sexta edición, 2005, págs. 110 y 111.

³⁴ Ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RAMÓN, Tomás. Ob. Cit. pág. 85 y 86.

³⁵ “Si los principios constituyen la base misma del Ordenamiento, nada más lógico que acudir a ellos en la labor de interpretación de cada una de las normas que integran el ordenamiento. Ellos indicarán en cada momento la fórmula interpretativa que se debe elegir”. Cfr. Ob. Cit. GONZÁLEZ, Pérez Jesús, pág 52.

³⁶ El artículo 230 de la C.P. señala que los principios generales del derecho son criterio auxiliar de la actividad judicial; y el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señala que cuando haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes y, en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas o principios generales de derecho.

“Los principios (...), consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez (...) Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base [deontológico]-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídica para el presente; son el inicio del nuevo orden”³⁷

Así mismo, la Corte Constitucional, a propósito del ámbito conceptual de los principios, su diferencia con las reglas y la función que cumplen, señaló:

“...La principal diferencia entre ambos tipos de normas radica en la especificidad de sus órdenes o preceptos, pues mientras los *principios* son típicas normas de organización, mediante los cuales se unifica o estructura cada una de las instituciones jurídicas que dan fundamento o valor al derecho, a través de la condensación de valores éticos y de justicia; las *reglas* constituyen normas de conducta que consagran imperativos categóricos o hipotéticos que deben ser exactamente cumplidos en cuanto a lo que ellas exigen, sin importar el ámbito fáctico o jurídico en el que se producen.

Así las cosas, mientras las *reglas* se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado, los *principios* trascienden a la mera descripción de una conducta prevista en un precepto jurídico, para darle valor y sentido a muchos de ellos, a través de la unificación de los distintos pilares que soportan una institución jurídica “(...)

“Los principios como lo reconoce la doctrina están llamados a cumplir en el sistema normativo los siguientes papeles primordiales: (i) Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente, (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho. En estos términos, es indiscutible que los principios cumplen una triple función de fundamento, interpretación e integración del orden jurídico.

(...) Es claro entonces que mientras una *regla jurídica* se somete a pautas y criterios que determinan su aplicabilidad a cada caso en concreto a partir de la pérdida de su fuerza normativa; en tratándose de los *principios* dicha fuerza se mantiene inalterable, independientemente de que resulten aplicables o no a un caso concreto...”³⁸

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-406 de 1992.

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 818 de 2005.

De otra parte, para resolver los conflictos que se susciten entre los principios o entre principios y reglas jurídicas, se ha acudido al denominado juicio de ponderación, de conformidad con el cual, en un caso concreto, se otorgará primacía jurídica de un principio frente a otro, y en las hipótesis en que "...una regla entre en contradicción con la vocación normativa de un principio, sea o no de rango constitucional, pueden conducir a inaplicar los preceptos jurídicos que se derivan de éstas en un caso en concreto..."³⁹, o "...dar lugar a la declaratoria de ilegalidad o inconstitucionalidad de las mismas, cuando su contradicción u oposición resulte clara, manifiesta e indiscutible con un principio jurídico de mayor jerarquía..."⁴⁰

De ahí que, respecto de los principios se afirme que su pluralidad "*... y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia entre su ponderación*", en la búsqueda de una optimización posible de todos, siendo propio de los principios "*...su capacidad para relativizarse a fin de poder conciliarse recíprocamente.*"⁴¹

Pero, en esta tarea, es importante tener en cuenta que los principios por ser una norma jurídica de contenido general, son por naturaleza de textura abierta⁴², lo que significa que están sometidos constantemente al desarrollo legal y jurisprudencial para la determinación de su alcance normativo, de manera que su eficacia se encuentra, en veces, condicionada a la interpretación de dicho contenido normativo, y también pueden ser susceptibles de integración a través de preceptos constitucionales de aplicación directa o de normas de rango legal, que permitan concretarlo en forma clara e inequívoca.

En este orden ideas, se colige que para analizar la validez de un precepto reglamentario en materia de contratación pública, es necesario establecer si está

³⁹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Ídem. En ella se invita a verificar este criterio, entre otras, « ...a las sentencias SU-337 de 1999, T-551 de 1999, T-692 de 1999, C-647 de 2001, T-823 de 2002, T-1025 de 2002, T-1021 de 2003, C-1186 de 2003, C-131 de 2004, C-229 de 2004 y T-739 de 2004.... »

⁴⁰ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, ibídem. Afirma RIVERO, (Jean, Derecho Administrativo, 9 edición, 1984, pág. 81) que "...los principios generales del derecho tienen fuerza obligatoria respecto de la administración; aquellos actos que los transgreden son anulados (...) Ellos tienen, pues, valor de derecho positivo..."

⁴¹ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, Ob. cit. pág 125.

⁴² La Corte Constitucional en Sentencia T-406 de 1992, explicó: "Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos".

conforme con el principio consagrado en la norma constitucional que prevé su aplicación directa, o si respeta y se ajusta a la regla legal que lo ampara en la Ley 80 de 1993, en caso de que, por su amplia generalidad, se encuentre concretado en ésta.

2.2.2. Así las cosas, el estudio de la contratación estatal debe realizarse a partir de los principios y las reglas que enmarcan y encausan toda la normatividad que la consagra, así como los hechos, actos y estipulaciones de los contratos, propósito para el cual el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 estableció:

“...Artículo 23. De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán a las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo...”

Además en concordancia con la norma anterior el artículo 28 *ibídem*, dispuso:

“Artículo 28.- De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.” -se subraya-

Bajo la anterior línea de pensamiento, en el párrafo 2º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el Legislador expresamente estableció que el Gobierno Nacional expediría, un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garantizaran y desarrollaran los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en ella.

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia han esbozado como principios fundamentales del proceso licitatorio los de libertad de concurrencia, igualdad, publicidad y transparencia. La Ley 80 de 1993 consagró como principios de la contratación estatal los de transparencia, economía y responsabilidad, a los cuales ha sumado los de planeación y el de selección objetiva. Por lo demás, el procedimiento precontractual que adelanta la administración, es un típico procedimiento administrativo, sujeto a los principios orientadores de economía,

celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción, señalados en el artículo 3 del C.C.A. y en el artículo 209 de la Carta.

La ley como se señaló, y lo ha manifestado la jurisprudencia, estableció que los principios generales que rigen la contratación pública en general y la función administrativa, son igualmente aplicables a la contratación directa.⁴³

Recapitulando, es menester señalar que la Ley 80 de 1993, Estatuto de General de la Contratación de la Administración Pública, se encuentra fundamentado en los principios constitucionales, rectores de la función administrativa, generales del derecho, de interpretación de los contratos, particulares del derecho administrativo y los establecidos directamente en el mismo, de los cuales la Sala sólo se ocupara de aquellos con mayor incidencia en el asunto en estudio y de aplicación en la etapa precontractual, en tanto la licitación pública y la contratación directa, temas centrales del Decreto 2170 de 2002 demandado, son los dos procesos de selección vigentes que regulan la formación de la voluntad del Estado en esta actividad.

i) Principios constitucionales aplicables a la contratación pública

La actividad contractual del Estado, como situación jurídica y expresión de la función administrativa se encuentra sometida en un todo al imperio de la Constitución Política. Uno de los propósitos de la Ley 80 de 1993, precisamente, fue adaptar la normatividad en materia contractual a los mandatos y principios de la Constitución Política de 1991⁴⁴, entre otros, los de legalidad (arts. 6, 121 y 122 C.P), igualdad (art.13 C.P); debido proceso (art. 29), buena fe (art. 83 C.P); responsabilidad (ar. 90 C.P), prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P), interés público (art. 2 C.P. y concordantes), imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad y publicidad (art. 209 C.P.).

a) Principio de legalidad

⁴³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, ver entre otras providencias: Autos de 14 de agosto de 2003, Exp. 22.848, y de 30 de septiembre de 2004, Exp. 26945; y Sentencias de 10 de agosto de 2000, Exp. 12.964, 15 de julio de 2004, Exp. AP 1156-02, 14 de abril de 2005, Exp. AP 01577; 20 de abril de 2005, Exp. 14.519.

⁴⁴ Se dijo en la exposición de motivos: "Y si lo precedente fue una verdad a los pocos días de haber sido expedido el Decreto-ley 222 de 1983, ha cobrado mayor relevancia con la nueva normatividad, con una nueva Constitución que ha modificado postulados y principios y requiere nuevos conceptos de administración y gobierno: de un estatuto que refleje una nueva Colombia acorde con las nuevas tendencias...". BENDECK OLIVELLA, Jorge, Ministro de obras Públicas, exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992, en GACETA DEL CONGRESO, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992.

El principio de legalidad, fundante del Estado Social de Derecho, tiene un mayúsculo valor normativo que irradia la convivencia dentro del orden social, pues, a la vez que sujeta las situaciones y relaciones al imperio jurídico y a la obediencia del derecho, define la órbita de responsabilidad de las personas y de las autoridades y, por ende, tiene connotaciones sustantivas para el ejercicio del derecho fundamental a la libertad, habida cuenta que en tanto los administrados pueden hacer todo aquello que no les está prohibido por el orden jurídico, las autoridades únicamente pueden hacer lo que les está legalmente permitido y autorizado.⁴⁵ Así, está por fuera de discusión que las actuaciones del Estado -y la contratación lo es- se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, conforme a lo dispuesto en los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política.⁴⁶

En efecto, la Corporación ha manifestado que dicho principio, regulador de la organización estatal y garantía de control del poder público, implica que las competencias que cada funcionario detenta, le hayan sido asignadas previamente a su ejercicio por la misma Constitución, por la ley o el reglamento y, por lo mismo, defiende al ciudadano contra los abusos del poder del Estado, para establecer condiciones igualitarias y equitativas entre éste y los particulares, salvo en lo que de manera excepcional y con el fin de garantizar el orden público y la prevalencia de los intereses de los asociados, la Constitución o la ley faculden en sentido contrario⁴⁷, razones que tienen plena aplicación en materia de contratación estatal, tal y como lo ha explicado la Sección Tercera en el siguiente fallo:

⁴⁵ "...un principio fundamental del Estado de Derecho es la racionalidad de la actuación de la Administración Pública. Es su norte. Su razón de ser es el poder reglado, ajeno a toda discrecionalidad y subjetividad en el ejercicio de la función pública. Sólo así es posible garantizar los derechos y las libertades de los asociados; vale decir que la actividad de la administración debe desarrollarse de manera controlada y responsable..." CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 9 de julio de 1993, Exp. 5671.

⁴⁶ "ART. 6º- Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones." "ARTICULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley."

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 14.579, Sentencia de 20 de octubre de 2005.

“...En un Estado de Derecho la actividad de la administración está determinada por un principio de legalidad, el que, al tiempo que le otorga prerrogativas le impone también sujeciones; entre éstas se destacan, dentro de la etapa previa a la celebración del contrato, el cumplimiento riguroso de las formalidades establecidas por la ley para la selección del contratista; con esa finalidad, la entidad pública interesada tiene a su favor la prerrogativa de elaborar un pliego de condiciones pero, una vez elaborado y adquirido por los posibles oferentes, tiene la sujeción de actuar en consonancia con las reglas que, en un amplio margen de discrecionalidad, consagró unilateralmente en dicho pliego. De allí que, en el camino de escoger al contratista y de celebrar el contrato con quien resulte agraciado, el pliego de condiciones sea la ley que deben observar y obedecer tanto el particular como la administración pública; (...) Las premisas anteriores conducen a concluir que el oferente tendrá que ajustarse a las exigencias del pliego si pretende que su propuesta sea considerada en el concurso...”⁴⁸(Subraya la Sala).

Por lo tanto, en materia de contratación estatal, la Ley 80 de 1993, en virtud del principio de legalidad, consagra las normas y principios jurídicos que tienen la finalidad principal de seleccionar objetivamente al contratista, y que, en tratándose de procesos y mecanismos de selección implican que sea una actividad reglada de la administración, en la que no tiene cabida la discrecionalidad absoluta, ni la autonomía de la voluntad que se erige en postulado para el contrato, según lo previsto en los artículos 13, 32, y 40 del citado estatuto, de conformidad con los cuales los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esa misma ley, así como que las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

Por eso ha recalcado la Sala que, en virtud del principio de legalidad, de un lado, las partes -administración y contratista- deben encauzar la formación de la voluntad negocial dentro de las reglas de la gestión contractual pública prescritas por la ley, teniendo el deber de respetar la ley en su sentido formal y material, como las demás fuentes del ordenamiento jurídico, especialmente las del derecho administrativo y en particular los reglamentos y los pliegos de condiciones; y de otro lado, que quienes tengan interés en formalizar compromisos con la

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 5 de marzo de 1993, Exp. 6225.

administración deben sujetarse a esos reglamentos y condiciones especiales de contratación.⁴⁹

En consecuencia, el principio de legalidad es de medular aplicación en la contratación pública, dado que es presupuesto de validez de la actuación contractual en todas sus manifestaciones (precontractual y contractual), y se concreta en el postulado según el cual ella debe estar conforme con el ordenamiento jurídico.

b) El debido proceso

Los derechos al debido proceso y sus corolarios de defensa y de contradicción, según lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, rigen en los procedimientos administrativos -sancionatorios o no-, mandato éste que constituye un avance significativo en la defensa del ciudadano y que en el ámbito de la contratación tiene específicas manifestaciones, como por ejemplo, cumplir y observar las formas propias de los procesos de selección, mediante el desarrollo de etapas taxativas que aseguran la selección objetiva de la propuesta más favorable; no dilatar injustificadamente el procedimiento y cumplir con los términos preclusivos y perentorios fijados; evaluar los ofrecimientos de acuerdo con reglas justas, claras y objetivas; motivar por la administración su actuación y darla a conocer; brindar la posibilidad de controvertir los informes y conceptos y de presentar observaciones a los mismos, etc., deberes todos estos que se involucran en los principios de transparencia, economía y selección objetiva que serán posteriormente explicados.

En suma, este principio no sólo se trata del cumplimiento de las normas que establecen el procedimiento y el conjunto de principios que informan y orientan la actividad de la contratación pública -respeto de la legalidad objetiva-, sino de la salvaguarda de las garantías en que consiste este derecho y la protección contra la arbitrariedad de la administración.

c) El principio de igualdad

⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2001, Exp. 13.405.

El principio de igualdad, se encuentra consagrado en la Constitución Política como pilar fundante del Estado (preámbulo), como derecho fundamental (art. 13) y como principio de la función administrativa (art. 209). En el artículo 13 de la Carta se estableció, así:

“ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. “

Este principio que se traduce en la expresión según la cual *“la ley es igual para todos”*, involucra en los términos del precepto constitucional transcrito dos supuestos: el trato paritario e igualitario de las personas y el trato diferenciado a favor de grupos en condiciones diversas que lo justifican. De ello se desprende, de una parte, que cuando las condiciones de los destinatarios sean similares, y la norma o la actuación de la autoridad otorgan un tratamiento disímil a los mismos, se presentará una discriminación proscrita por la Constitución Política; y de otra parte, que cuando las condiciones de los destinatarios fueren diferentes, para dar cabal cumplimiento al derecho a la igualdad, la norma o la autoridad deberán dar un trato diferenciado que promueva una igualdad real y efectiva frente a los otros que no se encuentran en esa situación de desventaja.

Por consiguiente, como nadie es igual a otro en sus características, condiciones y calidades, el cumplimiento del derecho a la igualdad real en los términos del canon constitucional estriba en determinar cuando efectivamente las condiciones distintas de las personas permiten o justifican razonablemente un tratamiento diferente o, al contrario, en identificar cuando se encuentran en condiciones similares, que impliquen un trato idéntico.⁵⁰

⁵⁰ “...la igualdad así concebida no significa que el legislador deba asignar a todas las personas idéntico tratamiento jurídico, porque no todas ellas se encuentran colocadas dentro de situaciones fácticas similares ni en iguales condiciones personales. En tal virtud, admite la generalidad de la doctrina de [sic] que el legislador no puede estar sometido a la exigencia de que, a fin de no desconocer el principio de igualdad, debe tratar de la misma manera o reconocer que todos son iguales por todos los aspectos. En este orden de ideas, para delimitar el alcance y aplicación del principio se ha acudido a la fórmula clásica de que “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”. Tanto la igualdad, como el

El principio de igualdad en un proceso de contratación es desarrollo del derecho constitucional consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. Además, a él se hace alusión expresa en el concepto que de la licitación pública prevé el parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993⁵¹, y los principios de transparencia y el deber de selección objetiva de que tratan los artículos 24 y 29 de la citada ley, incorporan reglas que son claro desarrollo del mismo.

El principio de igualdad implica el derecho del particular de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, por lo cual la administración no puede establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás. En consecuencia, en virtud de este principio los interesados y participantes en un proceso de selección deben encontrarse en igual situación, obtener las mismas facilidades y estar en posibilidad de efectuar sus ofertas sobre las mismas bases y condiciones.

Por ende, este principio implica, entre otros aspectos⁵², que las reglas deben ser generales e impersonales en el pliego de condiciones; otorgar un plazo razonable para que los interesados puedan preparar sus propuestas (No. 5 artículo 30 de la Ley 80 de 1993); la prohibición de modificar los pliegos de condiciones después del cierre de la licitación⁵³, y como contrapartida que los proponentes no puedan

trato diferenciado dispensado a personas y a situaciones personales, están referidos a condiciones, circunstancias o propiedades específicos; por consiguiente, los juicios que se formulan en cada caso resultan ser, como es lógico, juicios sobre una igualdad o diferencia fáctica parcial. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-154 de 18 de abril de 1996.

⁵¹ Se recuerda que el parágrafo señala que "Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable."

⁵² Explica DROMI (José Roberto, La Licitación Pública, Edt. Astrea, 2002, págs. 99 y ss. 134 a 139) que el trato igualitario, se traduce en unos derechos a favor de los oferentes: "1) Consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes; 2) respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; 3) cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección de co - contratante; 4) inalterabilidad de los pliegos de condiciones; 5) respeto del secreto de su oferta hasta el acto de apertura de los sobres; 6) acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación; 7) tomar conocimiento de las demás ofertas luego del acto de apertura; 8) que se le indiquen las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta; 9) que se lo invite a participar en la licitación que se promueve ante el fracaso de otra anterior." Es decir, en su criterio, la igualdad exige que desde el principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato o hasta la formalización del éste, todos los licitadores o oferentes se encuentran en la misma situación; contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas; y advierte, además, que la adjudicación o formalización del contrato debe hacerse exacta y precisamente sobre las bases que determinaron la adjudicación, no pudiendo después de ésta, modificar condición o modalidad alguna de la oferta aceptada ni el pliego de condiciones, sobre el que se efectuó la licitación, en dichas oportunidades.

⁵³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 11 de marzo de 2004, Exp. 13355.

modificar, completar, adicionar o mejorar sus propuestas (No. 8 art. 30 ídem); dar a conocer a los interesados la información relacionada con el proceso (presupuesto oficial, criterios de selección, pliego de condiciones, etc.) de manera que estén en posibilidad real de ser tenidos en cuenta por la administración⁵⁴; aplicar y evaluar las propuestas bajo las mismas reglas y criterios, verificando que todas las propuestas cumplan con los requisitos y condiciones establecidas en los pliegos, sin que puedan rechazarse ofertas por elementos u omisiones no sustanciales e irrelevantes; y, obviamente, la de culminar el proceso de selección con el respectivo acto de adjudicación del contrato ofrecido a quien haya presentado la mejor propuesta, sobre las mismas condiciones que rigieron el proceso.

En este contexto, la jurisprudencia de esta Corporación ha manifestado que la igualdad se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la administración, y gozar de las mismas oportunidades, lo cual se logra, siguiendo a la doctrina, cuando concurren los siguientes aspectos: 1) Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores. 2) Debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la administración.⁵⁵

De acuerdo con lo anterior, la igualdad en la contratación pública⁵⁶ no limita el derecho de la entidad de dar preferencia a quien mejores calidades y condiciones tenga y acredite, toda vez que es el cometido de la selección objetiva que ordena la ley. En efecto, por regla general los interesados -aspirantes o participantes- en un proceso de selección tienen diferentes calidades derivadas de su experiencia,

⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2001. Exp. 12037.

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2001, Exp.12307. "...Como quedó señalado a propósito de la consagración legal del principio de transparencia y del deber de selección objetiva, la Administración esta obligada constitucional (art. 13 C.P.) y legalmente (art. 24, 29 y 30 Ley 80 de 1993) a garantizar el derecho a la igualdad de los oferentes o competidores. Por virtud de esta garantía, todos los sujetos interesados en el proceso de licitación han de estar en idénticas condiciones y gozar de las mismas oportunidades, lo cual se logra, según la doctrina, cuando concurren los siguientes aspectos: 1) las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores 2) Debe darse preferencia a quien hace la oferta mas ventajosa para la administración..."

⁵⁶ "...se traduce en el derecho que tienen todos los sujetos interesados en una licitación a estar en idénticas condiciones y a gozar de las mismas oportunidades desde el comienzo del proceso licitatorio hasta la adjudicación o formalización del respectivo contrato. Correlativamente, este principio conlleva para la administración pública el deber de garantizar que las condiciones sean las mismas para todos los competidores, dando solamente preferencia a la oferta que sea más favorable para el interés público. En este sentido, la igualdad entre los licitantes indudablemente constituye una manifestación del principio constitucional de la buena fe (CP art 83), pues le impone a todas las entidades públicas la obligación de obrar con lealtad y honestidad en la selección del contratista..." (se subraya). CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-887 de 22 de octubre de 2002.

de su organización, de los equipos que pueden poner a disposición del contrato, etc.; sin embargo, el tratamiento diferente que puede establecer la entidad en sus pliegos de condiciones para satisfacer la específica necesidad tiene su fundamento en el interés general perseguido con el contrato y no vulnera el derecho a la igualdad.

Así lo explicó la Corte Constitucional:

“El actor aboga por un trato que no tenga en cuenta la diferenciación básica y objetiva existente entre los sujetos, ni las finalidades de rango constitucional perseguidas, desconociendo con ello que el principio de igualdad, cuando debe ser aplicado en relación con individuos que no se encuentran en la misma situación, se presenta bajo su aspecto de igualdad proporcional, e impone la adecuación del comportamiento del operador jurídico a la diferenciación de individualidades. Dar el mismo trato jurídico en la asignación de responsabilidades colectivas a sujetos distintamente capacitados, y con méritos dispares, implica un desconocimiento de ese aspecto de igualdad que se llama proporcionalidad”⁵⁷

De otra parte, el reconocimiento del principio de la igualdad de oportunidades implica que el Legislador al configurar el régimen de contratación estatal (art. 150 C.P.), establezca procedimientos o mecanismos que le permitan a la administración seleccionar en forma objetiva y libre a quien haya hecho la oferta más favorable, lo cual debe preservar y garantizar el reglamento cuando incursione en el desarrollo de la ley, en aquellos espacios que aquel le haya dejado al Gobierno Nacional para asegurar su cumplimiento.

En conclusión, el principio de la igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, tiene una doble finalidad: de una parte, como garantía de imparcialidad para los administrados y de protección de sus intereses y derechos, que se traduce en la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas, irrazonables y desproporcionadas para participar, de suerte que los interesados cuenten con idénticas oportunidades en un proceso de contratación; y de otra parte, también como garantía para la administración, toda vez que su rigurosa observancia incrementa la posibilidad de obtención de una pluralidad de ofertas y, por ende, de una mejor selección del contratista y de la propuesta más favorable.

d) Principio de libre concurrencia

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 de 2 de junio de 1999.

Ha sostenido la Sala que *“El derecho a la igualdad en los contratos estatales se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, el cual garantiza la facultad de participar en el proceso licitatorio a todos los proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración”*.⁵⁸

En sentido similar, la Corte Constitucional ha precisado el alcance de este principio y su correlación con el de igualdad en los siguientes términos:

“(…) El derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado en la contratación de la administración pública, como en el caso del contrato de concesión, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, por virtud del cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.

“Sin embargo, la libertad de concurrencia admite excepciones que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista. Dichas limitaciones deben ser fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, dentro del ámbito de regulación propio de la actividad que va a ser objeto de concesión.

*“Otra modalidad de limitación de la libertad de concurrencia se deriva de la posibilidad que, tal como se ha señalado en el apartado anterior, tiene el Estado para establecer inhabilidades e incompatibilidades en el ámbito de la contratación estatal...”*⁵⁹

Así, el principio de libertad de concurrencia tiene correlación con el de igualdad de oportunidades, aun cuando no tienen el mismo contenido, pues, por una parte, asegura la igualdad de oportunidades a los particulares y, por otra, facilita la selección de quien presenta la oferta más favorable.

Ahora, si bien la libre concurrencia o participación de los interesados en ofrecer los bienes y servicios que se pretenden contratar se instituye como postulado del proceso de selección, como contrapartida la entidad pública respectiva puede exigir el cumplimiento de ciertos presupuestos⁶⁰. Esta facultad implica que el principio de libre concurrencia no es de carácter absoluto sino relativo, toda vez que el ordenamiento jurídico en aras del interés público le impone ciertas

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Auto de 30 de enero de 2003, Exp. 23508.

⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 815 de 2001.

⁶⁰ DROMI, José Roberto, Ob. Cit. págs. 134 a 139.

limitaciones por mandato legal o constitucional⁶¹, “que derivan de la necesidad de asegurar la capacidad civil, la idoneidad moral (ausencia de inhabilidades e incompatibilidades), y las calidades técnicas, profesionales y económicas y financieras que aseguren el cumplimiento de las prestaciones requeridas por la Administración Pública.”⁶²

La Libre concurrencia, conlleva, entonces, a la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato.

Por ello, la publicidad de la convocatoria del proceso de selección es una manifestación fundamental del principio de libre concurrencia, por cuanto, al permitir el conocimiento del llamado a ofertar a los interesados y de sus bases, promueve y facilita la participación en el mismo. Empero, si bien este principio tiene como fin la participación en los procesos de contratación del Estado del mayor número de oferentes, para que la Administración cuente con una amplia y variada gama de propuestas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones ofrezca, no se menoscaba si luego de haberse cumplido estrictamente con el procedimiento de selección no se llega a contar con una pluralidad de propuestas, pues, tal y como lo afirmó la jurisprudencia, en vigencia de la Ley 80 de 1993 bien puede contratarse con el único proponente que se presente al respectivo proceso, siempre que su oferta se ajuste a los criterios de selección objetiva y a los requisitos y condiciones exigidos en el pliego de condiciones.⁶³

⁶¹ “...Es un principio relativo, no absoluto o irrestricto, porque el interés público impone limitaciones de concurrencia relativas, entre otras, a la naturaleza del contrato y a la capacidad e idoneidad del oferente...” CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 19 de julio de 2001, Exp. 12.037.

⁶² ESCOBAR, Gil Rodrigo. Ob. Cit. págs. 154 y 155.

⁶³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 24 de junio de 2004, Exp.15235. “Resulta claro, pues, que el legislador de 1993 quiso eliminar el requisito de “la concurrencia obligatoria de propuestas en los procedimientos de

En este orden de ideas, se concluye que de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina⁶⁴ el principio de libre concurrencia consiste en la igualdad de oportunidades de acceso a la participación en un proceso de selección contractual (art. 13. C.P), y a la oposición y competencia en el mismo, de quienes tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración, en el marco de las prerrogativas de la libertad de empresa regulada en la Constitución Política, destinada a promover y estimular el mercado competitivo (arts. 333 y 334 C.P.).

e) El principio de buena fe

La buena fe está consagrada como canon constitucional en el artículo 83 de la Constitución Política, según el cual *"[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas."*⁶⁵

La Buena fe -o *bona fides*- es un principio general del derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, y significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato entre las personas en una determinada situación social y jurídica. Dicho de otro modo, es la ética media de comportamiento entre los particulares y entre éstos y el Estado con incidencia en el mundo del derecho, descansa en la confianza respecto de la conducta justa, recta, honesta y leal del otro, y se constituye en un comportamiento que resulta exigible a todos como un deber moral y jurídico propio de las relaciones humanas y negociales.⁶⁶

selección", al permitir la presentación de un sólo proponente y que se contrate con él cuando se ajuste a los criterios de selección objetiva y a los requisitos y condiciones exigidos en el pliego de condiciones, pues el propósito de la ley es hacer excepcional la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. De allí la exigencia de que los pliegos de condiciones definan en forma precisa y clara las reglas del juego que no impidan la selección del contratista y se eviten estipulaciones que puedan entorpecer la escogencia del mismo..."

⁶⁴ Vid. ESCOBAR, Gil Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Edt. Legis, 1999. Págs. 154 y 155.

⁶⁵ En este sentido la Corte Constitucional en Sentencia C-892 de 2001 dijo: "En el ordenamiento jurídico colombiano, la buena fe es reconocida como un principio general de derecho a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 83 de la Carta Política y, por su intermedio, se le impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan —lealtad y honestidad—, estableciéndola como presunción en todas las gestiones que 'aquellos adelanten ante estas'".

⁶⁶ Ver a este respecto. GONZÁLEZ, Pérez Jesús, El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas, págs 44 y ss.

Por lo demás, la buena fe, en su carácter de principio, incorpora el valor ético de la confianza y lo protege, fundamenta el ordenamiento jurídico, sirve de cauce para la integración del mismo e informa la labor interpretativa del derecho.⁶⁷

En el ámbito de la contratación se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar las partes en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos,⁶⁸ esto es, el cumplimiento de los deberes de fidelidad⁶⁹, lealtad y corrección tanto en los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o formación del contrato, como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido.

En efecto, en el derecho privado el artículo 1603 del Código Civil establece que los contratos deben celebrarse de buena fe; y los artículos 835, 863 y 871 del Código de Comercio señalan que se presumirá la buena fe, que las partes deben proceder en la etapa precontractual de buena fe exenta de culpa -calificada- so pena de indemnizar perjuicios, y que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, respectivamente.

En el derecho público, la Corte Constitucional destacó la importancia de la aplicación de la buena fe en los siguientes términos:

“La circunstancia de que el principio de la buena fe tenga un claro fundamento constitucional, es de gran trascendencia en el área del derecho público (...) permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados.”⁷⁰

Así, en materia de contratación pública, la buena fe es considerada como un modelo o criterio de actitud y conducta, que debe preceder al contrato, permanecer durante su ejecución y perdurar luego de su cumplimiento.⁷¹ La Ley

⁶⁷ Cfr. GONZÁLEZ, Pérez Jesús, Ob. Cit. págs. 45 y 46.

⁶⁸ Vid. DÍEZ PICAZO, Luis, “La Doctrina de los Propios Actos”, Casa Editorial Bosch, 1963, págs. 137 y ss.

⁶⁹ Estado de entrega mutua de las partes de una relación jurídica a la conducta leal de la otra, bajo el entendido de que ella será recta y honesta.

⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-892 de 2001.

⁷¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 22 de abril de 2006, Exp. 8830.

80 de 1993, incorpora este principio general en el numeral segundo del artículo 5 por cuya inteligencia los contratistas deberán obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse; en el artículo 23 cuando dispone que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal estarán regidas por los principios generales de la contratación, dentro de los que está el de la buena fe; además, en el artículo 28 en el que estableció que este principio se tendrá en cuenta en la interpretación de las normas de los contratos estatales, de los procedimientos de selección y escogencia de los contratistas y de las cláusulas y estipulaciones de ellos.

Por lo tanto, circunscritos a las actuaciones administrativas de selección contractual, la buena fe impone a la administración y a los interesados en contratar con el Estado un proceder caracterizado por la mutua confianza, diligencia, prudencia y colaboración en la construcción del vínculo jurídico para la satisfacción de la necesidad colectiva y de interés público que se persigue con la contratación estatal.

Este principio general tiene fundamental desarrollo en el proceso de formación de los contratos estatales a través de los principios de transparencia y economía, como que son deberes de la administración, entre otros, elaborar un pliego de condiciones que contenga reglas objetivas, justas, claras y completas que no induzcan a error⁷², precisar el costo y la calidad de los bienes, obras y servicios necesarios, no fijar condiciones de imposible cumplimiento, ni exenciones de las responsabilidades por los datos que se suministren (24 No.5 de la Ley 80 de 1993); conceder las etapas y oportunidades para que los interesados conozcan y controviertan los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, colocando incluso los expedientes a su disposición (art. 24 Nos. 2 y 3 *ibídem*); así como tampoco exigir, sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimiento de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra

⁷² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 3 de mayo de 1999: "...Se quiere significar con lo anterior que, si bien es cierto a la administración le corresponde un grado relativo de autonomía en lo que a la facción de los pliegos corresponde, específicamente, el referido a la materia puramente técnica propia de los requerimientos del proyectado contrato, no lo es menos que, respecto de la materia de naturaleza comercial que habrá de proyectarse a futuro en el contenido del contrato estatal, está sujeta a observar no solo la carga de claridad y precisión arriba mencionada, amén de la de legalidad, sino de la misma manera a adecuar su conducta en un todo a los dictados del principio de la buena fe, que adquiere relieve de particular importancia, en esta etapa prenegocial, no pudiendo la entidad licitante, so pretexto de la facultad de facción unilateral de los pliegos de condiciones, introducir en ellos, contenidos comerciales, que desatiendan el principio de igualdad o se materialicen en disposiciones predispuestas que puedan calificarse como abusivas, vejatorias o leoninas..."

clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa se encuentren previstos en leyes especiales (art. 25 No. 15 *in fine*).

Expresión de este principio también resulta, por ejemplo, el criterio de inalterabilidad de los pliegos de condiciones, según el cual, una vez precluída la etapa respectiva de precisión, aclaración, adición o modificación de los mismos en el proceso de selección, le está vedado a la administración hacer cualquier cambio sobre la marcha a las reglas de juego previamente establecidas en ellos, en forma unilateral, subrepticia y oculta, tomando por sorpresa a los participantes y generando incertidumbre en la etapa de evaluación y estudio del mérito de la mejor propuesta. Al respecto, ha dicho la Sala que este comportamiento se encuentra proscrito en tanto viola los principios de la contratación y constituye un asalto a la buena fe para con los proponentes.⁷³ O, igualmente, atenta contra la buena fe la interrupción intempestiva y sin causa justa que da lugar a la frustración del proceso de selección o la adjudicación irregular de la licitación, o la falta de perfeccionamiento del contrato.⁷⁴

Además, este principio impone al oferente, entre otros deberes de honestidad: i) no incluir en su propuesta información falsa o que no consulte la realidad; ii) no formular propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas; y iii) no ocultar las inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones en las que se pueda encontrar (No. 6 y 7 art. 26), con el propósito de hacer incurrir a la administración en un error y obtener así la adjudicación del contrato, eventos en los cuales compromete su responsabilidad; y se compromete

⁷³ "...Los proponentes debían saber como iban a ser juzgadas sus propuestas y no podían ser asaltados en su buena fe. No estaba permitido cambiar los criterios de selección, pues en tal evento la escogencia resultaría a todas luces ilegal. Ahora, en los términos de referencia del contrato, debían establecerse claramente los parámetros sobre los cuales se iba a hacer la selección, sin que pudiera la administración modificar esas directrices. Ese procedimiento indicaba la seriedad que tenía la administración de llegar a la celebración del contrato, seriedad que comprometía su responsabilidad y paralelamente a ella se comprometían quienes se acogieran a ese llamamiento a través de la presentación de una propuesta...." CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 21 de abril de 2004, Exp. 12.960.

⁷⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2001, Exp. 13.405. "...En este orden de ideas, se configura la responsabilidad precontractual o por daño in contrahendo cuando la administración pública o los proponentes sufren un daño antijurídico como consecuencia de una acción o omisión atribuible a la otra parte durante la etapa de la formación de la voluntad, que determina la imposibilidad de seleccionar el proponente, o la adjudicación irregular de la licitación, o la falta de perfeccionamiento del contrato, caso en el cual la administración compromete su responsabilidad civil, como también la compromete el proponente que retira su oferta o que se niega a celebrar el contrato en las condiciones propuestas y aceptadas. (...) En la etapa de formación de la voluntad contractual las partes deben obrar de buena fe en la preparación del contrato, en el procedimiento de selección y en la fase de perfeccionamiento del mismo (...) De manera que si la entidad licitante y los proponentes no obran conforme a ella, contravienen las exigencias éticas del ordenamiento positivo y nace para el sujeto afectado el derecho a obtener la reparación del daño que ha sufrido..."

también en los casos en que el proponente retira su oferta o se niega a celebrar el contrato en las condiciones propuestas o aceptadas.

Así mismo, la jurisprudencia ha indicado que no se puede desconocer los actos y conductas expresadas válidamente por la administración o los proponentes, por incurrir en la prohibición de *venire contra factum proprium nom valet*, en cuya virtud no le es lícito a las personas venir contra sus propios actos, desconocimiento que no se compadece con el principio de buena fe.⁷⁵

La violación de la buena fe entraña la no obtención de los derechos en los que ella es requisito, o la invalidez del acto y, por supuesto, la obligación de reparar los daños ocasionados con una conducta así calificada, con la consiguiente indemnización de perjuicios.

f) Principios rectores de la función administrativa

De acuerdo con el artículo 209 de la Constitución Política “[l]a función administrativa (...) se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”, algunos de los cuales ya se ha hecho alusión con énfasis en la contratación pública. Estos principios coinciden en su gran mayoría con los establecidos en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativos, en concordancia con el artículo 3 de la Ley 489 de 1998⁷⁶, como orientadores de la actuación administrativa, y dado que la contractual lo es, resulta evidente su aplicación a los procesos de selección de la contratación pública.

Así señala el artículo 3 del C.CA., que las actuaciones administrativas “...se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción...”, de los que en forma breve y con apego a la norma se puede afirmar que se traducen en las siguientes reglas:

i) En virtud del principio de imparcialidad: las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos (para el caso los de

⁷⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 16 de abril de 2006, Exp. 16.041.

⁷⁶ “ARTICULO 3o. PRINCIPIOS DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.”

selección contractual) consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos. Como puede apreciarse la definición legal de este principio es desarrollo del derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 de la C.P. En tratándose de los mecanismos de selección, significa el deber de transparencia de la administración de actuar sin designio anticipado o prevención a favor o en contra de un posible oferente o participante por algún motivo o factor subjetivo de segregación irrazonable y desproporcionado, esto es, que no tengan una justificación objetiva y proporcional que fundamente el trato diferente.

ii) En virtud del principio de economía: se tendrá en cuenta que las normas que fijan los procedimientos de selección contractual se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa. Y por el principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados. Como se aprecia, estas nociones, en realidad se fusionan en el concepto del principio de economía de la contratación pública.

iii) En virtud del principio de eficacia: se tendrá en cuenta que los procedimientos de selección contractual deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Al igual que los anteriores encuentra sustento en el principio de economía en la contratación pública, el cual propende por la obtención de los resultados que se buscan con esta actividad, es decir, el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con las entidades públicas en la consecución de dichos fines (artículo 3 de la Ley 80 de 1993).

iv) En virtud del principio de publicidad: las autoridades deben dar a conocer sus actuaciones y decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena la ley, con el propósito de que sean vinculantes y

puedan ser acatadas por sus destinatarios. Publicidad significa anunciar, divulgar, difundir, informar y revelar las decisiones y su motivación para hacerlas saber a quienes va dirigida, de manera que puedan ser obligatorias, controvertibles y controlables.

En efecto, los posibles oferentes y la comunidad en general deben tener conocimiento o la oportunidad de conocer tanto la convocatoria y reglas del proceso de selección o llamado a la licitación, como los actos y hechos del procedimiento y los participantes de presentar observaciones (art. 24 Nos. 2 y 6 y 30 No. 3 Ley 80 de 1993). La actuación de la administración debe ser abierta al público y a los participantes o concurrentes, quienes, incluso, en el caso de la licitación pueden hacer uso del ejercicio del derecho a la audiencia pública (art. 24 No. 3 *ibídem* en armonía con el artículo 273 de la Constitución Política).

Este principio - deber también se traduce en el correlativo derecho de los interesados de enterarse de esas actuaciones de la administración, pedir por parte de quien demuestre un interés legítimo información y solicitar las copias de los documentos que la integran, con sujeción a la reserva de ley (art. 23 y 74 de la C.P.⁷⁷, No. 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, entre otros).

Por lo tanto, los principios del debido proceso -defensa y contradicción-, libre concurrencia y transparencia en los términos de la Constitución Política y la ley de contratación, encuentran concordancia y punto de apoyo imprescindible en el principio de publicidad en la actuación administrativa.

v) En cuanto al principio de la moralidad administrativa: a la vez que se define como un derecho colectivo según el artículo 4 lit. b. de la Ley 472 de 1998 y, por lo mismo, susceptible de protección mediante la acción popular, la Sala precisó, en tesis que ha sido constantemente reiterada,⁷⁸ que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa

⁷⁷ Establecen el derecho a presentar peticiones ante las autoridades y obtener pronta respuesta, lo que incluye solicitar y pedir copias de documentos públicos, y la garantía de acceso a éstos, excepto que exista reserva legal, respectivamente.

⁷⁸ Sentencia proferida por la Sección Tercera el 31 de octubre de 2002, Exp. AP-059. En el mismo sentido ver sentencias AP-166 y Ap-170 de 2001.

(artículo 209 *ibídem*), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley.

Ha dicho la jurisprudencia que este principio se refiere al ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares, sin que cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, en el ejercicio de tal función, lleve consigo de manera automática, vulneración a la moralidad administrativa, por cuanto, no toda violación al principio de legalidad, excepto en los casos en que la ilegalidad sea protuberante y grosera, implica *per se* violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

El enfoque de este principio aplicado a la contratación pública, lo explicó la Corte Constitucional con ocasión del estudio de constitucionalidad del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, en el que se indica que los sobrecostos e irregularidades provenientes de la contratación son pasibles de la referida ley por vulnerar la moralidad administrativa, así:

“Constituye cabal desarrollo de la Carta Política, pues la prevalencia del interés general (Art. 1º.); la proclamación de un orden justo (Art. 2º.) y la vigencia de los principios axiológicos que en el Estado Social de Derecho guían la contratación pública, como modalidad de gestión que compromete el patrimonio y los recursos públicos, cuya intangibilidad las autoridades están obligadas a preservar (arts. 209) hacen, a todas luces, necesario que el legislador adopte mecanismos idóneos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los responsables de la contratación estatal, con miras a la recuperación de la totalidad de las sumas que se desvían del patrimonio público, a causa de la corrupción administrativa, en materia de contratación pública.⁷⁹

Por lo demás, ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y, específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta; en este sentido, existe una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder, pero entendida en su componente ético como la necesidad de exigencia de desenvolvimiento del servidor público dentro los auténticos propósitos del servicio público, con toda honestidad, concepto del cual no escapa la adjudicación,

⁷⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-088 de 2 de febrero de 2000.

celebración, ejecución y liquidación de los contratos, como que configura una típica acción de la Administración (función administrativa) que puede violar ese principio y, por lo mismo, amenazar o causar agravio a ese derecho o interés colectivo (inciso segundo del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, en consonancia con los artículos 9, 15 y 18 de la misma ley).

ii) Los principios establecidos en la Ley 80 de 1993.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se fundamenta en los principios generales de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva contenidos en los artículos 24, 25, 26, 27 y 29 de la Ley. Los principios de legalidad, igualdad, debido proceso, buena fe, imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad, imparcialidad y publicidad se encuentran a su vez desarrollados en dichos principios, en tanto las reglas que en virtud de los mismos se establecen son aplicación de aquellos postulados constitucionales.

Cabe mencionar que estos principios de la contratación estatal que el Legislador enuncia, precisa y regula de manera concreta en los artículos 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993, según señaló la Corte Constitucional *“...no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice. Es decir, que tanto en el caso de la contratación mediante licitación pública o concurso de méritos, como en la contratación directa, son aplicables de manera estricta los principios que orientan la contratación pública, cuales son, la transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en armonía con lo preceptuado por el artículo 209 de la Carta, que los instituye para el ejercicio de la función administrativa...”*⁸⁰

a) El principio de transparencia

El principio de transparencia persigue la garantía que en la formación del contrato, con plena publicidad de las bases del proceso de selección y en igualdad de oportunidades de quienes en él participen, se escoja la oferta más favorable para los intereses de la administración, de suerte que la actuación administrativa de la contratación sea imparcial, alejada de todo favoritismo y, por ende, extraña a cualquier factor político, económico o familiar.

⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-508 de 2002.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia:

“Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. (...) Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza, translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así, la actuación administrativa contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina (...). Se trata de un postulado que pretende combatir la corrupción en la contratación estatal, que en sus grandes líneas desarrolla también los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad aplicados a la función administrativa (art. 209. C.N).”⁸¹

Por consiguiente, este principio aplicado a la contratación pública, excluye una actividad oculta, secreta, oscura y arbitraria en la actividad contractual y, al contrario, propende por una selección objetiva de la propuesta y del contratista del Estado para el logro de los fines de la contratación y la satisfacción de los intereses colectivos, en los términos del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, en forma clara, limpia, pulcra, sana, ajena a consideraciones subjetivas, libre de presiones indebidas y en especial de cualquier sospecha de corrupción por parte de los administradores y de los particulares que participan en los procesos de selección contractual del Estado.

La Ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, entroniza este principio principalmente en los procedimientos de selección, en la definición de las bases de los mismos -elaboración de los pliegos y términos de referencia- y en la publicidad que debe darse a éstos y a la contratación pública en general.

Ha destacado la Sala en otras oportunidades que la intención del Legislador fue establecer, como regla general, procedimientos regulados de selección objetiva del contratista⁸², con fundamento en “los conceptos de seguridad, corrección y moralidad administrativas, así como en el principio de igualdad de oportunidades

⁸¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de 19 de diciembre de 2000, Exp. 17088.

⁸² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2001, Exp. 12.037.

para que cualquier persona que esté en posibilidad de contratar con la administración tenga acceso a ella”.⁸³

En tal virtud, en el artículo 24 del citado estatuto se desarrolla el principio de transparencia, en el sentido de disponer que la escogencia del contratista para la celebración de contratos con entidades estatales se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, excepto en los casos en que por determinadas condiciones especiales que ameritan cierta rapidez o especificidad para satisfacer las necesidades de las mismas, se requiera acudir a formas de contratación directa (No. 1 *ibídem*).

La Corte Constitucional respecto de este principio y su aplicación en todas las modalidades de selección de contratistas, incluyendo la contratación directa, explicó:

“...en virtud del principio de transparencia, se consagró por el legislador con el fin de garantizar la imparcialidad, que la escogencia del contratista siempre se efectuará a través de la licitación o concurso público, que no es otra cosa que el ejercicio de la función administrativa correspondiente a la actividad que en materia contractual le compete al Estado, la cual se encuentra al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios ya mencionados en el párrafo precedente. (...)

“Con todo, el legislador para facilitar al máximo la actuación de la administración en casos excepcionales que reclamen su pronta intervención y, teniendo en cuenta que no todos los contratos son susceptibles de aplicarles las reglas de la licitación pública o el concurso, bien porque la cuantía del mismo no justifique el procedimiento de la licitación o concurso, ya por la naturaleza misma del contrato, por su finalidad, por su objeto, en fin, por circunstancias especiales, contempló otra forma o manera de celebrar los contratos estatales, en busca de una mayor agilidad en la celebración de éstos a fin de dar plena efectividad a los fines que persigue la función administrativa. Siendo ello así, estableció como excepción a la licitación o concurso, la contratación directa, entendida como la facultad que tiene el jefe de una entidad del Estado para escoger a la persona que ha de celebrar el contrato con la entidad, prescindiendo del procedimiento de licitación pública o concurso, pero sujeto en todo caso al principio de transparencia y al ejercicio del control de esa forma o manera de contratar por parte de las autoridades competentes.

“No obstante, esa facultad de contratar directamente no es discrecional del jefe de la entidad, pues la ley identificó y definió los casos en que esa forma o manera de contratar por excepción era procedente.

⁸³ BENDECK OLIVELLA, Jorge, Ministro de obras Públicas, exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992, en GACETA DEL CONGRESO, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992, pág. 18.

Determinó entonces el legislador, en trece literales los contratos en los cuales el Estado podrá contratar directamente; adicionalmente, consagró las reglas básicas de imperativo cumplimiento para dar plena aplicación al principio de la transparencia. Por otra parte, en el párrafo 1° del artículo 24, dispuso que en los casos de contratación directa los servidores públicos que en ella intervengan se encuentran sujetos al principio de legalidad...⁸⁴

También establece el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, como expresiones de este principio, la publicidad y contradicción de los informes, conceptos y decisiones que se adopten en los procesos, a través de la oportunidad que debe dar la administración a los interesados de conocerlos y controvertirlos (art. 24 No. 2), para lo cual podrán examinar todas las actuaciones de las autoridades, las cuales serán públicas, solicitar que la adjudicación se haga en audiencia pública (art. 24 No.3) y obtener copia, con las reservas de ley, de las actuaciones y de las propuestas recibidas (art. 24. No. 4).

Igualmente, el principio de transparencia obliga a la administración a indicar los requisitos objetivos necesarios para participar, así como a definir reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de los ofrecimientos, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto de la licitación o concurso (art. 24 No. 5)⁸⁵; señalar las reglas de adjudicación del contrato en los avisos de apertura de la licitación o concurso y en los pliegos de condiciones o términos de referencia (art. 24 No. 6); y motivar los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, y los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia (art. 24 No. 7).

De otra parte, en desarrollo de este principio las autoridades deben ejercer sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley y, por ende, no pueden actuar con desviación o abuso de poder y, adicionalmente, les está prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el estatuto de contratación (art. 24 No. 8).

⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-508 de 2002.

⁸⁵ "...se prevé que en los pliegos de condiciones se definan reglas de juego claras y completas que sin duda conducirán a una selección objetiva y a la consecuente confección de ofrecimientos que se ajusten a los requerimientos de los entes públicos, evitando así que la entidad se vea abocada a declarar desiertos los procesos de selección..." Cfr. BENDECK OLIVELLA, Jorge, Ministro de obras Públicas, exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992, en GACETA DEL CONGRESO, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992, pág. 17.

En conclusión, el principio de transparencia, previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 garantiza otros principios, entre los que se encuentran los de imparcialidad, igualdad, moralidad y selección objetiva en la contratación, para lo cual se instrumente procedimientos de selección, con actuaciones motivadas, públicas y controvertibles por los interesados, con el fin de elegir la mejor oferta, razón por la cual cabe remitirse para la debida comprensión de este principio a los comentarios efectuados en torno a aquellos.

b) El principio de economía

Cabe de entrada precisar que este principio tiene diversos matices según el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, tanto en los procesos de selección como en la ejecución de los contratos, que propenden por una administración eficaz y eficiente de la contratación pública, es decir, de una parte, con las reglas establecidas en esta norma inspirada en el principio de economía se busca obtener los fines de la contratación (eficacia), pero, de otra, maximizar los beneficios colectivos perseguidos con el menor uso de recursos públicos (eficiencia), en el marco de actuaciones administrativas ágiles, celeras, sencillas y sin obstáculos de trámites engorrosos y requisitos innecesarios.

La citada norma establece reglas tanto para los procesos de selección como en materia de ejecución de contratos, de las cuales la Sala se limitara a las primeras por estar estrechamente relacionadas con el asunto a examinar.

En primer lugar, se resalta que el principio de economía, implica la prevalencia del derecho sustancial sobre la forma, para lo cual el administrador debe interpretar las normas de los procedimientos de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias (art. 25 No. 2). Así mismo, se debe tener en consideración que los procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continúa y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados (art. 25 No. 3).

Igualmente, en virtud de la prevalencia del derecho sustancial las autoridades no pueden exigir sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados,

reconocimiento de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales; la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos (No. 15 art. 25⁸⁶); y la declaratoria de desierta de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y deberá declararse en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión (art. 25 No. 18).

En segundo lugar, y como corolario del debido proceso, en los procesos de selección deben cumplirse únicamente las etapas estrictamente necesarias con el fin de asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable; además, con este mismo propósito los términos son preclusivos y perentorios y las autoridades están en la obligación de dar impulso oficioso a las actuaciones (art. 25 No.1)⁸⁷. Bajo este mismo criterio de eficiencia, son deberes de las entidades públicas adelantar los trámites con austeridad de tiempo, medios y gastos, impidiendo las dilaciones y los retardos (art. 25 No. 4); abstenerse de someter el acto de adjudicación del contrato a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, o a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en el estatuto (No. 8 art. 25), y adoptar procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo del proceso de selección y celebración del contrato se presenten (No. 5 art. 25).

En tercer lugar, y en cumplimiento también del deber de planeación y el principio de buena fe precontractual, las entidades estatales no pueden iniciar procesos de contratación si no existen las respectivas partidas o disponibilidades

⁸⁶ El Parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, derogó el inciso segundo que contemplaba este aspecto, lo trasladó al deber de selección objetiva y lo modificó en estos términos: "...La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización..."

⁸⁷ "...el artículo 25 de la Ley 80 enseña que los términos para las diferentes etapas de selección son preclusivos y perentorios. Transcurrido el tiempo indicado en los pliegos o en la ley para realizar determinada actividad sin que esta se hubiere cumplido, se habrá perdido la oportunidad para efectuarla, por cuanto el término una vez vencido no puede revivirse. Con todo, los términos para la adjudicación y la firma del contrato eran prorrogables hasta por la mitad del inicialmente señalado, tal como sucedió en este caso..." Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 20 de octubre de 2005, Exp. 14.579.

presupuestales (No. 6 art. 25); igualmente, deben con antelación al inicio del proceso de selección del contratista analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y obtener las autorizaciones y aprobaciones para ello (No. 7 art. 25), así como elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia (No. 12 art. 25).

Reglas éstas que resultan concordantes y se puntualizan en el proceso de la licitación pública en cuanto la apertura del proceso debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad (No. 1 del art. 30); y haber elaborado los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar condiciones objetivas, claras y completas (No. 2 del art. 30).

Las anteriores reglas imponen, como lo ha subrayado la Sala, que "...no se puede licitar ni contratar la ejecución de una obra sin que previamente se hayan elaborado los planos, proyectos y presupuesto respectivos, y determinado las demás especificaciones necesarias para su identificación. Esta determinación previa de las condiciones sobre las cuales se va a desarrollar el contrato conlleva obligatoriamente que los estudios y demás especificaciones permitan a las partes llevar a feliz término el objeto del contrato, en cuyo desarrollo los interesados pueden adelantar la actividad correspondiente dentro de un marco de confiabilidad recíproca de los factores y condiciones que la Administración ofrece y las condiciones y resultados que con base en ellos el contratista asume..."⁸⁸

Por lo tanto, el principio de economía en cuya esencia se encuentra el deber de planeación del contrato "...significa que el Estado está obligado a actuar con alto grado de eficiencia y eficacia para que se protejan los recursos públicos fiscales, con sujeción estricta al orden jurídico. De tal manera que es cuestionable todo

⁸⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992.

acto de negligencia, desidia o falta de planeación u organización estatal en la toma de decisiones públicas, que generan situaciones contrarias a la ley.”⁸⁹

c) El principio de responsabilidad

Este principio fue consagrado como contrapartida al otorgamiento de una gran autonomía en cabeza de los administradores de la cosa pública y una contratación semejante a la de los particulares⁹⁰, que de suyo, conlleva, una mayor responsabilidad. Así, como contrapeso a esa mayor libertad en la gestión contractual -que no absoluta-, el Legislador estableció en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, precisos supuestos en los cuales se compromete la responsabilidad no sólo del Estado por los daños antijurídicos ocasionados con motivo de la actividad contractual (art. 90 C.P.⁹¹), sino de los servidores públicos y los contratistas que en ella intervienen, y en los Títulos V (50 a 59) y VII (arts. 62 a 67) desarrolló la responsabilidad contractual y el control de la gestión contractual, respectivamente.

La Corte Constitucional ha explicado que este principio:

“...obedece a la necesaria articulación y armonía que debe existir para garantizar la efectividad y vigencia de los principios de transparencia, economía, mantenimiento del equilibrio económico del contrato y de selección objetiva que igualmente se establecen en el estatuto contractual, así como la necesidad de asegurar un mayor equilibrio o balance entre la mayor autonomía de la gestión contractual que se otorga a las entidades estatales, las potestades, o privilegios que se le reconocen y la finalidad del interés público o social a que debe apuntar la gestión contractual de dichas entidades, cual es que ha de procurarse la satisfacción de los objetos contractuales (obras, bienes, servicios, etc.), bajo una gestión signada por la eficiencia, economía, celeridad y la moralidad en los términos del artículo 209 de la Constitución Política, que garantice no sólo los intereses de la administración, sino de los contratistas que intervienen en la actividad contractual.”⁹²

⁸⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 19 de junio de 1998, Exp.10.439.

⁹⁰ BENDECK OLIVELLA, Jorge, Ministro de obras Públicas, exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992, en GACETA DEL CONGRESO, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992.

⁹¹ La citada disposición superior, como lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sección, no sólo establece la responsabilidad patrimonial en el ámbito extracontractual, sino que consagra un régimen general, según el cual la noción de daño antijurídico, entendido como “el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”, es aplicable en materia pre-contractual y contractual del Estado y, por tanto, fundamenta la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencias de 8 de mayo de 1995, Exp. 8118, y 8163 de 13 de julio de 1993.

⁹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-004 de 18 de enero de 1996.

Para garantizar el cumplimiento de este principio los servidores públicos que intervienen en la actividad contractual responderán civil, penal y disciplinariamente, razón por la cual están obligados a cumplir los fines de la contratación, vigilando la correcta ejecución de lo contratado y velando por la protección de los derechos de la entidad y del contratista (Nos. 1 y 8 art. 26); responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas (No. 2 ídem); verbigracia, cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquéllos (No. 3 ídem).⁹³

Dispuso también el Legislador que las actuaciones de los servidores públicos deberán estar presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia (No. 4 ídem), y que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección se atribuye al jefe o representante de la entidad estatal y no a las juntas, consejos directivos, corporaciones administrativas de elección popular u órganos de control y vigilancia de la misma, ni a los comités asesores con lo cual *“...se busca evitar que la responsabilidad derivada de dichas actuaciones termine diluyéndose entre el representante o jefe de la entidad y las personas que integran dichos organismos...”*⁹⁴

⁹³ “...Entre otras conductas que harán al servidor público incurrir en las modalidades de responsabilidad anotadas y que justifican la aplicación de las sanciones pertinentes cabe citar, a título de ejemplo, las siguientes: la iniciación de procesos de selección de contratistas sin que exista la autorización necesaria para ello; contratar sin que en el presupuesto respectivo exista la apropiación para efectuar el gasto que se pretende contratar; contratar sin que se hayan realizado o completado los estudios, proyectos de factibilidad o diseños del bien o servicio objeto de la futura contratación; cuando no se adjudique el contrato sin que exista causa justificada para ello; por no tomar las medidas necesarias tendientes a restablecer la economía del contrato; cuando haga uso de los poderes o privilegios pactados en el contrato sin que existan motivos o razones que justifiquen su utilización o cuando éste se haga con abuso o desviación de poder...” BENDECK OLIVELLA, Jorge, Ministro de obras Públicas, exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992, en GACETA DEL CONGRESO, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992.

⁹⁴ BENDECK OLIVELLA, Jorge, Ministro de obras Públicas, exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992, en GACETA DEL CONGRESO, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992.

En cuanto a los particulares contratistas, así como de los asesores, consultores e interventores que participen en los procesos contractuales, también se dispone que deberán responder, incluso civil y penalmente, por las conductas dolosas o culposas en que incurran en su actuar contractual o precontractual, específicamente los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato (No. 6 ídem), o por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa (No. 7 ídem) y, por supuesto, por la buena calidad del objeto contratado (No 8 ídem).

Como puede apreciarse este principio apunta a que los sujetos que intervienen en la actividad contractual (Estado, servidores y contratistas) actúen en el estricto marco de la legalidad, en cumplimiento de los deberes y obligaciones que le corresponde a cada cual, sin el ánimo y predisposición de inferir daños y con la diligencia y cuidado que es exigible en un ámbito que como la contratación pública se fundamenta en el interés general, so pena de incurrir en diferentes tipos de responsabilidad.

d) El principio de selección objetiva (deber).

La selección objetiva es un deber -regla de conducta- en la actividad contractual, un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación.

El deber de selección objetiva, es desarrollado por el artículo 29 de la Ley 80 de 1993⁹⁵, norma que establece varios conceptos a saber:

⁹⁵ Este artículo fue modificado por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en los siguientes términos: "Artículo 5°. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: 1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación. 2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin

a) Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

b) Ofrecimiento más favorable es aquel que teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos o sólo alguno de ellos. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no podrá ser objeto de evaluación; y

c) El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

La Corte Constitucional sobre el particular, se ha pronunciado así:

“El texto transcrito [artículo 29 de la Ley 80 de 1993] pone de manifiesto el interés del legislador en que el proceso de selección del contratista sea ajeno a cualquier consideración subjetiva o discriminatoria. Intención que resulta también explícita cuando se leen los antecedentes legislativos de la Ley 80. En la exposición de

que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. 3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido. 4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate. En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores. Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización. Parágrafo 2°. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.”

motivos con la cual el Gobierno presentó el proyecto que después devino en la mencionada Ley, se expuso lo siguiente:

“el principio contemplado en el artículo 3° del proyecto, según el cual tanto los servidores públicos como los particulares que contratan con la administración deben obrar bajo el claro e inequívoco entendimiento de que una de las finalidades esenciales de la contratación estatal la constituye, precisamente, el cabal cumplimiento de los cometidos estatales, impone partir del criterio de la buena fe de sus actuaciones e implica, por ello, la simplificación de trámites, requisitos y procedimientos, en el ámbito de un estricto régimen de responsabilidad correlativo. Dicho principio encuentra un complemento de significativa importancia consistente en el deber de escoger al contratista mediante la selección objetiva, aspecto éste que el estatuto anterior no contemplaba de manera explícita.

*En ese sentido, los artículos 24 y 29 del proyecto consagran expresamente ese deber de aplicar tal criterio de escogencia del contratista, para resaltar cómo **la actividad contractual de la administración debe ser en un todo ajena a consideraciones caprichosas o subjetivas y que, por lo tanto, sus actos deben llevar siempre como única impronta la del interés público.***” (negrilla de la Corte y el subrayado de la Sala).⁹⁶

Además en la exposición de motivos del proyecto de ley 149 de 1992, que dio lugar a la expedición de la Ley 80 de 1993, se agregó lo siguiente:

“A nadie escapa que la acertada escogencia del particular que colaborará en el logro de los cometidos estatales vinculados a una determinada actividad de la administración, constituye un factor primordial cuya inobservancia puede comprometer virtualmente la eficaz ejecución del contrato y, por consiguiente la satisfacción misma del interés público que ha debido tenerse presente al tiempo de su celebración.

“En orden, pues, a garantizar que la decisión de la administración sobre esta importante materia, se produzca en forma tal que apunte exclusivamente al cabal cumplimiento de tales propósitos, el proyecto precisa en su artículo 29 que la selección objetiva consiste en la escogencia del ofrecimiento más favorable para la entidad, con lo cual recoge la esencia del artículo 33 del actual estatuto, haciendo énfasis en la improcedencia de considerar para tal efecto motivaciones de carácter subjetivo y estableciendo a título meramente enunciativo, los factores determinantes de la escogencia.

“Adicionalmente el aludido artículo del proyecto exige que la ponderación de esos factores conste en forma clara, detallada y concreta en los respectivos pliegos de condiciones, cuadernos de requisitos o términos de referencia, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata

⁹⁶ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 400 de 2 de junio de 1999.

de contratación directa, buscando con ello cerrar la puerta a cualquier arbitrariedad en la decisión administrativa de selección. Con este mismo propósito la prenombrada disposición establece que la favorabilidad de la propuesta no puede obedecer a factores diferentes de los enunciados en los referidos documentos contentivos de requisitos y condiciones o fundamentada exclusivamente en alguno de ellos o en la sola y simple consideración del más bajo precio o menor plazo ofrecidos.”⁹⁷

En este sentido, la selección objetiva consiste en la escogencia de la oferta más favorable para la entidad, siendo improcedente considerar para ello motivaciones subjetivas. Para tal efecto, con carácter enunciativo, la norma consagra factores determinantes para esa elección, los cuales deben constar de manera clara, detallada y concreta en el respectivo pliego de condiciones o términos de referencia, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, y que sobre todo, deben apuntar al cumplimiento de los fines estatales perseguidos con la contratación pública.

Lo anterior significa que en la contratación, sea mediante licitación o concurso públicos o contratación directa⁹⁸, la administración está obligada a respetar los principios que la rigen -transparencia, economía y responsabilidad- y los criterios de selección objetiva establecidos en las bases del proceso para la escogencia del contratista al que se le adjudicará el contrato por haber presentado la mejor propuesta, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, etc., los cuales deberán ser previamente analizados y evaluados por la entidad con arreglo a las condiciones del pliego que rigen el respectivo proceso, con el fin de determinar en forma motivada que la propuesta elegida resulta ser en realidad la más ventajosa, de suerte que el concepto jurídico indeterminado “oferta más ventajosa” del artículo 29 citado pueda ser susceptible de concreción en sede de revisión de la legalidad y razonabilidad de la comparación de los ofrecimientos, por cuanto esta actividad no es discrecional ni arbitraria, sino reglada, en tanto pone a la administración en frente del inequívoco camino de

⁹⁷ BENDECK OLIVELLA, Jorge, Ministro de obras Públicas, exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992, en GACETA DEL CONGRESO, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992, pág. 18.

⁹⁸ “...Dentro de los principios que deben ser garantizados en procesos de contratación directa de la Administración como es el caso del que nos ocupa, se encuentra el de la selección objetiva. De tal manera que aún cuando no se tramite una licitación pública, la selección que se haga debe ser a favor de la mejor propuesta, en los términos que se estipulan en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993...” CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 10 de agosto de 2000, Exp. 12.964.

elegir aquella oferta que se ajusta a dichas condiciones y adjudicar al proponente que supera a los demás.⁹⁹

En consecuencia, la intención del Legislador al definir legalmente este principio, fue la de regular la escogencia de la mejor oferta mediante una selección en la que prime la transparencia, imparcialidad e igualdad de oportunidades, y ajena a consideraciones subjetivas¹⁰⁰, para lo cual juegan un papel preponderante los factores y criterios de selección que en función a la específica necesidad haya fijado la administración en los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia.

3. El análisis de los cargos de infracción al orden jurídico endilgados

Vistos los términos de las demandas, observa la Sala que la controversia recae sobre el decreto en su conjunto y varios de sus artículos individualmente considerados, razón por la cual para despachar cada una de ellas se partirá de lo general -cargos generales contra todo el Decreto 2170 de 2002 o contra varias de sus disposiciones- para llegar a lo específico del articulado -cargos individuales contra las disposiciones-, análisis que se limitará exclusivamente a la versión original demandada del citado decreto y que, por ende, no se extenderá a las modificaciones parciales que el mismo hubiese tenido, pues según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación no es necesario indagar sobre la vigencia del acto impugnado, toda vez que tratándose de actos administrativos de carácter general no aplica la tesis de sustracción de materia.¹⁰¹

Así las cosas, con fundamento en los anteriores argumentos, procederá esta Corporación a analizar la legalidad de los preceptos reglamentarios demandados.

⁹⁹ Sobre "la oferta más conveniente como concepto jurídico indeterminado, ver: CASSAGNE; Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Edt Abeledo Perrot, pág. 57 y ss.

¹⁰⁰ Vid. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 15 de julio de 2004, Exp. AP 116402. "El referido deber de selección objetiva rige sin consideración al procedimiento o trámite que se utilice para elegir al contratista, de manera que están sometidos a él no sólo la licitación pública y el concurso de méritos, sino también la contratación directa. En efecto, por tratarse de uno de los mecanismos dispuestos en la ley para la celebración del contrato estatal, está sometida a todas las reglas y principios que el estatuto contiene, dentro de los cuales está el principio de selección objetiva."

¹⁰¹ Ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SALA PLENA, Sentencias de 14 de enero de 1991, Exp. S - 157, C.P. Carlos Gustavo Arrieta P, 23 de julio de 1996, Exp. S - 612, C.P. Juan Alberto Polo F y 19 de noviembre de 1996, Exp. A-508, C.P. Juan Alberto Polo F.

3.1. Cargos contra la totalidad o simultáneamente contra varias disposiciones del Decreto 2170 de 2002.

3.1.1. Contenido del decreto demandado

El Decreto 2170 de 2002 contiene disposiciones para la transparencia de la actividad contractual (Capítulo I), a través de la publicidad de los proyectos de pliegos de condiciones y términos de referencia y de sus textos definitivos (art. 1 y 2); audiencias de adjudicación en las licitaciones y concursos públicos (art. 3 suspendido provisionalmente en Auto de mayo 13 de 2004, con excepción del Parágrafo); reglas en materia del deber de selección objetiva (art. 4 suspendido provisionalmente mediante auto 26105 de 2004, con excepción del Parágrafo); sistema de conformación dinámica en la propuesta (art. 5, suspendido provisionalmente mediante providencia proferida en fecha 13 de mayo de 2004, confirmada a través de auto de 3 marzo de 2005); la consulta de precios o condiciones del mercado en los procesos de selección, a través del Registro Único de Precios de Referencia (RUPR-SICE) a que se refiere la Ley 598 de 2000 para el caso de los bienes o servicios allí registrados (art. 6); el manejo del anticipo en aquellas contrataciones cuyo monto sea superior al 50% de la menor cuantía a que se refiere el literal a) del numeral 1o del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 (art. 7); y el deber de hacer estudios previos en desarrollo de lo previsto en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 (art. 8).

Igualmente, establece normas para la participación ciudadana en la contratación estatal, a través de las veedurías (Capítulo II, art. 9); de la selección objetiva en la contratación directa (Capítulo III), para lo cual dispone reglas de contenido mínimo de los pliegos de condiciones o términos de referencia (art. 10); criterios para el trámite de la contratación directa de la menor cuantía (art. 11); del sistema de conformación dinámica de la oferta y de su adjudicación en la contratación directa (art.12); en relación con los contratos de prestación de servicios profesionales, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas (art. 13); las reglas de los contratos interadministrativos con cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales y para la celebración de contratos con organismos multilaterales (arts. 14 y 15); el procedimiento de contratación directa en los casos de declaratoria de desierta de la licitación pública o concurso; de la contratación directa cuando no

exista pluralidad de oferentes (art. 17); de los contratos de seguro de menor cuantía (art. 18); de la contratación directa de intermediarios de seguros (art. 19), y de los contratos de prestación de servicios de salud (art. 20).

Así mismo, prevé normas en materia de contratación por medios electrónicos (Capítulo IV), para suministrar información contractual por este conducto en las páginas web que tengan a disposición las entidades públicas (art. 21); la celebración de audiencias por medios electrónicos (art. 22); la información sobre los mecanismos de comunicación interactiva en los procesos de selección indicando el carácter de oficial de los mensajes de datos para el respectivo proceso y señalando la aplicación de la Ley 527 de 1999 (art. 23); la salvaguarda de documentos electrónicos que se produzcan durante un proceso de contratación y su valor por equivalencia funcional (art. 24 y 25).

Finalmente, culmina con otras disposiciones (Capítulo V) relacionadas con la responsabilidad de la publicación en la web, y de las entidades para verificar que todos los trabajadores que laboren en la ejecución de un contrato se encuentren afiliados al sistema de seguridad social (art. 27), así como las normas de transición en los procedimientos en curso (art. 28).¹⁰²

3.1.2. Cargo contra todas las normas del Decreto 2170 de 2002 y, en subsidio, de los artículos 1, 4, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 16, 18 y 19: Exceso de la facultad reglamentaria para la contratación directa, por contravenir el los artículos 24 parágrafo 2º y 30 de la Ley 80 de 1993.

3.1.2.1 Normas violadas y concepto de la violación

Estima el demandante JORGE LEON QUIROZ BETANCUR (Exp. 25.409), que el Decreto 2170 de 2002 es nulo en su totalidad o, por lo menos, aquellos artículos relacionados con el procedimiento de contratación directa (1, 4, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 16, 18 y 19), por infringir los artículos 24, parágrafo segundo, y 30 de la Ley 80 de 1993.

¹⁰² Es de anotar que los artículos 1º, 2º, 21 y 26 del Decreto 2170 de 2002 fueron derogados y sustituidos por el Decreto 2434 de 2006, en esta materia relacionada con la publicación de los proyectos de pliegos de condiciones y también ahora los estudios previos en los procesos de selección el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007 estableció un contenido legal para reglamentar por el Gobierno Nacional; el artículo 14 fue derogado en su parágrafo por el Decreto 866 de 2003 y modificado por el art. 1 del Decreto 4375 de 2006; y el artículo 15 fue derogado por el Decreto 1896 de 2004.

Sustentó su reproche en que la Ley 80 de 1993 previó la licitación pública como un procedimiento prolongado en el tiempo, sometido al cumplimiento de formalidades sustanciales consagradas en su artículo 30 y, a la vez, estableció que el Gobierno Nacional expidiera un régimen distinto para la contratación directa, porque el Legislador tuvo plena conciencia de que era imperativo prever otro tipo de procedimiento, ágil y expedito, que no estuviera sujeto a las mismas formalidades de aquel.

Sin embargo, agregó, que a pesar que el decreto que en origen reglamentó la cuestión (Decreto 855 de 1994), obró con fidelidad al dictado del Legislador y, en consecuencia, estableció otro procedimiento, ágil y expedito, para la celebración de contratos que la ley quiso sustraer del régimen de la licitación pública; el Decreto 2170 de 2002, lo que se hizo fue replicar para la contratación directa lo que se había previsto para la licitación, siendo *“...tan tortuoso ese procedimiento que podría afirmar supera en trámites a la licitación pública, si se tiene en cuenta que en ésta no tiene lugar el trámite de preselección de posibles oferentes...”*

En síntesis, según este demandante *“...[d]esatendió entonces el ejecutivo el imperativo del legislador, contrarió la ley reglamentada al obrar en contravía de lo que aquélla imponía, pues en lugar de un procedimiento breve y sumario que permitiera hablar de contratación directa como sistema alternativo a la licitación pública, estableció un procedimiento aún más largo y dispendioso que ésta...”*.

3.1.2.2 La oposición

El Ministerio del Interior y de Justicia, replicó, en primer lugar, que no es procedente la solicitud de nulidad del decreto en su conjunto basada únicamente en el reparo respecto de los procedimientos de contratación directa reglamentados en el mismo, que están referidos a algunas causales previstas en la Ley 80 de 1993, toda vez que dicho decreto está orientado al fortalecimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, al establecimiento de nuevas reglas para los procesos de contratación directa y la introducción de los lineamientos para la utilización de herramientas de información y comunicación en la contratación estatal.

En segundo lugar, respecto de los cargos dirigidos contra los procedimientos establecidos para la contratación directa, arguyó que es evidente que las censuras

carecen de fundamento, toda vez que el decreto objeto de la demanda se enmarca dentro de la facultad del Gobierno Nacional para reglamentar aquella modalidad de contratación (parágrafo 2 del art. 24 de la Ley 80 de 1993) y respeta y acata el contenido regulatorio del Legislador, como quiera que propende por el fortalecimiento de los principios de transparencia, publicidad y selección objetiva que informan la actividad contractual del Estado (arts. 23 a 29 de Ley 80 de 1993 y 209 de la Constitución Política).

Por último, añadió que, el demandante se equivoca cuando afirma que el decreto implica un trámite más largo y dispendioso, puesto que de una diferenciación de las etapas y trámites entre la licitación pública o concurso público y la contratación directa, se puede concluir que este último dura menos de la mitad del tiempo requerido para aquellos y, por lo tanto, es mucho más rápido y ágil.

3.1.2.3 Análisis de la Sala

El problema jurídico que plantea el actor se concreta en determinar si la reglamentación al procedimiento de contratación directa contenida en el Decreto 2170 de 2002 vulnera las disposiciones arriba citadas de la Ley 80 de 1993, toda vez que lo que hizo fue una réplica del proceso de la licitación pública, con lo cual la tornó más lenta.

Para la Sala no es procedente acceder a la nulidad solicitada sobre la totalidad de las disposiciones del Decreto 2170 de 2002, por las razones genéricas expuestas en el cargo, por cuanto la expedición de un reglamento para el trámite o procedimiento de contratación directa por parte del Gobierno Nacional, no resulta *per se* ilegal, sin perjuicio de que en forma individual alguna de sus disposiciones puedan estar en contraposición a la ley, lo cual será examinado en esta providencia respecto de aquellas que fueron demandadas.

En efecto, en el parágrafo 2º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el Legislador expresamente estableció que:

“...El Gobierno Nacional expedirá, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley, un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en ella...”

La Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de la anterior disposición, puntualizó lo siguiente:

“...Resulta claro para la Corte que el legislador en ejercicio de la cláusula general de competencia expidió la Ley 80 de 1993 y, como se vio, definió en ella los aspectos generales y básicos de la contratación directa y, con el fin de efectivizar los principios en ella contenidos, dispuso en el parágrafo acusado que el Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad que le confiere el numeral 11 del artículo 189 superior, reglamentara los aspectos atinentes a esa forma o manera de contratar, como parte de la función inherente a la administración, cual es la de ejecutar las leyes para su efectivo cumplimiento.

“Se observa por la Corte, al punto, que fue el legislador, de manera específica, quien señaló que uno de los modos de contratar la administración, es el de la contratación directa, pero no en todos los casos sino únicamente en aquellos que señaló de manera específica en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, a los cuales le son aplicables los principios generales que rigen la contratación pública, pues así lo dispuso la propia ley desde su artículo primero y lo señaló, además, en el artículo 23.

“(...) Con todo, esa potestad reglamentaria del Gobierno Nacional se encuentra sujeta a los parámetros establecidos expresamente en el parágrafo referido que no son otros que los de garantizar y desarrollar los principios de economía, transparencia, selección objetiva y responsabilidad, definidos plenamente en el Estatuto General de la Contratación Pública, en armonía con los principios que orientan la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Carta, pues en ejercicio de dicha facultad, el Presidente no puede ir más allá, sin violar la Constitución, de lo previsto en la ley ni de las pautas generales que ella señala. Agrégase, además, que el marco para la expedición del reglamento respectivo se encuentra circunscrito, como ya se dijo, por la Constitución y las leyes, lo que indica a las claras que no se trata de que el legislador se haya desprendido de su función de hacer la ley en esa materia, sino que, al regularla como lo hizo dejó un margen de acción al reglamento, pero desde luego en los precisos términos que al efecto señala el artículo 189, numeral 11 de la Carta Política.”¹⁰³ (subraya la Sala).

Por consiguiente, el Gobierno Nacional, con fundamento en el parágrafo 2º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, y en ejercicio de la potestad asignada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, se encuentra facultado

¹⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 508 de 3 de julio de 2002.

para expedir normas de carácter reglamentario a fin de desarrollar el procedimiento o trámite de la contratación directa, con sujeción a los principios que orientan la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política y a los principios de transparencia, economía, selección objetiva y responsabilidad, sin que por su ejercicio *prima facie* se pueda predicar un exceso de sus competencias.

La Ley 80 de 1993 lo que hizo fue establecer los casos en los cuales las entidades públicas podían utilizar la contratación directa para la escogencia del contratista del Estado, prescindiendo de la licitación o concurso públicos (art. 24, numeral 1), pero supeditó este mecanismo a un reglamento en el cual el Gobierno Nacional fijara el trámite que estimara necesario para hacerlo efectivo, labor que sometió al cumplimiento de los principios y a las reglas que los desarrollan previstos en aquella.

Así, bajo la filosofía jurídica que animó la Ley 80 de 1993, como atrás se explicó, la contratación directa es un procedimiento excepcional a la licitación y concurso públicos para celebrar contratos con mayor agilidad y simplicidad en los precisos eventos contemplados taxativamente en la ley; sin embargo, so pretexto de una mayor brevedad en este proceso de selección no se pueden soslayar los principios rectores de la contratación estatal y de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución y recogidos en el artículo 23 de la citada ley, que deben ser tenidos en cuenta sin importar la forma utilizada en la escogencia de la mejor propuesta por voluntad explícita del Legislador (arts. 1 y 24 párrafo 2º).

En virtud de la atribución reglamentaria que le es propia al Ejecutivo en esta materia, según el límite de competencias que determinó el Legislador en el párrafo del artículo 24 del estatuto contractual de la Administración, el mecanismo de contratación directa fue objeto de reglamentación en el Decreto 855 de 1994, en el cual se dispuso que el jefe de la entidad estatal debe ajustarse y garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial el deber de selección objetiva establecidos en la Ley 80 de 1993 (art. 2) y, posteriormente, en el Decreto 2170 de 2002 demandado, lo que hizo fue modificar este reglamento que, por su naturaleza, puede ser adaptado a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que en un momento determinado se

requieran para el efectivo cumplimiento de la ley, de acuerdo con las necesidades administrativas, tarea en la que no puede ir más allá de lo previsto en la misma, ni de las pautas generales que ella señala.

Así las cosas, la Sala considera que mientras las normas que expida el Gobierno Nacional para reglamentar la Ley 80 de 1993 no rebasen lo dispuesto en ella ni la contraríen, tendrá el Presidente de la República libertad de establecer, en materia de contratación directa, el trámite que estime conveniente, siempre y cuando éste se ajuste a los principios generales de la ley.

Ahora bien, aunque el trámite previsto por el decreto reglamentario en lo que a contratación directa se refiere, tiene etapas parecidas, más no iguales, a las previstas por la Ley 80 de 1993 para la licitación pública, ello no entraña una vulneración de la ley, por cuanto ésta no señaló procedimiento alguno para aquella modalidad de contratación y, por el contrario, si señaló que era competencia del Gobierno Nacional fijarlo mediante reglamento.

Pero, además, la Sala observa que, como lo anotó la defensa, no es cierto que el proceso de contratación directa previsto en el reglamento demandado sea más dispendioso o largo que el dispuesto para la licitación pública, por cuanto en la Ley 80 de 1993 y en el Decreto 2170 de 2002 se establecen plazos y pasos diferentes para las diversas etapas de estos dos procesos de selección contractual que permiten llegar a ese convencimiento, tal y como se puede apreciar a partir de la siguiente comparación:

Etap a	Actividad	Licitación o Concurso Público	Contratación directa (menor cuantía)
1)	Elaboración de estudios técnicos, obtención de las autorizaciones y disponibilidad presupuestales, análisis de conveniencia y oportunidad, así como de los proyectos pliego de condiciones o términos de referencia.	Con antelación a la apertura del proceso (Nos. 1 y 2 artículo 30 de la Ley 80 de 1993, y los artículos 24 No. 5, y 25 No. 7 y 12).	Previo a la apertura del proceso de contratación directa (arts. 1, 2, 8, 10, 11 No. 1 y los artículos 24 No. 5, y 25 No. 7 y 12).
2)	Publicación prepliegos en la página Web	Por lo menos diez (10) días calendario con	Publicar por lo menos con cinco (5) días

- | | | | |
|----|---|--|--|
| | | antelación a la apertura. calendario.
Artículo 1 Decreto 2160
(Subrogado por el
decreto 2434 de 2006) | Artículo 1 Decreto
2160 (Subrogado por
el decreto 2434 de
2006) |
| 3) | Aviso Cámara de Comercio | deberán remitirse a las cámaras de comercio de su jurisdicción, la información general de cada licitación o concurso que se pretenda abrir en la forma y dentro de los plazos que fije el reglamento (primeros cinco días de cada mes) numeral 7 del artículo 22 de la ley 80 de 1993. | No aplica |
| 4) | Apertura | Ordenada por la entidad mediante acto administrativo debidamente motivado. (No. 1 art. 30 de la Ley 80 de 1993). | Convocatoria pública que será ordenada por la entidad (art. 11 No. 2 Decreto 2170 de 2002). |
| 5) | Publicación de avisos en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad o, a falta de éstos, en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión. | Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato. (No.3 art. 30 <i>ibídem.</i>) | No aplica |
| 6) | Manifestación en participar y audiencia de sorteo. | No aplica | Los interesados manifestarán su interés, con el fin de conformar una lista de posibles oferentes; cuando sea superior a 10 se realizará audiencia pública para realizar sorteo, con el fin de escoger ente ellos un número no superior a éste. (art. 11 No. 3 Decreto 2170 de 2002). |

- | | | | | |
|----|--|----|--|---|
| 7) | Plazo para presentación de propuestas. | la | Se señalará en los pliegos de condiciones o términos de referencia, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato. | Se señalará en los pliegos de condiciones o términos de referencia (art. 10 No. 7. <i>ejusdem</i>). |
| | | | Esta etapa puede ser prorrogable hasta por seis (6) días hábiles, como resultado de lo debatido en la audiencia de aclaración del pliego; o cuando lo estime conveniente la entidad interesada o cuando lo soliciten las dos terceras partes de las personas que hayan retirado pliegos de condiciones o términos de referencia, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado. (Nos. 4 y 5 art. 30 <i>ibídem</i>). | En el reglamento no se señala estas eventualidades. |
| 8) | Audiencia pública de aclaraciones o de precisión del pliego de condiciones o términos de referencia. | de | Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia. Nos. 3 y 5 art. 30 <i>ibídem</i>). | No aplica |
| 9) | Evaluación Propuestas | de | De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y | Se impone indicar el término para esta evaluación en los pliegos de condiciones o términos de referencia. (No. 7. del art. 10 <i>ejusdem</i>). |

explicaciones que se estimen indispensables. (No. 7 art. 30 ibídem).

- | | | | | |
|-----|-------------------------------------|------|--|---|
| 10) | Traslado de evaluaciones. | de | Por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes (No. 8 art. 30 ibídem). | No se impone un término mínimo. |
| 11) | Adjudicación declaratoria desierta. | o de | Dentro del plazo fijado en los pliegos de condiciones, pero podrá ser prorrogado antes de su vencimiento y por un término total no mayor a la mitad del inicialmente fijado. (No. 9 art. 30 ibídem). | Se impone indicar el término para la adjudicación en los pliegos de condiciones o términos de referencia. (No. 8. del art. 10 <i>ejusdem</i>). |
| | | | En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política, la adjudicación se hará en audiencia pública. (No. 10 art. 30 ibídem). | Si se opta por el sistema de conformación dinámica de la oferta, efectuar audiencia de adjudicación (art. 11 in fine). |
| | | | El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido, y se comunicará en caso de no haberse realizado en audiencia pública a los no favorecidos, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes. (No. 11 art. 30 ibídem). | Adjudicar en forma motivada y comunicar la decisión a todos los oferentes (art. 11 No. 5 ibídem). |
| 12) | Suscripción contrato | del | En el plazo establecido en los pliegos de condiciones o términos de referencia, el cual podrá prorrogarse por un término total no mayor a la mitad del inicialmente fijado (No. 9 y 12 art. 30 Ley 80 de 1993). | En el término fijado en los pliegos de condiciones o términos de referencia (art. 10 del Decreto 2170 de 2002). |

Del parangón o cotejo que antecede no es claro que el proceso de contratación directa dispuesto para la causal de menor cuantía sea más largo o dispendioso que el consagrado para la licitación pública, pues repárese que requiere de menos etapas y los plazos son menores a los de ésta, de suerte que el cumplimiento estricto de los trámites previstos para la contratación directa permite inferir que continua siendo un mecanismo más ágil y celero y la licitación pública un proceso más reglado.

Por lo tanto, no es válido afirmar en forma genérica que el Decreto 2170 de 2002 viola los artículos 24 parágrafo 2º y 30 de la Ley 80 de 1993, porque al adoptar un procedimiento parecido al de la licitación pública para la contratación directa desatendió los términos en que debía reglamentarla, dado que esta aseveración no tiene en cuenta que esa similitud no es una contrariedad, y máxime cuando, se reitera, la ley no señaló procedimiento alguno que debiera seguirse en el trámite de la contratación directa y que, en todo caso, fue querer del Legislador que este mecanismo no solamente fuera menos dispendioso que la licitación pública, sino transparente y objetivo, lo que necesariamente implica un procedimiento que salvaguarde dichos principios para la escogencia del ofrecimiento que sea más favorable a la entidad y a los fines que ella busca.

De otra parte, no resulta de recibo la petición de nulidad en su conjunto por los motivos expuestos en la demanda, porque, como arriba se detalló, el Decreto 2170 de 2002 no solamente se ocupa de reglamentar el procedimiento de contratación directa por la causal de menor cuantía (letra a) del numeral 1o del artículo 24 de la Ley 80 de 1993), que es el que finalmente ataca el censor, según se desprende de la exposición de su demanda, sino que adicionalmente dispuso reglas para otros supuestos y causales, en relación con las cuales el proceso será de una mayor o menor intensidad, como por ejemplo, cuando el valor del contrato por celebrar sea igual o inferior al 10% de la menor cuantía, evento en el que se podrá celebrar el contrato tomando como única consideración los precios del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas (parágrafo art. 11); o en relación con los contratos de prestación de servicios profesionales (art. 13), etc.; o a propósito de los contratos interadministrativos con cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales y para la celebración de contratos con organismos multilaterales (arts. 14 y 15), o cuando no exista pluralidad de oferentes (art. 17) o de servicios de salud (art. 20), etc.

Con todo, advierte la Sala que situación diferente es aquella en la cual se compruebe que el procedimiento establecido en las disposiciones del decreto acusado o en su conjunto por precisas razones relacionadas con los supuestos y efectos que en ellas se puntualicen, violen los principios y reglas que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional en la reglamentación de la contratación directa, lo cual no fue objeto de ataque directo y detallado por el actor en el cargo que se estudia, en tanto de su exposición no se deduce cómo se desconocieron cada uno de los principios y reglas que rigen esta actividad con la expedición de esas normas contenidas en el Decreto 2170 de 2002.

Por lo expuesto, el cargo contra todo el Decreto 2170 de 2002 no prospera.

3.1.3 Cargos contra los artículos 1 párrafo 1, 2 párrafo 1º, 7, 10, 11, 13, 16, 17, 19, 20, 21 párrafo 1º, 23 (parcial) y 29 (parcial) del Decreto 2170 de 2002: Incompetencia del Gobierno Nacional para expedir el decreto, por indebida utilización de facultades extraordinarias.

3.1.3.1 Normas violadas y concepto de la violación

A juicio del actor CARLOS ORLANDO VELASQUEZ MURCIA (Exp. 24.715), los citados preceptos del Decreto 2170 de 2002, vulneran los artículos 150 numerales 10 y 25 inciso 2º y 189 numeral 11 de la Constitución Política.

Como fundamento de su acusación, sostuvo que el Congreso de la República al expedir la Ley 80 de 1993, en el párrafo 2 del artículo 24, se desprendió de la facultad de regular todo lo relacionado con el sistema de contratación directa, haciendo uso de la función prevista en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, que le permite revestir, hasta por seis (6) meses, al Presidente de la República de precisas facultades para expedir normas con fuerza de ley.

Así, manifestó que en desarrollo de estas facultades y dentro del plazo concedido, el Gobierno Nacional expidió con fuerza de ley el Decreto 855 de 1994, que contiene toda la normatividad a la cual deben ceñirse las entidades estatales cuando ellas pretendan contratar directamente en los casos en que el Legislador permitió este tipo de contratación, de manera que, una vez finalizado dicho lapso,

se agotó toda posibilidad del Ejecutivo para expedir regulaciones respecto del sistema de contratación directa.

De acuerdo con lo anterior, explicó que si bien el Gobierno Nacional tiene la facultad de reglamentar la Ley 80 de 1993, no podía hacer extensivas las previsiones del Decreto 2170 de 2002 a algunos casos de contratación directa a que se refiere la Ley 80 de 1993 y establecer excepciones para su aplicación, requisitos y procedimientos, que únicamente podía expedir dentro del lapso de los seis (6) meses que se le concedió; es decir, toda posibilidad de adiciones, derogatorias o modificaciones a un decreto con fuerza de ley como el “855 de 1994” es de exclusiva competencia del Legislador y no del Ejecutivo a través de un decreto reglamentario.

En suma, concluyó que la potestad reglamentaria está indebidamente utilizada (numeral 11 del art. 189 C.P.), violando la facultad del ente que si la tiene (numeral 25 artículo 150 C.P.) y desbordando las facultades precisas de seis (6) meses que le habían sido otorgadas (numeral 10 *ibídem*), “...generando la inexecutable de todas las normas que extendieron los efectos del decreto, al sistema de escogencia cuando de contratación directa se trate...”.

3.1.3.2. Las oposiciones

3.1.3.2.1. El Departamento Nacional de Planeación sostuvo que la demanda se fundamenta en un hecho errado, al definir que el Decreto 855 de 1994 es un decreto ley, expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por el Congreso de la República, en virtud del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, porque, de una parte, el mismo fue expedido invocando la facultad ordinaria de reglamentar leyes prevista en el numeral 11 del artículo 189 superior y en el párrafo 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 que le defirió a aquel la expedición de la reglamentación en materia de contratación directa; y de otra parte, porque el término de seis (6) meses no podía entenderse como una limitación en el tiempo a la facultad reglamentaria del Gobierno Nacional, como se prueba con la expedición de decretos posteriores (329 de 1995, 1275 de 1995, 2964 de 1997 y 1436 de 1998) y así lo aclaró la Corte Constitucional en la Sentencia C - 508 de 2002, cuando se pronunció acerca de la constitucionalidad del citado párrafo 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

3.1.3.2.2. El Ministerio del Interior y de Justicia, es del criterio de que la demanda presenta defectos formales en cuanto al concepto de violación, pues si bien se indican las normas constitucionales que se estiman violadas, no se explica en detalle el alcance y sentido de su infracción. Y en cuanto al fondo del asunto, con similares argumentos a los expuestos por el Departamento Nacional de Planeación, advirtió que el demandante incurrió en yerros cuando definió la naturaleza del Decreto 855 de 1994 como un decreto extraordinario con fuerza de ley y al entender agotada la potestad reglamentaria fenecido el plazo de los seis (6) meses dispuesto por el parágrafo 2º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, lo cual lo llevó a inferir en forma equivocada que las normas acusadas del Decreto 2170 de 2002, se encontraban viciadas de ilegalidad por carencia de competencia del Ejecutivo.

3.1.3.3 Análisis de la Sala

Sea lo primero precisar que no le asiste razón al Ministerio del Interior y de Justicia, cuando en su escrito de oposición manifiesta que la demanda presenta defectos formales en cuanto al concepto de violación, pues es claro que en el caso concreto el actor señaló las normas de carácter superior violadas y adujo las razones por las cuales considera que éstas fueron vulneradas por las disposiciones impugnadas, lo cual cumple con el requisito previsto en el artículo 137 No. 4 del C.C.A. Por lo mismo, no resulta procedente la excepción de inepta demanda impetrada por el Ministerio del Interior y de Justicia, siendo menester estudiar de fondo la validez de esos argumentos.

En tal virtud, el problema jurídico que se desprende de los cargos, se contrae en indagar si los artículos demandados en cuanto regulan aspectos relacionados con la contratación directa violan los artículos 150 numeral 10 y 25, así como 189 numeral 11 de la Constitución Política, por falta de competencia del Gobierno Nacional al expedir el Decreto 2170 de 2002 e indebida utilización de sus facultades, dado que, se acusa, dictó normas con fuerza de ley en un asunto que, como el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, es de reserva del Legislador.

La Sala advierte que los cargos de la demanda no están llamados a prosperar, toda vez que, en verdad, como lo anotó la defensa, parten de unos supuestos y

premisas equivocados, en tanto el Decreto 855 de 1994 y, por ende, el Decreto 2170 de 2002 demandado que lo modificó, no tienen la categoría de de decretos leyes sino de decretos reglamentarios, según se pasa a explicar.

El Decreto 2170 de 2002, fue expedido el 30 de septiembre de 2002 por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, con el fin de reglamentar la Ley 80 de 1993, modificar el Decreto 855 de 1994 y dictar otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999, según se expresa en su epígrafe, y entró en vigencia el 1 de enero de 2003. Como se aprecia, en este decreto, como también se hizo en el Decreto 855 de 1994 que modificó, el Gobierno no invocó facultades extraordinarias para su expedición, sino las ordinarias de la potestad reglamentaria.

Al respecto, es importante anotar que, en un comienzo, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional adoptaron posiciones divergentes en relación con la naturaleza jurídica del Decreto 855 de 1994, por la confusión que en su momento suscitó la inclusión en el párrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 del término de seis (6) meses para la expedición de la reglamentación, teniendo en cuenta que la facultad reglamentaria es una atribución constitucional permanente y propia del Presidente de la República.

Sin embargo, en Sentencia de 22 de marzo de 2001, esta Sala manifestó lo siguiente a propósito de la naturaleza jurídica del Decreto 855 de 1994:

“...Diferentes posiciones se han adoptado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en relación con la naturaleza jurídica del Decreto 855 de 1994.¹⁰⁴ Considera esta Sala, sin embargo, que existen suficientes argumentos para concluir, sin lugar a dudas, que la norma citada tiene carácter reglamentario.

¹⁰⁴ Cita de la providencia transcrita: “Mediante auto de ponente del 8 de abril de 1997 (expediente 13.072), el Consejero Carlos Betancur Jaramillo inadmitió una demanda formulada contra el Decreto 1275 de 1995, por el cual se adicionó el Decreto 855 de 1994, por considerar que ambos tienen el carácter de decretos leyes, dado que la autorización contenida en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 “encaja en el nl. 10 del art. 150 de la Constitución y no en el nl. 11 del art. 189 de la misma”. Así las cosas, la competencia para conocer la demanda sería de la Corte Constitucional. Posteriormente, mediante autos de ponente del 3 de diciembre de 1997 y el 13 de diciembre de 2000 (expedientes D-1917 y D-3331), la Corte Constitucional inadmitió las demandas presentadas, respectivamente, contra el Decreto 1275 de 1995 y 855 de 1994, considerando que ambos son de naturaleza reglamentaria y la competencia para conocer las demandas correspondientes es, por lo tanto, del Consejo de Estado. Por lo demás, ésta última corporación se ha referido tangencialmente al carácter reglamentario del Decreto 855 de 1994, en varios pronunciamientos, entre los que se pueden mencionar las sentencias proferidas el 4 de julio de 1997 (expediente 9523) y el 28 de septiembre de 2000 (expediente 6178), por las secciones tercera y primera, respectivamente.”

“El Decreto 855 fue expedido por el Presidente de la República (...) y se invocaron las facultades conferidas por “el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el parágrafo 2º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993”.

“(...)”

“Considera la Sala que la expedición del reglamento a que se refiere este último parágrafo, en los términos textuales antes citados, constituye un caso típico de ejercicio de la potestad reglamentaria a que se refiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución. En efecto, se trata de dictar las normas que regulen el trámite y establezcan las demás disposiciones necesarias para la celebración de los contratos que, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, no requieren de licitación o concurso públicos. Existen, entonces, un contenido legal mínimo por desarrollar y unas reglas generales claras, que constituyen la orientación que requiere el Ejecutivo para expedir las normas que permitan la cumplida ejecución de la ley, y conforman, al mismo tiempo, su límite para el desarrollo de tal función.”

“Se observa que el mencionado parágrafo segundo indica que el Gobierno Nacional expedirá el reglamento de contratación directa “dentro de los seis meses siguientes” a la promulgación de la ley. Ha sido, precisamente, el establecimiento de este término lo que ha dado lugar al surgimiento de dudas respecto de la naturaleza del Decreto 855 de 1994, dado que la potestad reglamentaria del Presidente de la República, a diferencia de la facultad de expedir normas con fuerza de ley que excepcionalmente se le otorga, no tiene límite temporal.”

“Es claro, de acuerdo con lo expresado anteriormente, que los aspectos generales y básicos de la contratación directa han sido definidos por el legislador, y que, en consecuencia, el reglamento a que se refiere el parágrafo segundo del citado artículo 24 sólo podía tener por objeto el desarrollo de la norma legal, con el único fin de asegurar su cumplimiento. No obstante, se considera necesario hacer referencia al alcance de la disposición, en cuanto se refiere específicamente al deber del Ejecutivo de ejercer la potestad reglamentaria y establece un término para ello.”

“(...)”

“Es evidente, entonces, que si bien la mención que la ley haga de la potestad reglamentaria del Presidente de la República resulta inocua, dada su consagración constitucional, cuando aquélla establece un plazo para su ejercicio, resulta violada la Carta Fundamental. Así las cosas, la previsión en tal sentido contenida en el parágrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 contraviene la Constitución y debe ser, en consecuencia, inaplicada en este caso concreto.¹⁰⁵”

¹⁰⁵ Cita de la providencia transcrita: “En Sentencia del 18 de noviembre de 1999, expediente 10.158, la Sección Tercera del Consejo de Estado tuvo oportunidad de manifestarse sobre el entendimiento que debe darse al término previsto en una norma legal para su reglamentación por parte del Ejecutivo, y concluyó que dicho término puede ser considerado impulsor, esto es, previsto por el legislador con la intención de instar al Gobierno a expedir la norma que desarrolla el texto legal, dentro de un plazo conveniente para garantizar su debida aplicación, lo cual, en ningún caso, limita sus facultades, por lo cual no pierde competencia para expedir el reglamento cuando tal plazo expira.”

“Con fundamento en lo anterior, queda establecida la naturaleza reglamentaria de la norma demandada, por lo cual resulta clara la competencia de esta corporación para conocer el proceso, conforme a lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política. Por otra parte, los argumentos que acaban de exponerse permiten desechar de plano el primero de los cargos formulados en la demanda, relativo a la violación del párrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, por haberse expedido el Decreto 855 de 1994 por fuera del término previsto en aquél...”¹⁰⁶

Posteriormente, la Corte Constitucional, en Sentencia C-508 de 2002, se pronunció sobre la exequibilidad del párrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, definiendo con fuerza de cosa juzgada constitucional, de una parte, que la expedición de un reglamento de contratación directa no vulnera la Constitución Política¹⁰⁷, asunto al cual se hizo referencia en el cargo anterior pero que por la afinidad con los cargos que se estudian vale la pena precisar con las palabras de la citada corporación, así:

“...Aunque la potestad reglamentaria, como lo tiene establecido esta Corporación, la tiene el Presidente de la República en forma permanente y como atribución constitucional propia, es decir que no se requiere para su ejercicio de ninguna autorización por parte del legislador, el hecho de que en el párrafo acusado se haya hecho mención a esa posibilidad de reglamentación de la contratación directa, no lo hace inconstitucional, porque el Congreso no se limitó a enunciar el asunto a tratar como lo señala el actor, delegando en el Presidente la labor legislativa que le es propia, sino, se repite, estableció los parámetros generales y básicos de esa forma de contratar. No le asiste entonces razón al demandante cuando afirma que se atribuye al Ejecutivo una competencia que es exclusiva del Congreso al regular la contratación directa, pues resulta clara la existencia de un elemento esencial para ejercer la facultad reglamentaria, como es la preexistencia de un contenido material legislativo...” (Subraya la Sala).

Y de otra parte, la Corte Constitucional concluyó que el plazo de seis meses que se fijó en el párrafo del mencionado artículo se ajustaba a la Carta Política, así:

“...Si bien es cierto, el artículo 189, numeral 11 de la Carta, no contiene ninguna limitación temporal al Presidente de la República para el ejercicio de la potestad reglamentaria, ya que la cumplida ejecución de la ley como finalidad de dicha potestad, requiere que ella

¹⁰⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 22 de marzo de 2001, Exp. 9840. Para arribar a esta conclusión se basó la providencia en las Sentencias de la CORTE CONSTITUCIONAL C - 512 de 9 de octubre de 1997 y C-066 DE 1999, en la que en eventos similares se dijo en la primera que fijarle un término para ejercer la facultad reglamentaria era una disposición inocua y en la segunda que resultaba inexecutable.

¹⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 508 de 2000.

sea permanente, que pueda adaptarse a las circunstancias sociales de suyo cambiantes, y, en consecuencia que permanezca en el Presidente de la República mientras dure la vigencia de la ley sin que se extinga por su ejercicio, pues el reglamento inicial puede ser objeto de variación posterior cuando ello se requiera; cuando el legislador fija un plazo para que el Gobierno ejerza su facultad de reglamentar una ley, dicho término puede ser considerado como impulsor¹⁰⁸ con el fin de garantizar el efectivo cumplimiento de las leyes, en caso que el legislador considere que por la materia de que se trata se requiere de una pronta y urgente reglamentación. Pero dicho plazo, en todo caso no limita ni agota la posibilidad de que el Presidente de la República reglamente la ley en cualquier tiempo durante su vigencia. (...)

“De conformidad con lo expuesto, considera la Corte que el plazo fijado por el legislador al Presidente de la República para la expedición de un reglamento de contratación directa, no viola el artículo 189, numeral 11 superior, bajo el entendido de que dicho término no se convierte en una limitación temporal para el ejercicio de dicha facultad constitucional, pues como ha quedado establecido esa potestad no se agota y, en consecuencia puede ser ejercida en cualquier tiempo. Adicionalmente, la fijación de ese plazo en el caso sub examine, resulta congruente con el artículo 209 de la Constitución, si se tiene en cuenta que el inciso segundo del párrafo acusado dispone que si el Gobierno no expide el reglamento a que se ha hecho referencia, no podrá celebrarse directamente contrato alguno por ninguna entidad del Estado, so pena de nulidad, circunstancia que llevaría a la parálisis de la administración en detrimento de los intereses generales, en los eventos en que por ministerio de la ley se imponga la celebración de un contrato estatal a través de esa forma o manera de contratar.”¹⁰⁹

De acuerdo con lo anterior, se observa que, no obstante que las sentencias citadas difieren en cuanto a la consecuencia de haber incluido el plazo de los seis (6) meses en el citado párrafo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en cuanto en la primera se inaplica por haber sido considerado inconstitucional a la luz de la jurisprudencia constitucional vigente en esta materia y en la segunda se declara exequible por considerar que se trataba de un término “impulsor”, ambas coinciden en señalar que el término fijado en el párrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 no limita la facultad que tiene el Gobierno Nacional de dictar el reglamento de contratación directa por fuera de ese plazo y, por esta misma razón jurídica, tampoco le está vedado realizar en lo sucesivo modificaciones al

108 Cita de la providencia transcrita: “Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 10.158.”

109 CORTE CONSTITUCIONAL, Idem. Sentencia C- 508 de 2000. Para llegar a esta conclusión se fundamentó la Corte Constitucional en la Sentencia C-805 de 2001, oportunidad en la que entendió que no es contrario a la Constitución que la ley señale un término dentro del cual el Presidente deba expedir un determinado reglamento, pues “en determinadas leyes, para cuya aplicación sea imprescindible la expedición de un reglamento, no puede reputarse contrario a la Constitución que el legislador, para lograr la efectividad de una ley dentro de un límite temporal, establezca un plazo para la reglamentación de la misma.”

mismo o reglamentar otros aspectos, en ejercicio de la facultad reglamentaria a él otorgada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

En suma, se concluye que:

i) El Decreto 2170 de 2002 tiene naturaleza de decreto reglamentario y no de extraordinario, toda vez que fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria, porque no se trata de una materia en la que se requiera del otorgamiento de facultades extraordinarias para la expedición de normas con fuerza de ley.

ii) La facultad del Gobierno Nacional en relación con el tema de la contratación directa no se agotó con el vencimiento del plazo de seis (6) meses establecido en el párrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, ni menos aún con la expedición del Decreto 855 de 1994, por cuanto la Constitución Política y la ley le otorgan competencia al Ejecutivo para reglamentar la materia y modificar el reglamento expedido obedeciendo los principios en ella establecidos, tal y como la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa lo tienen dilucidado.

iii) En consecuencia, los preceptos demandados del Decreto 2170 de 2002, artículos 1 párrafo 1, 2 párrafo 1º, 7, 10, 11, 13, 16, 17, 19, 20, 21 párrafo 1º, 23 (parcial) y 29 (parcial) del Decreto 2170 de 2002, por los motivos estudiados en este cargo, no infringen los artículos 150 numerales 10 y 25 inciso 2º y 189 numeral 11 de la Constitución Política, por haber invadido el Gobierno Nacional una materia de reserva del Congreso, dado que en el estatuto general de contratación el Legislador estableció los parámetros y las bases de la contratación directa -contenido legal- y sujetó su realización y cumplimiento a la reglamentación que expidiera el Gobierno Nacional, en desarrollo de la facultad reglamentaria a él otorgada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

En este orden de ideas, el presente cargo no tiene mérito para ser acogido en sede de nulidad y, por lo mismo, no prospere.

3.2. Cargos contra normas individuales

3.2.1. Cargos contra el artículo 3 del Decreto 2170 de 2002: Incompetencia del Presidente de la República para determinar los casos en que se aplique la audiencia pública y las condiciones bajo las cuales se realizará.

3.2.1.1. Texto de la norma demandada

“Artículo 3°. *Audiencias de Adjudicación.* La decisión de que la adjudicación de una licitación o concurso tenga lugar en audiencia pública, podrá ser adoptada por el Contralor General de la República en los términos previstos en el artículo 273 de la Constitución Política, o de oficio por la entidad estatal, en cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia. En ella podrán participar los oferentes, las organizaciones de veeduría ciudadana, los medios de comunicación, y cualquier persona que lo desee.

Sin perjuicio de lo anterior las entidades procurarán que la adjudicación de las licitaciones o concursos públicos tenga lugar en audiencia pública.

La audiencia se celebrará en las condiciones establecidas en el pliego de condiciones o términos de referencia y observando las siguientes reglas:

1. La audiencia podrá cumplirse en dos etapas y desarrollarse en días diferentes.
2. La audiencia se llevará a cabo con el propósito de presentar el proyecto de respuesta a las observaciones presentadas por los oferentes en la oportunidad establecida en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, así como para escuchar a estos en relación con la falta de respuesta a observaciones presentadas dentro del término legal o para señalar cuando alguna de éstas haya sido resuelta en forma incompleta, en intervenciones de duración limitada. Haciendo uso del mismo período de tiempo podrán intervenir las demás personas presentes.
3. En el acto de adjudicación se deberán resolver todas las observaciones formuladas en la oportunidad establecida en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Parágrafo. La comunicación a que se refiere el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 se podrá surtir a través del empleo de un mensaje de datos en aquellos casos en que la entidad cuente con la infraestructura tecnológica y de conectividad que asegure la inalterabilidad del documento.”¹¹⁰

3.2.1.2. Normas violadas y concepto de la violación

¹¹⁰ Suspendido provisionalmente por la Corporación mediante Auto de 27 de noviembre de 2003 (Exp. 25.206), excepto su parágrafo, medida confirmada en Auto de 13 de mayo de 2004.

El accionante JUAN MANUEL ORTIZ GUEVARA (Exp. No. 25.206) ataca el artículo 3 del Decreto 2170 de 2002, por cuanto considera que infringe los artículos 121, 150 inciso final y 273 inciso segundo de la Constitución Política, y el numeral 10 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

En su exposición manifiesta que la estructura del proceso de selección y las reglas para efectuar la licitación o el concurso públicos, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 273, inciso 2º, de la Carta Política, está señalada por el artículo 30 numeral 10 de la Ley 80 de 1993 y en parte alguna de esta disposición se menciona la realización de una audiencia en etapas diferentes o en intervalos de días, o la posibilidad de preparar borradores de respuesta a las observaciones presentadas por los proponentes, o la posibilidad de limitar la intervención de los participantes y oferentes.

En consecuencia, para el demandante el artículo 3 del Decreto 2170 de 2002, contradice flagrantemente lo dispuesto en las normas de orden constitucional y legal citadas, dado que el Presidente de la República carece de competencia para regular mediante un simple decreto la forma, las reglas y las condiciones en que se realiza la audiencia pública en una licitación o concursos públicos.

3.2.1.3. La oposición

El Ministerio del Interior y de Justicia, argumentó en defensa de la norma acusada que, del contenido del artículo 273 de la Carta Política, no puede afirmarse que exclusivamente el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal puedan disponer la adjudicación en audiencia pública, pues si bien la norma regula el ejercicio del control fiscal de la gestión contractual de la administración, no pretende regular la actividad contractual en sí misma, respecto de la cual el representante legal es quien tiene la competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones y concursos y, en general, para adelantar la gestión contractual, bajo los lineamientos de la Ley 80 de 1993 (arts. 11 y 26 No.5).

Sostuvo que la adjudicación en audiencia pública no establece reglas y condiciones diferentes a las señaladas por el Legislador, dado que no implica la omisión de la resolución motivada de la decisión conforme lo exige el artículo 30,

numeral 11, de la Ley 80 de 1993, ni conlleva modificación alguna a la manera como se debe efectuar la evaluación de las propuestas y las condiciones bajo las cuales se ha de realizar y, por el contrario, constituye un mecanismo de garantía de transparencia y publicidad en la gestión contractual.

Finalmente, manifestó que el demandante omite realizar una interpretación integral y sistemática del artículo 273 de la Constitución Política y de las normas del Estatuto General de la Contratación de la Administración, de las cuales se deduce que la audiencia pública es un mecanismo para lograr mayor transparencia en la contratación, sin que, por lo mismo, sea válido sostener que la administración no pueda establecer en este ámbito esquemas más exigentes y voluntariamente disciplinarse más allá de lo que le impone la ley.

3.2.1.4. Análisis de la Sala

Para la Sala no militan razones que permitan variar su posición jurídica inicial en torno a la clara ilegalidad del artículo 3 del Decreto 2170 de 2002 demandado, y que motivó la suspensión provisional del mismo mediante providencia de 27 de noviembre de 2003 -confirmada en auto de 13 de mayo de 2004-, en los siguientes términos:

“...Para la sala es evidente que el artículo 3 del decreto 2170 de 2002, contradice las normas constitucionales y legales citadas, razón por la cual se procederá a decretar la suspensión provisional del mismo, por las siguientes razones:

Tanto el art. 273 de la Constitución como el numeral 10 del art. 30 de la ley 80 de 1993, establecen que la adjudicación de una licitación debe realizarse en audiencia pública cuando así lo solicite cualquiera de los proponentes al Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes. Así mismo, la ley señaló las personas que debían intervenir en ella: el jefe o representante de la entidad, o en quien delegue, los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluaciones, los proponentes y las demás personas que deseen asistir.

Cuando el artículo 3 del decreto 2170 de 2002, al reglamentar las audiencias de adjudicación amplía la posibilidad de que se realicen de oficio si así lo decide la entidad estatal, excede la norma reglamentada. Igualmente, al establecer las reglas para la celebración de dicha audiencia pública invade un campo que la Constitución en el art. 273 le reservó a la ley. Por consiguiente, deberá suspenderse en forma

provisional sus efectos, a excepción de lo dispuesto en el párrafo de la norma, como quiera que reglamenta un asunto diferente...”¹¹¹

En efecto, el artículo 3 del Decreto 2170 de 2002 deviene ilegal, por cuanto de conformidad con el inciso segundo del artículo 273 de la Constitución Política, es la ley la que debe señalar los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública y las condiciones en que ésta se realiza, y no al Gobierno Nacional, a quien no le es dable variar la estructura prevista en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 por el Legislador, y en particular adicionar eventos fuera del previsto en el numeral 10 *ibídem* para la realización de dicha actuación.

En relación con los argumentos expuestos por el Ministerio del Interior y de Justicia, la Sala reitera que es cierto que las actuaciones de las autoridades deben ser públicas, como una manifestación del principio de transparencia (art. 24 ordinal 3o), pero allí, la ley señaló, precisamente, como desarrollo de ese principio, que se debe permitir “el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.” Y, además, que si el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 indica que el acto de adjudicación debe notificarse cuando ésta se realice mediante resolución motivada y que debe comunicarse a los no favorecidos cuando aquélla no se lleva a cabo en audiencia pública, no significa, como lo insinúa el opositor, que la entidad pública se encuentre facultada para adicionar los eventos previstos en la ley en los que la adjudicación debe realizarse utilizando el mecanismo de la audiencia pública.¹¹²

Recuérdese que la disposición reglamentaria se encuentra en inferior posición a ley, y está sometida y limitada en su contenido y alcance a lo que disponga la norma superior, razón por la que no puede el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria, modificar o crear nuevas hipótesis a la indicadas en la norma legal o extender su alcance a situaciones no contempladas en ella. Si excede la potestad reglamentaria y se atribuye una facultad que no le es propia, termina por invadir la órbita del Legislador, caso en el cual las normas que en estas circunstancias expida deben ser anuladas por falta de competencia y, por ende, al estar viciadas de ilegalidad.

¹¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Auto de 27 de noviembre de 2003, Exp. 25.206.

¹¹² Ver. Auto de 13 de mayo de 2004, Exp. 25.206.

Así las cosas, mientras que la ley disponga que el acto de adjudicación tiene lugar en audiencia pública “en el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política” (o sea, cuando ésta la ordene el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes por solicitud de cualquiera de los proponentes) y no determine otros casos en los que se pueda acudir a este mecanismo (num. 10 art. 30 de la Ley 80 de 1993), es evidente que la norma reglamentaria la excede cuando prescribe que, igualmente, puede disponerse “de oficio por la entidad estatal”, por cuanto la ley no señaló que la misma entidad contratante pudiera ordenarla.¹¹³

Por lo expuesto, resulta procedente acceder a la declaratoria de nulidad del artículo 3 del Decreto 2170 de 2002, a excepción de su párrafo que reglamenta un asunto diferente, por exceso en la facultad reglamentaria, con lo cual se vulneraron los artículos 121¹¹⁴, 150 inciso final¹¹⁵ y 273 inciso segundo de la Constitución Política, y el numeral 10 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

3.2.2 Cargos contra el artículo 4 del Decreto 2170 de 2002: i) Incompetencia del Presidente de la República para determinar los criterios de evaluación y calificación de la selección objetiva; ii) Infracción del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y de los artículos 25 inciso 2º y 29 de la Ley 80 de 1993.

3.2.2.3. Texto de la norma demandada

¹¹³ “Tampoco puede afirmarse que la decisión de la administración de realizar la adjudicación por audiencia pública esté autorizada por el art. 5º del decreto 287 de 1996, el cual reglamentó los artículos 24, 25, 29 y 30 de la ley 80 de 1993, ya que dicha norma fue derogada, expresamente, por el art. 29 del decreto 2170 de 2002.”, según se señaló en el Auto de 13 de mayo de 2004, Exp. 25.206.

Sin embargo, anota la Sala que la Ley 1150 de 16 de julio de 2007 derogó el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 -art. 32- y en su lugar estableció para efectos de la adjudicación: “Artículo 9º. De la adjudicación. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.” Norma esta que entró en vigencia al momento de su promulgación, según el párrafo del artículo 33 ibídem, pero que en manera alguna purga la ilegalidad de la disposición, sino que, por el contrario, ratifica el entendimiento y criterio que a este respecto otorgó la Sala al suspenderla provisionalmente, por cuanto es el Legislador quien con fundamento en la Constitución Política –inciso segundo artículo 273-, tiene la competencia para fijar los casos en que procede la realización de la audiencia pública para la adjudicación en los procesos de licitación pública.

¹¹⁴ ARTICULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

¹¹⁵ ARTICULO 150. (Inciso final) Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.

“Artículo 4°. *Del deber de selección objetiva.* En desarrollo de lo previsto en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y en relación con los procesos de selección, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o términos de referencia, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad administrativa, operacional y financiera del oferente serán objeto de verificación de cumplimiento pero no de calificación, sin perjuicio de lo previsto en el numeral 4° del presente artículo.

2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación matemática precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos y siempre que la misma resulte coherente con la consulta de precios o condiciones del mercado, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 del presente decreto.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1° del presente artículo, para la contratación que tenga como objeto la adquisición o suministro de bienes con características uniformes, las entidades estatales tendrán en cuenta como únicos factores de evaluación aquellos relacionados con el precio y la garantía de calidad de los bienes ofrecidos.

4. Para la contratación que tenga por objeto la prestación de servicios especializados, se hará uso de factores de calificación destinados a valorar primordialmente los aspectos técnicos de la oferta, así como la experiencia relevante del oferente en el campo de que se trate.

En los procesos para la adquisición de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional, se preferirá la aplicación de las normas contenidas en el presente decreto cuando ello sea posible.

Parágrafo. En desarrollo de lo previsto en el inciso 2° del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los documentos y requisitos allí relacionados podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.”¹¹⁶

3.2.2.2. Normas violadas y concepto de la violación

Para el demandante JUAN MANUEL ORTIZ GUEVARA (Exp. No. 24.524), a pesar de que la experiencia, capacidad operativa, etc., son conforme al artículo 29 de la Ley 80 de 1993, criterios de escogencia para la adecuada selección objetiva, el Decreto 2170 de 2002, so pretexto de reglamentar la ley, los modificó sin tener competencia, por cuanto la fijación de esos criterios está reservada por la Carta

¹¹⁶ Suspendido provisionalmente por la Corporación mediante Auto de 1 de abril de 2004 (Exp. 26.105), excepto su parágrafo, medida confirmada en Auto de 23 de septiembre de 2004.

Política al Legislador mediante ley. Por tanto, en su opinión, todo el artículo 4 debe ser declarado nulo por violación a los criterios señalados en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y por falta de competencia según los artículos 150 inciso final y 273 inciso segundo de la Constitución Política.

Por su parte, el actor GUILLERMO SEBASTIÁN RINCÓN URIBE (Exp. 26.105), es de similar concepto, en tanto para él los numerales 1 a 4 del artículo 4 demandado, infringen el numeral 11 del artículo 189 superior y el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, anota que el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, al regular el deber de selección objetiva, fijó como factores de escogencia, ponderación y calificación el cumplimiento, la experiencia, la organización, los equipos ofrecidos, el plazo y el precio, y en él no se hizo distinción sobre los procesos contractuales -licitaciones públicas o concursos públicos o contratación directa- o al objeto de los mismos -adquisición de bienes o prestación de servicios especializados o contratación de obras civiles o interventorías o concesiones o exploración y explotación de recursos naturales- en los cuales se deben aplicar y, por el contrario, ordena que lo sea en todos los eventos.

De otra parte, al analizar los numerales del artículo 4 cuya nulidad se pretende, encuentra este último demandante que en ellos se hacen restricciones, distinciones, adiciones y modificaciones conceptuales que no corresponden a la norma que se dice reglamentar, así:

i.) En el numeral 1 la modifica, pues mientras en la norma legal la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad administrativa, operacional y financiera del proponente -incluidos dentro del concepto de organización- son factores de calificación, en el reglamento son factores de cumplimiento;

ii.) En el numeral 2º la restringe, puesto que, de una parte, considera únicamente como factores de escogencia y ponderación los “técnicos y económicos”, que entiende como equipos ofrecidos y precio, sin tener en cuenta los otros factores citados y, de otra, establece que la favorabilidad la constituye solamente la consulta de precios o condiciones del mercado, cuando “...la norma legal contempla como factores de favorabilidad el más bajo precio y el plazo ofrecidos...”

iii.) En el numeral 3º la contradice, dado que para la adquisición de bienes de características uniformes tiene en cuenta como únicos factores el precio y la garantía de calidad de los bienes ofrecidos, omitiendo los otros factores - cumplimiento, experiencia, organización y plazo- e incorpora uno nuevo -garantía de calidad de los bienes ofrecidos-.

iv.) En el numeral 4 la vulnera, por cuanto dispone que en los procesos que tengan por objeto la prestación de servicios especializados la calificación se hará primordialmente sobre los aspectos técnicos de la oferta y la experiencia, incurriendo en idénticos vicios a los señalados en precedencia.

Finalmente, este demandante acusa el párrafo del artículo 4 del Decreto 2170 de 2002, como violatorio del artículo 25, numeral 15 inciso 2º, de la Ley 80 de 1993, por las razones que se expondrán más adelante al resolver el cargo formulado contra el mismo.

3.2.2.3. La oposición

3.2.2.3.1. El Ministerio del Interior y de Justicia, precisó que no era cierto que a través del artículo 4 demandado, el Ejecutivo haya modificado los criterios dispuestos por el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y que se deben tener en cuenta para la evaluación y calificación de las propuestas en la contratación directa, puesto que la norma reglamentaria hace referencia a todos los factores y señala claramente que la oferta más favorable será aquella que resulte ser más ventajosa para la entidad, sin tener en cuenta factores diferentes a los contenidos en los respectivos documentos.

3.2.2.3.2. El Departamento Nacional de Planeación, adujo que no resulta cierto que se haya excedido la facultad reglamentaria, toda vez que los factores contenidos en la norma acusada son los mismos que en forma enunciativa -y no imperativa- consagra el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y no se modifican, de manera que, siguiendo los parámetros establecidos por la ley, conforme a la cual la selección del ofrecimiento más favorable debe ser ajena a cualquier clase de motivación o consideración subjetiva, el reglamento centra la calificación en el contenido de la oferta, previa evaluación de las condiciones del proponente.

Así, mencionó que la norma acusada establece criterios de evaluación de los factores de escogencia del contratista en dos niveles cuya proporcionalidad resulta necesaria: en el primero, como requisito habilitante para participar en el proceso de selección, condiciones referidas a su experiencia, capacidad jurídica, administrativa, operacional y financiera, y en el segundo, los factores objeto de calificación, las condiciones propias de la oferta, referida a aspectos técnicos y financieros, de donde se deduce que unos y otros sirven para la escogencia del contratista.

Señaló, entonces, que en el desarrollo reglamentario previsto, se fijó el alcance de la evaluación que debe darse a los factores de escogencia en los procesos de selección y se desentrañó el verdadero alcance del deber de selección objetiva, representado en que las condiciones subjetivas no condicionen la adjudicación del contrato, lo que responde a la preocupación de que se elaboren condiciones a la medida de proponentes determinados, y en el entendido de que en cumplimiento del deber de selección objetiva los criterios para la valoración de la ofertas se deben adecuar a las características del negocio contractual en particular.

Por último, agregó que, si la valoración de los factores de escogencia referidos al proponente se califica, deviene en inoperante el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, pues cualquier aclaración que se solicite a los oferentes sobre su contenido, deberá entenderse como modificación a la oferta, lo cual resulta contrario a la ley; pero, si se permite que tales factores sean tenidos como requisitos habilitantes para participar en el proceso de selección, se estará honrando los principios de economía, igualdad y transparencia que deben informar al proceso contractual, y se posibilita el acceso a proponentes que no contaban con un aparato operativo y financiero comparable al de las grandes empresas.

3.2.2.3.3. El Ministerio de Transporte, manifestó que tratándose de la potestad reglamentaria de la Ley 80 de 1993, es posible afirmar que el reglamento de sus normas no tiene, en principio, espacios vedados, aún en relación con los criterios de selección, lo cual no ha sido inusual pues ante casos similares ya se ha superado el control de legalidad (cita en apoyo las Sentencias de 2 de febrero de 2001 Exp. 18.059 y de 1 de junio de 2000 Exps. 12038 y 14092), lo que responde al denominado principio de colaboración reglamentaria.

En su criterio, en la norma demandada se reglamentó el concepto jurídico indeterminado “ponderar” contenido en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, para lo cual se precisó lo que se debía hacer o cómo debía cumplir esa tarea la administración, pero manteniendo el mandato del Legislador de que los factores los escoja la entidad.

Puntualizó que el demandante incurre en una imprecisión, por cuanto el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 se refiere a los factores de escogencia y de ponderación no de calificación, razón por la cual la evaluación bien se puede hacer con el criterio de cumplir exigencias mínimas del pliego para ser admitido o rechazado, ora con el otorgamiento de puntos para medir a los oferentes, o a través de una combinación de estos dos sistemas.

A su juicio, el artículo 4 acusado no contradice el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, porque no prohíbe utilizar los criterios de selección que en forma enunciativa en éste se establecen; las entidades, según los numerales 1, 2 y 4 de la norma acusada, están en libertad de escoger entre los factores más adecuados y lo único que ella dispone es que cuando sean los de experiencia, capacidad jurídica, administrativa, operacional o financiera los debe considerar como criterios de admisión o de rechazo y no de valoración con puntos, lo cual no significa que no se puedan establecer o no se estén evaluando.

Aclaró que, cuando el numeral 3 del artículo 4 señala que *“sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1” del presente artículo*”, para la valoración de las ofertas de bienes de características uniformes se considerarán factores de precio y garantía, está diciendo que las entidades pueden tener en cuenta, si lo desean, la experiencia y la capacidad administrativa, operacional y financiera.

En cuanto al cargo de violación del artículo 25, numeral 15, de la Ley 80 de 1993, manifestó que es absurdo pretender la ilegalidad del párrafo del artículo 4 en estudio, sobre la base de que éste no indicó cuáles documentos son subsanables, pues el decreto en este tema no tocó la ley, la cual se debe seguir aplicando para resolver este problema, como tampoco por haber determinado el momento en el cual la entidad puede hacer uso de esta facultad, aspecto susceptible de reglamentar para hacer aplicable la citada norma.

3.2.2.4. Análisis de la Sala

Plantean los actores la nulidad del artículo 4 del Decreto 2170 de 2002, porque, a su juicio, el Gobierno Nacional, sin competencia para ello, modificó el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, relacionado con el deber de selección objetiva, al determinar en forma diferente la manera de evaluar y valorar las propuestas, e introducir la posibilidad de subsanar por parte de los oferentes los requisitos y documentos referentes a la futura contratación o al proponente en cualquier momento del proceso de selección y hasta la adjudicación, pero sin explicar cuáles de ellos.

La Sala declaró la nulidad de la disposición demandada, por considerar que persisten las razones de ilegalidad expuestas en las providencias de 1 de abril y 23 de septiembre de 2004 en las que se suspendió provisionalmente, según se pasa a explicar:

i) Las normas que se señalan contrariadas son los artículos 150 inciso final y 189 numeral 11 de la Constitución Política, que, en su orden, establecen competencias constitucionales relacionadas con la reserva del Legislador para expedir mediante ley el estatuto general de la contratación de la administración pública y la atribución de la potestad reglamentaria al Presidente de la República.

Las otras dos normas son el artículo 272 superior, que, en su inciso segundo, dispone que en “[l]os 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”, y el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, disposición legal esta última que es el soporte central que estructura el primer cargo, como que el mismo consagra el deber de selección objetiva que se dice reglamentar en la norma demandada.

ii) El texto del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, es el siguiente:

“Artículo 29. Del deber de selección objetiva. La selección de contratistas será objetiva.

“Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

“Ofrecimiento más favorable es aquel que teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o

términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación.

“El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello (...)”.

El deber de selección objetiva, previsto en la norma que antecede, como se explicó al comienzo de esta providencia, constituye uno de los principios más importantes de la contratación pública, dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de los demás, como que con él se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de igualdad, libre concurrencia, imparcialidad, buena fe, transparencia, economía y responsabilidad.

Se cumple con el deber de escogencia objetiva, de conformidad con el artículo 29 transcrito, cuando la selección del ofrecimiento: a) es ajena a cualquier consideración subjetiva, como las motivaciones personales o familiares, o discriminatorias, como aquellas políticas, de religión, sexo o raza; b) es producto de aplicar y ponderar los factores y criterios de selección que en función a la específica necesidad haya fijado la administración en los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia; y c) consulta o es congruente con los precios y condiciones del mercado.

Para que la selección sea objetiva, entonces, es menester que se realice con sujeción al conjunto de factores o criterios adoptados por la entidad pública en los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia, por cuanto se trata de una actividad que no es discrecional sino reglada de la administración, que se debe ceñir a unas reglas justas, claras y objetivas, que permitan la escogencia de la oferta más favorable.

En este sentido, el pliego de condiciones o los términos de referencia que se deben confeccionar por la entidad pública en forma previa a la apertura de un

proceso de selección, se erigen en la base fundamental de este deber, pues permiten concretar el concepto jurídico indeterminado “favorabilidad” en la escogencia del ofrecimiento, comoquiera que en ellos se plasman los criterios y factores de escogencia que constituyen las reglas de juego que permitirán determinar la oferta más ventajosa para la administración. Así, el Legislador, en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, indicó que para determinar cuál es el ofrecimiento más favorable se deben tener en cuenta *“los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad...”*.

Es conveniente recordar que la jurisprudencia ha recalcado que el pliego de condiciones constituye la ley del proceso de licitación y del contrato a celebrar con ocasión a él, como quiera que se traduce en un conjunto de prescripciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la Administración, con efectos obligatorios tanto para ella como para los oferentes, en las que se recogen las condiciones y reglas de procedimiento, jurídicas, técnicas, económicas y financieras que disciplinan el desarrollo y etapas del proceso de selección y la futura relación con el adjudicatario, para asegurar así el interés público que busca la entidad y otorgar en el proceso plenas garantías e igualdad de oportunidades a los oferentes y eventuales contratistas.¹¹⁷

En relación con la función que cumplen los pliegos de condiciones en orden a garantizar el deber de selección objetiva, los requisitos de participación y los criterios de selección que en ellos se consignan y la construcción de los mismos de acuerdo con las necesidades de la contratación en el marco del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, la Sala ha sostenido lo siguiente:

“...los pliegos de condiciones están llamados a establecer los requisitos de participación de los oferentes y los criterios o factores de evaluación o calificación de sus ofertas; unos y otros, deben llevar como única impronta el fin general perseguido con la contratación propuesta.

¹¹⁷ Ver –entre otras-: CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de mayo de 1999, Exp. 12.344.

“Los primeros, permiten la participación de los sujetos, esto es, habilitan jurídica, financiera o técnicamente la concurrencia de los interesados al proceso y, por ende, conciernen a la idoneidad de los oferentes; y los segundos, posibilitan la selección de la propuesta, esto es, están referidos a calificar la oferta, a darle un puntaje, para establecer el mérito de la misma frente al objeto a contratar y, por ende, tienen una conexión directa con la particular necesidad, esto es, una connotación sustancial para la escogencia de la oferta más favorable a los intereses de la entidad.

“La elaboración de los pliegos de condiciones debe realizarse, entonces, consultado los fines perseguidos con la contratación estatal, en cumplimiento del artículo 3 de la Ley 80 de 1993¹¹⁸, de manera que las cláusulas del mismo están sujetas y circunscritas al objeto del proceso y su eficacia y validez deben girar en torno a la función que emerge de las particulares necesidades reales que pretende satisfacer la administración. Por esta razón, los criterios de selección de la propuesta en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la ejecución del objeto perseguido con la contratación, deben ser útiles, indispensables y determinantes para el propósito de comparar los aspectos sustanciales de los ofrecimientos, en forma tal que se pueda escoger entre ellos el que resulte más favorable.

“En suma, es menester que los criterios de selección que se fijen en los pliegos de condiciones o términos de referencia, permitan a la administración seleccionar una óptima propuesta, útil para la ejecución del contrato ofrecido mediante la invitación, convocatoria o llamado a licitar; o, en las voces del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, tendientes a escoger el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, entendido éste como aquel que resulta ser el más ventajoso para la entidad, luego de tener en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, entre otros, y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia.

“De ahí que la Sala considere que, si bien la Administración goza de autonomía en la elaboración de los pliegos de condiciones o términos de referencia de acuerdo con sus particulares necesidades, no es menos cierto que ella está enmarcada en los fines de la contratación estatal y, por consiguiente, los criterios de selección susceptibles de calificación, deben ser congruentes con ellos y comprender los elementos necesarios para llevar a cabo el contrato en las condiciones de modo, tiempo y lugar requeridas por ella. La objetividad que reclama la Ley 80 de 1993 en la contratación estatal, en varias de sus disposiciones, solo se cumple a condición de que existan en los pliegos de condiciones o términos de referencia reglas necesarias al fin del contrato.^{119,120}

¹¹⁸ El artículo 3 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que “Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”.

¹¹⁹ Artículos 3; 24 numeral 5, apartes a) y b); 25 numeral 1, 2 y 3; 29 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993.”

¹²⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de abril de 2006, Exp. 16.041.

Según lo expuesto en la anterior jurisprudencia, los criterios de selección varían en cada proceso y dependen de una adecuada etapa de planeación que efectúe la entidad para adelantar el proceso de licitación pública o concurso de méritos, es decir, de la realización de unos apropiados estudios previos que aseguren la consagración de unos criterios de selección esenciales, que le permitan a la entidad un grado de certeza de que la propuesta a escoger garantizará el desarrollo del objeto contractual materia de la adjudicación en el proceso de selección (artículos 24 numeral 5, apartes b y c; 25 numeral 3 y ss.; y 26 numerales 1 y 3, entre otros, de la Ley 80 de 1993).

Con otras palabras, los pliegos de condiciones o los términos de referencia, que se deben elaborar por la entidad pública con la debida antelación a la apertura del proceso (numerales 5 y 12 del artículo 25 en concordancia con el numeral 2º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993), son los instrumentos que hacen realidad el deber de selección objetiva, como quiera que determinan las reglas que posibilitan la selección de la propuesta más favorable.

En efecto, en los pliegos se debe identificar claramente el objeto del proceso de selección, sus especificaciones técnicas, cualidades, costo y cantidades; las cualidades que, en forma proporcional con el objeto definido, serán exigidas a los interesados en participar, esto es, las condiciones de experiencia, capacidad técnica y de solvencia económica necesarias para la escogencia de un contratista idóneo en el suministro de los bienes y servicios requeridos por la entidad pública; los criterios de selección, esto es, la pluralidad de elementos y aspectos objetivos de las propuestas que serán evaluados, tales como precio, plazo, calidad, experiencia, cumplimiento, organización y equipos etc., y que considerados en su conjunto permitirán determinar la propuesta más favorable, mediante un simple cotejo entre ellos y la información contenida en cada ofrecimiento, para lo cual se debe contemplar, su ponderación clara y detallada, es decir, el peso o valor exacto que tendrá cada uno de los mismos en la calificación total de la propuesta.¹²¹

Por eso, el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, mencionó con carácter enunciativo y no taxativo, algunos factores de selección, dado que ellos pueden variar en tanto dependen de la naturaleza misma del objeto a contratar, lo cual, bajo la filosofía de dicha norma, le corresponde determinar directamente a la entidad pública que va a

¹²¹ Cfr. ESCOBAR GIL, Rodrigo, Ob cit.. págs. 72 a 80.

contratar, quien está en la obligación de hacerlos constar en forma expresa, clara, detallada y concreta en el pliego de condiciones o en los términos de referencia que regirán el respectivo proceso de selección, con la explicación del contenido, alcance, peso y valor de cada uno, así como la manera en que van a ser ponderados y evaluados para escoger la oferta más ventajosa.

En síntesis, la ley le otorgó la facultad a la administración para establecer los factores o criterios de selección que utilizará para la escogencia de la oferta más favorable, teniendo en cuenta las necesidades del servicio y con sujeción al interés general.

iii) Mediante Auto de 1 de abril de 2004 (expediente 26.105, actor: Guillermo Sebastián Rincón Uribe), confirmado en Auto de 24 de septiembre de ese mismo año, la Sala suspendió provisionalmente el artículo 4 demandado, excepto su párrafo, pues al confrontarla con el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, cuyo contenido fue explicado, señaló:

“La sala considera que las razones de orden legal que expone el actor son suficientes para que se suspendan provisionalmente los efectos de la norma acusada, como quiera que de su confrontación con los preceptos invocados de la ley 80 de 1993, resulta evidente que el reglamento excedió la ley.

“En efecto, el artículo 29 de la ley 80 de 1993 parte del principio de que la selección del contratista siempre será objetiva y al definir que se entiende por ofrecimiento más favorable, exige la ponderación de diferentes factores de escogencia: cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo y precio, que la ley relaciona en forma enunciativa mas no taxativa.

“Cuando la norma acusada distingue entre factores de cumplimiento y factores de calificación y establece que la oferta más favorable se obtiene “teniendo en cuenta factores técnicos y económicos”, solamente deja de lado otros que la ley no excluye.

“Al señalar qué factores debe tener en cuenta la administración pública de acuerdo con el tipo de contrato, como lo hacen los numerales 3 y 4 del art. 4º del decreto 2170, descarta factores como el cumplimiento, la experiencia, la organización y el plazo, que de acuerdo con la ley pueden incluirse en los pliegos de condiciones o términos de referencia, cuando la administración los considere necesarios y pertinentes para la selección del contratista, facultad que limita el decreto reglamentario.¹²²

¹²² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 24 de septiembre de 2004. Exp. 26.105.

iv) Coinciden las entidades opositoras en que la disposición reglamentaria no vulnera el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, ni la reserva de la ley para la evaluación de las propuestas que estableció el artículo 273 de la Constitución, como en que no hubo exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria, pues, al contrario, la desarrolla, evita la subjetividad en la evaluación de las propuestas y, por lo mismo, no se encuentra viciada de ilegalidad.

Sin embargo, la Sala insiste en que, de una confrontación entre el precepto legal y el reglamentario, se infiere que mientras el artículo 29 de la ley 80 de 1993 señala que *“...ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia... resulta ser el más ventajoso para la entidad...”*, el artículo 4º del Decreto 2170 de 2002 agrupó los anteriores factores en unos de escogencia y otros de calificación y determinó cuáles de esos factores son objeto de verificación de cumplimiento (capacidad jurídica, administrativa, operacional, y financiera del oferente y condiciones de experiencia); cuáles de calificación (los técnicos y económicos) y de acuerdo al objeto del contrato define que sólo lo serán la garantía de calidad de los bienes (caso previsto en el numeral 3) y la experiencia del oferente (numeral 4).

Por ello, cabe traer a colación lo expuesto al confirmar la medida de suspensión provisional, en Auto de 23 de septiembre de 2004, en los siguientes términos:

“...Sin perjuicio de la acuciosidad (...) en explicar el porqué el decreto reglamentario distinguió entre “factores de cumplimiento” y “factores de calificación” y que ello no es contrario a la evaluación que enseña el art. 29, lo que hace el artículo 4o del decreto 2170, es agrupar los factores de evaluación, separar los subjetivos de los objetivos, lo cual conduce a la sala a concluir que el reglamento sí introduce cambios significativos en la forma de evaluación y valoración de las propuestas que no señaló la ley, en tanto ésta lo que quiso fue que la entidad pública contratante definiera las condiciones de contratación en los pliegos de condiciones o términos de referencia, o en la invitación y escogiera la propuesta más favorable teniendo en cuenta los factores de escogencia que defina la entidad. Es a ésta a la que corresponde definir los factores que se adecúen a las características del contrato, ya sea para la admisión o para el rechazo de las ofertas y cuáles serán los factores calificables.”

“Basta reparar que así lo entienden (...), cuando en sus escritos manifiestan que “las entidades estatales pueden perfectamente escoger de entre los factores que prefieran los criterios de selección más adecuados”.

“La censura *prima facie* que la sala encuentra al art. 4 demandado, es que precisamente le ordena a las entidades públicas que “si escoge la experiencia, la capacidad jurídica, administrativa, operacional o financiera los debe considerar como criterios de admisión o de rechazo y no de valoración con puntos”, cuando estas limitaciones no fueron previstas por la ley.

“Mientras la ley mantenga en las entidades públicas la libertad de escoger los criterios de selección, estará en ellas la potestad de determinar cuales entonces verificará como de cumplimiento y cuales calificará, y el reglamento contraría la ley cuando los distingue, en tanto si bien es cierto al margen de que podrá escoger cuales tendrá en cuenta en uno y otro grupo, limita sin embargo, que sea la respectiva entidad la que realice esa clasificación que para el caso concreto considera la más adecuada.

“Contrario a lo que sostiene uno de los recurrentes, la libertad de escogencia de criterios no está asegurada con el decreto 2170 de 2002.

“Por consiguiente, en tanto la ley no disponga distinciones y limitaciones para la forma en que se deben evaluar las propuestas, es evidente que la norma que así lo hiciere excede la ley.”¹²³ -subraya la Sala-

En este orden de ideas, se advierte nuevamente que el artículo 4 del Decreto 2170 de 2002, en contraste a la definición legal del deber de selección objetiva, efectivamente distinguió dos grupos de factores de escogencia y de calificación; el primero, que identificó como de cumplimiento o requisitos mínimos, esto es, la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad administrativa, operacional y financiera del oferente que serán objeto de verificación de cumple o no cumple pero no de calificación, excepto en los contratos de prestación de servicios especializados (Nos. 1 y 4); y un segundo grupo, que señaló como susceptibles de calificación, esto es, los factores técnicos y económicos de escogencia, de cuya ponderación matemática precisa y detallada, resulta la propuesta más favorable (No. 2). Además, para la adquisición de bienes de características uniformes estableció como únicos factores de evaluación el precio y la garantía de calidad de los bienes ofrecidos (No. 3), y en los de prestación de servicios especializados una calificación que se hará primordialmente sobre los aspectos técnicos de la oferta y la experiencia (No. 4).

Como puede apreciarse, el reglamento olvidó que el deber de selección objetiva es una materia desarrollada por la Ley 80 de 1993 en el artículo 29 y, por lo mismo, cuando el artículo 4 del Decreto 2170 de 2002, a través del cual se

¹²³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 24 de septiembre de 2004. Exp. 26.105.

reglamentó “el deber de selección objetiva”, estableció un sistema de selección diferente al previsto por la ley, modificó los términos y alcances de la norma legal, razón por la cual incurrió el Gobierno Nacional en un desbordamiento de su facultad reglamentaria.

Es cierto, como lo ha proclamado la Sala en su jurisprudencia (Sentencia de 16 de abril de 2006, Exp. 16.041), que existen requisitos de participación de los oferentes y factores de evaluación o calificación de sus ofertas; los primeros, permiten la participación de los sujetos, esto es, habilitan jurídica, financiera o técnicamente la concurrencia de los interesados al proceso y, por ende, conciernen a la idoneidad de los oferentes; y los segundos, posibilitan la selección de la propuesta, esto es, están referidos a calificar la oferta, a darle un puntaje, para establecer su mérito frente al objeto a contratar.

Pero, al organizar con carácter vinculante para las entidades públicas los factores de escogencia en esos dos grupos, la norma reglamentaria contrarió el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, porque, como arriba se analizó, son las entidades públicas las que, siguiendo sus pautas y dictados, cuentan con la facultad de determinar los factores de escogencia y criterios de selección y, por ende, cuáles serán de cumplimiento y cuáles de calificación. Así, al agruparlos en uno y otro en el reglamento, se limitó ostensiblemente la libertad que las entidades públicas tenían legalmente para hacerlo, con sujeción al objeto y las precisas necesidades de la contratación.

vi) Finalmente, uno de los actores aboga por la ilegalidad del párrafo del artículo 4 del Decreto 2170 de 2002, pues estima que viola el artículo 25, numeral 15 inciso 2º, de la Ley 80 de 1993, bajo los cargos de que en él no se explican cuáles son los requisitos y documentos referentes a la futura contratación o al proponente que se pueden subsanar, ni se aclaran los factores necesarios para la comparación de propuestas, e introduce un nuevo elemento no contemplado en la ley, como es la potestad de la entidad contratante para solicitarlos y la posibilidad de subsanar en cualquier momento, hasta la adjudicación, los requisitos que no se hayan cumplido con la propuesta o los documentos no allegados oportunamente.

La Sala anulará la disposición acusada porque considera que la misma efectivamente es ilegal, por vulnerar el inciso segundo del numeral 15 del artículo

25 de la Ley 80 de 1993. En efecto, la norma legal que se estima infringida, en desarrollo del principio de economía, dispone que:

“La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.” (Numeral 15 inciso segundo del artículo 25 de la Ley 80 de 1993).

Esta regla del principio de economía y manifestación de que lo sustantivo debe primar sobre lo formal en el proceso de formación de la contratación, ciertamente se estima violentada por el parágrafo de la norma reglamentaria en cuestión, teniendo en cuenta que el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 en manera alguna está autorizando a las entidades públicas para requerir a los proponentes, dentro del respectivo proceso de selección, documentos y subsanar requisitos en los términos de la disposición atacada, sino que lo que ella precisa es que la ausencia de dichos requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente que no resulten necesarios para la comparación de los ofrecimientos no constituyen título suficiente para rechazarlos.

Con esta orientación, en la exposición de motivos del proyecto de ley No. 149 Senado de 1992, que dio lugar a la expedición de la citada disposición de la Ley 80 de 1993, se señaló:

“...Sobre este particular, cabe destacar que la administración al llevar a cabo el análisis comparativo de las propuestas debe obviar la ausencia de requisitos o documentos referentes a la futura contratación o al oferente en cuanto no resulten precisamente indispensables para cumplir dicho cometido.

“Ha de entenderse que esta previsión hace referencia a documentos o requisitos que resulten superfluos desde el punto de vista del juicio comparativo de favorabilidad que debe adelantar la administración, de tal suerte que no puede aducirse su ausencia para desestimar ofertas, lo cual constituye un corolario necesario del principio de la economía previsto expresamente en el artículo 25, numeral 14 del Proyecto en estudio y una garantía adicional de la igualdad de oportunidades...”¹²⁴
(Subraya la Sala).

Incluso, observa la Sala que el numeral 7 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, tan solo prevé la posibilidad de que la administración dentro del plazo razonable fijado para ello en los pliegos de condiciones solicite a los oferentes las aclaraciones o

¹²⁴ BENDECK OLIVELLA, Jorge, Ministro de obras Públicas, exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992, en GACETA DEL CONGRESO, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992.

explicaciones que se estimen indispensables para la evaluación de sus propuestas, y en el numeral 8 *ibídem* limita la facultad de los oferentes para presentar observaciones a los informes técnicos, económicos y jurídicos de evaluación, pues en ejercicio de la misma no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas, todo lo cual ratifica la conclusión de que las disposiciones del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública -original- no establecen la facultad para la administración de solicitar, dentro del proceso de selección, documentos con el fin de subsanar, se reitera, aquellos relacionados con la futura contratación o con el proponente no necesarios para la comparación de las propuestas, y por cuya sola omisión o defecto no es viable rechazar un ofrecimiento, rechazo que únicamente procede en tratándose de requisitos o documentos que impiden la evaluación de las ofertas por versar sobre aspectos esenciales, en el entendido de que no todos los preceptos o condiciones de los pliegos ostentan la misma categoría y, por ende, su ausencia no genera los mismos efectos.

Así, introducir por vía del reglamento la posibilidad de subsanar por parte de los oferentes, a petición de la administración, requisitos y documentos referentes a la futura contratación o al proponente que no se requieran para la comparación de las propuestas y, por ende, no incidan en la selección objetiva, en cualquier momento del proceso de selección y hasta la adjudicación, cuando la norma legal lo que señala es que no se pueden rechazar las propuestas hechas, contraría la disposición superior y otorga un margen mayúsculo de discrecionalidad a la administración que puede afectar o alterar el principio de igualdad de tratamiento en un determinado proceso de selección.¹²⁵

Destaca la Sala que, sin duda, es al Legislador a quien le corresponde regular el ejercicio de una posibilidad diferente a la establecida por él en la regla legal en mención (numeral 15 inciso segundo del artículo 25 de la Ley 80 de 1983), como es aquella de subsanar o no requisitos o documentos.¹²⁶ Por consiguiente, como

¹²⁵ En repetidas oportunidades ha explicado la Corporación, que no es susceptible de descarte o rechazo propuestas por aspectos formales o de mero detalle que no comprometen el componente sustancial o esencial de la propuesta. Al respecto, la Sala ha dicho: "No son de recibo en consecuencia cargos edificados sobre supuestas irregularidades o eventuales defectos de información contenidos en la propuesta, que no comprometen en manera alguna la parte sustantiva de la misma y que por ende, atañen únicamente a requisitos puramente adjetivos..." Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 23 de abril de 1988, Expediente 11192. En igual sentido: Sentencia de 23 de abril de 1992, Exp. 6224; Sentencia de 30 de noviembre de 1994, Exp. 9652; Sentencia de 18 de noviembre de 1997, Exp. 10.402.

¹²⁶ Advertencia que se hace toda vez que actualmente el Parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, reguló este aspecto con un sentido similar, más no igual, así: "...La ausencia de requisitos o la falta de

quiera que la disposición reglamentaria contradice y altera el alcance del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el cargo estructurado en este argumento está llamado a prosperar.

En conclusión, el artículo 4 acusado es contrario al artículo 29 de la Ley 80 de 1993, y su párrafo vulnera el numeral 15 del artículo 25 *ibídem*, pues no podía el Gobierno Nacional establecer modificaciones a la forma de evaluación de las propuestas en ejercicio de la potestad reglamentaria, toda vez que la Constitución Política reservó al Legislador¹²⁷ definir “*la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas*” (art. 273 C.P.), como tampoco podía prever una regla diferente en el principio de economía, razones por las cuales es procedente acceder a la nulidad solicitada por violación a las disposiciones citadas por los demandantes.

3.2.3 Cargos contra el artículo 5 del Decreto 2170 de 2002: Incompetencia del Presidente de la República para determinar audiencias públicas de conformación dinámica de la propuesta

documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización...”. Y, en tal virtud, el inciso 2° del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, fue derogado expresamente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

¹²⁷ Es así como, en términos muy similares a la norma reglamentaria que se estudia, en el artículo 5 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, el Legislador redefinió la selección objetiva en los siguientes términos: “Artículo 5°. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: 1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación. 2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. 3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido. 4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate. En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores...” Por ende, el artículo 29 fue derogado en su integridad, como lo ratifica el artículo 32 de dicha ley.

3.2.3.1. Texto de la norma demandada

“Artículo 5°. *Del sistema de conformación dinámica de la oferta.* En los procesos de licitación o concurso público, en la oportunidad señalada en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la presentación de las ofertas, las entidades podrán hacer uso de un sistema de conformación dinámica realizado mediante audiencia pública.

La audiencia podrá ser realizada de manera presencial o por medios electrónicos, su tiempo y condiciones serán los señalados para el efecto en los pliegos de condiciones o términos de referencia, sin que en ningún caso su duración pueda ser superior a un día.

En dicha audiencia los proponentes en relación con aquellos aspectos de la oferta que incluyan variables dinámicas de conformidad con los pliegos de condiciones o términos de referencia, presentarán un proyecto de oferta inicial, que podrá ser mejorado mediante la realización de posturas sucesivas en un ambiente público y concurrencial, hasta la conformación de su oferta definitiva, entendiéndose por definitiva la última presentada para cada variable dentro del lapso de la audiencia, En todo caso, una vez concluido el tiempo previsto para la presentación de las posturas, se tomará como definitiva la propuesta de oferta inicial de aquel oferente que no haya hecho uso de su derecho a presentar posturas.

Las ofertas que resulten del proceso de conformación dinámica serán tenidas en cuenta una vez la entidad haya verificado que los oferentes cuentan con la capacidad jurídica y cumplen con las condiciones de experiencia, capacidad administrativa, operacional y financiera exigidas en los pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 4° del presente decreto.

De igual manera, las ofertas deberán ajustarse a la consulta de precios o condiciones del mercado que será realizada conforme a lo dispuesto en el artículo 6° del presente decreto.”¹²⁸

3.2.3.2 Normas violadas y concepto de la violación

Afirma el actor JORGE MANUEL ORTIZ GUEVARA (Exp. 24.524) que el Ejecutivo se inventó “...so pretexto de reglamentar la Ley, una audiencia pública para la conformación dinámica de las propuestas”, la cual “...también debe ser referida o señalada por la ley y no por el reglamento del Gobierno Nacional...”, con lo que se desconoce el artículo 150 inciso final y 273 inciso segundo de la Constitución Política, así como el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

¹²⁸ Suspellido provisionalmente por la Corporación mediante Auto de 13 de mayo de 2004 (Exp. 24.524), confirmado en Auto de 3 de marzo de 2005.

3.2.3.3 Las oposiciones

3.2.3.3.1. El Ministerio del Interior y del Derecho, reiteró que no existe vulneración al orden jurídico por el hecho de que el artículo demandado contemple la posibilidad de realizar audiencia pública para hacer uso de la conformación dinámica la propuesta, porque del contenido del artículo 273 de la Carta Política no puede afirmarse que exclusivamente el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal puedan disponer la adjudicación en audiencia pública. Además, agregó que en la demanda no se realiza una interpretación integral y sistemática del precepto constitucional con las normas del Estatuto General de la Contratación de la Administración, de donde se deduce que la audiencia pública es un mecanismo para lograr mayor transparencia en la contratación y que la puede adoptar la administración.

3.2.3.3.2. El Departamento Nacional de Planeación afirmó que el artículo 5 del Decreto 2170 de 2002 al establecer el procedimiento para la conformación dinámica de la oferta en audiencia pública, no está contrariando el artículo 273 de la C.P. toda vez que éste se refiere a la audiencia pública de adjudicación de la licitación y aquel a un procedimiento anterior a la recepción definitiva de la oferta.

Aseveró que tampoco resulta cierto que la norma que reglamenta el sistema de conformación dinámica de la propuesta vulnera disposiciones constitucionales relativas a la reserva de ley para la definición del método de evaluación de las propuestas y las condiciones para su realización, de las cuales se ocupan los artículos 24, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993, por cuanto este sistema no está referido a la evaluación de las propuestas, sino al establecimiento de metodologías para su presentación, cuando por las variables dinámicas de algunos factores de escogencia resulten convenientes para los intereses de la entidad, con el fin de reducir los costos de la contratación.

3.2.3.4 Análisis de la Sala

La Sala reitera la ilegalidad del artículo 5 del Decreto 2170 de 2002, por las razones que se expusieron en la providencia de 13 de mayo de 2004 -confirmado

en auto de 3 de marzo de 2005-, mediante el cual se suspendió provisionalmente, así:

“...Advierte la sala que las normas cuya suspensión provisional se solicita, coinciden en que ordenan la realización de las actuaciones allí previstas en audiencia pública y en que, a juicio del actor, permiten a la administración implementar unos sistemas, como lo es ‘la conformación dinámica de la oferta’ (...) sistemas que no establece la ley y que sería a ésta a la que correspondería adoptarlos.

La Constitución Política reservó a la ley la potestad de establecer los casos en los que se debe utilizar el mecanismo de las audiencias públicas y la forma en que se efectuará la evaluación de las propuestas, en los siguientes términos:

Artículo 273. “Licitaciones en audiencia pública. *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 aquélla, serán señalados por la ley”. (subrayas de la sala).

Por su parte, la ley 80 de 1993, al referirse a la audiencia pública y evaluación de las propuestas señaló:

Artículo 30. De la Estructura de los Procedimientos de Selección. *La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas: (...)*

2º. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5º del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.

10. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política, la adjudicación se hará en audiencia pública. En dicha audiencia participarán el jefe de la entidad o persona en quien, conforme a la ley, se haya delegado la facultad de adjudicar y además, podrán intervenir en ella los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluaciones, los proponentes y las demás personas que deseen asistir.

De la audiencia se levantará un acta en la que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones que en el desarrollo de la misma se hubieren producido.” (Se subraya).

El inciso segundo del artículo 29 de la ley 80 de 1993 señala:

“Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio, o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación.”

Se infiere de la norma constitucional que ésta facultó al legislador para que determinara los casos en los que podría aplicarse el mecanismo de las audiencias públicas y, sin embargo, la ley 80 de 1993, en el numeral 10 del art. 30, sólo remitió al mismo caso ya previsto por el art. 273 de la Constitución (la adjudicación de la licitación en audiencia pública cuando así lo solicite cualquiera de los proponentes a las autoridades de control fiscal) y se limitó a señalar las personas que debían intervenir en la audiencia.¹²⁹

De otra parte, y con relación al segundo cargo, la definición de la manera como debe efectuarse la evaluación de las propuestas también corresponde al legislador, el cual señaló que la entidad, al elaborar los pliegos de condiciones, determinaría, para cada caso en particular, de acuerdo con el objeto del contrato, los factores objetivos de selección “y todas las demás circunstancias” que considere necesarias para garantizar esa objetividad. (Art. 30 ord. 2º ley 80 de 1993).

El nuevo procedimiento que establece el art. 5 del decreto 2170, no obstante que es facultativo para la entidad introducirlo en los pliegos de condiciones, no deja de ser un sistema *sui generis* que se convierte en una verdadera subasta, la cual está prevista en la ley para la venta de bienes (parágrafo 3º art. 24) y permite, además, que los ofrecimientos se mejoren “en aquellos aspectos de la oferta que incluyan variables dinámicas”, a través de “posturas sucesivas”, aspecto éste no previsto en la ley. Este sistema, es evidente, contraviene el art. 29 de la ley 80 de 1993.

Por lo tanto, al establecer la norma acusada el mecanismo de la conformación dinámica de la oferta, éste resulta contrario, en forma ostensible, al sistema de evaluación de las propuestas y selección del contratista que la ley tiene previsto en sus artículos 29 y 30.

Por consiguiente, se suspenderán en forma provisional, los efectos del artículo 5 del decreto acusado...¹³⁰

¹²⁹ En otras disposiciones de la ley 80 de 1993 se hace referencia a algunas actuaciones que deben realizarse en audiencia, como para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, a solicitud de cualquiera de las personas que haya retirado los mismos (art. 30 num 2); o para oír al afectado con la medida de cancelación de su inscripción en el registro de proponentes (art. 22.6). Sin embargo, tales audiencias buscan garantizar el debido proceso en las actuaciones administrativas.

¹³⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Auto de 13 de mayo de 2004. Exp. 24.524.

Como puede apreciarse, el artículo 5 del Decreto 2170 de 2002 introdujo el sistema de conformación dinámica de la propuesta en los procesos de licitación o concurso público, cuyas características se asemejan al de una subasta pero a la inversa, esto es, aquella en que los proponentes presentan en una audiencia pública diferentes posturas para mejorar aspectos dinámicos de la oferta (precio y otras variables medibles y cuantificables), hasta la integración de la definitiva.¹³¹

La Sala al analizar una vez más el texto de la norma, encuentra que no hay lugar a variar su pensamiento respecto de la palmaria ilegalidad de la misma, en tanto es claro que el sistema de la conformación dinámica de la oferta no es un mecanismo previsto en la Ley 80 de 1993 para la licitación o concurso públicos, en cuyo artículo 30 se estableció un proceso de selección que no da margen a la conformación de las ofertas a través del mecanismo de que trata la norma acusada. Este trámite constituye un elemento extraño y una nueva etapa al proceso que el Legislador, a quien compete expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en conformidad con el inciso final del art. 150 de la C.P., elaboró para el efecto.

Se reitera que es atribución exclusiva del Legislador señalar los mecanismos que tiendan a la conformación de la oferta más favorable, con el propósito de mejorar y favorecer los ofrecimientos que se realicen a las entidades estatales, porque el Constituyente le dejó la competencia para regular el tema de la contratación estatal¹³², campo en el cual la función del Ejecutivo se limita a ejercer la facultad reglamentaria, para el efectivo cumplimiento de la ley.¹³³

No es de recibo tampoco el argumento de que la norma que reglamenta el sistema de conformación dinámica de la propuesta no vulnera las disposiciones constitucionales relativas a la reserva de ley para la definición del método de evaluación de las propuestas y las condiciones para su realización (inciso segundo artículo 273 C.P.), bajo el expediente de que este sistema no está referido a la evaluación de las propuestas, sino al establecimiento de metodologías para su

¹³¹ En la Ley 1150 de 16 de julio de 2007 se introdujo en los procesos de selección como una etapa del proceso de la licitación pública (No. 1 del art. 2) y como metodología para la selección abreviada (No. 2 art. 2 ídem).

¹³² Expresamente dispuso el artículo 150 inciso final de la Carta Política: Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: "... Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública."

¹³³ Sin perjuicio de la competencia que constitucionalmente se le atribuyó para la regulación de los contratos a celebrarse con entidades sin ánimo de lucro, en los términos del inciso 2º del artículo 355 de la Constitución Nacional.

presentación, por cuanto una lectura integral y atenta de la norma indica que las ofertas que resulten del proceso de conformación dinámica serán tenidas en cuenta una vez la entidad haya verificado que los oferentes cuentan con la capacidad jurídica y cumplen con las condiciones de experiencia, capacidad administrativa, operacional y financiera exigidas en los pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 4° de ese decreto, lo que significa que se estaría trasladando parte de la etapa de la evaluación al plazo de la licitación.

En estas condiciones, resulta evidente que el artículo 5 del Decreto 2170 de 2002 sí contraría los artículos 29 y 30 de la Ley 80 de 1993, al establecer un mecanismo para conformar las ofertas que no fue previsto por la ley para escoger entre ellas la más favorable, materia que, se repite, le fue asignada privativamente al Legislador y, por tanto, es de ley y no del reglamento ni del pliego o términos de referencia, por lo que, por contera, se desconocieron los artículos 150 inciso final y 273 inciso segundo de la Constitución Política.

Por lo expuesto, se declarará la nulidad de la disposición analizada.

3.2.4 Cargos contra el artículo 9 del Decreto 2170 de 2002: Incompetencia del Presidente de la República para señalar formas y/o sistemas de participación ciudadana.

3.2.4.1. Texto de la norma demandada

“Artículo 9°. *De las veedurías ciudadanas en la contratación estatal.* Las veedurías ciudadanas, establecidas de conformidad con la ley, podrán desarrollar su actividad durante la etapa precontractual, contractual y poscontractual de los procesos de contratación, haciendo recomendaciones escritas y oportunas ante las entidades que administran y ejecutan el contrato y ante los organismos de control del Estado, para buscar la eficiencia institucional y la probidad en la actuación de los funcionarios públicos. Así mismo, podrán intervenir en todas las audiencias que se realicen durante el proceso.

Parágrafo. En desarrollo del inciso tercero del artículo 66 de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales deberán convocar veedurías ciudadanas para realizar control social a cualquier proceso de contratación, caso en el cual les suministrarán toda la información y documentación pertinente que no esté publicada en la página web de la entidad. El costo de las copias y la atención de las peticiones presentadas seguirán las reglas previstas en el Código Contencioso Administrativo.”

3.2.4.2. Normas violadas y concepto de la violación

El accionante JUAN MANUEL ORTIZ GUEVARA (Exp. No. 25.206), tacha de ilegal el artículo 9 del Decreto 2170 de 2002, por ser contrario a los artículos 121, 150, 152 letra d) y 270 de la Constitución Política, toda vez que, según estas disposiciones, corresponde al Legislador mediante una ley de carácter estatutario regular las formas y sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública, incluyendo el de la gestión contractual.

Así, como entiende que dicha ley "...hasta el momento no existe...", considera que no podía el Presidente de la República, so pretexto de reglamentar la ley, establecer un mecanismo de participación y control ciudadano por simple decreto, cuando quiera que es competencia exclusiva del Congreso de la República.

3.2.4.3 Las oposiciones

En lo concerniente con el cargo en contra del artículo 9 del Decreto 2170 de 2002, señaló el Ministerio del Interior y de Justicia que carece de todo sustento, porque el tema de la veedurías ciudadanas se encuentra desarrollado en las leyes estatutarias 134 de 1994, Estatutaria de los Mecanismos de Participación Ciudadana -artículo 100-, 850 de 2003 que regula su actividad, así como en la Ley 80 de 1993, las cuales establecen, la constitución de las mismas con el fin de vigilar la gestión pública y asignan las funciones de vigilar los procesos de contratación que se realicen y de intervenir en las audiencias públicas.

Por consiguiente, concluyó que el decreto reglamentario no excedió lo dispuesto por la ley, en tanto ella permite la asistencia a las audiencias de adjudicación al público en general y allí pueden estar los representantes de las veedurías ciudadanas y, además, no reguló un aspecto esencial del mecanismo de participación ciudadana.

3.2.4.4 Análisis de la Sala

El problema jurídico que plantea el presente cargo se concreta en establecer si el artículo 9 del Decreto 2170 de 2002, es contrario a los artículos 121, 150, 152 y

270 letra d) de la Constitución Política, por cuanto es al Legislador y no al Ejecutivo a quien corresponde regular mediante ley de carácter estatutario las formas de participación ciudadana, entre ellas las veedurías ciudadanas, ley que para el momento de la expedición del decreto aún no se había expedido.

Al respecto, cabe advertir que si bien la Sala en un comienzo se abstuvo de decretar la medida cautelar, en esta etapa del proceso y luego de analizar la jurisprudencia de constitucional sobre la materia, considera que el cargo está llamado a prosperar, por las siguientes consideraciones:

El artículo 9 del Decreto 2170 de 2002, ubicado en el Capítulo II denominado “de la participación ciudadana en la contratación estatal”, señala que las veedurías ciudadanas podrán “desarrollar su actividad durante la etapa precontractual, contractual y postcontractual de los procesos de contratación, haciendo recomendaciones escritas a las entidades que administran y ejecutan el contrato”, “intervenir en todas las audiencias que se realicen durante el proceso”; y obtener “toda la información y documentación pertinente que no esté publicada en la página web de la entidad”.

Revisado el contenido de las disposiciones del reglamento expedido por el Ejecutivo frente al alcance de la reserva legal que la Constitución Política prevé al Congreso de la República en el artículo 152 letra d), para regular mediante leyes estatutarias lo concerniente a “d) Instituciones y mecanismos de participación”, estima la Sala que el Gobierno Nacional se excedió en su potestad reglamentaria en una materia que es de competencia del Legislador.

En efecto, la Corte Constitucional ha dicho que la existencia de una ley que desarrolle el ejercicio de las veedurías ciudadanas, como formas de control ciudadano y expresión de la soberanía popular, es una materia que debe ser regulada mediante una ley de categoría estatutaria.

Así, en Sentencia C-180 de 1994, al realizar la revisión automática del proyecto de mecanismos de participación ciudadana, correspondiente a la Ley 134 de 1994, estatutaria sobre instituciones y mecanismos de participación ciudadana, y declarar inexequibles aquellos apartes del proyecto que señalaban que mediante ley ordinaria se reglamentaría el artículo 270 de la Constitución Política, consideró ajustada a la Carta la figura de las veedurías ciudadanas, pero señaló:

“La Corte encuentra inconstitucional la degradación del rango de la ley que debe ocuparse de desarrollar el inciso final del artículo 103 y el artículo 270 de la Constitución, el que de acuerdo a los preceptos que se estudian, se equipara al de la ley ordinaria.

Tal definición comporta franco desconocimiento de las normas constitucionales mencionadas, a cuyo amparo, el Constituyente inequívocamente quiso vigorizar el significado y alcance del principio democrático y, en consonancia, promover la expansión de las prácticas de participación ciudadana a los procesos de toma de decisiones que tienen lugar en campos de tanta trascendencia para la definición del destino colectivo, como el mismo electoral.

Por ello, no puede la Corte aceptar la diferenciación caprichosa entre los mecanismos de participación política y los llamados a operar en esferas diferentes de la electoral, pero igualmente decisivas en la definición de los asuntos colectivos, como son las que corresponden a los órdenes social, económico, cultural y administrativo.

Ya en la Consideración Segunda del acápite VII, esta Corte tuvo oportunidad de enfatizar la inusitada trascendencia que la ampliación cuantitativa de los canales de participación y el fortalecimiento de su práctica en los planos familiar, social, económico, cultural y administrativo, tiene para la consolidación de un modelo de verdadera democracia participativa, sobre el cual se estructura la actual configuración constitucional del Estado Colombiano.

La trascendencia que tiene la regulación de los mecanismos de participación en planos distintos del político o electoral ha sido previa e inequívocamente decidida por el Constituyente. Este no restringió en el artículo 152, literal d) de la Carta la reserva de ley estatutaria para los mecanismos políticos. En ningún campo, sea social, administrativo, económico o cultural, tales mecanismos o instituciones son del resorte de la ley ordinaria. Todos lo son de rango estatutario, de manera única y exclusiva.¹³⁴ (Subraya la Sala).

Igualmente, en la Sentencia C-1338 de 2000, que declaró inexecutable la Ley 563 de 4 de octubre de 2000, *“por la cual se reglamentan las veedurías ciudadanas”*, por desconocer la reserva de ley estatutaria, sobre la base de que no cumplió con el trámite previsto para esta categoría de ley, dijo:

“A juicio de la Corporación, el Congreso Nacional al expedir a través de trámite ordinario de la Ley 563 de 2000, mediante la cual se reglamentan integralmente las veedurías ciudadanas, desconoció el artículo 152 superior que le obligaba a adoptarla mediante trámite estatutario, sin tener en cuenta tampoco, la jurisprudencia constitucional sentada ad hoc en torno de esta exigencia constitucional. En tal virtud, la referida Ley presenta un vicio de inexecutable y así se declarará. Este pronunciamiento cobijará el texto de la Ley 563 de

¹³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-180 de 1994.

2000 en virtud de que el mismo, integralmente considerado, conforma una unidad normativa que hace que las razones de la inexecutable cobijen a todas sus disposiciones, puesto que la consideración sobre la que se fundamenta la declaración de disconformidad con la Carta, es, justamente, el de ser la Ley una regulación integral de un mecanismo de participación ciudadana.

“(...) Una última consideración consigna la Corte, relativa a los efectos de la declaración de inexecutable que se pronunciará en la parte resolutive de la presente decisión, los cuales de ninguna manera privan a los ciudadanos del derecho de ejercer control sobre la gestión pública. Aunque, mientras el Congreso no expida la correspondiente ley estatutaria, dicho ejercicio no podrá llevarse a cabo a través del mecanismo de las veedurías ciudadanas.”¹³⁵ (Subraya la Sala).

El anterior entendimiento fue confirmado por esa corporación en Sentencia C-292 de 8 de abril de 2003, mediante la cual revisó la constitucionalidad de la Ley Estatutaria 850 de 18 de noviembre de 2003, en los siguientes términos:

“...La existencia de una ley estatutaria que desarrolle el ejercicio de las veedurías ciudadanas no plantea, en su generalidad, ningún problema constitucional, no sólo porque, como esta Corte ya lo ha explicado, esas formas de control ciudadano son una expresión de la soberanía popular, sino además, por cuanto tal y como esta Corporación lo precisó en la sentencia C-1138 de 2000, esa materia debe ser regulada mediante una ley estatutaria.

“En efecto, la sentencia C-180 de 1994, MP Hernando Herrera Vergara, al realizar la revisión automática del proyecto de mecanismos de participación ciudadana, consideró ajustada a la Constitución la figura de las veedurías ciudadanas, pues éstas no sólo pueden ser consideradas un desarrollo de la soberanía popular y de la democracia participativa (CP artículos 1° y 3°), sino también una proyección de los artículos 103 y 270 de la Carta, que expresamente confieren a la ley el deber de regular las formas y sistemas de participación que permitan a los ciudadanos vigilar que la gestión pública, así como sus resultados, se cumplan en los diversos niveles administrativos.

Esta tesis fue reafirmada por la Sentencia C-1338 de 2000, MP Cristina Pardo Schlesinger, según la cual el principio de democracia participativa no se restringe al ámbito político sino que se extiende a instancias de vigilancia ciudadana de la gestión pública y se cumple en los diversos niveles administrativos.

“(...)”

Era pues claro, conforme a la anterior doctrina constitucional, que la regulación sistemática de las veedurías ciudadanas requería una ley estatutaria pues, la reglamentación de los mecanismos constitucionales

¹³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 1338 de 2000.

de participación ciudadana, y entre ellos las veedurías, tiene reserva de ley estatutaria..."

"(...) La Corte concluye entonces que el proyecto de ley estatutaria bajo revisión, al regular sistemáticamente las veedurías ciudadanas, lejos de vulnerar la Constitución, no sólo desarrolla los principios de soberanía popular y democracia participativa sino que, además, es una concreción de los mandatos contenidos en los artículos 103 y 270 de la Carta..." (Subraya la Sala).

De la copiosa jurisprudencia constitucional, se infiere que la reglamentación de los mecanismos constitucionales de participación ciudadana, y entre ellos las veedurías, goza de reserva de ley estatutaria. Por ello, el Legislador expidió la Ley 850 de 18 de noviembre de 2003, Estatutaria de las Veedurías Ciudadanas, en la que estableció como parte de su objeto ejercer en relación con la contratación pública la vigilancia preventiva y posterior del proceso de gestión haciendo recomendaciones escritas y oportunas ante las entidades que ejecutan el contrato y ante los organismos de control del Estado, para mejorar la eficiencia institucional y la actuación de los funcionarios públicos (art. 4). Y, entre las varias funciones que les asignó la ley a las veedurías ciudadanas están las de "vigilar porque el proceso de contratación se realice de acuerdo con los criterios legales" (art. 15 lit.c); "solicitar a interventores, supervisores, contratistas, ejecutores, autoridades contratantes y demás autoridades concernientes, los informes, presupuestos, fichas técnicas y demás documentos que permitan conocer el cumplimiento de los respectivos programas, contratos o proyectos" (art. 15 lit.f)¹³⁶; e "intervenir en audiencias públicas en los casos y términos contemplados en la ley" (art. 16 lit.a).

Sucedo, sin embargo, que la Ley 853 de 18 de noviembre de 2003 fue posterior a la expedición del Decreto 2170 de 30 de septiembre de 2002 y, por lo mismo, no podía el reglamento del Ejecutivo ocuparse de asuntos -y menos aún en forma anticipada por no existir contenido mínimo legal-, que correspondían al Legislador a través de la citada ley, por ser de su competencia y de reserva estatutaria, tal y como así lo confirma el desarrollo que a través de la misma se realizó respecto de la vigilancia de la contratación pública por parte de las veedurías ciudadanas.

¹³⁶ Literal f) declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 292 de 2003, bajo el entendido de que las veedurías están obligadas a respetar la reserva documental y la confidencialidad de la información, así como administrar la información reservada, confidencial o privilegiada en los términos de la ley, conforme se indica en la parte motiva de esa sentencia.

De otro lado, no puede aceptarse que el decreto del Ejecutivo desarrollaba la Ley 134 de 1994, estatutaria de las instituciones y mecanismos de la participación ciudadana, la cual se refirió a las veedurías ciudadanas en su artículo 100¹³⁷, pues, como lo anotó la Corte Constitucional, el ejercicio de la vigilancia por parte de ellas como organización -más no como ciudadanos- estaba supeditado a la reglamentación que hiciera el Legislador del artículo 270 de la Constitución Política. Tampoco es admisible el argumento según el cual se está reglamentando el artículo 66 de la Ley 80 de 1993, que regula la participación comunitaria en los procesos de contratación de “las asociaciones cívicas, comunitarias, de profesionales, benéficas o de utilidad común”, la vigilancia y control ciudadano de “todo contrato que celebren las entidades estatales”, toda vez que resulta claro que el artículo 9 reglamentario no incluyó sino únicamente a las veedurías ciudadanas y no a las demás organizaciones.

En síntesis, el artículo 9 del decreto reglamentario vulnera los artículos 121, 150, 152 y 270 letra d) de la Constitución Política, pues se encuentra afectado por un vicio material de competencia, en tanto el Gobierno Nacional carecía de ésta para dictar la disposición, motivo por el cual habrá de anularse, tal y como se declarara, lo que no significa que las veedurías ciudadanas no puedan ejercer la vigilancia de la contratación pública, pues esa facultad y las condiciones para su desarrollo se encuentran previstas, como se anotó, en la Ley 850 de 2003.

3.2.5. Cargos contra el artículo 11 numeral 3 inciso 2º del Decreto 2170 de 2002: por violación al derecho a la igualdad.

3.2.5.1. Texto de la norma demandada

Artículo 11. *Menor cuantía.* Para la celebración de los contratos a que se refiere el literal a) del numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. Los proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia y los definitivos se publicarán en la forma prevista en los artículos 1º y 2º del presente decreto.
2. La convocatoria será pública.

¹³⁷ “Artículo 100.- De las veedurías ciudadanas. Las organizaciones civiles podrán constituir veedurías ciudadanas o juntas de vigilancia a nivel nacional y en todos los niveles territoriales, con el fin de vigilar la gestión pública, los resultados de la misma y la prestación de los servicios públicos. La vigilancia podrá ejercerse en aquellos ámbitos, aspectos y niveles en los que en forma total o mayoritaria se empleen los recursos públicos, de acuerdo con la Constitución y la ley que reglamenta el artículo 270 de la Constitución Política.”

3. En la fecha señalada en los pliegos de condiciones o términos de referencia, los oferentes interesados en participar en el proceso de selección manifestarán su interés haciendo uso del medio que para el efecto indique la entidad, con el fin de que se conforme una lista de posibles oferentes.

Cuando el número de posibles oferentes sea superior a diez (10), la entidad en audiencia pública podrá realizar un sorteo para escoger entre ellos un número no inferior a éste, que podrá presentar oferta en el proceso de selección.

De todo lo anterior la entidad deberá dejar constancia escrita en acta que será publicada en su página web. En aquellos casos en que la entidad no cuente con la infraestructura tecnológica y de conectividad, el acta será comunicada a todas y cada una de las personas que participaron de la respectiva audiencia.

Cuando el número de posibles oferentes sea inferior a diez (10), la entidad deberá adelantar el proceso de selección con todos ellos.

4. Las entidades podrán hacer uso del sistema de conformación dinámica de la oferta y de su adjudicación, de acuerdo con las reglas señaladas en el artículo 12 del presente decreto.

5. En los casos en que la entidad no acuda al mecanismo previsto en el numeral anterior, la adjudicación se hará en forma motivada al oferente que haya presentado la oferta que mejor satisfaga las necesidades de la entidad, de conformidad con los requisitos exigidos y los factores de escogencia señalados en los pliegos de condiciones o términos de referencia, siempre que la misma sea consistente con los precios del mercado.

La entidad deberá comunicar esta decisión a todos los oferentes que participaron en el proceso de selección.

Parágrafo. Cuando el valor del contrato por celebrar sea igual o inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere el literal a) del numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, las entidades podrán celebrarlo tomando como única consideración los precios del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas.

3.2.5.2. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante JORGE MANUEL ORTIZ GUEVARA (Exp. 24.524), acusa el artículo 11 numeral 3° inciso 2° por violar según enuncia en el acápite de normas violadas los artículos 13, 209 y 273 inciso 2° de la Constitución y el art. 30 numeral 10 de la ley 80 de 1993. En el concepto de violación el actor sustenta que la citada disposición reglamentaria transgrede el artículo 13 de la Constitución Política que consagra el derecho a la igualdad, toda vez que cercena

la posibilidad para cualquier interesado de proponer a una entidad pública y, por ende, de contratar con el Estado, pues cuando sean más de diez (10) los interesados los obliga a participar en un sorteo para conformar una lista de posibles oferentes.

Expuso que "...si en un proceso de contratación directa se presentan 20, 30 o más interesados, la entidad pública está en el deber de analizar todas ellas, y no salirse por la tangente olímpicamente con un simple sorteo para hacer más fácil la actividad de análisis de cuál es más favorable y conveniente para la respectiva entidad..." y que "los interesados no tienen porque pagar las consecuencias de un estado ineficiente e incapaz de evaluar o analizar todas las propuestas que reciba...".

Por último, consideró que si lo que quería el Gobierno era garantizar la transparencia, lo que ha hecho es todo lo contrario y que es injusto e inconstitucional rechazar una posible oferta por sorteo, determinación que no tiene lógica ni es jurídica sino que es fruto del capricho de la autoridad que se arrogó una facultad de legislar.

3.2.5.3. Las oposiciones

3.2.5.3.1. En criterio del Ministerio del Interior y de Justicia, no resulta válida la afirmación de la demanda en el sentido de que la posibilidad de que se realice un sorteo de oferentes cuando su número es superior a diez (10), para escoger entre ellos un número inferior que presente oferta en el proceso de selección, vulnere el principio de igualdad de los oferentes, pues tratándose de contratación directa de menor cuantía, dicha posibilidad se considera acorde con el principio de economía en orden a buscar celeridad y transparencia en el proceso de selección y, en lugar de generar un trato discriminatorio, constituye garantía de participación en igualdad de condiciones.

3.2.5.3.2. El Departamento Nacional de Planeación, señaló que el actor incurrió en imprecisión al acusar el artículo 13 numeral 3 del Decreto 2170 de 2002, pues esta norma carece de tal numeral, empero, si se refiere al inciso 2 del numeral 3 del artículo 11 *ibídem*, advierte que el sorteo contemplado es para todos los posibles oferentes cuando su número pase de diez (10), es decir, que todos están en

igualdad de condiciones y tienen la misma oportunidad de participar, razón por la que no existe violación al citado principio.

3.2.5.4. Análisis de la Sala

Para el demandante el inciso 2º del numeral 3 del artículo 11, al disponer que *“cuando el número de posibles oferentes sea superior a diez (10) la entidad en audiencia pública podrá realizar un sorteo para escoger entre ellos un número no inferior a éste, que podrá presentar oferta en el proceso de selección”*, viola los artículos 13, 209 y 273 inciso 2º de la Constitución y el art. 30 numeral 10 de la ley 80 de 1993.

Del cargo expuesto por el demandante surge como problema jurídico central la limitación del principio de libertad de concurrencia que, a su vez, afecta el derecho a la igualdad, pues, a su juicio, la realización de un sorteo para determinar cuáles proponentes presentarán propuesta, cercena *“el derecho a la igualdad de oportunidades para proponer y contratar con el Estado.”*

El principio de igualdad en un proceso de contratación, como se explicó al comienzo de esta providencia, es desarrollo del derecho constitucional consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, e implica la posibilidad jurídica de las personas que estén en real capacidad de ejecutar el contrato requerido por la administración de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, es decir, a no ser discriminado, obtener las mismas facilidades y poder efectuar su oferta sobre las mismas bases y condiciones.

El derecho de igualdad, se mencionó, está en relación íntima con el principio de transparencia y el deber de selección objetiva del contratista, lo que trae consigo que las reglas deben ser generales e impersonales para todos, como garantía de imparcialidad para los administrados y protección de sus intereses y derechos, en desarrollo de la obligación de asegurar idénticas oportunidades a los oferentes e interesados en contratar.

También se dijo que para verificar el cumplimiento del derecho a la igualdad real es necesario determinar si se justifica el tratamiento diferente, pues se considera que se vulnera cuando el trato derivado de la actuación de la autoridad o de la

norma, según el caso, pueda ser calificado como arbitrario, esto es, sin justificación objetiva y razonable.

Además, se sostuvo que el principio de libertad de concurrencia u oposición tiene correlación con el de igualdad de oportunidades, en tanto es una manifestación de él, aunque no tienen el mismo contenido, y que aquel no es absoluto sino relativo, toda vez que el ordenamiento jurídico en aras del interés público le puede imponer ciertas limitaciones a la participación por mandato legal o constitucional, es decir, admite excepciones con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, dentro del ámbito de la regulación propia de la actividad que va a ser objeto de la contratación y con fundamento en la necesidad de asegurarla.

Por otra parte, se expuso que en virtud del principio de economía es menester tener en cuenta que las normas que fijan los procedimientos de selección contractual se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, para una administración eficaz y eficiente de la contratación pública, en la búsqueda de los fines de la contratación.

Pues bien, para la Sala no se configura la violación del derecho a la igualdad de oportunidades, por lo siguiente:

En primer término, el sorteo previsto en la norma demandada se encuentra establecido para la celebración de contratos de menor cuantía, es decir, de los consagrados en la letra a) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, de manera que por tratarse de eventos en los que se puede contratar directamente, es viable que en el reglamento se disponga el trámite y las condiciones como debe realizarse dicha modalidad de contratación (art. 24 párrafo 2º *ibídem*).

En segundo término, el proceso de contratación directa está sujeto a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que orientan la función administrativa (art. 209 C.P.) y, a la vez, debe garantizar la igualdad de oportunidades (art. 13) y la libertad de concurrencia entre los interesados en el marco de la competencia (arts. 333 y 334 C.P.).

Así, el Gobierno Nacional en el reglamento de contratación directa que expida, con fundamento en el párrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993,

está en la obligación de garantizar y desarrollar esos principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en ella.

En esta labor el Ejecutivo no puede perder de vista que, ante todo, fue interés del Legislador al contemplar otra manera o forma de selección contractual, facilitar la formación de la voluntad de la administración y la celebración del contrato en eventos excepcionales que demandan su pronta intervención o una respuesta ágil, bien por su cuantía o por su naturaleza o por su finalidad o por su objeto, supuestos que ameritan y justifican prescindir del procedimiento de la licitación o concurso para la satisfacción del bien o servicio que se pretende adquirir con la contratación, sin que en ningún momento ello implique discrecionalidad o subjetividad en la actividad contractual por parte de las entidades públicas o un desconocimiento absoluto de uno o varios de los principios que la rigen, para lo cual se tendrá en consideración que dichos principios deben ser conciliados o ponderados en forma objetiva y razonable.

Por lo tanto, "...pretender hacer más expedita la celebración de los contratos de menor cuantía entre un grupo de oferentes que no supere los diez, puede cumplir con ese propósito, el de celeridad y economía en los procesos de contratación, que no implica, de entrada, un desconocimiento de los principios que se dicen vulnerados..."¹³⁸

La respuesta, entonces, al interrogante de si resulta válido utilizar un sorteo como criterio de participación en la contratación directa de menor cuantía, se resuelve a favor de la legalidad de la norma reglamentaria que lo establece, en el entendido de que es congruente con los principios de economía y celeridad que le son aplicables a este mecanismo de selección y no desconoce absolutamente o menoscaba en forma irracional los otros principios, en particular, el de igualdad, porque persiste la garantía de participación en igualdad de condiciones, en tanto al sorteo pueden acceder en idénticas condiciones y oportunidades todas las personas que se crean o consideren que tienen la capacidad real de suministrar el bien o servicio que requiere el Estado.

Dicho de otro modo, estima la Sala que no existe violación al derecho a la igualdad, toda vez que la norma demandada contiene un supuesto de hecho

¹³⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Auto de 13 de mayo de 2004, Exp.24.524.

general en el que se otorga un trato igual para todos los que están en disposición de participar y ofertar el objeto contractual que necesita la entidad pública. En efecto, nótese que al sorteo contemplado en la norma demandada pueden participar en igualdad de oportunidades todos los posibles oferentes o interesados; es un trámite que no obedece a un factor discriminatorio, arbitrario o subjetivo, como quiera que su resultado no está subordinado al mero capricho o voluntad de una persona¹³⁹, y se constituye en un instrumento o herramienta para darle celeridad y eficiencia al proceso de contratación directa de menor cuantía, el cual por definición implica que resulte menos complejo y dispendioso que la licitación pública, mecanismo de selección este último en donde, por su naturaleza, no sería razonable ni concebible jurídicamente. Situación diferente a la legalidad misma de lo contemplado a este respecto en la norma atacada, es aquella según la cual la Administración está en el deber de garantizar las condiciones de moralidad y transparencia que han de presidir e imperar en la ejecución del sorteo.

Por lo expuesto, la Sala encuentra que la limitación a la libertad de concurrencia que comporta el sorteo previsto en la norma acusada en este caso no viola el derecho a la igualdad, pues al desarrollar los principios de economía y celeridad, se justifica objetiva y razonablemente en la contratación directa, razón por la que el cargo no prospera.

Finalmente, en relación con las demás normas que se afirmaron como quebrantadas: artículos 209 y 273 inciso 2º de la Constitución Política y 30 numeral 10 de la Ley 80 de 1993, la Sala advierte que en la demanda no se expresó el alcance y sentido de la infracción, esto es, el concepto de la violación, por lo que dicha circunstancia omisiva la releva de entrar a estudiar algún reproche con base en las mismas, al no cumplir con esa exigencia legal (No. 4 del artículo 137 del C.C.A.¹⁴⁰).

¹³⁹ Sortear significa "someter a alguien o algo al resultado de medios fortuitos o casuales que se emplean para fiar a la suerte una resolución", y la suerte es "el encadenamiento de los sucesos, considerado como fortuitos o casuales". Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, 2001, Págs. 1422 y 1429. De manera quienes se someten a un sorteo tienen idénticas oportunidades en que la resolución del asunto se resuelva a su favor o no, lo cual dependerá del albur o el azar, pero no de un factor que responda al capricho o voluntad de alguna persona.

¹⁴⁰ La CORTE CONSTITUCIONAL, declaró exequible este artículo, en Sentencia C - 197 de 7 de abril de 1999, y puntualizó que "La exigencia que contiene el segmento normativo acusado, cuando se demandan actos administrativos, encuentra su justificación. Si el acto administrativo, como expresión de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos se presume legal y es ejecutivo y ejecutorio, le corresponde a quien alega su carencia de legitimidad, motivada por la incompetencia del órgano que lo expidió, la existencia de un vicio de forma, la falsa motivación, la desviación de poder, la violación de la regla de derecho o el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, la carga procesal de cumplir con las exigencias que prevé la norma acusada. Carece de toda racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto tenga el juez administrativo que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad

3.2.6. Cargos contra el artículo 12 del Decreto 2170 de 2002: Incompetencia del Presidente de la República para determinar el sistema de conformación dinámica en la contratación directa.

3.2.6.1. Texto de la norma demandada

“...Artículo 12. *Del sistema de conformación dinámica de la oferta y de su adjudicación.* La selección del oferente mediante el sistema de conformación dinámica de la oferta y de su adjudicación, se efectuará conforme a las siguientes reglas:

1. En la fecha señalada en los pliegos de condiciones o términos de referencia, los oferentes seleccionados para participar en el proceso de selección de conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 11 del presente decreto, presentarán los documentos que acrediten la capacidad jurídica y el cumplimiento de las condiciones exigidas en relación con la experiencia, capacidad administrativa, operacional y financiera requerida por la entidad,

2. La entidad dentro del plazo previsto en los pliegos de condiciones o términos de referencia verificará el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados en el numeral anterior, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 4° del presente decreto, con el fin de determinar cuáles de los oferentes pueden continuar en el proceso de selección.

3. Cumplida esta verificación, los oferentes en la fecha y hora previstas en los pliegos de condiciones o términos de referencia presentarán su oferta respecto de aquellos aspectos que no son susceptibles de conformación dinámica. La entidad procederá a evaluar dichos aspectos dentro del plazo previsto para el efecto en los pliegos de condiciones o términos de referencia.

4. Cumplida esta evaluación, la entidad en la fecha y hora señaladas en los pliegos de condiciones o términos de referencia realizará una audiencia pública para la conformación dinámica de la oferta en los términos previstos en el artículo 5° del presente decreto.

5. La entidad consolidará la información resultante del proceso de conformación dinámica y de la evaluación a que se refiere el numeral 3° del presente artículo, a efecto de determinar cuál es la oferta más favorable a sus necesidades. Establecido el resultado procederá en forma pública a adjudicar el contrato a quien haya presentado la mejor oferta.

De todo lo anterior la entidad deberá dejar constancia escrita en acta que será publicada en su página web. En aquellos casos en que la

de los actos administrativos, (...) si se tiene en cuenta que el contorno de la decisión del juez administrativo aparece enmarcado dentro de la delimitación de la problemática jurídica a considerar en la sentencia, mediante la determinación de las normas violadas y el concepto de la violación.”

entidad no cuente con la infraestructura tecnológica y de conectividad, el acta será comunicada a todas y cada una de las personas que participaron de la respectiva audiencia...”

3.2.6.2. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante JORGE MANUEL ORTIZ GUEVARA (Exp. 24.524), solicitó declarar la nulidad del artículo 12 del Decreto 2170 de 2002, relacionado con el sistema de la conformación dinámica de la oferta y la adjudicación en los procesos de contratación directa. Si bien en el acápite de disposiciones violadas y concepto de violación de la demanda el actor mencionó dicho artículo 12 pero allí no lo desarrolló, se observa que en los hechos de la misma se atribuye a esta norma reglamentaria y a las otras disposiciones incluidas en la demanda el cargo de incompetencia cuando se indicó que *“...corresponde a la Ley señalar los casos en los que se aplique el mecanismo de audiencia pública, la manera de efectuarla, la manera de evaluar las propuestas y las condiciones bajo las cuales se realizará aquella...”*, lo que hace que *“... el acto es inconstitucional para regular la forma o manera de evaluar propuestas y las condiciones en que se realizará la audiencia pública de adjudicación en una licitación o contratación directa...”*, en contravención a los artículos 273 inciso segundo y 150 inciso final de la Constitución Política y 23, 24 y 29 de la Ley 80 de 1993.

3.2.6.3. La oposición

El Ministerio del Interior y de Justicia esgrimió que el cargo de incompetencia del Decreto 2170 de 2002 carece de sustento, pues las disposiciones acusadas -en esa demanda Exp. 24.524- en cuanto regulan aspectos relacionados con la contratación directa, no vulneran la reserva legal que existe en materia de contratación, toda vez que al Congreso le corresponde expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración según el artículo 150 de la C.P. y al Gobierno Nacional en ejercicio del numeral 11 del artículo 189 *in fine* para expedir dichas normas de acuerdo con las bases y principios a los que debe sujetarse la contratación directa.

3.2.6.4. Análisis de la Sala

Precisa la Sala que lo establecido respecto del mecanismo de la conformación dinámica de la oferta en el artículo 12 del Decreto 2170 de 2002, ubicado en el Capítulo III correspondiente a la selección objetiva en la contratación directa -arts. 11 num. 4º y 12-, no infringe la Constitución Política y la ley en las disposiciones enunciadas por el actor, por cuanto en tratándose del procedimiento para la contratación directa, el trámite que las entidades estatales deben seguir para contratar, prescindiendo de la licitación o concurso públicos, está sometido al reglamento que para el efecto expida el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria (parágrafo 2º art. 24 Ley 80 de 1993), tal y como se ha sostenido en la presente providencia.

Sin embargo, congruente con lo hasta ahora expuesto, observa la Sala que la expresión del numeral 5 aparte segundo del artículo 12 del Decreto 2170 de 2002, que se transcribe a continuación y se subraya: “...[e]stablecido el resultado procederá en forma pública a adjudicar el contrato que haya presentado la mejor oferta...” es ilegal, en la medida de que implica la realización de una audiencia pública para la adjudicación del contrato, que pugna con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 273 de la Constitución Política, el cual reservó a la ley la posibilidad de establecer los casos en los que se aplica este mecanismo y las condiciones bajo las cuales debe realizarse, así como la forma en que se efectuará la evaluación de las propuestas.

Por lo anterior, el cargo por incompetencia del Presidente de la República para determinar y reglamentar el sistema de conformación dinámica de la propuesta en la contratación directa, no es de recibo, excepto en lo relacionado con la expresión “en forma pública” del numeral 5 aparte segundo del artículo 12 del Decreto 2170 de 2002 que se anulará, por ser ese aspecto competencia del Legislador.

3.2.7 Cargo contra el artículo 13 inciso segundo del Decreto 2170 de 2002: Desconocimiento de la Ley 80 de 1993 (artículo 24 literal d. No. 1) y desbordamiento de la facultad reglamentaria.

3.2.7.1. Texto de la norma demandada

“Artículo 13. De los contratos de prestación de servicios profesionales, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas. Para la celebración de

los contratos a que se refiere el literal d) del numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

De igual forma se procederá para la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, los que sólo se realizarán cuando se trate de fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar. El contrato que se suscriba, contendrá como mínimo la expresa constancia de la circunstancia anterior, las condiciones de cumplimiento del contrato incluyendo el detalle de los resultados esperados y la transferencia de tecnología a la entidad contratante en caso de ser procedente.” (Se subraya el texto demandado).

3.2.7.2. Normas violadas y concepto de la violación

El actor JORGE MANUEL ORTIZ GUEVARA (Exp. 24.524), reprocha el inciso segundo del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, por contemplar que se pueden celebrar contratos de manera directa para la prestación de servicios de apoyo para fines específicos, pues considera que amplió el campo previsto en la norma que reglamenta, esto es, el artículo 24 letra d. No. 1 de la Ley 80 de 1993, que prevé la contratación directa de los “...*contratos de prestación de servicios profesionales, o la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden ser asignados a ciertas personas naturales o jurídicas o para el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas...*” Para este demandante existe exceso de la reglamentación al establecer un nuevo caso de contratación directa, con lo cual -dice- se sustrajo ese tipo de contratos del proceso de licitación o concurso públicos, sin procedimiento alguno y sin importar la cuantía, lo cual atenta contra los principios de transparencia, igualdad y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, aplicables por remisión del artículo 23 de la Ley 80 de 1993.

3.2.7.3. Las oposiciones

El Ministerio del Interior y de Justicia y el Departamento Nacional de Planeación, coinciden en señalar en sus intervenciones que los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad de que trata el inciso segundo del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, no son una modalidad nueva ni diferente a la de los contratos de prestación de servicios definidos en el ordinal 3 del artículo

32 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con la norma que se dice vulnerada (artículo 24 letra d. No. 1 *in fine*), para evadir el proceso de selección mediante licitación o concursos públicos, de suerte que tampoco puede aducirse exceso en la facultad reglamentaria.

3.2.7.4 Análisis de la Sala

El actor advierte una contradicción entre el inciso segundo del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002 y el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, por cuanto la norma legal dispone que la escogencia del contratista siempre se efectuará a través de licitación o concurso públicos, salvo en los casos allí expresamente señalados en los que se permite la contratación directa; y el supuesto previsto en el aparte segundo de la norma reglamentaria relacionado con los contratos de prestación de servicios de apoyo no se encuentra entre los casos de contratación directa que aquella previó.

Sobre el particular, sea lo primero destacar que el contrato de prestación de servicios nació del contrato de arrendamiento o *locatio*, que tenía como modalidades de ejecución las obras (*locatio operis*), el transporte (*locatio conductio*), o los servicios personales (*locatio operarum*). Figura esta última que se generalizó para dar paso a la concepción actual de este negocio jurídico, al cual el Estado moderno ha recurrido, para cumplir las múltiples y crecientes funciones a su cargo y ante precisos requerimientos de conocimiento profesional, técnico, o científico o por insuficiencia del personal vinculado a su planta de personal a través de un acto condición (funcionarios) o mediante contrato de trabajo (trabajadores oficiales).

De ahí que, la necesidad de servicios para su funcionamiento o para el cumplimiento de actividades dirigidas a la sociedad, ha dado lugar a contratarlos con personas naturales o jurídicas externas, no vinculadas como servidores o funcionarios de la Administración, a través de contratos de prestación de servicios. Así, la Ley 80 de 1993 en el artículo 32, numeral 3o, dispuso lo siguiente:

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades

no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

De conformidad con la anterior definición, es viable predicar las siguientes características y notas predominantes de los contratos de prestación de servicios:

a) Pueden ser celebrados por cualquier entidad estatal que tenga capacidad para contratar, según lo previsto en el artículo 2 numeral 1. de la Ley 80 de 1993.

b) Es posible su celebración con personas naturales o con personas jurídicas. Con personas naturales cuando se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad que no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Y, no obstante que la norma no lo señala, es conforme a derecho concluir que también es admisible suscribir este tipo de contratos con personas jurídicas, como así lo indica el artículo 24, numeral 1º, letra d), en el cual se señala la posibilidad de acudir a los mismos “[p]ara la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas (...).”

c) Tienen por objeto desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones a cargo de la entidad contratante, con la condición de que tales actividades o funciones no puedan cumplirse con el personal de planta por ser insuficiente o porque se requieran conocimientos especializados.

d) La relación que se genera entre entidad contratante y contratista no goza del carácter de relación laboral.

e) No pueden pactarse por término indefinido, sino por el plazo estrictamente necesario e indispensable (inciso 2o. del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993).

Precisamente, la naturaleza excepcional de este negocio jurídico de la administración y las dos últimas características anotadas previenen que no se utilice el contrato de prestación de servicios para establecer plantas paralelas con carácter permanente en las entidades públicas, en desconocimiento del régimen laboral, tal y como lo ha advertido esta Corporación al recalcar que no puede suplirse la vinculación de los servidores públicos a los cuadros del servicio oficial a través de estos contratos.¹⁴¹

f) En el marco de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebran las entidades públicas -incluyendo los de prestación de servicios- se rigen por las disposiciones civiles y comerciales que disciplinan el tipo negocial utilizado por la administración y las especiales previstas en dicho estatuto público contractual (artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993).

g) No son obligatorias las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, salvo en materia de prestación de servicios públicos, en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pero ello no obsta para que si se estima conveniente se puedan pactar.

De otra parte, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que en el ordinal 1º establece los precisos eventos en los que la escogencia del contratista puede realizarse directamente, en la letra d) señala como uno de ellos *“la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas.”* De esta norma del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública puede colegirse que los únicos contratos de prestación de servicios que permiten ser celebrados en forma directa involucran estas actividades: i) las profesionales, esto es, los que se prestan por personas que ejercen especialmente una profesión; ii) las de trabajos artísticos, es decir, relacionados con trabajos en las artes; y iii) las que tienden al desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.

¹⁴¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 1 de noviembre de 1994, Exp. 7960. También la CORTE CONSTITUCIONAL, en Sentencia C-154 de 1997, al declarar exequible el numeral 3º del inciso 2º del artículo 32, distinguió los contratos de prestación de servicios de los laborales y precisó que los primeros podía devenir en los segundos cuando se presentaran sus elementos (contrato realidad: subordinación, dependencia, etc), cualquiera que fuera la denominación que le haya dado la entidad pública.

Como puede apreciarse, el contrato de prestación de servicios, en las voces del artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, es una manera de vincular a los particulares para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad y si bien aquellos que involucren servicios profesionales o ejecución de trabajos artísticos o el desarrollo de actividades artísticas se subsumen en una causal de contratación directa, no por ello se puede aseverar que se trata de dos modalidades de contratos, unos regidos por el artículo 32 citado y otros por el artículo 24 numeral 1 letra d, pues lo cierto es que se refiere a un mismo tipo contractual, pero con procesos de selección que pueden ser disímiles.

Bajo este contexto normativo, la Sala considera que el hecho de que la ley no mencione los “contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad,” a los que se refiere el inciso 2º del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, no significa que se traten de una nueva modalidad de prestación de servicios que se introduce en el decreto reglamentario, puesto que ellos se enmarcan dentro de la definición genérica prevista en el ordinal 3º del artículo 32, por cuya virtud son contratos de este tipo “los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad,” los cuales, “solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”, y que además bien podrían versar sobre los servicios que enuncia la letra d. del ordinal 1º del art. 24 de la Ley 80 de 1993, aspecto este último que incidiría en la modalidad de contratación.

Así las cosas, la disposición reglamentaria acusada cuando expresa: “...*De igual forma se procederá para la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad los que sólo se realizarán cuando se trate de fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar....*”, permite dos interpretaciones:

i) La de la demanda, según la cual el artículo 13 acusado (inciso segundo) del Decreto 2170 de 2002, al establecer la contratación directa para todos los casos de prestación de servicios de apoyo con la simple constancia de que no existe personal de planta para atender la función respectiva, amplía el campo de contratación directa para un evento que la ley no prevé, eludiendo en consecuencia el proceso de licitación o concurso públicos, lo cual excedería la

facultad reglamentaria y desconocería los principios que rigen la función administrativa; y

ii) Una segunda ajustada a la ley y conforme a la cual la referencia a la celebración de contratos de servicios de apoyo en el contexto del Capítulo III que reglamenta la selección objetiva en la contratación directa, debe entenderse en relación con los contratos de prestación de servicios de apoyo que versen sobre actividades *“...profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas...”*, los cuales son los únicos que pueden ser contratados directamente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24, numeral 1. letra d. de la Ley 80 de 1993.

En tal virtud, siguiendo la jurisprudencia de la Sala, cuando una interpretación de la norma reglamentaria atacada se ajusta a las normas superiores, esta situación impide que la decisión sea simplemente la de expulsarla del ordenamiento jurídico, sino que esa circunstancia impone mantener la legalidad del segmento normativo, pero condicionado a que sólo es válido bajo la segunda de las interpretaciones expuestas.¹⁴²

Conforme a este criterio, la sentencia interpretativa que se adoptará en función del contenido del acto acusado se limitará a modular sus efectos y en lugar de retirar del ordenamiento jurídico la preceptiva administrativa demandada o de mantenerla a pesar de las observaciones de legalidad señaladas, se proferirá un pronunciamiento que alterará parcialmente su contenido y supone, de paso, que se expulsa del ordenamiento cualquier otra interpretación que admita la norma acusada, incluida -por supuesto- la esgrimida por el demandante a lo largo de este proceso.¹⁴³

¹⁴² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia 5 de mayo de 2007, Exp. 16.257. “...Esta técnica permite al juez contencioso a la vez garantizar la supremacía de las normativas superiores sobre el acto administrativo objeto del contencioso objetivo, al no retirar del ordenamiento una disposición administrativa que admite una lectura conforme a las normas superiores, pero simultáneamente respetando la supremacía de los preceptos constitucionales, legales o reglamentarias, sin que en modo alguno se extralimiten los poderes del juez administrativo conforme a lo prescrito por el artículo 84 del CCA. La determinación que se adopta en modo alguno es arbitraria, sino que –contrario sensu- es la consecuencia lógica del rol del juez administrativo como guardián de la legalidad administrativa, en la medida en que - como advierte Merlk- la justicia administrativa en su génesis fue concebida como un instrumento eficaz de fiscalización a la administración e instituida para garantizar la vinculación total positiva del ejecutivo a la ley como manifestación de la voluntad general. (...) La decisión desde el punto de vista de su contenido que adoptará la Sala es del tipo de condicionadas que suele emplearse de antaño en el control abstracto de constitucionalidad de las leyes y que recientemente comenzó a aplicarse respecto de actos administrativos en Francia...”

¹⁴³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, ídem.

En este orden de ideas, para la Sala no existe la ilegalidad endilgada al inciso segundo del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002 y, en consecuencia, lo declarará ajustado a derecho en forma condicional, esto es, bajo el entendido que se refiere a los contratos de prestación de servicios de apoyo que versen sobre actividades “...profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas...”, los cuales son los únicos que permiten que sean contratados directamente, conforme el artículo 24, numeral 1. letra d. original de la Ley 80 de 1993.¹⁴⁴

3.2.8 Cargos contra el artículo 16 del Decreto 2170 de 2002.

Texto de la norma demandada

“Artículo 16. *Contratación directa en los casos de declaratoria de desierta de la licitación o concurso, cuando no se presente oferta alguna o ninguna oferta se ajuste al pliego de condiciones o términos de referencia.* En los casos de declaratoria de desierta de la licitación o concurso, cuando no se presente oferta alguna o ninguna oferta se ajuste al pliego de condiciones o términos de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación, la entidad estatal, si persiste la necesidad de contratar, deberá adelantar un proceso de contratación directa, conforme a las siguientes reglas:

1. La convocatoria será pública y el pliego de condiciones o términos de referencia definitivo se publicará en la forma prevista en el artículo segundo del presente decreto.
2. No se modificarán los elementos esenciales de los pliegos de condiciones o términos de referencia utilizados en el proceso de licitación o concurso público.
3. La adjudicación del proceso de selección a que se refiere el presente artículo se hará en todos los casos mediante audiencia pública, realizada de conformidad con lo establecido para el efecto por el artículo 3° del presente decreto.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Actualmente la Ley 1150 de 2007, en el No 4. del artículo 2, incluye los contratos de servicios de apoyo que sin ser de carácter profesionales coadyuvan al cumplimiento de sus cometidos, así: 4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: (...) h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales...”

¹⁴⁵ Suspendido provisionalmente el numeral 3 de este artículo por la Corporación mediante Auto de 13 de mayo de 2004 (Exp. 24.524), confirmado en Auto de 3 de marzo de 2005.

Parágrafo 1°. Producida la declaratoria de desierto de una licitación o concurso, no se podrá contratar directamente con aquellas personas que hubieren presentado ofertas que la entidad hubiere encontrado artificialmente bajas.

Parágrafo 2°. Podrá declararse desierto la contratación directa por las mismas causales previstas en el inciso primero de este artículo, caso en el cual se aplicarán las reglas previstas en éste.”

3.2.8.1 Cargo contra el artículo 16 del Decreto 2170 de 2002: Exceso de la facultad reglamentaria para la contratación directa, por infracción al parágrafo 2º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 209 de la C.P.

3.2.8.1.1 Normas violadas y concepto de la violación

El actor JORGE LEÓN QUIROZ BETANCUR (Exp. 25.410) demanda todo el artículo 16 del Decreto 2170 de 2002, por contravenir los artículos 209 de la Constitución Política y el parágrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, porque, en su concepto, “...*la norma es no solo irrazonable sino irracional...*”, dado que convierte en un verdadero tropiezo el proceso de contratación directa [artículo 24, letra g. ídem] luego de haberse adelantado un proceso de licitación pública que fue declarado desierto, pues fijó un procedimiento que, si bien le otorga una doble publicidad, hace que sea más lento para el cumplimiento de las funciones propias de las entidades estatales.

En este sentido, afirmó lo siguiente:

“Empero, contraviniéndola y de contera desvirtuando los principios de la Carta Política y de la misma Ley que se reglamenta, el Gobierno pretende que se desencadene el que pretende tener por procedimiento de contratación directa, el cual obliga a:

1. Dar apertura al proceso de selección (Artículo 2, segundo inciso)
2. Elaborar pliegos de condiciones definitivos (Artículo 2, primer inciso)
3. Publicar esos pliegos (Artículo 2, segundo inciso)
4. Inscribir a los posibles oferentes.
5. Si los posibles oferentes superan el número de diez, realizar audiencia para preseleccionar a diez
6. Efectuar audiencia de adjudicación, si se opta por el sistema de conformación dinámica de la oferta.
7. Adjudicar mediante resolución motivada, en caso contrario.
8. Comunicar la decisión a todos los oferentes (artículo 11)”.

Acotó que el Gobierno Nacional excedió la facultad reglamentaria, toda vez que la citada disposición establece un dispendioso procedimiento, que supera los trámites de una licitación pública ya adelantada por la entidad pública y en la que *“el principio de transparencia se consumó en su más amplio espectro”*, además desconoce la clasificación de los procedimientos contractuales y desvirtúa los principios de la Constitución Política y de la Ley 80 de 1993 (en particular el principio de economía), dado que lo que se impone en estos eventos es permitir la contratación directa con cualquier persona idónea que logre contactarse sin modificar en lo sustancial el pliego.

3.2.8.1.2 La oposición

El Ministerio del Interior y de Justicia, mencionó que el cargo del actor conforme al cual el artículo 16 conlleva replicar los trámites de la licitación pública, no tiene fundamento, por cuanto él no opera solamente en aquellos casos en que las ofertas presentadas no satisfacen los requisitos del proceso, sino también cuando no se presenta oferta alguna, lo que implica en todos los casos la necesidad de que la entidad valore las circunstancias que motivaron que acaeciera uno u otro hecho a efectos de revisar el alcance de los requerimientos propuestos o la necesidad de iniciar otro procedimiento, por estimar que es más conveniente para sus intereses.

En tal virtud, consideró que el precepto demandado, al otorgar una oportunidad para que se revise el negocio inicialmente planteado en la licitación pública, garantiza el cumplimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, así como lo dispuesto por el artículo 209 de la Constitución Política, en el entendido de que los principios de eficacia, economía y celeridad no se aseguran por la rapidez con que se produzca el proceso, sino por la obtención del bien o servicio requerido por la entidad pública con observancia de los primeros principios, razones que evidencian que el Gobierno Nacional no excedió las facultades reglamentarias, al desarrollar el procedimiento de contratación directa en los eventos señalados en la norma atacada, el cual no resulta más dispendioso, complicado o largo, como pretende hacerlo ver el actor.

3.2.8.1.3 Análisis de la Sala

El problema jurídico que plantea el actor se concreta en determinar si el artículo 16 del Decreto 2170 de 2002, transgrede el artículo 24 parágrafo segundo de la Ley 80 de 1993 y el artículo 209 de la Carta Política, al reglamentar el procedimiento de contratación directa en los eventos de declaratoria de desierto de la licitación o concurso públicos, mediante un dispendioso procedimiento que supera los trámites de una licitación pública ya adelantada por la entidad pública y desatiende el espíritu de la citada ley.

La Sala, por los mismos motivos que señaló a propósito del primer cargo contra todo el Decreto 2170 de 2002, en el que se despacharon argumentos similares a los ahora expuestos por el demandante, no considera que el trámite de contratación directa adoptado en el artículo 16 resulte contrario a la ley.

En efecto, conviene precisar que el artículo 16 del Decreto 2170 de 2002 exige el agotamiento del trámite en él establecido, no solo en caso de que la licitación o concurso hayan sido declarados desiertos, sino también cuando no se presente oferta alguna o ninguna oferta se ajuste al pliego de condiciones o, en general, cuando falte voluntad de participación, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1º letras g. y h. del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Así, como atrás se explicó, debe tenerse en cuenta que en el parágrafo 2º del artículo 24 *ibídem*, se dispuso que el Gobierno Nacional debía expedir un reglamento de contratación directa, que garantice y desarrolle los principios de transparencia, economía y selección objetiva previstos en la ley; por esta razón, el trámite que las entidades estatales deben seguir para contratar, queda sometido al reglamento que para el efecto expida el Presidente la República en ejercicio de su potestad reglamentaria, en el marco y con sujeción a los principios establecidos en ella.

En consecuencia, sea cual fuere la causal de excepción para prescindir de la de la licitación o concursos público en los términos del numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, fue voluntad del Legislador en el parágrafo segundo de esta misma disposición que el procedimiento de la contratación directa con fundamento en esos taxativos eventos cumpliera no solamente con el principio de economía en su manifestación de celeridad, como lo pretende el actor, sino además los principios de transparencia y selección objetiva, dejando al Ejecutivo en la libertad

de fijar el trámite a través del cual se preserven y garanticen, con el propósito de escoger el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca.

En otros términos, el hecho de que se hubiera declarado desierta una licitación o concurso públicos por motivos o causas que hayan impedido una escogencia objetiva, no exime, en aras de la brevedad que reclama el actor, del cumplimiento de los otros principios rectores de la actividad contractual del Estado en el proceso de contratación directa fundamentado en esa causal, pues en manera alguna dicho evento autoriza que la escogencia pueda realizarse en forma arbitraria o subjetiva, esto es, bajo la exclusiva discrecionalidad de la administración, situación que la Ley 80 de 1993 pretende evitar y erradicar.

Por ello, cabe advertir, incluso, que ante esa situación la Administración deberá examinar si le son imputables los motivos o razones que condujeron a la frustración del proceso de licitación o concurso públicos, para determinar la viabilidad o no de adelantar un proceso de contratación directa con base en esa circunstancia o una nueva licitación o concursos públicos, teniendo presente que no es posible alterar o modificar sustancialmente los pliegos de condiciones o términos de referencia, so pena de soslayar los principios de la contratación pública.

En conclusión, para la Sala no resulta evidente que la norma demandada sea ilegal por haber previsto el decreto reglamentario para la contratación directa un trámite con etapas parecidas a las fijadas por la Ley 80 de 1993 para la licitación pública, dado que, se reitera lo ya expuesto en esta providencia, esa acusación no tiene en cuenta que, si bien el Legislador no estableció un procedimiento, previó que la contratación directa se realizara conforme al reglamento que dicte el Gobierno Nacional en el que se desarrollen en forma razonable y concurrente los principios de transparencia, economía y selección objetiva previstos en la ley y aquellos que orientan la función administrativa, esto es, los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 209 C.P.), lo cual no fue desvirtuado por el actor en su argumentación, como tampoco demostró que el trámite de esta modalidad de selección contractual resulte más dispendioso o largo que realizar otra licitación o concurso públicos.

De acuerdo con lo anterior, no procede la nulidad de la totalidad de la norma examinada por este cargo.

3.2.8.2. Cargo contra el artículo 16 No. 3 del Decreto 2170 de 2002: Incompetencia del Presidente de la República para determinar el evento de adjudicación en audiencia pública.

3.2.8.2.1 Normas violadas y concepto de la violación

Explica el demandante JORGE MANUEL ORTIZ GUEVARA (Exp. 24.524), que el Gobierno Nacional no podía establecer el evento de adjudicación en audiencia pública para los contratación directa por declaratoria de desierta de la licitación, o cuando se presente oferta alguna o ninguna se ajuste a los pliegos o términos de referencia, por carecer de una competencia que está reservada para el legislador, según al artículo 273 inciso segundo de la C.P.

La actora MARTHA ALEJANDRA PARRA CHAVARRO (Exp. 28.244) coincide en el anterior cargo de ilegalidad, pues estima que el numeral 3 del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002, viola los artículos 273 de la Constitución Política y 30 numeral 10 de la Ley 80 de 1993, porque, de una parte, amplía la posibilidad de que las entidades estatales realicen en todo caso y de oficio la audiencia pública, invadiendo el campo que la mencionada norma constitucional reservó para los proponentes, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal; y de otra parte, porque establece que la adjudicación debe realizarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 del decreto reglamentario del cual hace parte, a pesar de que las reglas superiores para la celebración de la audiencia pública sólo pueden ser establecidas por la Ley.

3.2.8.2.2 Las oposiciones

3.2.8.2.2.1. El Ministerio de Transporte consideró que no existía la contradicción alegada, toda vez que la citada disposición al señalar que la adjudicación del proceso de selección en contratación directa en los casos de declaratoria de desierta de la licitación o concurso cuando no se presente oferta alguna o ninguna oferta se ajuste al pliego de condiciones o términos de referencia se hará mediante audiencia pública, le da mayor publicidad y seguridad a la adjudicación del contrato, garantizando la efectividad de los principios constitucionales, entre ellos, los de la función administrativa de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad señalados en el artículo 209 de la

Constitución Política, así como los de los artículos 23 y 29 de la Ley 80 de 1993, de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva y buena fe.

Advirtió que resulta equivocada la interpretación del artículo 273 de la C.P., porque él comienza indicando “a solicitud”, lo cual significa que en caso de existir dudas en la adjudicación del contrato los sujetos allí enunciados puedan solicitar la audiencia, de manera que la norma reglamentaria acusada está permitiendo que la administración, en virtud de los principios antes mencionados, se adelante para que no existan esas “dudas”. Además, indicó que la demanda presenta defectos formales, pues no explica en detalle el alcance y sentido de la infracción, lo cual puede conducir a una inepta demanda, razón por la cual propone la excepción de falsa motivación.

3.2.8.2.2.2 El Departamento Administrativo de Planeación Nacional puntualizó que no se excedió el ámbito de la potestad reglamentaria, en tanto el decreto objeto de demanda propende por el fortalecimiento de los principios de transparencia, publicidad y selección objetiva, de manera que las entidades cuenten con verdaderos procesos que los garanticen.

3.2.8.2.2.3 El Ministerio del Interior y de Justicia alegó que el actor no realizó una interpretación integral y sistemática de las normas del Estatuto de la Contratación de la Administración Pública ni consultó su espíritu, de manera que ante tal omisión le otorga un alcance restringido del artículo 273 de la Constitución Política.

Así, justificó la legalidad de la norma demandada, con el argumento de que si bien el artículo 273 de la Constitución Política establece la adjudicación mediante audiencia pública cuando lo disponga el Contralor General de la República y demás autoridades fiscales, se trata de una norma aplicable para el ejercicio de la función fiscal en la contratación y no para la actividad contractual en sí misma, motivo por el que no puede interpretarse que sólo ellos puedan ordenarla, sino también la administración en virtud de la competencia que tiene para dirigir la celebración de las licitaciones y concursos, de conformidad con los artículos 11 y 25 No. 5 de la Ley 80 de 1993. Precisó, entonces, que la audiencia pública constituye un mecanismo de garantía de transparencia y publicidad de la gestión contractual y no modifica la manera y condiciones como se debe efectuar la evaluación de las propuestas, sin que, en tal virtud, pueda sostenerse que la administración esté impedida para establecer esquemas más exigentes y

disciplinarse más allá de lo que prevé la Constitución Política y la ley en este ámbito.

3.2.8.2.3 Concepto del Ministerio Público

La vista fiscal solicitó acoger las súplicas de la demanda, pues considera que es palmaria la contrariedad del numeral 3 del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002 con el artículo 273 de la Constitución Política y el numeral 10 de la Ley 80 de 1993, al ampliar la posibilidad de la audiencia pública a todos los casos y de oficio, por cuanto ello ya se encontraba limitado de acuerdo con dichas disposiciones, cuando lo soliciten los oferentes y lo ordene el Contralor General de la República y demás autoridades fiscales.

3.2.8.2.4. Análisis de la Sala

En primer lugar, estima la Sala que no resulta procedente la excepción presentada por el Ministerio de Transporte que denominó como de “falsa motivación” de la demanda en el expediente 28.244, por considerar que ella adolece de defectos formales en cuanto al concepto de violación, dado que revisada la demanda se encuentra que la actora indicó claramente las normas de carácter superior violadas y en capítulo independiente expuso las razones por las cuales considera que éstas fueron vulneradas por la norma demandada, de manera que se ajustó al requisito previsto en el artículo 137 No. 4 del C.C.A.

Ahora bien, como es viable el estudio de fondo de los argumentos esgrimidos en la demanda, es necesarios precisar que el numeral 3 del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002 fue suspendido provisionalmente por la Sala en Auto de 13 de mayo de 2004, confirmado por auto de 3 de marzo de 2005, por las mismas consideraciones jurídicas a las que esta Sala se refirió en relación con el artículo 3 *íbidem*, las cuales ahora reitera.

En dichas providencias se advirtió que el numeral tercero del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002, que ordenó la adjudicación en audiencia pública de los procesos de selección correspondientes a la contratación directa en los casos de declaratoria de desierta de la licitación o concurso, cuando no se presente oferta alguna o ninguna oferta se ajuste al pliego de condiciones o términos de

referencia, o en general cuando falte voluntad de participación, se encontraba viciado de ilegalidad, habida cuenta de que la Constitución Política en el inciso segundo del artículo 273 reservó a la ley la posibilidad de establecer los casos en los que se aplica este mecanismo y las condiciones bajo las cuales debía realizarse, así como la forma en que se efectuará la evaluación de las propuestas, y la Ley 80 de 1993, en el art. 30 No. 10, sólo la remitió al mismo evento previsto en el inciso primero de la norma superior -esto es, cuando así lo solicite cualquiera de los proponentes a las autoridades de control fiscal-.

La Sala insiste que cuando la norma constitucional determina que los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública para la adjudicación serán señalados por la ley, es claro que sólo pueden ser fijados por el Legislador. La circunstancia de que la Ley 80 de 1993 no haya desarrollado la materia, no traslada la misma a la órbita de la potestad reglamentaria, en tanto es evidente que cuando el Constituyente se refirió a la ley, depositaba la competencia en el Legislador.

En consecuencia, como el asunto de las audiencias públicas para la adjudicación del contrato, es reserva legal, y en el artículo 16 numeral 3 acusado el Presidente de la República se arrogó la competencia que corresponde al Legislador, fuerza concluir que es ilegal y, en tal virtud, debe ser retirada del ordenamiento jurídico mediante su declaratoria de nulidad.

3.2.8.3. Cargo contra el párrafo primero del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002: Falta de competencia del Presidente de la República para consagrar inhabilidades en el reglamento de contratación directa.

3.2.8.3.1 Normas violadas y concepto de la violación

La demandante LILIANA CECILIA ROJAS LEON (Exp. 31.447), considera que el párrafo primero del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002, en cuanto señala que producida la declaratoria de desierto de una licitación o concurso, no se podrá contratar directamente con aquellas personas que hubieren presentado ofertas que la entidad encontró artificialmente bajas, infringe los artículos 123, 150 numeral 19 numeral y 189 numeral 11 de la Constitución de la Política, así como los artículos 8 y 26 numeral 6 de la Ley 80 de 1993, por cuanto está creando una inhabilidad para contratar, lo cual es competencia exclusiva del Legislador.

Tal recriminación la sustenta en que el Decreto 2170 de 2002 es reglamentario de la Ley 80 de 1993, es decir, de orden sublegal y, por tanto, no puede modificar ninguna de sus disposiciones, toda vez que la finalidad de la potestad reglamentaria establecida en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, es la de ejecutar la ley, razón por la cual *“...el Presidente de la República y las demás Entidad (sic) que suscribieron el Decreto mal podían haber creado una inhabilidad, ya que éstas se encuentran taxativamente señaladas en los artículos 8 y 26 numeral 6 de la ley 80 de 1993”*, de manera que la norma acusada se extralimita en lo que a reglamentación se refiere y adolece de nulidad por falta de competencia de quienes la expidieron, en particular, al exceder la potestad reglamentaria dada al Presidente de la República.

Concluyó que siendo la Constitución Política norma de normas no puede el Presidente de la República en un decreto reglamentario jerárquicamente inferior a la ley, en este caso el 2170 de 2002, arrogarse competencias exclusivas del Congreso de la República, al incluir en el mismo una inhabilidad para contratar, no prescrita en la Ley 80 de 1993 en sus artículos 8 y 26 numeral 6.

3.2.8.3.2 Las oposiciones

3.2.8.3.2.1 El Departamento Administrativo de Planeación Nacional, afirma que existen otras conductas diferentes a las inhabilidades para contratar taxativamente señaladas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, que permiten derivar la conclusión de una prohibición para contratar con el Estado, tal y como ocurre en el numeral 6º del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, disposición que soporta la norma demandada. En este contexto, acotó que el Ejecutivo es competente para reglamentar la Ley 80 de 1993 de acuerdo con las facultades conferidas por la Constitución Política, lo cual hace en el caso de la disposición acusada, dentro del ámbito de los fines y principios de la contratación estatal y de la función administrativa, que son el derrotero para regular la materia.

3.2.8.3.2.2 El Ministerio de Transporte se opuso a la pretendida ilegalidad, señalando que la norma atacada del Decreto 2170 de 2002, no violó los artículos 8 y 26 numeral 6 de la Ley 80 de 1993, pues el Gobierno Nacional tenía competencia para prohibir contratar con el oferente que presentó precios artificialmente bajos en un proceso de licitación o concurso declarado desierto,

ejercicio de la potestad reglamentaria que garantiza y desarrolla los principios de economía, transparencia, selección objetiva y responsabilidad.

3.2.8.3.2.3 El Ministerio del Interior y de Justicia, respondió que la norma acusada es acorde con el orden jurídico, puesto que establece una prohibición para la administración de contratar directamente cuando se presenten los supuestos en ella contemplados y no una inhabilidad o limitación a la capacidad legal de las personas naturales o jurídicas que pretenden contratar con el Estado, amén de que sólo opera para el caso concreto de la licitación declarada desierta, en la cual haya sido partícipe la oferta artificialmente baja, circunstancia que compromete la responsabilidad del proponente en los términos del numeral 6 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993.

3.2.8.3.3. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público rindió concepto en el que solicitó negar las súplicas de la demanda, habida cuenta de que es del parecer de que no se desbordó la potestad reglamentaria, en tanto el precepto demandado no establece una “inhabilidad” para contratar, pues no remite a ninguna normativa disciplinaria o punitiva, sino que estableció una medida preventiva de carácter meramente administrativo, con la cual se preserva la moralidad, transparencia y lealtad en una situación que el propio oferente ha creado al presentar una oferta artificialmente baja, para de mala fe pretender la adjudicación de un contrato, conducta por la que habrá de responder según el artículo 26 numeral 6 de la Ley 80 de 1993, mediante su marginación en la actividad contractual respectiva para impedir una lesión al orden jurídico.

3.2.8.3.4. Análisis de la Sala

Tal y como se advirtió en el auto admisorio al despachar negativamente la suspensión provisional de la norma atacada, el problema jurídico formulado por la actora y que se reservó para esta etapa del proceso, se concreta en establecer: (i) si lo previsto por el Decreto 2170 de 2002, en el parágrafo 1 del artículo 16 demandado, constituye o no una inhabilidad para contratar, de aquellas de la identidad que el Legislador previó en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993 o de otra índole; y (ii) si existe competencia por parte del Ejecutivo para dictar y regular esta clase de disposiciones.

i.) Si lo previsto por el Decreto 2170 de 2002, en el parágrafo 1 del artículo 16 demandado, constituye o no una inhabilidad para contratar, de aquellas de la identidad que el Legislador previó en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993 o de otra índole.

La consagración del régimen de inhabilidades tiende al desempeño de la función pública por sujetos idóneos mediante la exigencia de determinadas condiciones o cualidades para acceder a ella, y a prevenir la indebida utilización de los factores de poder para el beneficio individual, procurando un efecto moralizador en el desarrollo de la actividad y en la disposición del patrimonio público; así, las inhabilidades se erigen en “...*circunstancias negativas o impeditivas preexistentes para acceder a la función pública (inelegibilidad), evitando el ingreso de sujetos que no reúnen determinadas condiciones, calidades y cualidades de idoneidad o moralidad, para desarrollar determinadas actividades o adoptar ciertas decisiones, ora para acceder a la contratación estatal...*”¹⁴⁶ y, por lo tanto, en el ámbito de la contratación pública se constituyen en una justificada restricción a la autonomía privada y a la libertad de contratación, que si bien limitan el principio de igualdad y los derechos negociales, representan un trato diferencial razonable y proporcional fundamentado en intereses superiores.¹⁴⁷

En la contratación estatal se traduce en una situación que atañe al particular o contratista que le impide acceder al contrato y, por lo mismo, participar en el proceso de selección contractual y celebrar contratos con el Estado o con sus entidades públicas. Pueden tener origen en conductas punibles, delictivas o disciplinarias, como consecuencia de una pena o sanción, o en diferentes circunstancias tales como la calidad de servidor público, el parentesco, los lazos de amistad, las relaciones negociales, etc., sin que pueda preconizarse que atienden a una exclusiva naturaleza sancionatoria.

Es claro, por lo demás, que las inhabilidades e incompatibilidades previstas en el ordenamiento jurídico son de origen constitucional y legal, y que corresponde al Legislador su establecimiento y configuración en forma privativa, sin que pueda

¹⁴⁶ NAMEN, Vargas William, Misión Contratación, Limitaciones a la libertad de acceso en la contratación con las entidades estatales. Régimen de inhabilidades e Incompatibilidades, Tomo II, DNP, 2002, Págs. 489 y ss.

¹⁴⁷ Ídem.

tener cabida su creación por vía del reglamento, del pliego de condiciones, o de la autonomía negocial.

Es así como, en ejercicio de la competencia de configuración normativa, el Legislador debe definir y tipificar expresamente sus causas, vigencia, naturaleza y efectos (arts. 6 y 123; como para la función pública según los arts. 150 No. 23 y 293; 299, 303 y 312 de la Constitución Política), para contratar con el Estado, es decir, que tienen una tipicidad legal rígida, son taxativas, de aplicación e interpretación restrictiva, excluyen la analogía *legis* o *iuris*, excepto en lo favorable, y como quiera que limitan la libertad de las personas, se encuentran definidas en el tiempo, excepto aquellas constitucionales (vgr. 179 No.1; 197 y 267 C.P.). Además, las inhabilidades están previstas en normas de imperativas y de orden público (*ius cogens*), razón por la cual no son disponibles por acuerdo o convenio de las partes, y de presentarse la inhabilidad implica la nulidad absoluta del respectivo contrato (No. 1 art. 44 de la Ley 80 de 1993).

De otra parte, es válido señalar como elemento que diferencia esta figura de otras con sentido similar, que la inhabilidad hace relación o se predica de la persona que aspira a contratar con el Estado, mientras que la incompatibilidad recae sobre el servidor o ex servidor público, con el fin de evitar un conflicto de intereses.

En este marco conceptual, la Ley 80 de 1993 estableció en su artículo 8 y en otras de sus disposiciones el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal, bajo los criterios de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la declaratoria de caducidad respecto del contratista y de los socios y sociedades de personas, la condena a interdicción de derechos y funciones públicas, la destitución, la abstención injustificada de suscribir un contrato adjudicado, el parentesco, el matrimonio o unión permanente con servidores públicos, entre proponentes, asociados y el representante legal de sociedades proponentes, la participación a cualquier título o el desempeño en cargos de dirección en personas jurídicas interesadas en la contratación, el suministro de información falsa (art. 22 No. 6 *ibídem*), la declaratoria de responsabilidad civil o penal (art. 58 No. 3 *in fine*); la medida de aseguramiento y la condena penal (art. 58 No. 6 *eiusdem*).¹⁴⁸

¹⁴⁸ Existen en otras leyes también, como por ejemplo, en el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, por suministrar información falsa y en la Ley 734 de 2002 por declaratoria de responsabilidad fiscal.

Sobre el fundamento ético, político y jurídico de las inhabilidades e incompatibilidades a las cuales se refiere el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

“Las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia. Es por ello, que se prohíbe que accedan a la contratación estatal las personas que tengan intereses contrarios a los de las entidades públicas con las cuales contrata o que carezcan de los requisitos o condiciones que puedan repercutir en el correcto, eficiente y eficaz cumplimiento del contrato.

“En este orden de ideas, la consagración de las inhabilidades e incompatibilidades obedecen unas, primordialmente a razones éticas, y otras se vinculan con la eficiencia, la eficacia y la imparcialidad administrativa, pues, se busca asegurar una adecuada selección del contratista, que redunde en beneficio de los fines de interés público o social ínsitos en la contratación.

“No se pueden desconocer los altos intereses públicos que entran en juego cuando el Estado contrata, porque por este medio ‘las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines’ (Ley 80, art. 3o).”¹⁴⁹

Y, en relación con el carácter taxativo y restrictivo del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y su necesaria razonabilidad y proporcionalidad, en otra oportunidad destacó:

“El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal (incompatibilidad o inhabilidad) no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica

¹⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-489 de 26 de septiembre de 1996. También Ver: Sentencias C-415/94; C-178/96; C-429/97; y C-054/91.

de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado”.¹⁵⁰

La inhabilidad, sea que se adopte como criterio que identifica su noción el de la restricción a la autonomía o libertad de contratación, legitimación para actuar u obrar¹⁵¹, ora el de la incapacidad particular¹⁵², lo cierto es que el supuesto en que consiste la misma no permite acceder al proceso de selección o celebrar el contrato, por circunstancias éticas y morales o de imparcialidad, eficacia, eficiencia y transparencia.

En este contexto, la Sala observa que la disposición acusada es del siguiente tenor:

“Parágrafo 1°. Producida la declaratoria de desierta de una licitación o concurso, no se podrá contratar directamente con aquellas personas que hubieren presentado ofertas que la entidad hubiere encontrado artificialmente bajas.”

Así, teniendo como noción que la inhabilidad es aquella circunstancia consagrada en la Constitución Política o la Ley que impide a una persona el acceso al proceso de selección y celebrar el contrato, por vulnerar la moral, la idoneidad, la imparcialidad o la honestidad, encuentra la Sala que en dicho perfil conceptual no se enmarca la disposición acusada, aunque por los términos en que la regla se encuentra redactada se le pretenda encuadrar.

En efecto, la disposición acusada establece una medida preventiva de carácter eminentemente administrativo, con la cual se garantiza el deber de selección objetiva, la moralidad y la transparencia en el respectivo proceso de contratación, pero sin que se observe que se imponga una sanción con efectos punitivos generales.

Nótese que es el propio proponente quien en el proceso de selección genera la situación de exclusión en el proceso de contratación, al haber presentado una propuesta con condiciones económicas artificialmente bajas con el propósito de

¹⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-415 de 22 de septiembre de 1994.

¹⁵¹ Ver: CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 28 de agosto de 1997, Exp. 10.760.

¹⁵² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-415 de 22 de septiembre de 1994 y Sentencia C-489 de 26 de septiembre de 1996.

obtener la adjudicación del contrato, es decir, con un precio irrisorio o falso como valor de los bienes y servicios que se pretenden contratar, frente a lo que realmente arroja la realidad económica y financiera del mercado y las condiciones del proponente, conducta contraria a las prácticas de la libre competencia con la cual pone en peligro la cabal ejecución del futuro contrato, como que afecta la selección objetiva y la economía del mismo, poniendo en riesgo la satisfacción de la necesidad que se busca con su celebración.

Dicha exclusión del proceso debe ser analizada e interpretada en forma integral con el supuesto normativo al que pertenece, esto es, con la totalidad del texto del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002 del cual hace parte, pues en el numeral 2 de este artículo se establece categórica y perentoriamente que “[n]o se modificarán los elementos esenciales de los pliegos de condiciones o términos de referencia utilizados en el proceso de licitación o concurso público...”, razón por la cual, ante el deber de continuar rigiéndose el proceso de selección del contratista por los requisitos y condiciones sustanciales señalados en los pliegos de condiciones o en los términos de referencia de la licitación o concurso públicos declarados desiertos y bajo el prisma de los mismos, es lógico que no pueda proseguir en ese proceso de elección quien ofrece al Estado precios artificialmente bajos, es decir, aquél cuya propuesta no habría cumplido con las reglas y bases del proceso, motivo por el que habría sido objeto de rechazo.

No parece tener sentido ni sería sensato que la administración en las circunstancias anotadas terminara contratando con el oferente que propuso precios artificialmente bajos. De ahí que, el proponente debe asumir las consecuencias de haber elaborado y presentado una oferta en tales condiciones, es decir, está llamado a responder por su contenido económico artificial, en aplicación del artículo 26 No. 6 de la Ley 80 de 1993, conducta suya que a la postre termina marginándolo del respectivo proceso de contratación al que se presentó en esas circunstancias, sin que tenga una repercusión diferente a la de ese proceso o se afecte su acceso en futuros procesos por algún período de tiempo.

En este sentido, no es válido concluir que el párrafo segundo de la norma demandada establezca una inhabilidad para contratar con el Estado, las cuales se contemplan principalmente en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, y que son de reserva del Legislador.

En criterio de la Sala, el supuesto de la norma demandada no establece una inhabilidad, entendida como una falta de legitimación para obrar o limitación a la capacidad legal de las personas naturales o jurídicas que pretendan contratar con el Estado, sino una circunstancia objetiva de rechazo del proponente, directamente relacionada con el proceso de contratación que comenzó inicialmente con el mecanismo de selección por licitación pública que se declaró desierto y que continúa con una contratación directa que deviene de ella.

En efecto, si bien la disposición establece un deber de abstención para la administración en la actividad contractual, en tanto la entidad pública no puede contratar con aquellas personas que hubieren presentado ofertas en condiciones artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación de una licitación o concurso públicos, ello no deriva de una inhabilidad del interesado en contratar como tal, sino que es una medida de sana administración y consecuencia lógica del rechazo de la oferta del proponente que incluyó precios en esas condiciones artificiales y engañosas para que se le adjudicara el contrato, y que persiste en la contratación directa que con ocasión de la declaratoria de desierto resulta necesario adelantar para adjudicar el contrato requerido, en el entendido de que no se trata de un proceso de contratación diferente y con nuevas reglas o condiciones esenciales.

Adicionalmente, repárese que esta restricción para la administración y, por ende, la marginación en el proceso del interesado por su propia conducta, sólo aplica para el caso concreto del proceso contractual que se originó con ocasión de la licitación declarada desierto y en la cual se haya presentado la oferta artificialmente baja, habida cuenta de que esta circunstancia comprometió la selección objetiva en ese proceso, lo que conlleva una responsabilidad que le es exigible al contratista en los términos del artículo 26, numeral 6º de la Ley 80 de 1993, por cuya inteligencia *“...los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas artificialmente bajas, con el propósito de obtener la adjudicación del contrato...”*.

De otro lado, comparte la Sala la afirmación del Ministerio Público en cuanto que la disposición constituye una medida administrativa preventiva que *“...tiende a neutralizar las consecuencias que se desencadenarían de continuar con los procedimientos administrativos en los que la participación de quienes al*

presentarse con ofertas “artificialmente bajas” no resultan garantía de cumplimiento, seriedad, responsabilidad en la ejecución del contrato por adjudicar. Por el contrario aquella actitud podría conducir a que eventualmente la administración contratara a alguien que podría inferir lesión al ordenamiento jurídico o detrimento al patrimonio, por lo que la medida específica señalada por el Ejecutivo se encamina a impedir tal vulneración y a que la norma reglamentada cumpla sus finalidades...”

De manera que la norma reglamentaria con ajuste a la ley, hace efectiva la responsabilidad que incumbe a los oferentes que realizaron ofrecimientos irrisorios, ínfimos, irreales y poco serios frente al valor del mercado de los bienes y servicios a contratar, a través de su desvinculación del proceso contractual, lo cual honra los principios que deben presidir la contratación pública previstos en la Constitución Política y en la Ley 80 de 1993, en la medida que con ella se asegura el deber de selección objetiva y, por esa vía, la buena fe, imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad, transparencia, economía y responsabilidad en la contratación, para el cumplimiento de los fines que a esta actividad le señaló el artículo 3 *ibídem* y en salvaguarda del interés general y del patrimonio público (arts. 209 y 83 C.P. y 24 a 31 de la Ley 80 de 1993).

En este orden de ideas, acotando lo expuesto, la Sala concluye que no se trata de una inhabilidad, porque:

a) La naturaleza jurídica de la restricción para poder contratar la entidad pública con un oferente en esas circunstancias emana del incumplimiento de una condición esencial del pliego de condiciones y del proceso de selección, cuál es haber ofrecido un precio artificialmente bajo, irreal, exiguo e infundado de contraprestación por la realización del objeto del contrato ofrecido con el propósito de obtener la adjudicación del contrato, y que se traduce en una causal objetiva de rechazo en el proceso de contratación, puesto que es claro que una entidad no puede contratar con quien en esos supuestos pone en riesgo la cabal ejecución del futuro contrato, dado que estaría sacrificando el deber o principio de selección objetiva, que impone la congruencia con los precios y las condiciones del mercado.

Es decir, se trata de un motivo o causal de rechazo constitutiva de un impedimento para la escogencia objetiva de una propuesta en tales condiciones, y no de un impedimento subjetivo o atinente al proponente propio de las inhabilidades.

Este supuesto restrictivo se fundamenta en un desvalor de un aspecto de mérito o sustancial de la propuesta de quien ofreció en esas condiciones dentro del frustrado proceso de la licitación pública, y no hace referencia a las condiciones personales del oferente, aunque esté él llamado a responder por el contenido de la misma, como cuando ninguno de los proponentes cumple con los requisitos y exigencias contemplados en el respectivo pliego de condiciones, sólo que a diferencia de otro tipo de incumplimiento (vgr. aspectos técnicos) por no ceñirse a las reglas del pliego y las bases del proceso, tiene una consecuencia legal diferente, en tanto la Ley 80 de 1993 puntualizó expresamente que *“los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas artificialmente bajas, con el propósito de obtener la adjudicación del contrato”* (artículo 26, numeral 6º de la Ley 80 de 1993).

Ahora, que con la regla en mención se garanticen también los principios de transparencia, moralidad, buena fe, economía, eficacia, eficiencia e imparcialidad en la contratación directa precedida de un proceso de licitación pública declarado desierto, como arriba se mencionó, no hace que ella sea una inhabilidad, sino que es el resultado de aplicar en todo su rigor el principio de responsabilidad para asegurar el deber de selección objetiva, principio éste en el que convergen y confluyen todos los demás para la efectiva realización del mismo en su expresión de finalidad del proceso de selección y del contrato.

b) Esta responsabilidad es exigible del oferente únicamente en el correspondiente proceso de contratación en el que presentó precios artificialmente bajos con el fin de ganar la licitación o concurso públicos, y en la que surtido el trámite de éstas, al cual tuvo acceso sin restricciones, no pudo demostrar lo contrario.

Respecto de este aspecto, es importante precisar que el proceso de contratación que se adelantó inicialmente mediante el mecanismo de selección de la licitación o concurso públicos no es diferente por el hecho de que éste se haya declarado desierto y deba iniciarse y llevarse a cabo -por persistir la necesidad- una contratación directa del objeto requerido por la entidad pública, conclusión que se deduce de la regla según la cual no es permitido modificar los elementos

esenciales de los pliegos de condiciones o términos de referencia utilizados en el proceso de selección de la licitación o concurso públicos frustrados (No. 2 art. 16 del Decreto 2170 de 2002).

Por lo tanto, dado que no se trata de un nuevo proceso de contratación, el supuesto de la disposición demandada no tiene un efecto jurídico general en relación con otros procesos de selección (licitación pública o contratación directa) que se adelanten por las entidades de la administración, como ocurre en veces con las inhabilidades; es decir, que tan sólo opera para el caso concreto de la contratación directa que deriva de la licitación pública declarada desierta en la que haya sido presentada la propuesta de la que se predica esa circunstancia, sin que genere antecedentes de ninguna índole para el proponente o lo restrinja para participar en otro proceso diferente de selección contractual ante la misma entidad u otra.

c) El rechazo de una conducta de tal naturaleza en los procesos de contratación pública tiene una relación directa con la responsabilidad prevista en el numeral 6 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, en aplicación del principio contractual regulado en este precepto legal, y resulta armónico con el deber de selección objetiva previsto en el artículo 29 *ibídem*, de suerte que el reglamento en la disposición atacada, precisamente, lo que ordena es hacer exigible y efectiva esa responsabilidad de ley. Desde esta perspectiva el párrafo del artículo 1 del Decreto 2170 de 2002 demandado, desarrolla el principio de responsabilidad y la regla prevista para este evento en la contratación directa.

d) Si bien implica una prohibición administrativa para la entidad pública de contratar por los motivos expuestos en precedencia y no propiamente para el oferente interesado, no se trata de una inhabilidad para él porque ésta es de configuración legal expresa, clara, taxativa y de interpretación restringida o estricta, de manera que no existiendo en la ley no puede ser considerada como tal, dado que el reglamento naturalmente no la puede establecer, so pena de exceder la facultad reglamentaria y a riesgo de la declaratoria de nulidad de la disposición. Por ende, si la Ley 80 de 1993 en su artículo 8 u otra disposición de carácter legal no la consagran, no puede comprenderse ni interpretarse que ella existe, máxime cuando ni siquiera en el reglamento se insinúa ese carácter o connotación.

e) Finalmente, es evidente que no puede deducirse que la norma demandada prevé una causal de inhabilidad, porque cuando ocurre una situación calificada por la ley como tal, tiene por efecto la nulidad absoluta del negocio jurídico celebrado en el que media esa circunstancia impeditiva (art. 44 No. 1 de la Ley 80 de 1993), consecuencia que no se puntualiza en el evento de presentarse una oferta con precios artificialmente bajos en un proceso de selección. En efecto, se advierte que en el caso de que un proceso de selección no se hubiere detectado una oferta en esas condiciones y ésta resultare escogida, el contratista, en los términos del numeral 6 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, deberá responder por el precio irrisorio y ficticio propuesto al Estado, asegurando la cabal y total ejecución del contrato, y no podrá, por ejemplo, escudarse en una nulidad absoluta del contrato, sanción que se reitera no se tipificaría en ese evento, como tampoco argumentar un desequilibrio de la ecuación contractual a su favor (art. 28 de la Ley 80 de 1993), como quiera que se trataría de un hecho a él atribuible, no sobreviviente al contrato y sin virtualidad para alterar sus condiciones iniciales.

En suma, encuentra la Sala que el supuesto del párrafo 1 del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002, debe entenderse como una manifestación plena del principio de responsabilidad.

(ii.) Si existe competencia por parte del Ejecutivo para dictar y regular esta clase de disposiciones.

En cuanto al segundo argumento aducido por la demandante, es pertinente anotar que el Ejecutivo, como se ha expuesto en esta providencia, es competente para reglamentar la Ley 80 de 1993, toda vez que la Constitución Política en forma expresa le otorga la facultad para hacerlo (art. 189 No. 11 de la C.P.), e incluso el mismo Legislador en el párrafo 2 del artículo 24 *in fine* estableció que la contratación directa se realizaría conforme al reglamento que expidiera el Gobierno Nacional con sujeción a los principios de transparencia, economía, responsabilidad y el deber de selección objetiva.

Por consiguiente, la Sala estima que no desbordó el Gobierno Nacional el ámbito de sus competencias al expedir el párrafo primero del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002, puesto que, según se explicó, lo consagrado en él no constituye una inhabilidad de reserva y configuración legislativa, sino una disposición reglamentaria en la contratación directa dirigida a las entidades públicas con el

propósito de evitar que terminen contratando con un oferente que presentó una propuesta con precios artificialmente bajos en una licitación o concursos públicos declarados desiertos, norma que tiene una clara justificación constitucional y legal, en tanto desarrolla los principios que rigen la contratación pública, especialmente los de responsabilidad y selección objetiva.

En conclusión, no tienen vocación para prosperar los cargos contra el párrafo primero del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002 relacionados con una falta de competencia del Ejecutivo para dictarlo, porque el Gobierno Nacional cuenta con atribución para expedir el reglamento con base en el cual se debe realizar la contratación directa y al incluir en éste la disposición censurada se ciñó a los principios de la contratación estatal y de la función administrativa, razones que permiten colegir, contrario a lo expuesto por la actora, que no infringió los artículos 123, 150 numeral 19 y 189 numeral 11 de la Constitución de la Política, así como los artículos 8 y 26 numeral 6 de la Ley 80 de 1993.

3.2.8.4 Cargo contra el párrafo 2º (parcial) del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002:

3.2.8.4.1 Normas violadas y concepto de la violación

La actora LUCIA GRANADOS CHAPARRO (Exp. 27.834), manifiesta que el citado párrafo del artículo 16 viola los artículos 2, 29, 83 y 209 de la Constitución Política y 23 de la Ley 80 de 1993.

Adujo que el artículo 16 del Decreto 2170 de 2002, es entendible y razonable hasta el párrafo 2º cuando señala que podrá declararse desierta la contratación directa por las mismas causales establecidas en su inciso primero, pero de ahí en adelante cuando prescribe: “...*caso en el cual se aplicarán las reglas previstas en este...*”, lo cual implica que, una vez agotado el procedimiento para contratar directamente y en el evento de que éste fracase por las razones previstas en la misma norma, deba repetirse el procedimiento, vulnera los principios constitucionales (art. 2 C.P.), en especial los que orientan la función administrativa de economía, celeridad y eficacia (art. 209 C.P) en concordancia con los principios de la contratación de economía y responsabilidad (art. 23 Ley 80 de 1993), niega la presunción de buena fe que ampara la actuación (art. 83 de la C.P) y viola el debido proceso administrativo (art. 29 C.P).

En consecuencia, a su juicio, como quiera que el Legislador ordenó que se adelante un proceso y no repetir todos los necesarios hasta que se presente una oferta viable, la parte demandada de la norma -atrás señalada entre comillas- entidad debe hacer es contratar directamente, teniendo en cuenta los precios del mercado (art. 20 Decreto 855 de 1994).

3.2.8.4.2. Las oposiciones

3.2.8.4.2.1 El Ministerio de Transporte estimó que no se desconocen las normas constitucionales citadas por la actora, en tanto la disposición acusada respeta los principios en ellas contenidos, tales como el de igualdad, publicidad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en concordancia con los previstos en la Ley 80 de 1993. Además, alegó que la demanda presenta defectos formales, pues no explica en detalle el alcance y sentido de la infracción, lo cual puede desembocar en ineptitud. Por tales razones, presenta las excepciones de “falsa de motivación” de la demanda y la genérica.

3.2.8.4.2.2 El Departamento Nacional de Planeación señaló que de ninguna manera el Gobierno Nacional excedió el ámbito de la potestad reglamentaria al prever que en el desarrollo de los procedimientos de contratación directa, se observen y satisfagan los principios de transparencia, publicidad y selección objetiva que informa la actividad contractual del Estado, pues la modificaciones introducidas a la contratación directa se enmarcan dentro de la facultad atribuida para reglamentarla y asegurar la cumplida ejecución de la ley en desarrollo del parágrafo 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, acatando los principios y reglas constitucionales y legales sobre la materia.

3.2.8.4.2.3 El Ministerio de Justicia y del Derecho adujo en defensa de la legalidad de la norma que: i) la declaratoria de desierta de una contratación directa al igual que de la licitación pública, tiene por finalidad superar los obstáculos de la gestión contractual de la administración, lo cual resulta acorde con los principios constitucionales invocados en la demanda y que rigen la función administrativa; ii) exigencias sencillas como la convocatoria pública, publicación de los pliegos definitivos y no modificación de los elementos esenciales de los mismos, constituyen plena garantía del principio de transparencia; y iii) se colmó un vacío

que generaba problemas de inseguridad jurídica y por ello constituye una evolución de la contratación directa.

Además subrayó que el procedimiento de selección previsto para la declaratoria de desierta de la contratación directa, no es el mismo que el señalado para la contratación directa en general, por lo cual no resulta válido el argumento de que resulta repetitivo, como tampoco que implica formalismos innecesarios que hagan más dispendiosa y onerosa la actuación contractual o le resten celeridad al proceso, o que se de prevalencia de un principio con sacrificio de otro, o que vulnere el principio de buena fe, sino que se trata de exigencias que representan una salvaguarda de los intereses públicos y de los derechos e intereses de quienes contratan con la administración.

3.2.8.4.3 Análisis de la Sala

En primer término, encuentra la Sala que el actor en su demanda indicó las normas de carácter superior que estima vulneradas y explicó el concepto de su violación, en conformidad con lo previsto en el artículo 137 No. 4 del C.C.A., motivo por el cual no resulta de recibo la oposición del Ministerio de Transporte en el sentido de que presenta defectos formales, razón por la que la excepción que denominó como de “falsa motivación” no procede.

En segundo término, observa que el problema jurídico que plantea el demandante consiste en establecer si la expresión “...caso en el cual se aplicarán las reglas previstas en este...” del párrafo segundo del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002, referida al nuevo procedimiento que debe seguirse cuando se declara desierta la contratación directa resultante, a su vez, de la declaratoria de desierta de una licitación o concurso públicos, vulnera las disposiciones constitucionales y de la Ley 80 de 1993, que, a su juicio, están orientadas a la definición de un procedimiento ágil y expedito para esa modalidad de selección.

En tercer término, y para la cabal comprensión del cargo, la Sala estima importante aclarar que el artículo 16 del Decreto 2170 de 2002 únicamente reglamentó la contratación directa como consecuencia de la declaratoria de desierta de la licitación o concurso públicos, y no se refiere a la contratación directa con fundamento en otras causales de las establecidas en el artículo 24 No.

1 de la Ley 80 de 1993, como parece entender la última de las entidades opositoras, al interpretar el parágrafo 2º demandado.

Así las cosas, y una vez realizada la anterior precisión respecto del alcance de la disposición acusada, en relación con el cargo formulado, cabe anotar:

La declaratoria de desierta de un proceso de selección (licitación pública o contratación directa), es aquella determinación que adopta la Administración de no elegir ninguna de las propuestas recibidas para la adjudicación del contrato ofrecido, cuando se presentan motivos o circunstancias que hacen imposible cumplir con una selección objetiva, caso en el cual queda facultada para contratar directamente en aras de cumplir con los fines perseguidos con la contratación, mediante el procedimiento fijado por el reglamento y respetando los principios que rigen esta actividad.

En efecto, la Ley 80 de 1993, en sus artículos 24 Nos. 1 letras g) y h), 5 letra b) y 7; 25 No. 18 y 30 No. 9, al regular los principios de transparencia y economía y al estructurar el proceso de selección de la licitación pública, estableció que las entidades públicas pueden contratar directamente como consecuencia de la declaratoria de desierta de la licitación o concurso públicos, en particular porque ninguna oferta cumplió con los pliegos de condiciones, o no se presentó ninguna oferta o no existió disposición de participación; y que dicha declaratoria únicamente procede por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva, las cuales se señalarán en forma expresa y detallada en el acto administrativo correspondiente, esto es, consignado en el mismo las razones que condujeron a esa decisión.

A su turno, el artículo 16 del Decreto 2170 de 2002, como arriba se mencionó, reglamentó el procedimiento de contratación directa en los casos de declaratoria de desierta de la licitación o concurso públicos, cuando no se presente propuesta alguna o ninguna se ajuste al pliego de condiciones o términos de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación -o sea por las causales de que trata el artículo 24 numeral 1. letras g) y h)-, bajo las siguientes reglas: i) deberá realizarse una convocatoria pública y publicarse los pliegos de condiciones o

términos de referencia definitivos; y ii) no podrá modificarse los elementos esenciales de los pliegos de condiciones o términos de referencia utilizados.¹⁵³

Pero, además, de conformidad con el párrafo 2º del artículo 16 en estudio, podrá la administración declarar también desierta esa contratación directa por las mismas causales previstas en dicha norma para el caso de la declaratoria de desierta de la licitación o concurso¹⁵⁴, caso en el cual, de persistir la necesidad de contratar, la entidad pública adelantará otro proceso de contratación directa.

Visto, entonces, el supuesto de la disposición demandada, la Sala comparte el cargo efectuado por la actora, por cuanto, en verdad, no tiene sentido ni parece razonable repetir un proceso de contratación directa que fue declarado desierto cuando éste se suscitó a propósito de una licitación o concurso público fracasado y, menos aún, que pueda presentarse en varias oportunidades o en forma indefinida tornando incierto en el tiempo la satisfacción de los bienes y servicios que se pretenden satisfacer con la realización y ejecución del contrato.

Por lo tanto, considera la Sala que si bien es posible declarar desierta la contratación directa, la expresión del párrafo segundo del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002 “...caso en el cual se aplicarán las reglas previstas en este...”, que tiene por efecto ordenar la apertura de otro proceso de contratación directa en las mismas condiciones al que se declara desierto, desconoce la efectividad de los principios constitucionales (art. 2 C.P.), directamente los de economía, celeridad y eficacia (art. 209 C.P.) en concordancia con los principios de la contratación pública de economía y responsabilidad (art. 23 Ley 80 de 1993), toda vez que se traduce en una dilación que entorpece en forma injustificada la actividad contractual del Estado.

En efecto, cuando una contratación surte dos procesos de selección pública (licitación y contratación directa) y en ellos no se presenta propuesta alguna o ninguna se ajusta al pliego de condiciones o términos de referencia o, en general, cuando falta voluntad de participación, es evidente que en la concepción o bases

¹⁵³ La adjudicación en el proceso de selección en audiencia pública, contemplada en el artículo 3 y el numeral 3 del artículo 16 fue suspendida provisionalmente en Auto de 13 de mayo de 2004, confirmado en auto de 5 de marzo de 2005 y su nulidad se declarara en esta providencia conforme lo expuesto en precedencia al absolver los cargos contra la misma.

¹⁵⁴ Esto es, cuando no se presente propuesta alguna o ninguna se ajuste al pliego de condiciones o términos de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación.

de la misma se presenta alguna anomalía esencial que impide la selección objetiva de la propuesta más ventajosa para los intereses de la administración. En esos eventos la administración debe, como arriba se explicó, en aras de superar los obstáculos que dieron lugar nuevamente a la declaratoria de desierto del proceso, y en cumplimiento de los principios aplicables a la contratación pública (igualdad, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, publicidad, transparencia y responsabilidad), analizar si esas causas o motivos por los que declaró desierto el proceso de selección le son atribuibles (vgr. confección incompleta, ambigua o confusa de los pliegos, o falta de determinación del objeto, etc.), con el fin de establecer si debe o no adelantar un proceso de contratación directa porque se presenta otra causal (vgr. inexistencia de pluralidad de oferentes) o, por el contrario, abrir una nueva licitación o concurso públicos con nuevos pliegos y reglas que subsanen las inconsistencias que truncaron o frustraron los anteriores procesos.

En consecuencia, fiel al anterior razonamiento, la Sala declarará la nulidad de la expresión demandada del párrafo segundo del artículo 16 del Decreto 2170 de 2002.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

DECLARA LA NULIDAD DEL DECRETO 2170 DE 2002 EN LOS SIGUIENTES ARTICULOS: 3 CON EXCEPCION DE SU PARAGRAFO; 4; 5; 9; LA EXPRESION EN FORMA PUBLICA DEL NUMERAL 5 APARTE SEGUNDO DEL ARTICULO 12; INCISO SEGUNDO DEL ARTICULO DEL 13 PERO UNICAMENTE EN TANTO SE INTERPRETE QUE EN EL SE DISPONE LA CONTRATACION DIRECTA PARA LOS CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS DE APOYO DIFERENTES A LOS ESTABLECIDOS EN LA LETRA D) DEL NUMERAL 1º. DEL ARTICULO 24 DE LA LEY 80 DE 1993, QUE PREVE LA CONTRATACION DIRECTA “PARA LA PRESTACION” DE SERVICIOS PROFESIONALES O PARA LA EJECUCION DE TRABAJOS ARTISTICOS QUE SOLO PUEDAN ENCOMENDARSE A DETERMINADAS PERSONAS NATURALES O JURIDICAS, O PARA EL DESARROLLO DIRECTO DE ACTIVIDADES CIENTIFICAS O TECNOLOGICAS”; NUMERAL 3 DEL ARTICULO 16; LA EXPRESION “CASO EN EL CUAL SE APLICARAN LA REGLAS PREVISTAS EN ESTE” DEL PARAGRAFO 2º DEL ARTICULO 16; DECLARA

IMPROCEDENTE LA EXCEPCION DE FALSA DE MOTIVACION E INEPTA DEMANDA;

DENIÉGANSE LAS DEMÁS PRETENSIONES DE LAS DEMANDAS, POR LAS RAZONES EXPUESTAS EN LA PARTE MOTIVA DE LA PRESENTE PROVIDENCIA.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ENRIQUE GIL BOTERO
(Impedido)

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA