

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Accede, concede suspensión provisional / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Accede, declara: Respecto de algunos apartes del Decreto 1082 de 2015, en materia de selección de contratistas y Acuerdo de Marco de Precios

NOTA DE RELATORÍA. Síntesis del caso: El Gobierno Nacional expidió el Decreto 1082 de 2015, mediante el cual se adoptó “el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”. La parte actora solicitó la suspensión provisional del inciso primero del artículo 2.2.1.2.1.2.7 y del numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2, al considerar que se transgredieron las disposiciones contempladas en el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y en el literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, por lo tanto, se excedieron las potestades reglamentarias.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD SIMPLE / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Accede, declara. Se excedió potestad reglamentaria / SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE NORMA CONTRACTUAL - Declaratoria de desierto de concurso de méritos en eventos de no llegar a acuerdo con segundo lugar de elegibilidad / DECLARATORIA DE DESIERTO DE CONCURSO DE MÉRITOS / ELEGIBILIDAD DE CONTRATISTAS - Segundo lugar

Cuando el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015 dispuso que la entidad estatal debe declarar desierto el concurso de méritos cuando aquella no llegue a un acuerdo con el segundo lugar de elegibilidad, sí excedió el contenido de los artículos 25 (numeral 18) de la Ley 80 de 1993 y 5 de la Ley 1150 de 2007, puesto que, se reitera, dado que el legislador previó dicha decisión para cuando se presentaran motivos que impidieran la selección objetiva, sin restringirlos. En conclusión, el Despacho suspenderá provisionalmente el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015, por haber excedido estas las normas reglamentadas analizadas en este acápite. NOTA DE RELATORÍA. Problema jurídico: ¿Es procedente decretar la medida de suspensión provisional respecto del numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015?.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD SIMPLE / NIEGA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE NORMA CONTRACTUAL - En relación con acuerdo de marco de precios / ACUERDO DE MARCO DE PRECIOS PARA LA ADQUISICIÓN DE BIENES Y SERVICIOS DE CONDICIONES TÉCNICAS UNIFORMES - Por entidades de orden nacional. Eventos / ENTIDADES DE ORDEN NACIONAL SOMETIDAS A RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN EGCAP - Regulación o normatividad aplicable / RAMA EJECUTIVA

De manera particular, el artículo 2.2.1.2.1.2.7 dispuso que las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, cuyo régimen de contratación se encuentre sometido al EGCAP, “están obligadas a adquirir Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes a través de los Acuerdos Marco de Precios vigentes”, privilegiando así, en relación con la adquisición de dichos bienes, el procedimiento del catálogo derivado de AMP suscritos por CCE que se hallen vigentes y por contera prescindiendo de los procedimientos de subasta inversa y bolsa de productos. Para el Despacho la preminencia que sobre la subasta inversa y la bolsa de productos le dio la norma reglamentaria a la adquisición por catálogo que sea resultado de AMP suscritos y vigentes constituye un desarrollo de lo prescrito en el inciso cuarto del párrafo 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, para el caso específico de las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, cuyo régimen de contratación se

encuentre sometido al EGCAP, sin perjuicio de que las demás entidades estatales, órganos autónomos, entidades territoriales, poderes legislativo y judicial puedan adherirse a esos mismos AMP. En ese sentido, es claro que, por ministerio de la ley, los AMP vigentes son de obligatoria observancia para las entidades estatales del poder ejecutivo del orden nacional sometidas en su régimen de contratación al EGCAP, es decir, que estas no cuentan con la liberalidad para sustraerse a los efectos de los AMP vigentes ni para adquirir los bienes y servicios que sean objeto de dichos acuerdos a través de la subasta inversa y/o la bolsa de productos. (...) Así las cosas, el primer requisito de las medidas cautelares, consistente en que el acto confrontado – inciso primero del artículo 2.2.1.2.1.2.7. del Decreto 1082 de 2015 – transgreda las normas que se invocan como violadas –inciso 2 del literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 – no se encuentra cumplido en el presente caso, razón por la cual, no se accederá a la suspensión de dicha disposición reglamentaria. NOTA DE RELATORÍA. Problema jurídico. ¿Es procedente decretar la medida de suspensión provisional respecto del inciso primero del artículo 2.2.1.2.1.2.7 del Decreto 1082 de 2015?.

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO - Requisitos / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Semejanzas o similitudes entre regímenes procesales: CPACA y CCA

La medida cautelar de suspensión provisional regulada en el CPACA conserva semejanzas con la misma medida prevista en el anterior Código Contencioso Administrativo, sin perjuicio de algunas diferencias. Entre las similitudes se encuentran: (...) se concibe como una medida cautelar, es decir, de protección o cautela, que preserva los bienes jurídicos comprometidos en un proceso. (...) Recae sobre un acto administrativo, general o particular, lo cual excluye los hechos, operaciones administrativas o contratos – sin perjuicio de lo previsto en el artículo 230.2 del CPACA –. (...) Se debe solicitar y sustentar de modo expreso, por lo que no procede de oficio. (...) En ambas normativas, cuando se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, deberá probarse, por lo menos sumariamente, la existencia de los mismos.

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO - Requisitos / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Diferencias entre regímenes procesales: CPACA y CCA

De otro lado, también son apreciables algunas diferencias entre ambos ordenamientos, porque: En el CCA la medida solo procedía cuando la violación a la norma superior fuera (...) (artículo 152)-; mientras que en el CPACA el requisito consiste en que exista contradicción o violación, sin necesidad de que su apreciación sea “evidente” o “manifiesta” (artículo 231), además de que es posible efectuar una valoración probatoria. (...) De otro lado, en el CCA, la medida se debía solicitar antes de que la demanda se admitiera, posteriormente no era posible; en el CPACA la solicitud se puede presentar con la demanda o en cualquier estado del proceso (artículo 229), pero debe entenderse, lógicamente, que debe ser antes de dictarse la sentencia. (...) Tratándose del Consejo de Estado, la medida le correspondía tomarla a la Sala, y contra esta decisión procedía el recurso de reposición (artículo 154 del CCA); en cambio, en el CPACA la medida la toma el ponente (artículo 125) y procede el recurso de súplica ante la Sala – únicamente frente a la decisión que la decreta (artículo 236) –. (...) En el CCA la solicitud se presentaba ante el juez, quien la resolvía al admitir la demanda, es decir, el demandado conocía la decisión y solo podía impugnarla si suspendía el acto (artículo 154); en cambio, en el CPACA la solicitud se notifica

junto con el auto admisorio de la demanda, o cuando se presente en el curso del proceso, para dar traslado al demandado con el propósito de que se pronuncie antes de que el juez adopte la decisión (artículo 233).

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO - Requisito de confrontación evidente o manifiesta: Concepto, definición, noción. Contenido / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Diferencias entre regímenes procesales

De las diferencias destacadas, el Despacho enfatiza en el hecho de que en la normativa actual no es requisito para acceder a la medida de suspensión provisional que la contradicción entre el acto demandado y la norma superior confrontada sea “evidente” o “manifiesta”, lo cual es importante aclararlo, (...). [Puesto que,] si bien en ambos se exige “oposición” o “contrariedad” entre la norma demandada y aquella en la que se debe fundar, no significa que su cualificación se mantenga, es decir, hoy no tiene que ser manifiesta, evidente e incuestionable en su análisis, sino que puede exigir estudios más complejos, siempre que al final se concluya que hay contradicción.

ACUERDO DE MARCO DE PRECIOS - Obligatoriedad. Procedimiento aplicable / ADQUISICIÓN DE BIENES Y SERVICIOS DE CONDICIONES TÉCNICAS UNIFORMES / ACUERDO DE MARCO DE PRECIOS - Normatividad o regulación aplicable / PROCESO DE SELECCIÓN ABREVIADA PARA ADQUISICIÓN DE BIENES Y SERVICIOS DE CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS UNIFORMES - Compra por catálogo. Regulación, normatividad aplicable

Centrándonos (...), concretamente la del literal a), esto es, "La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización", la Ley 1150 de 2007 enunció tres (3) procedimientos cuya reglamentación defirió al Gobierno Nacional, a saber: (i) subasta inversa, (ii) instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios, y (iii) procedimientos de adquisición en bolsas de productos. Precisamente, el Decreto 1082 de 2015 desarrolló el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, y reglamentó, entre otras cosas – en los artículos 2.2.1.2.1.2.7. a 2.2.1.2.1.2.10. –, la “Selección Abreviada para la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes por compra por catálogo derivado de la celebración de Acuerdos Marco de Precios”. Se deduce de lo precedente, que los artículos referidos del decreto reglamentario – incluyendo el que en su inciso primero se demandó en uno de los expedientes acumulados –, no resultan aplicables en los tres (3) procedimientos que comprende la causal bajo análisis, puesto que es claro que dejan por fuera a la subasta inversa y a la bolsa de productos.

MODALIDAD DE SELECCIÓN OBJETIVA / SELECCIÓN ABREVIADA - Regulación, normatividad aplicable / SELECCIÓN ABREVIADA - Causales. Eventos

Tratándose de la selección abreviada, el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 dispuso que dicha modalidad está integrada por nueve (9) causales, respecto de las cuales dicha ley no estableció un único procedimiento, aun cuando en el parágrafo 2, de una parte, fijó reglas generales aplicables a los procedimientos de todas ellas sin distinciones y, de otro lado previó, junto con el parágrafo 5, reglas particulares respecto de los procedimientos que atañen a las causales contenidas en los literales a) y b) del numeral 2 del referido artículo 2.

**DECLARATORIA DE DESIERTA - Efectos y consecuencias jurídicas /
DECLARATORIA DE DESIERTA - Tipo de acto. Naturaleza del acto /
DECLARATORIA DE DESIERTA - Imposibilidad de aplicar criterio de precio
más favorable MEJOR PRECIO - Precio más favorable**

El Despacho observa que si bien la expresión “concurso” que incluía el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 fue suprimida como consecuencia de la derogatoria expresa del artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, esa circunstancia no es óbice para que el contenido de dicha disposición le sea extensivo a cualquiera de las modalidades de selección del EGCAP. (...) El planteamiento anterior se encuentra acorde con la posición que de años atrás ha sostenido la Sección Tercera del Consejo de Estado, para la cual, la no inclusión de una modalidad de selección en el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, no impide que a la misma le resulte aplicable dicha disposición (...). Téngase presente, además, que si bien el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, al abordar la selección objetiva como deber, estableció los criterios que las entidades estatales deben tener en cuenta para que la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable, tanto a ellas como a los fines que buscan, la imposibilidad que sobrevenga en la aplicación efectiva de dichos criterios necesariamente tendría que traducirse en una decisión opuesta a la adjudicación en los procesos que requieren de convocatoria – es decir, la declaratoria de desierta – o a la suscripción del contrato en los procesos que no requieren de esta. (...) En ese sentido, así como es claro que el legislador estableció criterios específicos para que la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable, se abstuvo de establecer reglas que disciplinaran la declaratoria de desierta de los procesos que requieran de convocatoria.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 25 / LEY 1150 DE 2007 - ARTÍCULO 2 NUMERAL 2 / LEY 1150 DE 2007 - ARTÍCULO 2 PARÁGRAFO 5 / DECRETO 1082 DE 2015 - ARTÍCULO 2.2.1.2.1.2.7. / DECRETO 1082 DE 2015 - ARTÍCULO A 2.2.1.2.1.2.10.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1082 DE 2015 (26 de mayo) PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA - ARTÍCULO 2.2.1.2.1.3.2 NUMERAL 6 (Suspendida) / DECRETO 1082 DE 2015 (26 de mayo) PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA - ARTÍCULO 2.2.1.2.1.2.7 INCISO 1 (No suspendida)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00015-00(56165)A

Actor: ÁLVARO MEJÍA MEJÍA

Demandado: NACIÓN - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN NACIONAL

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD (AUTO) (LEY 1437 DE 2011) (PROCESOS ACUMULADOS 11001-03-26-000-2017-00012-00(58642), 11001-03-26-000-2016-00173-00(58350), 11001-0326-000-2015-00182-00(56144) y 11001-03-26-000-2016-00159-00(58191))

Temas: ASUNTOS CONTRACTUALES – Reglamentación de actos administrativos asociados a contratos – Decreto 1082 de 2015 – Los Acuerdo Marco de Precios suscritos por Colombia Compra Eficiente que se encuentren vigentes son obligatorios para las entidades estatales del orden nacional pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público y que se encuentren sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública / Declaratoria de desierta en el concurso de méritos – Se somete al contenido del numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Previo a la convocatoria para la audiencia inicial en el marco de los procesos acumulados¹, el Despacho resolverá sobre las medidas cautelares pendientes de decisión en dos (2) de dichos procesos.

ANTECEDENTES

1. Solicitudes de suspensión provisional

La parte actora, en uno de los procesos acumulados², solicitó que se decrete la suspensión provisional del inciso primero del artículo 2.2.1.2.1.2.7 del Decreto 1082 de 2015, *“por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”*, que dispone:

“Artículo 2.2.1.2.1.2.7. Procedencia del Acuerdo Marco de Precios. Las Entidades Estatales de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, obligadas a aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, están obligadas a adquirir Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes a través de los Acuerdos Marco de Precios vigentes.

“(…)”

¹ Mediante auto de 12 de febrero de 2018 se ordenó la acumulación de los procesos 11001-03-26-000-2017-00012-00 (58642), 11001-03-26-000-2016-00173-00 (58350), 11001-0326-000-2015-00182-00 (56144) y 11001-03-26-000-2016-00159-00 (58191) al proceso 11001-03-26-000-2016-00015-00 (56165).

² Fls. 1-7, c. medidas cautelares [proceso 11001-0326-000-2015-00182-00 (56144)].

A juicio del solicitante, al confrontar el inciso primero de la norma citada con el inciso segundo del literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007³, surge de manera evidente la violación a esta norma, porque aquella restringió las posibilidades de adquisición de los *“bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización”* a un solo mecanismo legal de la selección abreviada: los acuerdos marco de precios (*en adelante también AMP*), excluyendo así los otros mecanismos legales: la subasta inversa y las bolsas de productos.

Asimismo, la parte actora, en otro de los procesos acumulados⁴, solicitó que se decretara la suspensión provisional del numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015, que dispone:

“Artículo 2.2.1.2.1.3.2. Procedimiento del concurso de méritos. Procedimiento del concurso de méritos. Además de las reglas generales previstas en la ley y en el presente título, las siguientes reglas son aplicables al concurso de méritos abierto o con precalificación:

“(…)

“6. Si la Entidad Estatal y el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo, la Entidad Estatal debe declarar desierto el Proceso de Contratación”.

Como fundamento de esta segunda solicitud, la parte actora se remitió a los fundamentos de la demanda, en los que indicó que la norma reglamentaria violó el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 al haber dispuesto una causal específica para la declaratoria de desierto del concurso de méritos, desconociendo la probabilidad de que existan ofertas adicionales que aunque no se encontraran en el primero o segundo orden de elegibilidad, sí hayan sido evaluadas de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

³ *“Ley 1150/07. Artículo 2. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: (...)*

“2. Selección abreviada (...)

“a) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

“Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos; (...)” (subrayado fuera del texto).

⁴ Fls. 1-18, c. medidas cautelares [proceso 11001-03-26-000-2016-00173-00 (58350)]. Demandado: DNP.

Agregó que, si de acuerdo con el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 no es posible incluir el precio como factor de escogencia en los contratos de consultoría, tampoco resulta válido, desde la óptica jurídica, establecer ese criterio como una causal de rechazo cuando la entidad estatal contratante no puede llegar a un acuerdo con los oferentes calificados en el primero y segundo lugar de elegibilidad.

2. Oposición de las demandadas e intervinientes en los procesos acumulados

2.1. Departamento Administrativo de Planeación Nacional (*en adelante también DNP*)

Se opuso⁵ a la primera solicitud e indicó que el análisis de legalidad debe hacerse partiendo de la base de la existencia de un Sistema de Compra y Contratación Pública, dentro del cual el Gobierno Nacional ya reglamentó la materia al establecer normas de carácter general, impersonal y abstracto con el fin de reglamentar todo lo atinente a la modalidad de contratación de selección abreviada.

También se opuso⁶ a la segunda solicitud e indicó que el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015 precisó uno de los eventos en que no es posible realizar la selección objetiva en el marco del concurso de méritos, aseveración que fundamentó en que, si no es posible llegar a un acuerdo económico con quienes están en el primero y segundo orden de elegibilidad, no resulta razonable seleccionar a los proponentes que ocupan los siguientes lugares, puesto que, de ser así, se transgrediría dicha selección objetiva al privilegiarse el oferente que reporta menores costos y no el que obtuvo la mejor evaluación técnica.

2.2. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (*en adelante también DAPRE*)

⁵ Fls. 27-32, c. medidas cautelares [proceso11001-0326-000-2015-00182-00 (56144)]. Demandados: DNP. En este proceso, mediante auto de 26-May-16 se ordenó la notificación al Gobierno Nacional, representado por el DAPRE y el DNP.

⁶ Fls. 35-37, c. medidas cautelares [proceso 11001-03-26-000-2016-00173-00 (58350)].

Se opuso⁷ a la primera solicitud e indicó que el espíritu de la norma reglamentaria es que siempre y cuando existan acuerdos marco de precios vigentes, las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del orden nacional deben acogerse a ellos para así satisfacer los propósitos de su implementación, lo que significa que si no hay un acuerdo vigente, aquellas quedan en plena libertad de acogerse a los demás mecanismos de selección autorizados por la ley, esto es, la subasta inversa o los procedimientos de adquisición en bolsas de productos.

2.3. Colombia Compra Eficiente (*en adelante también CCE*)

La entidad intervino en ambos procesos con la pretensión de que se le admitiera como coadyuvante⁸ de la parte demandada.

En relación con la primera solicitud, la entidad⁹ advirtió que el cotejo entre normas reglamentada y reglamentaria no podía hacerse de forma descontextualizada e incompleta, en particular del párrafo 5º del numeral 2. del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 que evidencia, de una parte, la determinación del legislador de establecer que el Gobierno Nacional reglamentará lo que tiene que ver con la selección abreviada como modalidad de contratación y, de otro lado, el uso de los acuerdos marco de precios y la obligatoriedad para las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del Poder Pública en el orden nacional, sometidas al EGCAP¹⁰.

Frente a la segunda solicitud, CCE¹¹ indicó que no satisfacía los requisitos exigidos por la ley, dado que a partir del cotejo entre el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015 y las normas que alegó como violadas, no podía concluirse con absoluta certeza que el acto era manifiestamente contrario al orden jurídico.

Además, en cuanto concierne con el desbordamiento de la potestad reglamentaria, dicha entidad coincidió con los argumentos del DNP, a lo que agregó que las entidades estatales producen un mayor valor por dinero – *es decir mejores servicios por la misma cantidad de dinero* – al declarar desierto el concurso de méritos cuando aquellas no llegan a un acuerdo con quienes ocupan

⁷ Fls. 15-26, c. medidas cautelares [proceso 11001-0326-000-2015-00182-00 (56144)].

⁸ En el proceso 11001-03-26-000-2016-00173-00 (58350) CCE fue vinculada como coadyuvante mediante auto de 1-Jun-17 [Fls. 41-42]

⁹ Fls. 33-44, c. medidas cautelares [proceso 11001-03-26-000-2016-00173-00 (58350)].

¹⁰ Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

¹¹ Fls. 21-25, c. medidas cautelares [proceso 11001-03-26-000-2016-00173-00 (58350)].

el primero o segundo lugar en el orden de elegibilidad, aseveración que fundamentó en que a partir del tercer lugar en adelante la escogencia se haría con quienes no tienen las mejores condiciones de experiencia o cualificaciones técnicas.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Tratándose de un proceso de única instancia¹², la decisión que resuelva la solicitud de medidas cautelares elevada por la parte actora corresponde a una decisión cuya competencia funcional atañe a la suscrita ponente¹³.

2. Requisitos para decretar la suspensión provisional de un acto administrativo: Diferencias entre el CPACA y el CCA

La medida cautelar de *suspensión provisional* regulada en el CPACA conserva semejanzas con la misma medida prevista en el anterior Código Contencioso Administrativo, sin perjuicio de algunas diferencias. Entre las similitudes se encuentran:

¹² "CPACA. Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia.

"El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

"(...)

"1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden.

"(...)".

Téngase presente que las entidades demandadas en los procesos acumulados (DAPRE y DNP) a los que corresponden las solicitudes que aquí se analizan, son entidades que pertenecen al "sector central" y que integran, junto con las del "sector descentralizado por servicios", la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, de acuerdo con los términos del artículo 38 de la Ley 489/98

¹³ La primera parte del artículo 125 del CPACA establece "Artículo 125. De la expedición de providencias. Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia...", disposición de la que se colige cómo, en los procesos de única instancia, tanto la decisión que decreta como la que niega medidas cautelares atañen al Magistrado Ponente, la primera, dado que si bien corresponde a la excepción contenida en el numeral 2 del artículo 243 del CPACA ("2. El que decreta una medida cautelar..."), por tratarse precisamente de un proceso de única instancia, la decisión no compete a la sala sino al ponente y, la segunda, por cuanto sigue la regla general del artículo 125 del CPACA, según la cual, es competencia del Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite.

(●) Que se concibe como una medida cautelar, es decir, de protección o cautela, que preserva los bienes jurídicos comprometidos en un proceso. Por esta razón, no se trata de la medida definitiva, que es la que se adopta en la sentencia, sino de una temporal – provisional – que se dicta mientras se decide de fondo.

(●) Recae sobre un acto administrativo, general o particular, lo cual excluye los hechos, operaciones administrativas o contratos – sin perjuicio de lo previsto en el artículo 230.2¹⁴ del CPACA –.

(●) Se debe solicitar y sustentar de modo expreso, por lo que no procede de oficio.

(●) En ambas normativas, cuando se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, deberá probarse, por lo menos sumariamente, la existencia de los mismos.

De otro lado, también son apreciables algunas diferencias entre ambos ordenamientos, porque:

(●) En el CCA la medida solo procedía cuando la violación a la norma superior fuera *manifiesta* –la norma disponía: “... *haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud*” (artículo 152)-; mientras que en el CPACA el requisito consiste en que exista contradicción o violación, sin necesidad de que su apreciación sea “*evidente*” o “*manifiesta*” (artículo 231), además de que es posible efectuar una valoración probatoria.

(●) De otro lado, en el CCA, la medida se debía solicitar antes de que la demanda se admitiera, posteriormente no era posible; en el CPACA la solicitud se puede presentar con la demanda o en cualquier estado del proceso (artículo 229),

¹⁴ “CPACA. Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

“(...)”

“2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

“(...)”.

pero debe entenderse, lógicamente, que debe ser antes de dictarse la sentencia. Lo anterior sin perjuicio de que, si ya se resolvió una solicitud, pueda esta volver a presentarse, siempre y cuando se hayan presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplan los requisitos para su decreto.

(●) Tratándose del Consejo de Estado, la medida le correspondía tomarla a la Sala, y contra esta decisión procedía el recurso de reposición (artículo 154 del CCA); en cambio, en el CPACA la medida la toma el ponente (artículo 125) y procede el recurso de súplica ante la Sala – únicamente frente a la decisión que la decreta (artículo 236) –.

(●) En el CCA la solicitud se presentaba ante el juez, quien la resolvía al admitir la demanda, es decir, el demandado conocía la decisión y solo podía impugnarla si suspendía el acto (artículo 154); en cambio, en el CPACA la solicitud se notifica junto con el auto admisorio de la demanda, o cuando se presente en el curso del proceso, para dar traslado al demandado con el propósito de que se pronuncie antes de que el juez adopte la decisión (artículo 233).

De las diferencias destacadas, el Despacho enfatiza en el hecho de que en la normativa actual no es requisito para acceder a la medida de suspensión provisional que la contradicción entre el acto demandado y la norma superior confrontada sea “*evidente*” o “*manifiesta*”, lo cual es importante aclararlo, y, por ello, en este solo aspecto los argumentos de oposición a las medidas que se encuentran orientados en ese sentido no pueden atenderse.

El error de su apreciación se evidencia en el hecho incontrastable de que la nueva legislación no conservó el requisito que tuvo el CCA, y si bien en ambos se exige “*oposición*” o “*contrariedad*” entre la norma demandada y aquella en la que se debe fundar, no significa que su cualificación se mantenga, es decir, hoy no tiene que ser manifiesta, evidente e incuestionable en su análisis, sino que puede exigir estudios más complejos, siempre que al final se concluya que hay contradicción.

3. Análisis de fondo

3.1. La obligatoriedad de los AMP vigentes frente a los bienes y servicios de condiciones técnicas uniformes y de común utilización que adquieran las

entidades estatales del orden nacional pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público y que se encuentren sometidas al EGCAP

Tratándose de la selección abreviada, el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 dispuso que dicha modalidad está integrada por nueve (9) causales¹⁵, respecto de las cuales dicha ley no estableció un único procedimiento, aun cuando en el párrafo 2¹⁶, de una parte, fijó reglas generales aplicables a los

¹⁵ "Artículo 2. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: (...)

"2. Selección abreviada. (...)

"Serán causales de selección abreviada las siguientes:

"a) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

"Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos;

"b) La contratación de menor cuantía. (...)

"c) Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud. (...)

"d) La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto; (...)

"e) La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995 (...)

"f) Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas;

"g) 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 la Ley 80 de 1993;

"h) Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, incluida la atención de los respectivos grupos familiares, programas de atención a población desplazada por la violencia, programas de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamientos violentos de diferente tipo, y población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo, incluidos los contratos fiduciarios que demanden;

"i) La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional".

¹⁶ "Artículo 2. De las Modalidades de Selección. (...)

"2. Selección Abreviada. (...)

"Párrafo 2. El procedimiento aplicable para la ejecución de cada una de las causales a que se refiere el numeral 2 del presente artículo, deberá observar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y las siguientes reglas:

1. Se dará publicidad a todos los procedimientos y actos.

2. Para la selección a la que se refiere el literal b) del numeral 2 del presente artículo, será principio general la convocatoria pública y se podrán utilizar mecanismos de sorteo en audiencia pública, para definir el número de participantes en el proceso de selección correspondiente cuando el número de manifestaciones de interés sea superior a diez (10). Será responsabilidad del representante legal de la entidad estatal, adoptar las medidas necesarias con el propósito de garantizar la pulcritud del respectivo sorteo.

procedimientos de todas ellas sin distinciones y, de otro lado previó, junto con el párrafo 5¹⁷, reglas particulares respecto de los procedimientos que atañen a las causales contenidas en los literales a) y b) del numeral 2 del referido artículo 2.

Centrándonos en la primera de las causales de la modalidad de selección en cuestión, concretamente la del literal a), esto es, "*La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización*", la Ley 1150 de 2007 enunció tres (3) procedimientos cuya reglamentación defirió al Gobierno Nacional, a saber: (i) subasta inversa, (ii) instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios, y (iii) procedimientos de adquisición en bolsas de productos.

Precisamente, el Decreto 1082 de 2015 desarrolló el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, y reglamentó, entre otras cosas – en los artículos 2.2.1.2.1.2.7. a 2.2.1.2.1.2.10. –, la "*Selección Abreviada para la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes por compra por catálogo derivado de la celebración de Acuerdos Marco de Precios*". Se deduce de lo precedente, que los artículos referidos del decreto reglamentario – incluyendo el que en su inciso primero se demandó en uno de los expedientes acumulados –, no resultan aplicables en los tres (3) procedimientos que comprende la causal bajo análisis, puesto que es claro que dejan por fuera a la subasta inversa y a la bolsa de productos.

3. Sin excepción, las ofertas presentadas dentro de cada uno de los procesos de selección, deberán ser evaluadas de manera objetiva, aplicando en forma exclusiva las reglas contenidas en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. Para la selección a la que se refiere el literal a) del numeral 2 del presente artículo, no serán aplicables los artículos 2 y 3 de la Ley 816 de 2003".

¹⁷ "Artículo 2. De las Modalidades de Selección. (...)

"2. Selección Abreviada. (...)

"Parágrafo 5. Los acuerdos marco de precios a que se refiere el inciso 2o del literal a) del numeral 2o del presente artículo, permitirán fijar las condiciones de oferta para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a las entidades estatales durante un período de tiempo determinado, en la forma, plazo y condiciones de entrega, calidad y garantía establecidas en el acuerdo.

"La selección de proveedores como consecuencia de la realización de un acuerdo marco de precios, le dará a las entidades estatales que suscriban el acuerdo, la posibilidad que mediante órdenes de compra directa, adquieran los bienes y servicios ofrecidos.

"En consecuencia, entre cada una de las entidades que formulen órdenes directas de compra y el respectivo proveedor se formará un contrato en los términos y condiciones previstos en el respectivo acuerdo.

"El Gobierno Nacional señalará la entidad o entidades que tendrán a su cargo el diseño, organización y celebración de los acuerdos marco de precios. El reglamento establecerá las condiciones bajo las cuales el uso de acuerdos marco de precios se hará obligatorio para las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el Orden Nacional, sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

"En el caso de los Organismos Autónomos y de las Ramas Legislativa y Judicial, así como las Entidades Territoriales, las mismas podrán diseñar, organizar y celebrar acuerdos marco de precios propios, sin perjuicio de que puedan adherirse a los acuerdos marco a que se refiere el inciso anterior".

De manera particular, el artículo 2.2.1.2.1.2.7 dispuso que las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, cuyo régimen de contratación se encuentre sometido al EGCAP, “están obligadas a adquirir Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes a través de los Acuerdos Marco de Precios vigentes”, privilegiando así, en relación con la adquisición de dichos bienes, el procedimiento del catálogo derivado de AMP suscritos por CCE que se hallen vigentes y por contera prescindiendo de los procedimientos de subasta inversa y bolsa de productos.

Para el Despacho la preminencia que sobre la subasta inversa y la bolsa de productos le dio la norma reglamentaria a la adquisición por catálogo que sea resultado de AMP suscritos y vigentes constituye un desarrollo de lo prescrito en el inciso cuarto del párrafo 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007¹⁸, para el caso específico de las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, cuyo régimen de contratación se encuentre sometido al EGCAP¹⁹,

¹⁸ “Ley 1150/07. Artículo 2°. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

“(…)”

“Párrafo 5. Los acuerdos marco de precios a que se refiere el inciso 2 del literal a) del numeral 2 del presente artículo, permitirán fijar las condiciones de oferta para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a las entidades estatales durante un período de tiempo determinado, en la forma, plazo y condiciones de entrega, calidad y garantía establecidas en el acuerdo.

“La selección de proveedores como consecuencia de la realización de un acuerdo marco de precios, le dará a las entidades estatales que suscriban el acuerdo, la posibilidad que mediante órdenes de compra directa, adquieran los bienes y servicios ofrecidos.

“En consecuencia, entre cada una de las entidades que formulen órdenes directas de compra y el respectivo proveedor se formará un contrato en los términos y condiciones previstos en el respectivo acuerdo.

“El Gobierno Nacional señalará la entidad o entidades que tendrán a su cargo el diseño, organización y celebración de los acuerdos marco de precios. El reglamento establecerá las condiciones bajo las cuales el uso de acuerdos marco de precios se hará obligatorio para las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el Orden Nacional, sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

“En el caso de los Organismos Autónomos y de las Ramas Legislativa y Judicial, así como las Entidades Territoriales, las mismas podrán diseñar, organizar y celebrar acuerdos marco de precios propios, sin perjuicio de que puedan adherirse a los acuerdos marco a que se refiere el inciso anterior.

“(…)” (subrayado fuera del texto)

¹⁹ La Corte Constitucional ha coincidido con el planteamiento expuesto al indicar, en relación con una entidad que no pertenece a la Rama Ejecutiva: “6.10.6. Lo anterior significa que, en lo que respecta a los órganos autónomos, como es el caso de la CNSC, los acuerdos marcos desarrollados por el Gobierno Nacional no le resultan obligatorios, de manera que las mismas entidades pueden diseñar sus propios acuerdos marcos a los cuales sujetar los procesos de contratación y, en concreto, de fijación de precios, sin perjuicio de que puedan sujetarse o adherirse a los acuerdos marco realizados por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente-”. Sentencia C-518 de 2016. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

sin perjuicio de que las demás entidades estatales, órganos autónomos, entidades territoriales, poderes legislativo y judicial puedan adherirse a esos mismos AMP²⁰.

En ese sentido, es claro que, por ministerio de la ley²¹, los AMP vigentes son de obligatoria observancia para las entidades estatales del poder ejecutivo del orden nacional sometidas en su régimen de contratación al EGCAP, es decir, que estas no cuentan con la liberalidad para sustraerse a los efectos de los AMP vigentes ni para adquirir los bienes y servicios que sean objeto de dichos acuerdos a través de la subasta inversa y/o la bolsa de productos.

El planteamiento precedente coincide por lo demás con las providencias que en dos de los procesos acumulados y por un cargo distinto²² al de este caso negaron la suspensión provisional del mismo artículo objeto de estudio. En efecto, en dichas providencias se indicó:

“(...) la normativa que el actor señala como violada defiere al reglamento el establecimiento de las condiciones bajo las cuales esas entidades están obligadas al uso de acuerdos marco de precios, debe precisarse el alcance del vocablo ‘condición’ dentro de un ordenamiento jurídico.

En este contexto, la condición es un acontecimiento futuro e incierto del cual depende el nacimiento o extinción de un derecho, un Negocio jurídico, o como ocurre en el caso sub lite, una obligación.

Cuáles son, entonces, los acontecimientos (porque la ley alude a condiciones, en plural) que, en principio, podrían aparecer como señalados en las normas acusadas, de los cuales se hace depender el nacimiento de la obligación, para las entidades estatales que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público a nivel nacional, de usar marcos de precios para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes?

Prima facie, allí se señalan, dos: el primero, que existan y estén vigentes los acuerdos marco de precios (...), y el segundo, que el ‘catálogo para acuerdos marco de precios’ así existente y vigente, contenga el bien o servicio requerido por la entidad estatal (...).

Siendo esto así, puede entender, provisionalmente, que las normas acusada dan cabal cumplimiento a la previsión del artículo 2, parágrafo 5, inciso 4 de la Ley 1150 de 2007.

²⁰ CE. S3/sA. Fallo de 16-Ago-17 [Exp. 11001-03-26-000-2016-00016-00(56166)]. MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²¹ CE. S3/sA. Fallo de 16-Ago-17 [Exp. 11001-03-26-000-2016-00016-00(56166)]. MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²² En estos casos se analizó si el artículo 2.2.1.2.1.2.7 del Decreto 1082/15 vulneraba el inciso 4 del parágrafo 5 del artículo 2 de la Ley 1150/07.

Desde esta perspectiva de análisis, parece plausible concluir, por lo menos hasta este estado inicial del proceo, que en aquellos casos en los que no existen acuerdos de precios vigentes, o en los que existiendo estos, no contengan los bienes o servicios que requiera la entidad demandada, esta podrá recurrir, bien al proceso de subasta inversa, o bien a su adquisición en la bolsa interna de productos.

Más aún, en principio, podría interpretarse que el legislador mismo privilegió, entre los tres procesos que estableció para la adquisición de este tipo de bienes, el empleo de catálogos derivados de la celebración de acuerdos de precios, pues no de otra manera se explicaría que haya previsto la obligatoriedad de su uso en los eventos y bajo las condiciones señaladas por el reglamento.

Así, hasta el momento, se interpreta que, cuando en el aparte subrayado por el actor del inciso primero del artículo 46 y 2 del artículo 48 del Decreto 1510 de 2013, disposiciones estas reproducidas en los artículos 2.2.1.2.1.2.7 y 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015, se dispuso que ‘las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del Poder público del orden nacional, obligadas a aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, están obligadas a adquirir Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes a través de los Acuerdos Marco de Precios vigentes’ y que ‘si el Catálogo para Acuerdos Marco de Precios contiene el bien o servicio requerido, la entidad estatal de que trata el inciso 1 del artículo 46 del presente decreto está obligada a suscribir el Acuerdo Marco de Precios, en la forma que Colombia Compra Eficiente disponga...’ lo que allí se hizo, fue desarrollar lo normado en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, más concretamente, el artículo 2, parágrafo 5, inciso 4 (...)²³.

Asimismo, que:

“8.3. Además de la norma cuestionada, es dable destacar el contenido del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015, que dispone:

ARTÍCULO 2.2.1.2.1.2.9. UTILIZACIÓN DEL ACUERDO MARCO DE PRECIOS. Colombia Compra Eficiente debe publicar el Catálogo para Acuerdos Marco de Precios, y la Entidad Estatal en la etapa de planeación del Proceso de Contratación está obligada a verificar si existe un Acuerdo Marco de Precios vigente con el cual la Entidad Estatal pueda satisfacer la necesidad identificada.

Si el Catálogo para Acuerdos Marco de Precios contiene el bien o servicio requerido, la Entidad Estatal de que trata el inciso 1o del artículo 2.2.1.2.1.2.7 del presente decreto está obligada a suscribir el Acuerdo Marco de Precios, en la forma que Colombia Compra Eficiente disponga, y luego puede colocar la orden de compra correspondiente en los términos establecidos en el Acuerdo Marco de Precios. Las Entidades Estatales no deben exigir las garantías de que trata la Sección 3 del presente capítulo,

²³ CE. S3/sC. Auto de 30-May-17 [Exp. 11001-03-26-000-2017-00012-00 (58642)]. MP. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1 del presente decreto, en las órdenes de compra derivadas de los Acuerdos Marco de Precios, a menos que el Acuerdo Marco de Precios respectivo disponga lo contrario. (Se destaca)

8.4. La norma previamente citada otorga mayor claridad respecto del sometimiento de las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional al acuerdo marco de precios, pues la contratación bajo dicha modalidad se hace obligatoria, siempre que se reúnan las siguientes condiciones: (i) que Colombia compra eficiente haya publicado el correspondiente catálogo; y (ii) que la entidad contratante, en la etapa previa de planeación, verifique que este contenga el bien o servicio a adquirir.

“(...)”²⁴.

Así las cosas, el primer requisito de las medidas cautelares, consistente en que el acto confrontado – inciso primero del artículo 2.2.1.2.1.2.7. del Decreto 1082 de 2015 – transgreda las normas que se invocan como violadas –inciso 2 del literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 – no se encuentra cumplido en el presente caso, razón por la cual, no se accederá a la suspensión de dicha disposición reglamentaria.

3.2. La declaratoria de desierta es el resultado de la imposibilidad de que se puedan aplicar los criterios establecidos por la ley para la escogencia del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca

Para empezar, el Despacho observa que si bien la expresión “concurso” que incluía el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993²⁵ fue suprimida como consecuencia de la derogatoria expresa del artículo 32 de la Ley 1150 de 2007²⁶, esa circunstancia no es óbice para que el contenido de dicha disposición le sea extensivo a cualquiera de las modalidades de selección del EGCAP.

El planteamiento anterior se encuentra acorde con la posición que de años atrás ha sostenido la Sección Tercera del Consejo de Estado, para la cual, la no inclusión de una modalidad de selección en el numeral 18 del artículo 25 de la Ley

²⁴ CE. S3/sB. Auto de 15-Dic-17 [Exp. 11001-03-26-000-2016-00159-01(58191)]. MP. Ramiro Pazos Guerrero.

²⁵ “Ley 80/93. Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:

“(...)”

“18. La declaratoria de desierta de la licitación o ~~concurso~~ únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión (...)”.

²⁶ “Ley 1150/07. Artículo 32. Derogatoria. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados los siguientes artículos de la Ley 80 de 1993 (...) y las expresiones ‘concurso’ (...)”.

80 de 1993, no impide que a la misma le resulte aplicable dicha disposición. En efecto, tratándose de la contratación directa, esta Corporación indicó:

“(…) cuando la ley establece que en virtud del principio de economía ‘la declaratoria de desierta de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión’ (art. 25 ord. 18 ley 80 de 1993), pese a que se refiere a la declaratoria de desierta de la licitación o concurso, igualmente debe aplicarse cuando la selección del contratista se realiza a través del procedimiento de la contratación directa”²⁷.

Y más recientemente, que:

“Ahora bien, el principio de economía que se encuentra regulado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y que dispone en su numeral 18 que en el acto administrativo por medio del cual se declare desierta la licitación o el concurso se debe señalar ‘en forma expresa y detallada’ las razones que llevaron a tomar tal determinación, obligación normativa que resulta también aplicable al proceso de contratación directa, por cuanto, como ya se dijo, si bien éste es un proceso de selección diferente a la licitación y al concurso, también le resultan aplicables los principios que la ley dispuso en relación con esas modalidades de selección”²⁸ (subrayado fuera del texto).

Téngase presente, además, que si bien el artículo 5²⁹ de la Ley 1150 de 2007, al abordar la selección objetiva³⁰ como deber, estableció los criterios que las

²⁷ CE. S3. Fallo de 14-Ago-03 [Exp. 25000-23-26-000-2001-2509-01(22848)]. MP. Ricardo Hoyos Duque.

²⁸ CE. S3/sA. Fallo de 22-Oct-15 [Exp. 25000-23-26-000-1996-02343-01(32984)]. MP. Hernán Andrade Rincón.

²⁹ “Ley 1150/07. 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:

“(…)”

“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 (…).”

³⁰ CE. S3. SP. Fallo de 23-Jul-15 [Exp. 11001-03-26-000-2009-00043-00(36805)]. MP. Hernán Andrade Rincón. En esta oportunidad la Sala Plena de la Sección Tercera indicó: “En relación con la selección objetiva, en primer lugar conviene señalar que, tal como se advirtió anteriormente, no cuenta con una regulación uniforme en punto de su naturaleza. En efecto, el Estatuto de Contratación alude a ella tanto como principio (artículos 24 parágrafos 2º y 3º, y 38 de la Ley 80 de 1993 y 2º número 2, letra e. de la Ley 1150 de 2007), como deber (artículos 25 número 1 y 76 de la Ley 80 de 1993, y artículo 5º de la Ley 1150 de 2007) y aún como simple procedimiento (artículos 21, 24 número 8, 32 parágrafo 2º y 37 parágrafo 1º de la Ley 80 de 1993, y 2º número 2 de la Ley 1150 de 2007).

“La aparente anfibiología del concepto corresponde, sin duda, al afán del Legislador por establecer condiciones específicas que garanticen la escogencia de los mejores o más favorables contratistas para el Estado de manera transparente y eficiente, por una parte y, por otra, al hecho que, tal como

entidades estatales deben tener en cuenta para que la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable, tanto a ellas como a los fines que buscan, la imposibilidad que sobrevenga en la aplicación efectiva de dichos criterios necesariamente tendría que traducirse en una decisión opuesta a la adjudicación en los procesos que requieren de convocatoria – es decir, la declaratoria de desierta – o a la suscripción del contrato en los procesos que no requieren de esta.

En ese sentido, así como es claro que el legislador estableció criterios específicos para que la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable, se abstuvo de establecer reglas que disciplinaran la declaratoria de desierta de los procesos que requieran de convocatoria. Y no podía ser de otra forma, puesto que, tratándose de la selección de contratistas en cabeza de las entidades estatales contratantes, la redacción propositiva de las normas del EGCAP propende por la escogencia de una oferta favorable y no por el resultado opuesto.

se indicó previamente, en los principios y reglas que regulan y direccionan la actividad contractual del Estado se sintetizan gran parte de los principios que regulan, en general, la actuación de la Administración Pública.

“En efecto, una revisión de la exposición de motivos que acompañó el proyecto de ley 149 de 1992 –que luego se convirtió en la Ley 80 de 1993–, permite advertir que la voluntad legislatoris consistió en entronizar una regla de conducta a cargo de las entidades contratantes en la que se resalta ‘...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’.

“(...

“Así las cosas, en punto de la selección de contratistas para el Estado, las entidades se encuentran con un deber de conducta específico que impone comportamientos que no pueden ser desconocidos. Se trata, entonces, en estrictez, de una regla de conducta cuya aplicación no admite graduaciones: la selección será objetiva o no lo será y, en este último caso, se confrontará el ordenamiento jurídico con las consecuentes responsabilidades administrativas, disciplinarias, fiscales y penales, pues de ninguna manera podría la Administración Pública, a título de excepción de la regla de selección, contratar la prestación de servicios o la provisión de bienes basada en simples motivaciones subjetivas de aprecio o consideración, o desconociendo los criterios de evaluación previamente definidos en los pliegos de condiciones o en los documentos que acompañan el proceso de contratación.

“La selección objetiva, en tanto regla jurídica, encuentra fundamento en múltiples principios que informan la acción estatal como la transparencia, la igualdad, la economía, la eficiencia, la eficacia, la libre concurrencia, la imparcialidad y la moralidad, y de acuerdo con la última regulación de su contenido y alcance, se advierte que la misma consiste en ‘...la escogencia del 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’.

“Se desprende de lo anterior que, en particular y sin soslayar los otros principios enunciados, el deber de selección objetiva encuentra claro fundamento en los principios de imparcialidad y economía.

“(...

“5.3.5.3. La selección objetiva, entonces, como regla de conducta impone que siempre, en toda actuación contractual, ella debe estar presente. Así, por lo tanto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado de manera reiterada que en todas las modalidades de contratación previstas en la ley, incluida la contratación directa, debe atenderse tal deber como expresión del interés general o interés público” (subrayado fuera del texto).

Así las cosas, cuando el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015 dispuso que la entidad estatal debe declarar desierto el concurso de méritos cuando aquella no llegue a un acuerdo con el segundo lugar de elegibilidad, sí excedió el contenido de los artículos 25 (numeral 18) de la Ley 80 de 1993 y 5 de la Ley 1150 de 2007, puesto que, se reitera, dado que el legislador previó dicha decisión para cuando se presentaran motivos que impidieran la selección objetiva, sin restringirlos.

En conclusión, el Despacho suspenderá provisionalmente el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015, por haber excedido estas las normas reglamentadas analizadas en este acápite.

En mérito de lo expuesto, este Despacho del Consejo de Estado,

RESUELVE

Primero: SUSPENDER provisionalmente el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015.

Segundo: NEGAR la suspensión provisional del inciso primero del artículo 2.2.1.2.1.2.7 del Decreto 1082 de 2015.

Tercero: En firme esta providencia DEVOLVER al despacho para fijar fecha y hora para la audiencia inicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO