

DECRETO 2474 DE 2008 - Naturaleza

La revisión de la naturaleza del Decreto demandado es un aspecto fundamental, toda vez que la normatividad vigente concibe la acción de nulidad sólo frente a actos administrativos, es decir, manifestaciones de la voluntad, en ejercicio de la autoridad propia de las entidades administrativas, de otras entidades públicas o de los particulares en ejercicio de la función administrativa, capaces de producir efectos frente a un sujeto de derecho o un grupo determinado o indeterminado de ellos, de manera indiferente a la anuencia de estos. De las consideraciones y de la suscripción del Decreto cuyas disposiciones se demandan, se deriva de manera inequívoca que se trata de una reglamentación de la ley, en virtud de lo establecido en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, es decir, de un Decreto reglamentario. En lo que respecta a este tipo de decretos, vale la pena señalar que constituyen una típica expresión de la función administrativa, y desde una perspectiva formal, hacen parte de la categoría de actos administrativos de carácter general. En efecto, la capacidad de trazar reglas de conducta en desarrollo de lo prescrito por el legislador, con alcances generales y de obligatorio cumplimiento por parte de la comunidad destinataria de estos decretos, denota la verificación de los elementos propios del acto administrativo como son: (1) manifestación unilateral de la voluntad de la administración o de la entidad pública o el particular en ejercicio de la función administrativa, (2) capaz de producir efectos jurídicos frente a otros sujetos de derecho (3) sin necesidad de contar con su anuencia para ello.

ACTO ADMINISTRATIVO DEROGADO - Puede ser objeto de pronunciamiento del juez contencioso administrativo

La Sala debe pronunciarse sobre la procedencia de la acción de nulidad contra normas administrativas que ya no tienen vigencia, como quiera que en el proceso se puso de manifiesto que los artículos 46, 47, 52, 54, 65 y 89 del Decreto 2474 de 2008 fueron modificados por el Decreto 2025 del 3 de junio del 2009, y el artículo 46, a su vez, fue derogado por el Decreto 3576 de septiembre 17 de 2009. En lo que concierne a este aspecto se reitera la línea jurisprudencial que se ha ido consolidando desde el año 1991, según la cual es suficiente que un acto administrativo haya tenido vigencia aunque sea por un pequeño lapso para que la jurisdicción contenciosa administrativa deba pronunciarse sobre su legalidad frente a una demanda de nulidad. En efecto, no obstante la norma cuestionada no se encuentre vigente, durante el tiempo que hizo parte del ordenamiento jurídico pudo incidir sobre situaciones jurídicas. De este modo, la vigencia de una disposición administrativa se diferencia de su legalidad, y por ello, la revocatoria directa no tiene la virtualidad de restablecer el orden jurídico si éste se ha visto vulnerado. Adicionalmente, aún cuando el acto administrativo ha sido derogado, no se ha desvirtuado su presunción de legalidad, la cual sólo puede verse afectada por una decisión de carácter judicial. De otro lado, los efectos de la revocatoria son hacia el futuro, de forma tal que su declaratoria no afecta lo acaecido durante el tiempo en que la norma estuvo vigente; en cambio, los efectos de la nulidad son retroactivos porque buscan precisamente restablecer la legalidad alterada. Vistas las anteriores consideraciones, es procedente un pronunciamiento de fondo respecto de las disposiciones acusadas del Decreto 2474 de 2008, sin importar si algunas de ellas han sido posteriormente modificadas o derogadas porque, su retiro del ordenamiento jurídico no afecta su presunción de validez, toda vez que ésta sólo puede ser confirmada o desvirtuada mediante pronunciamiento judicial.

POTESTAD REGLAMENTARIA - Alcance

La potestad reglamentaria encuentra su sustento directo en el artículo 189.11 de la Constitución, y puede definirse como la posibilidad que se reconoce en cabeza del Gobierno Nacional para la expedición de disposiciones que gozan de un valor normativo y que se caracterizan por las notas de generalidad, obligatoriedad e impersonalidad. Las normas que se producen en ejercicio de esta potestad se denominan reglamentos y su objeto no es otro distinto que servir de instrumento y complemento de la norma superior que justifica su existencia. Puede afirmarse entonces que se trata de normas de ejecución puesto que la razón de su presencia en el ordenamiento jurídico se encuentra en la necesidad de hacer más precisas y detalladas las disposiciones que tienen fuerza material de ley. Como señala la doctrina, las razones políticas que fundamentan el ejercicio de la potestad reglamentaria pueden resumirse en dos: 1. La necesidad de asegurar la organización y funcionamiento del aparato administrativo, y; 2. El aumento de aquellos sectores en los que el Estado puede intervenir, limitando derechos o actividades de los particulares para garantizar condiciones de bienestar e interés colectivo, requiriendo la presencia constante de autoridades administrativas mediante el reconocimiento legal de competencias. Así, la norma de carácter reglamentario tiene una relación de subordinación con la ley, su obligatoriedad está en un ámbito inferior al regirse por el principio de jerarquía normativa. El carácter secundario del reglamento respecto de la ley constituye su principal presupuesto de validez, por ello, la primacía de la norma legal no sólo es formal sino también material, de contenido; ésta se torna invulnerable frente a las disposiciones que emanan del ejecutivo, al poder optar por agotar la materia objeto de regulación no dejando ningún posible espacio a la administración o poder también hacer un desarrollo más general para su correcta aplicación, como ha señalado esta Corporación [Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de agosto 21 de 2008. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Exp.01 (0295-04)].

POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites

De lo expuesto puede inferirse los dos límites que enmarcan la potestad reglamentaria: de un lado se encuentra un criterio de competencia; del otro, un criterio de necesidad. El primero se refiere al alcance de la atribución que se entrega al ejecutivo, de manera que le está prohibido, socapa de reglamentar la ley, adicionar nuevas disposiciones, por lo que debe entonces, para asegurar la legalidad de su actuación, limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo. La necesidad de reglamento se desprende de la ley que le sirve de soporte, pues solo tendrá lugar el ejercicio de la potestad cuando la norma emanada del poder legislativo sea genérica, imprecisa, oscura y ello obligue a su mayor desarrollo y precisión. Si la ley es en demasía clara o, como ya se tuvo ocasión de mencionar, agota el objeto o materia regulado, la intervención del Ejecutivo no encuentra razón de ser puesto que las posibilidades se reducen a la repetición de lo dispuesto en la norma reglamentaria (lo cual resulta inoficioso), la exigencia de requisitos adicionales o la supresión de condicionamientos exigidos en la ley (lo cual supone una extralimitación en la competencia); en estos dos últimos supuestos, se presentaría una ampliación o restricción de las disposiciones que emanan del legislador a través de una competencia de carácter instrumental, lo cual en un Estado sustentado en un principio de jerarquía normativa es impensable. Como puede observarse, en el presente caso, el límite basado en el criterio de la competencia no ha sido sobrepasado –las disposiciones acusadas se expidieron en virtud del artículo 189.11 de la constitución –, por las razones explicitadas con anterioridad; resta entonces por analizar si el criterio de necesidad también fue respetado por las disposiciones acusadas.

DECRETO 2474 DE 2008 - Selección objetiva

De acuerdo con el actor, el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, posibilita que se subsanen los requisitos que no son esenciales para la comparación de las ofertas presentadas en el proceso de selección, "...hasta la adjudicación del contrato respectivo". Motivo por el cual, cuando el precepto demandado dispone que dichos requisitos pueden subsanarse "hasta el momento en que la entidad lo establezca..." restringe los límites trazados por el legislador y se extralimita el ejercicio de la potestad reglamentaria. El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 regula lo referente al principio de selección objetiva de los contratistas. Este principio, que en el caso de la contratación estatal en Colombia también tiene la connotación de regla y por ende de deber, se relaciona directamente con una de las principales libertades que se desprenden del principio de la autonomía de la voluntad: la libertad de elegir con quién se contrata. En efecto, tratándose de los negocios jurídicos celebrados por la Administración para la consecución de intereses colectivos, la posibilidad de decidir libremente quién va a ser el contratista se restringe al imponerse a la autoridad la obligación de celebrar diversos procedimientos de selección y con ello lograr dos objetivos: de un lado, garantizar escogencias enmarcadas en los principios de transparencia, libre concurrencia, igualdad, economía, celeridad, eficacia y eficiencia; del otro, asegurar que la oferta escogida sea la más favorable para la finalidades de interés público que se pretenden alcanzar. De la anterior afirmación se desprende que la principal finalidad de la fijación de procedimientos objetivos es precisamente escoger "el 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 otras palabras, aunque podemos sostener que la "selección objetiva" es un concepto jurídico indeterminado, y como tal debe ser precisada en cada situación en particular, no escapa de la esencia de su definición que la elección del contratista debe obedecer exclusivamente a una decisión neutral y por lo tanto producto de una administración imparcial, esto es, sujeta única y exclusivamente al interés general.

SELECCION OBJETIVA - Presupuestos / SELECCION OBJETIVA - Requisitos habilitantes y factores evaluables / CONTRATOS ESTATALES - Carácter intuitu personae

Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, la selección de contratistas para cumplir con el requisito de objetividad debe caracterizarse por: 1. Ausencia total de subjetividad; 2. Estar determinada por la comparación de distintos factores, establecidos con anterioridad por la Administración en el pliego de condiciones; 3. Estar determinada la forma como los factores de selección serán evaluados y el valor que corresponde a cada uno de ellos en el pliego de condiciones; 4. Estar determinada la adjudicación y celebración del negocio jurídico por un análisis, comparación y evaluación objetiva de las propuestas presentadas. Entre los criterios indispensables para realizar una selección objetiva, la ley 1150 de 2007 escindió dos clases de requisitos exigibles a los oferentes: de un lado los denominados habilitantes, encaminados principalmente a la constatación de determinadas exigencias sobre todo de índole personal; del otro, los llamados factores evaluables mediante la asignación de puntaje. La distinción realizada por la norma no conlleva un desconocimiento de la importancia que tienen los condicionamientos que debe reunir la persona del oferente para habilitarse dentro del procedimiento de selección, no se debe olvidar el carácter intuitu personae de los contratos estatales, simplemente implica que la calificación numérica recae, en la nueva regulación, exclusivamente sobre la oferta que se presenta. En efecto, el legislador expresó de manera clara que "...la oferta más

favorable será aquella que, teniendo en cuenta 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”. La ley señala principalmente como requisitos habilitantes la capacidad jurídica, la capacidad financiera, la experiencia y las condiciones de organización. Estos factores no se pueden evaluar con puntos, sino con el criterio admisión/rechazo. Estas exigencias, vienen a constituir así, mínimos que cualquier sujeto interesado en ser proponente debe cumplir. A la lógica anterior obedece el contenido del párrafo 1º del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el cual 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 las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”. Por consiguiente, se trata de defectos subsanables, porque al no afectar su falencia la asignación de puntajes, “ellos pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.”.

NOTA DE RELATORIA: Acerca del requisito de objetividad en la selección de contratistas, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de junio 4 de 2008, M. P. Myriam Guerrero de Escobar, exp. 17.783.

INCISO SEGUNDO DEL ARTICULO 10 DEL DECRETO 2474 - Se opone al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 / REQUISITOS HABILITANTES - Oportunidad para presentarlos / REQUISITOS HABILITANTES - Oportunidad para subsanarlos

El problema que suscita el cargo formulado se centra en el momento en el que las ofertas pueden subsanarse cuando faltan documentos que acrediten uno o varios requisitos habilitantes. La Sala considera que, en este aspecto, efectivamente la norma reglamentaria desconoció el requisito de necesidad, toda vez que reguló de manera disímil un tema que ya había sido precisado por el legislador. De la comparación hecha entre el aparte demandado del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se puede inferir sin dificultad que la ley permite que los requisitos habilitantes se soliciten hasta el momento previo a la adjudicación, de allí que la subsanación debe realizarse antes de que ésta se lleve a cabo, mientras que el inciso segundo del precepto cuestionado señala que los documentos se pueden solicitar “hasta la adjudicación o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...”. De modo tal que, como se sostuvo en el auto que decretó la suspensión provisional de la disposición acusada, se sobrepasa la facultad reglamentaria porque se “...limita temporalmente la posibilidad de que subsanen las deficiencias de las ofertas, señalando que los pliegos pueden anticipar dicho momento, aspecto que no se ajusta a la ley, porque ella establece que de ser necesario subsanar las ofertas la entidad puede solicitarlo hasta el momento de la adjudicación, de manera que no es necesario hacer mayores reflexiones para advertir que la ley y el reglamento no dicen lo mismo”, y por ello la sala declarará la nulidad de la expresión “...o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...” contenida en el inciso segundo del artículo 10 del decreto 2474 de 2008.

CLASIFICACION Y CALIFICACION DE OFERENTES - Registro Unico de Proponentes / RUP - Noción. Finalidad - REGISTRO UNICO DE PROPONENTES - Requisito para presentar ofertas

De acuerdo con el actor, cuando el decreto reglamentario establece la posibilidad de exigir el certificado del Registro Único de proponentes para clasificar y calificar a quienes presentan sus ofertas ante la administración, desborda su competencia,

pues el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 derogó el artículo 22 de la Ley 80 de 1993, que regulaba dicho registro. Para dar una respuesta adecuada al cargo formulado, es necesario aclarar que, aunque la Ley 1150 de 2007 introdujo varias e importantes reformas en distintos aspectos del RUP, éste conservó su esencia. En efecto, como indica la doctrina, la aplicación del principio de igualdad a los procedimientos de selección de contratistas, viabiliza la existencia de un listado previo de potenciales aspirantes que facilite la labor de escogencia de la entidad estatal, toda vez que, esto posibilita tener un conocimiento no sólo amplio sino previo de las características de quienes pretenden contratar con la Administración y evita que cada vez que se abre un proceso licitatorio dicho conocimiento deba iniciar de cero. Esta circunstancia a su vez es una herramienta que sirve para asegurar una selección de carácter objetivo. En otros términos, se trata de “un listado de proveedores en el que los potenciales contratistas del Estado se inscriben, clasifican y califican según determinados criterios, generando una aptitud genérica para contratar y reconociendo una idoneidad mínima.” Por consiguiente, el RUP es un requisito para poder presentar ofertas, su finalidad no es otra distinta a calificar “moral, técnica y financieramente” a los oferentes. Como indica Dromi, “la inscripción es una patente de idoneidad jurídica, económica y financiera para poder ejecutar la prestación objeto del futuro contrato, por eso se le ha denominado también ‘habilitación de los licitadores’, ‘calificación de oferentes’ o ‘condiciones subjetivas de los licitadores.’” Dado que esta labor no se puede realizar cada que se abre un procedimiento de selección, la inscripción, calificación y la clasificación de las que aquí se habla se ha confiado a la Cámara de Comercio, razón por la cual ostenta el carácter de registro único.

NOTA DE RELATORIA: Respecto de la naturaleza jurídica del RUP, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de noviembre 28 de 2002. M. P. Ricardo Hoyos Duque, exp. 14.040.

REGISTRO UNICO DE PROPONENTES - Su exigencia fue derogada por la Ley 1150 de 2007 / RUP - Su falta de exigencia no exime a la entidad de verificar la información de los proponentes

No obstante lo anterior, la necesidad de adoptar la regulación hecha por la Ley 1150 de 2007 a las nuevas características y alcances del RUP – principalmente la extensión de esta exigencia a toda clase de contratos, salvo algunos excluidos, y la realización de buena parte de la evaluación de las ofertas (admisión/rechazo) con base en la información que allí reposa -, condujo a que la entrada en vigencia de éste instrumento se pospusiera a 18 meses después de promulgada la Ley, es decir el 17 de enero de 2009. De igual forma, el legislador también dispuso en el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que a partir de su entrada en vigencia, se entendía derogado el artículo 22 de la Ley 80 de 1993, norma que se encargaba de la regulación del RUP. De lo dicho en los acápites precedentes, se infiere que cuando entro a regir la Ley 1150 perdió vigencia el RUP regulado por la ley 80, mientras que el nuevo instrumento se pospuso en el tiempo. Por este motivo, el actor solicita la nulidad de la disposición acusada, como quiera que en ella se establece la posibilidad de que la Administración exija el RUP que regulaba la Ley 80. La Sala comparte la posición del demandante, pues la determinación de cuándo entra en vigencia la ley, y a partir de cuándo se deroga una norma sólo precisa del operador jurídico que se detenga en cada uno de estos momentos para extraer las respectivas conclusiones: a) El artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 condicionó la derogatoria del artículo 22 de la Ley 80 – que regulaba el RUP- al momento de su entrada en vigencia; b) El artículo 33 de la Ley 1150 de 2007 a su vez estableció que empezaría a “...regir seis (6) meses después de su promulgación...”; c) La fecha exacta en que la Ley 1150 de 2007 entró a regir es el

17 de enero de 2008, y es a partir de esta fecha que queda abrogado el artículo 22 de la Ley 80; d) El Decreto 2474 de 2008 se profirió el 7 de julio de 2008, fecha en la cual ya había entrado a regir la Ley 1150 de 2007; e) Toda vez que en el momento de proferirse la disposición acusada ya se encontraba derogado el artículo 22 de la ley 80, no podía ésta so pretexto de reglamentar, habilitar a las autoridades administrativas para que solicitaran el registro único de proponentes como instrumento para verificar requisitos habilitantes de los oferentes, y; f) la no posibilidad de exigencia del RUP no implica en ningún momento que se exonere a la entidad de la obligación de verificar la información de los proponentes a que se refiere el numeral 1 del artículo 5, tal como se desprende de aquellos apartes de la disposición acusada que no fueron objeto de demanda. Por las razones expuestas, la Sala declarará la nulidad del aparte de la disposición acusada.

PARTICIPACION EN LA SUBASTA - Ampliación del plazo cuando un solo oferente resulte habilitado para ello / DOCUMENTOS QUE SOPORTAN LOS CRITERIOS HABILITANTES - Prórroga para su presentación

El inciso tercero del artículo 22 del Decreto 2474 de 2008 preceptúa que en el evento en que un solo oferente resulte habilitado para participar en la subasta, la entidad administrativa debe ampliar el plazo para la presentación de los documentos habilitantes y la oferta inicial del precio, por el término indicado en los pliegos de condiciones, el cual en ningún caso puede ser mayor de la mitad del inicialmente previsto. Por su parte, la disposición contenida en el parágrafo demandado señala que durante esta prórroga, "...cualquier interesado podrá presentar oferta, incluyendo aquellos proponentes que fueron considerados no hábiles para participar en la subasta, en los términos señalados en el presente artículo. De acuerdo con el actor, el permitir que la entidad administrativa legitime, durante la prórroga prevista, la participación abierta e indiscriminada de posibles interesados (incluyendo aquellos que ya fueron declarados no hábiles), sin tener en cuenta la existencia de al menos un oferente que ya ha satisfecho y cumplido los requerimientos de la administración, es contrario al principio de igualdad y de selección objetiva. La Sala declarará la ilegalidad sólo de la expresión "cualquier interesado", como quiera que, sólo el permitir que cualquier persona pueda habilitarse durante la prórroga dada por la entidad vulnera el principio de igualdad, no ocurriendo así si quienes se habilitan son aquellos que en su momento fueron considerados no hábiles para participar en la subasta. El segundo supuesto asegura la libertad de concurrencia en el procedimiento de selección, para que la entidad administrativa pueda elegir aquella oferta más favorable a los intereses de la comunidad. En efecto, la libertad de concurrencia guarda una estrecha e íntima relación con el principio de igualdad de oportunidades que debe regir todo procedimiento de selección de contratistas, pues la jurisprudencia ya ha tenido oportunidad de indicar que al asegurarse multiplicidad de ofertas, por una parte, se garantiza la participación de los particulares sin diferencia de trato y, por otra, se facilita la escogencia de aquella propuesta que mejor se ajuste a las finalidades de interés público que se pretenden alcanzar. En otras palabras, "...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 que la autoridad administrativa deba propender por eliminar aquellas circunstancias que impidan la confrontación entre quienes están interesados en la celebración del negocio jurídico.

LIBERTAD DE CONCURRENCIA - Debe ponderarse con el principio de igualdad

No obstante lo anterior, el principio de libertad de concurrencia debe a su vez ponderarse con el principio de igualdad, ello implica que la multiplicidad de oferentes que se busca participen en el proceso de selección deben caracterizarse por tener un punto común de partida; es decir que, aunque lo ideal es la participación de todos los individuos que puedan presentar una oferta a la Administración, este ideal puede llevarse a cabo solamente si la inclusión de los mismos no implica una diferencia de trato que sea injustificada. En otros términos: tratándose de la ampliación del plazo para la presentación de aquellos documentos que soportan los denominados criterios habilitantes, resulta contrario al principio de igualdad abrir la puerta del procedimiento de selección indiscriminadamente a personas que un principio no manifestaron su interés de participar en el mismo. En este evento, el punto de partida no es equiparable a la situación de aquellos que en el momento oportuno hicieron explícito su deseo de participar e intentaron habilitarse. En conclusión, no es razón suficiente para señalar que es contrario a la legalidad que la norma reglamentaria permita la ampliación del plazo para presentar más propuestas; sobre todo, cuando la razón de la existencia de un único proponente obedece a la ausencia de requisitos habilitantes, es decir, a circunstancias que no serán tenidas en cuenta en el momento de valorar las diferentes ofertas, porque como ya tuvo la oportunidad de señalar la Sala líneas atrás, se está en presencia de requisitos de capacidad que de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 son diferenciables claramente de los llamados factores evaluables mediante la asignación de puntaje. Por tanto, tal como se indica en varias contestaciones de demanda, el párrafo acusado no puede verse de manera aislada sino contextualizado dentro del artículo al que pertenece. En efecto, la disposición contenida en el artículo 22 del decreto 2474 de 2008 regula todo lo referente a la verificación de los requisitos habilitantes, y en su inciso cuarto dispone que si “vencido el plazo no se alcanza la pluralidad de proponentes, la entidad adjudicará el contrato al proponente habilitado, siempre que su oferta no exceda el presupuesto oficial indicado en el pliego de condiciones.”. La disposición acusada parte de un supuesto completamente diferente al descrito, toda vez que con ella se pretende en un momento inicial del procedimiento de selección ampliar el término para que quien esté interesado presente los documentos habilitantes y la oferta inicial del precio, de tal forma que no sólo se tenga una propuesta y se amplíen las posibilidades de comparación. La etapa del procedimiento en la cual se deberán cotejar las propuestas es posterior, y si de lo que se trata es sólo de extender el llamado público, lo que sí resultaría a todas luces discriminatorio es evitar que puedan volver a presentarse aquellos que en su momento no fueron habilitados pero que con la prórroga prevista pueden subsanar requisitos, que se insiste, no son determinantes en la valoración de las ofertas. No existe razón suficiente para obrar de esta manera. Al contrario, se garantiza así la sana competencia, y se salvaguarda la obligación de la autoridad de adjudicar el contrato en aquellos eventos en los que aún habiéndose dado más tiempo para garantizar el principio de libertad de concurrencia, sólo se presentó una persona, la cual hizo una oferta que se acomodó a los requerimientos exigidos

SELECCION ABREVIADA - Menor cuantía / SELECCION ABREVIADA - Finalidad / SELECCION ABREVIADA - Puede adelantarse mediante procesos simplificados

El demandante considera que el párrafo 1 del art. 44 del Decreto 2474 de 2008, norma que regula el procedimiento de selección abreviada denominado “menor cuantía”, vulnera varios apartes del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en razón a que ésta dispuso la utilización del sistema de oferta dinámica mediante subasta inversa, únicamente para la licitación pública (previa decisión de la entidad), y para el procedimiento de selección abreviada denominado “adquisición o suministro de

bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades,” de forma obligatoria. a. El procedimiento de selección abreviada tiene como finalidad principal garantizar la eficiencia de la gestión contractual de la Administración pública, para de esta manera conseguir mayor transparencia; por tanto, sin que esto signifique ausencia del deber de asegurar el principio de selección objetiva, cobra relevancia la necesidad de mecanismos que permitan una escogencia expedita de la oferta más favorable a los intereses generales que se pretenden satisfacer. Por ello, las causales señaladas del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 se sustentan en las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio. b. En el mecanismo de selección abreviada, el legislador dispuso que los supuestos contemplados en el artículo 2.2. de la Ley 1150 de 2007 pueden adelantarse mediante “procesos simplificados”, ello quiere decir, que cada causal prevista puede tener sus propias especificaciones de carácter procedimental, siempre y cuando se respeten los principios de la función administrativa y de la contratación estatal previstos en los artículos 209 de la Constitución y 23 a 26 de la Ley 80 de 1993. c. Adicionalmente, en el parágrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 se trazan aquellas reglas que deben aplicarse en el procedimiento previsto para la ejecución de cada una de las causales del proceso de selección abreviada, constituyendo éstas un límite para la autoridad administrativa en su labor de precisar las especificidades procedimentales mediante normas de carácter reglamentario. d. La determinación de las especificaciones de carácter procedimental de cada una de las causales de selección abreviada fue confiada directamente por el legislador al ejecutivo, al estatuir dentro del artículo 2.2. de la Ley 1150 de 2007 que “...El Gobierno Nacional reglamentará la materia.” Esta labor, de hecho, fue llevada a cabo en el capítulo II del Decreto 2474 de 2008. e. En la reglamentación del mecanismo de selección abreviada el legislador decidió dar un margen amplio al reglamento, como quiera que, prácticamente se limitó sólo a determinar cuáles eran los supuestos en que se podía dar esta forma de escoger a los contratistas y en algunos eventos concretos señaló de forma imperativa reglas respecto de las cuales el ejecutivo no podía sustraerse en el momento de ejercer su competencia normativa. Ejemplo de esto último, se encuentra en el literal e, referente a la enajenación de bienes del Estado, ya que allí se señala que dichos bienes deben ser enajenados a través de venta directa en sobre cerrado o en pública subasta.

OFERTA - Presentación de manera dinámica mediante subasta inversa

Tratándose de la contratación de menor cuantía regulada en literal b del artículo 2.2. de la Ley 1150 de 2007, el legislador sólo se ocupó de señalar que se debe entender por menor cuantía la tabla de valores que en la misma disposición se indican, expresados en salarios mínimos legales mensuales y determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas. g. No obstante lo anterior, el Legislador de modo expreso hizo referencia a la posibilidad de utilizar el procedimiento de subasta inversa sólo en dos supuestos: 1. En el proceso de licitación pública, y; 2. Tratándose de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus notas descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos. Por tanto, de los dos eventos señalados, se puede inferir una limitación para el Ejecutivo, en el momento de acometer su labor de reglamentación, de permitir que las entidades administrativas puedan “...establecer en el pliego de condiciones que la oferta sea presentada de manera dinámica mediante subasta inversa...”. h. En definitiva, cuando el reglamento da la posibilidad a las entidades administrativas de

establecer en los pliegos de condiciones que la oferta sea presentada de manera dinámica mediante subasta inversa, incurre en extralimitación, toda vez que la norma legal exige que la menor cuantía corresponda a un mismo proceso de selección de contratistas, con parámetros homogéneos. Si ello es así, la disposición cuestionada realiza un fraccionamiento de aquello previsto en la ley, extractando un supuesto diferente al contemplado en el inciso 2º y en el numeral 1 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007. i. Adicionalmente, el precepto acusado faculta a las entidades administrativas la determinación de cuándo es posible la utilización de la subasta inversa, razón de más para afirmar que el reglamento no se restringe a su labor de desarrollar lo dispuesto por el legislador, sino que se desprende de esta competencia para radicarla en cabeza de cada una de las entidades contratantes por medio de la libertad de configuración de los pliegos de condiciones, no cumpliendo así el criterio de necesidad que debe caracterizarlo. Solo resta por señalar que el artículo 44 del Decreto 2474 de 2008 se encuentra demandado en su totalidad en el proceso con radicado 36476 adelantado en esta Sección, precepto que fue suspendido provisionalmente en auto de abril 1 de 2009. Es necesario precisar que al diferir el concepto de la violación alegado del aducido por el actor, se trata de una actuación judicial independiente y ello hace posible el pronunciamiento de la Sala. Por consiguiente, esta sentencia tiene fuerza de “cosa juzgada erga omnes”, tal como preceptúa el primer inciso del artículo 175 del C.C.A., sólo respecto del aparte sobre el que recae su pronunciamiento, es decir el párrafo 1 de la disposición acusada.

CONTRATACION DIRECTA - Mínima cuantía / SELECCION ABREVIADA - Cuando el valor del contrato no excede el 10 por ciento de la menor cuantía

El actor sostiene que el Decreto 2474 de 2008 contradice abiertamente el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, pues en esta disposición, al crear el procedimiento de selección de mínima cuantía, se contempla una nueva modalidad de selección que no se encuentra en los procesos de selección previstos por el legislador. El artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 es claro al señalar que “la escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa...”, por esta razón no se acompasa con la lógica de los procedimientos de selección que el artículo 46 del decreto reglamentario introduzca una modalidad de escogencia dentro del proceso de selección abreviada, cuando el valor del contrato no excede el 10% de la menor cuantía. El reglamento introdujo una excepción que desconoce la ley cuyos términos y pautas debe cumplir, de manera concreta el párrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Como puede observarse, la norma exige que la menor cuantía corresponda a un mismo proceso de selección de contratistas, con fundamento en reglas comunes, pero resulta que la norma acusada fraccionó los rangos previstos en el literal b del artículo 2.2., para extractar de allí uno diferente, que no se ajusta al párrafo que se ha transcrito. Adicionalmente, no debe olvidarse que la ley 1150 de 2007 derogó el párrafo del artículo 39 de la ley 80 de 1993, disposición que regulaba el proceso de selección denominado “contratación sin formalidades plenas”, de allí que el fundamento legal que tuvo en su momento la adquisición de bienes o servicios de muy poco valor – en consideración al presupuesto de cada entidad estatal -, fue derogado por la nueva ley, para incluir el rango que antes establecía dicha norma dentro de la menor cuantía; pero luego el decreto reglamentario lo volvió a crear bajo la denominación de “mínima cuantía”, cuando el legislador quiso otra cosa, cuya utilidad o pertinencia no es el momento de valorar. En otras palabras, la denominada “mínima cuantía” carece de fundamento legal, incluso contraría el sentido de la derogación del párrafo del artículo 39 de la ley 80, por ello la

creación del reglamento, no tiene asidero legal, y por estas razones la Sala declarará la nulidad del artículo 46 del decreto 2474 de 2008.

ACCION PUBLICA DE NULIDAD - Intervención de terceros

En primer lugar, la Sala debe detenerse a analizar la calidad en la que obran los peticionarios, para determinar la procedencia de la solicitud elevada. El artículo 146 del C.C.A. preceptúa que en los procesos de nulidad simple cualquier persona puede pedir que se le tenga como parte coadyuvante o impugnadora, hasta el vencimiento del término de traslado para alegar en primera o única instancia. Tal como ha señalado la doctrina, tratándose de una acción de carácter público cuya finalidad la constituye la protección de la legalidad, el tercero que interviene no lo hace como una parte meramente adhesiva sino principal. En otros términos, la posibilidad de participación en el proceso no implica subordinación al querer de la parte que se está coadyuvando, al contrario, se está frente a una situación de autonomía en la que se pueden pedir pruebas, alegar según su parecer, etc. La razón de reconocer estas facultades estriba en la incoherencia que se presentaría si a una persona se le limitan las posibilidades de intervención por no haber iniciado un proceso de manera separada. No obstante, como resulta obvio, al delimitarse en la demanda el objeto del litigio, las posibilidades de actuación se restringen a la defensa o ataque del petitum. Es decir, "...en el contencioso de anulación, por tratarse de una acción de interés público, esa intervención si bien no tiene el carácter de accesoria no otorga al coadyuvante el derecho a formular pretensiones distintas a la planteada en la demanda inicial." Por último, en el supuesto analizado para ser parte del proceso, no se requiere demostrar interés directo en las resultas del mismo, como quiera que lo único necesario es la manifestación de su voluntad en el término previsto por la norma, sin que se requiera tampoco que se aporten nuevos elementos de convicción al juzgador. Bajo las anteriores premisas se advierte que la participación de los terceros interesados se dio antes del término de traslado para alegar de conclusión, pues los memoriales se presentaron el 7 de septiembre, el 1 de octubre y el 9 de noviembre del año 2009. Podría de igual manera concluirse que lo solicitado no constituye una pretensión diferente a la formulada por el actor, dado que los motivos por los que se pide la nulidad de los artículos 3 del Decreto 2025 de 2009 y 1 y 2 del Decreto 3576 del mismo año, son idénticos a las razones que justificaron la suspensión provisional del artículo 46 del Decreto 2474 de 2008 y que a su vez son los argumentos que esgrimen como concepto de la violación en el escrito de la demanda. Sin embargo, aunque los motivos aducidos no difieran, se está frente a disposiciones nuevas no cuestionadas por el actor, razón suficiente para sostener que la institución regulada por el artículo 146 del C.C.A. no es suficiente para lograr un pronunciamiento de fondo siendo necesario acudir a lo dispuesto por el artículo 158 del mismo cuerpo normativo.

LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Pronunciamiento sin que exista demanda / REPRODUCCION DE UN ACTO SUSPENDIDO - Puede analizarse su legalidad sin que exista demanda

De la disposición transcrita [artículo 158 del C.C.A.] se desprende que el ordenamiento jurídico permite un pronunciamiento sobre la legalidad de un acto administrativo, sin que exista demanda, en aquellos eventos en los que la entidad administrativa incurre en la prohibición de reproducir un acto ya suspendido por la jurisdicción contencioso-administrativa. Así las cosas, para que sea posible la declaratoria de nulidad, de acuerdo con el artículo 158 del C.C.A. se deben reunir los siguientes requisitos: 1. Que se esté tramitando un proceso contra un acto administrativo; 2. que en dicho proceso se haya ordenado la medida de

suspensión provisional de la disposición demandada; 3. Que se haya elevado solicitud de suspensión provisional de la nueva disposición; 4. Que la autoridad administrativa con la nueva disposición haya incurrido en la prohibición de reproducir en esencia la norma suspendida.

ARTICULO 3 DEL DECRETO 2025 DE 2009 - Reprodujo lo dispuesto en el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008 / MENOR CUANTIA - Debe corresponder a un mismo procedimiento de selección de contratistas

La lectura de las dos disposiciones transcritas no deja duda alguna, el ejecutivo mediante el artículo 3 del decreto 2025 de 2009 reprodujo, en su esencia, lo dispuesto por el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, incurriendo de esta manera en la prohibición establecida en el artículo 158 del C.C.A. Es más, el único cambio realizado se limita a eliminar las referencias que en la norma suspendida provisionalmente se hacía a los denominados manuales de funciones. Por este razón, la Sala declarará la nulidad del artículo 3 del decreto 2025 de 2009 con fundamento en los razonamientos expuestos respecto del artículo 46 del decreto 2474 de 2008, toda vez que el legislador exige que la menor cuantía corresponda a un mismo procedimiento de selección de contratistas, con fundamento en reglas comunes, y esta circunstancia no se presenta en la norma reproducida, la cual fraccionó los rangos previstos en el literal b del artículo 2.2. de la ley 1150 de 2007, para extraer de allí uno diferente, que no se ajusta al párrafo 2 de la misma disposición. De la lectura de las disposiciones contrastadas se puede deducir que los artículos 1 y 2 del Decreto 3576 de 2009 no contienen una reproducción del artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, como quiera que en estos preceptos se regula un procedimiento que difiere sustancialmente del contemplado en la norma suspendida, esta circunstancia ocasiona que no se cumpla con el requisito exigido en el artículo 158 del C.C.A. e imposibilita un pronunciamiento de la Sala.

MANUALES DE CONTRATACION - Permiten tipificar procedimientos diferentes a los determinados por la ley

La razón aducida por el demandante como concepto de la violación se puede resumir de la siguiente forma: el reglamento expedido por el ejecutivo excedió su competencia, al otorgar competencia a las entidades estatales para regular otros procedimientos selectivos a través de los manuales de contratación. A todas luces, esta clase de regulaciones es violatoria de los artículos 1, 6, 150.25, 211 de la Constitución política, porque, la definición de los procedimientos de selección corresponde al legislador a través de la expedición del Estatuto de Contratación estatal. Frente a estas disposiciones [artículos 47,52, 54 y 65], la Sala reiterará los argumentos aducidos por el actor, pues, la Ley 1150 de 2007 consagró los diferentes procedimientos de selección de contratistas, así como señaló que era competencia del Gobierno reglamentar el procedimiento de selección abreviada. No obstante, las normas cuestionadas no siguen los anteriores lineamientos, sino que a través de ellas se entrega a las diferentes entidades estatales la facultad de utilizar “el procedimiento que según el manual de contratación, les permita hacer la oferta más favorable o disponer las reglas de funcionamiento de las listas multiusos y las condiciones para evitar la concentración de adjudicaciones en sus miembros”, excediendo así el ejercicio de la potestad reglamentaria. Para declarar la nulidad de las expresiones demandadas, se recurrirá a los mismos razonamientos que ésta Corporación realizó en el proceso con radicado No. 36.476, en el que se resolvió el 1 de abril de 2009, la medida de suspensión provisional de los apartes demandados de los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008, razonamientos que, por otra parte, son del todo aplicables a los artículos

54 y 65 del mismo cuerpo normativo. Los denominados manuales de contratación pueden enmarcarse dentro de la potestad de auto-organización reconocida a cada entidad estatal, toda vez que los mismos tienen un campo de aplicación que se restringe a cada organismo administrativo. En otras palabras, es una norma de carácter interno ya que regula relaciones de carácter inter-orgánico. Adicionalmente, su objeto no es otro distinto a reglamentar temas administrativos del manejo de la contratación estatal – funcionarios que intervienen en las distintas etapas de la contratación, en la vigilancia y ejecución del negocio jurídico, entre otros -, es decir aspectos administrativos del trámite y desarrollo contractual. Por esta razón, con la salvedad de las expresión “todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección”, esta Sala declarará que el artículo 89 del Decreto 2474 se encuentra ajustado a la legalidad.

IMPOSICION DE MULTAS - Debido proceso

En cuanto al aparte demandado del artículo 87 del Decreto 2474 de 2008, el análisis debe realizarse de manera separada, dado que, el procedimiento cuya especificación se confía a los manuales de contratación de las entidades estatales no es concerniente a la determinación de los de selección sino de aquel procedimiento mínimo necesario para que el contratista ejerza su derecho de defensa de manera previa a la imposición de una multa. Es necesario advertir, que con la expedición del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, no hay lugar a dudas respecto de la capacidad de la Administración de imponer unilateralmente las multas pactadas en el contrato, como una forma de conminar al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones. En virtud, del mismo precepto legal, y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política, al tratarse de la imposición de una sanción, la autoridad administrativa deberá asegurar en su actuación las garantías propias del debido proceso, razón por la cual, la decisión que se asuma deberá estar precedida de “audiencia del afectado, que deberá contar con un procedimiento mínimo.”

PROCEDIMIENTO PARA IMPOSICION DE MULTAS - Condicionamiento / PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS - Competencia. Corresponde al legislador / ASPECTOS INTER ORGANICOS DE PROCEDIMIENTO - Sí pueden ser confiados a la potestad de auto organización de cada entidad

Visto lo anterior, el problema suscitado en el libelo de la demanda se centra en determinar, si es ajustado a la legalidad que el procedimiento para la imposición de las multas se confíe a cada entidad estatal o si con ello se incurre en un desbordamiento de la potestad reglamentaria. La Sala, en primer lugar precisa que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa. Esta conclusión, como lo señala la doctrina especializada, se desprende directamente del artículo 150 de la Constitución, si se tiene en cuenta que asigna como competencia exclusiva de la rama legislativa la expedición de códigos y sucede que los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo. Por consiguiente, no es admisible que mediante reglamento se asigne la competencia a cada entidad estatal de establecer aspectos procedimentales que comprometan o condicionen las garantías propias del derecho fundamental del debido proceso reconocido a toda persona en el ordenamiento jurídico. Cuando se trata de la relación que se establece entre administración y ciudadano (relación extra-orgánica), y se constata que la ley no ha definido los mínimos procedimentales, es indispensable acudir al procedimiento administrativo general consignado en el Código Contencioso

Administrativo, norma supletoria para estos casos. Sin embargo, la Sala debe precisar que los aspectos inter-orgánicos del procedimiento si pueden ser confiados a la potestad de auto-organización de cada entidad administrativa, tal como se señaló cuando se estudiaban los cargos formulados contra el artículo 89 del decreto 2474 del 2008. La determinación, por ejemplo, del trámite interno que deben seguir los funcionarios en las dependencias de la entidad cuando se adelanta un procedimiento administrativo de carácter sancionador no condiciona ninguna de las garantías del debido proceso, la eficacia de esta clase de normas se agota en el interior del aparato administrativo y por ende pueden regularse en los denominados manuales de contratación o de funciones. En la presente sentencia se condicionará el precepto acusado, como quiera que, se trata de uno de aquellos eventos en los cuales, al existir más de una posibilidad de interpretación, no es posible hacer un pronunciamiento puro y simple y decantarse por la nulidad o validez de la decisión administrativa; la primera medida es desproporcionada, la segunda, conservaría una norma que no se ajusta totalmente al ordenamiento jurídico. Para la Sala, si bien no es nulo todo el aparte acusado, por las razones expuestas, en todo caso se condiciona su alcance en cuanto a que "...el procedimiento mínimo a seguir para la imposición de multas y que las entidades pueden señalar en sus manuales de contratación" se refiera a aspectos inter-orgánicos, es decir, a los trámites internos que deben adelantar los funcionarios encargados del correspondiente procedimiento administrativo sancionatorio. Por oposición, debe entenderse que la posibilidad de crear procedimiento administrativo sancionador, con base en la norma analizada, vulnera el ordenamiento jurídico constitucional.

PRINCIPIO DE AUTONOMIA - Contratación estatal / LABORES DE DISEÑO Y CONSTRUCCION DE OBRA - Licitación pública

De acuerdo con el demandante, la ejecución de proyectos que impliquen la realización simultánea, a cargo del contratista, de labores de diseño y de construcción de obra no pueden realizarse a través del mismo procedimiento de selección –licitación pública – como quiera que, de acuerdo con el principio de planeación, previo a la contratación de la obra, la entidad pública debe tener claras las condiciones para ejecutar el contrato, la cual se alcanza definiendo los diseños respectivos; de lo contrario se vulneran los artículos 25.12 y 26.3 de la Ley 80 de 1993. En aras de dar una respuesta al cargo formulado, es necesario precisar que en la contratación realizada por las entidades estatales rige el principio de la autonomía de la voluntad; ello significa que el ordenamiento jurídico otorga verdadera libertad para especificar el contenido y determinar las estipulaciones del negocio jurídico, las cuales deben enmarcarse dentro de las normas civiles y comerciales y aquellas previstas en el Estatuto de Contratación estatal. Por tanto, existe libertad en la determinación de la tipología contractual, porque como dispone el inciso 4 del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, las partes pueden incluir "...las modalidades, condiciones y en general, las cláusulas o estipulaciones que consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración." Por tanto, como señala la jurisprudencia, "las actuaciones contractuales de la administración y las obligaciones surgidas de las estipulaciones del contrato, están definidas por los términos pactados, los cuales constituyen ley para las partes." Así, el principio de la autonomía de la voluntad conlleva un reconocimiento de autodeterminación por parte de los sujetos contratantes, a los cuales se reconoce capacidad para regular aquellos intereses que le son propios. Es necesario hacer una salvedad, los intereses de los que aquí se habla tienen el alcance que el ordenamiento jurídico les permita, como quiera que la actividad de la Administración debe siempre estar enmarcada por el

principio de legalidad. Por ello, no puede pensarse en el otorgamiento de un poder ilimitado, ello redundaría en arbitrariedad. “En ese sentido, en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes interesadas definen el alcance contractual dentro de un determinado ambiente normativo, para precisar en últimas, cuál es el ámbito propio de disponibilidad de los intereses objeto de regulación por la vía del negocio jurídico.”

CONCURSO DE MERITOS - Proceso de selección / FACTORES DE CALIFICACION - Valoración de aspectos técnicos de la oferta o proyecto

Como puede observarse, al ser el concurso de méritos el procedimiento indicado para la selección de consultores en la Administración, su realización se encamina principalmente a la constatación de requisitos de orden técnico y de calidades profesionales, como quiera que, en esta clase de negocios jurídicos lo más importante son las calidades personales de aquellos con quien se contrata, aspecto que es preponderante frente a factores que apuntan a requerimientos financieros y económicos, sobre todo si se tiene en cuenta que el objeto contractual es ante todo un trabajo de índole intelectual. Bajo esta premisa debe entenderse el deber de selección objetiva consagrado en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, disposición que otorga discrecionalidad a las diversas entidades estatales para que establezcan en los pliegos de condiciones los diferentes factores de escogencia y calificación. Por ende, es cierto, como se desprende del libelo de la demanda, que el legislador otorgó a la Administración una libertad de elección de los distintos criterios de ponderación para asegurar que se contratará con la mejor oferta, esto es, aquella que se ajuste mejor a las finalidades de interés general. Esta primera aseveración, pareciera conducir a la conclusión de que la disposición demandada al ocuparse de los “criterios de evaluación de las propuestas” no se ajusta a la legalidad, toda vez que, mediante reglamento se está usurpando una competencia que el legislador confió directamente a las diferentes entidades estatales. No obstante, para poder arribar a esta conclusión, es indispensable contrastar el artículo demandado no sólo con el inciso primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 sino también con su numeral 4. De la disposición transcrita se desprende en primer lugar la necesidad de utilización de factores de calificación destinados a la valoración de aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De igual forma, se constata que el legislador no cerró la puerta a la posibilidad de regulación a través de reglamento, al contrario, señaló que mediante éste es posible precisar las condiciones bajo las cuales las entidades estatales pueden utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo como factores de evaluación de las diferentes ofertas o proyectos.

CRITERIOS DE EVALUACION - El reglamento debe circunscribirse a la delimitación de las condiciones bajo las cuales se pueden utilizar los factores de evaluación

Sin embargo, el ejercicio de la potestad reglamentaria no desplaza la facultad discrecional reconocida a las entidades estatales para la determinación de los criterios de evaluación; el reglamento expedido, debe circunscribirse sólo a la delimitación de las condiciones bajo las cuales se pueden utilizar los factores de evaluación mencionados en el aparte precedente. En otros términos, la norma reglamentaria debe precisar lo que debe entenderse por cada uno de los factores señalados en el artículo 5.4 de la Ley 1150 de 2007, la delimitación de aquellos elementos que cada factor puede llegar a comprender, el cómo se deben valorar estos elementos, etc. Al analizar la norma demandada, se observa que el artículo 68 no cumple las funciones señaladas cuando regula lo referente a los criterios

técnicos de evaluación de las propuestas, sino que por el contrario contraría el artículo 5.4 de la Ley 1150 de 2007, al desconocer la libertad que el legislador reconoció a las entidades estatales para la determinación de los diferentes factores de ponderación, pues adiciona factores de ponderación como ocurre con la exigencia de “La propuesta metodológica y plan con cargas de trabajo para la ejecución de la consultoría.”. La Sala también declarará la nulidad de los párrafos 1 y 2 del artículo 68 del Decreto 2474 de 2008, porque al señalar éstos el porcentaje a asignar a cada uno de los criterios de valoración está determinando el cómo éstos deben ser calificados, facultad que, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, corresponde decidir en los pliegos de condiciones a las entidades estatales y no a la norma reglamentaria.

CONTRATOS DE INTERVENTORIA - Adición de su valor sin límite alguno. Contraviene la ley / ADICION DEL VALOR DEL CONTRATO - El monto de lo adicionado no puede sobrepasar la mitad de lo inicialmente pactado

Según el actor, la norma demandada violenta el inciso segundo del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, al permitir la adición indiscriminada de los contratos de interventoría sin tener en consideración que el precepto legal estatuye que ningún contrato podrá adicionarse en más de un 50% de su valor inicial. La Sala acogerá la pretensión formulada en atención a que como ya ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación las expresiones utilizadas por la ley (“adicionar” y “valor inicial”), hacen referencia a la necesidad de operar modificaciones en algunos negocios jurídicos, lo cual implica una variación en el valor pactado. En este evento, se trata de obras nuevas o distintas indispensables para alcanzar la finalidad perseguida con el acuerdo de voluntades. No obstante lo anterior, la legislación vigente contempla una limitante: el valor de lo adicionado no puede sobrepasar la mitad de lo inicialmente pactado, asegurándose su actualización mediante las variaciones que presenta el salario mínimo legal mensual. La prohibición expresada por el legislador en el artículo 40 del Estatuto de contratación estatal, es una medida que no sólo busca que no se burlen los procedimientos de selección, sino que además asegura principios como la transparencia, la selección objetiva y la planeación. Llegados a este punto, se encuentra que la norma demandada tiene el alcance que el demandante le endilga, en ella se señala la posibilidad de adicionar el contrato de interventoría sin atender a ningún límite de valor, el único criterio que se tiene presente es la prórroga del contrato sobre el cual se realiza la inspección y vigilancia. En otras palabras, se permite una adición que no tiene en cuenta la prohibición establecida en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y que podría sobrepasar en más de un 50% el valor de lo inicialmente pactado.

INTERMEDIARIOS DE SEGUROS - Factores de escogencia y calificación de los proponentes

El actor considera que el artículo demandado 75 del Decreto 2474 de 2008 es ilegal, porque el Gobierno restringió la potestad otorgada en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 a las entidades estatales para que determinen, en los pliegos de condiciones, los factores de escogencia y calificación de los proponentes, ya que estableció, taxativamente cuatro factores de evaluación, tratándose de la selección de intermediarios de seguros —experiencia específica del proponente, la experiencia de los profesionales dispuestos en la oferta, la metodología a emplear durante la ejecución y el soporte técnico ofrecido -, asignando, además, un valor específico —en porcentaje y puntos - a cada uno de ellos. Así mismo, se señala, que el reglamento creó como factor de selección para el concurso de méritos, la denominada “metodología y las cargas de trabajo”, factor no comprendido dentro

del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Tal como ya se explicitó, en el auto que suspendió provisionalmente la disposición acusada, se advierte que el reglamento excede la ley que le sirve de fundamento. Para arribar a esta conclusión no se requiere de un examen exhaustivo, en virtud a que el artículo 75 del Decreto 2474 preceptúa que las entidades estatales, en los procesos de selección de intermediarios de seguros, sólo pueden tener en cuenta los criterios que expresamente determina. Como ya se tuvo la oportunidad de poner de presente, la Ley sólo se limitó a señalar cuáles eran los criterios de admisión/rechazo e indicar, que tratándose de consultoría, es deseable que se valore la experiencia específica. Por tanto, salta a la vista la ilegalidad en la que incurre el reglamento al limitar el margen de acción de las entidades estatales a unos pocos criterios de selección, porque, como se sostuvo en el momento de analizar la legalidad del artículo 68, el legislador les reconoce una facultad discrecional en la determinación de los también denominados factores de ponderación. La ilegalidad de la norma se reitera en el primer párrafo (también demandado), porque adicionalmente al contenido del artículo, se contempla un porcentaje mínimo para el criterio "formación y experiencia de los profesionales y expertos" (40%), limitándose de esta forma la libertad de configuración de los pliegos de condiciones, reconocida en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Para la Sala no ofrece duda alguna que el legislador permitió a cada entidad estatal distribuir con libertad el peso específico que debe tener cada factor de selección en el proceso de selección, aspecto que, por tanto, no puede ser restringido por una norma de carácter administrativo. Vistas las consideraciones precedentes, la Sala procederá a declarar la nulidad de la disposición acusada, razón por la cual no es necesario entrar a pronunciarse sobre los demás cargos formulados.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)B

Actor: PABLO ENRIQUE MANRIQUE CONVERS

Demandado: MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Se decide la acción de nulidad interpuesta por el actor contra los artículos 10 y 11 (parcial), párrafo del artículo 22, párrafo 1 del artículo 44, 46 incluyendo el párrafo, 47, 52, 54, 65, 87 parciales, 89 integral, 68 y sus párrafos 1 y 2, 73 parcial, 75 parcial incluyendo párrafos 1 y 2 del Decreto 2474 del 7 de julio de 2008, *"Por el cual se reglamentan parcialmente la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de*

2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones”.

I. EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

Sin perjuicio de la naturaleza de acto administrativo de la norma demandada, la cual será analizada más adelante, se discute la legalidad de varios artículos del Decreto 2474 de 2008. Se transcriben a continuación las disposiciones aludidas cuya legalidad es cuestionada por el actor¹:

“DECRETO NÚMERO 2474 DE 2008
(Julio 7)

“por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo de la Ley 1150 de 2007 y de la Ley 80 de 1993,

DECRETA:

“Artículo 10. *Reglas de Subsannabilidad.* En todo proceso de selección de contratistas primara lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.

Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones, sin que tal previsión haga nugatorio el principio consagrado en el inciso anterior...

“Artículo 11. *Verificación de requisitos habilitantes.* De conformidad con lo señalado en el párrafo 1 del artículo 33 de la Ley 1150 de 2007, en tanto no entre en vigor el artículo 6 ídem, las entidades verificarán la información de los proponentes a que se refiere el numeral 1º del artículo 5º íbidem, sin perjuicio de que se exija la presentación del certificado del Registro único de Proponentes para efectos de determinar la clasificación y calificación de los proponentes cuando corresponda.

¹ Copia del Diario Oficial No. 47.043 del 7 de julio de 2008, obra en el proceso en los folios 56 a 69.

“Artículo 22. *Verificación de los requisitos habilitantes.* Para que una subasta pueda llevarse a cabo en los términos de este decreto deberán resultar habilitados para presentar lances de precios por lo menos dos (2) proponentes.

“El resultado de la verificación de los requisitos habilitantes se publicará de conformidad con lo señalado en el artículo 8 del presente decreto. En dicho informe se señalarán los proponentes que no se consideran habilitados y a los cuales se les concederá un plazo para que subsanen la ausencia de requisitos o la falta de documentos habilitantes, so pena de rechazo definitivo de sus propuestas. Luego de verificados y subsanados los requisitos habilitantes, si a ello hubiere lugar, las entidades procederán a llevar a cabo la subasta dentro de los plazos fijados en los pliegos de condiciones.

“Si sólo un oferente resultare habilitado para participar en la subasta, la entidad ampliará el plazo para la presentación de los documentos habilitantes y la oferta inicial de precio, por el término indicado en los pliegos de condiciones, el cual en ningún caso podrá ser mayor de la mitad del inicialmente previsto.

“Si vencido ese plazo no se alcanza la pluralidad de proponentes, la entidad adjudicará el contrato al proponente habilitado, siempre que su oferta no exceda el presupuesto oficial indicado en el pliego de condiciones.

“PARÁGRAFO. Durante la prórroga que hace referencia el tercer inciso del presente artículo, cualquier interesado podrá presentar oferta, incluyendo aquellos proponentes que fueron considerados no hábiles para participar en la subasta, en los términos señalados en el presente artículo”.

“Artículo 44. *Procedimiento de menor cuantía.*² El procedimiento para la contratación de menor cuantía será el siguiente:

“(…) PARÁGRAFO 1. La entidad podrá establecer en el pliego de condiciones que la oferta sea presentada de manera dinámica mediante subasta inversa de conformidad con lo señalado en el artículo 14 del presente decreto.

“Artículo 46. *Contratación de mínima cuantía*³. Cuando el valor del contrato por celebrar sea igual o inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía, la entidad podrá contratar tomando como única consideración las condiciones del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas, haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación de la entidad le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar.

“Cuando la entidad adquiera bienes o servicios en establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se presumirá que ha adquirido a precios de mercado.

“El contrato así celebrado podrá constar en un documento firmado por las partes, o mediante intercambio de documentos escritos entre la entidad y el contratista, o mediante la factura presentada por el proveedor de bienes o

² Derogado por el artículo 10 del Decreto 2025 de 2009.

³ Modificado por el artículo 3 del Decreto 2025 de 2009 y posteriormente derogado por el artículo 6 del decreto 3576 de 2009.

servicios aceptada por la entidad, o en órdenes de trabajo, compra o de servicio, o en cualquier otro instrumento definido por la entidad en el manual de contratación siempre que reúna las condiciones de existencia y validez del negocio jurídico.

“En la contratación de mínima cuantía no se dará aplicación a lo señalado en el Título I del presente decreto, sin perjuicio que la entidad cuente con los respectivos estudios y documentos previos que la justifiquen, y se siga el procedimiento que consagre el Manual de Contratación.

“PARÁGRAFO. Lo señalado en el presente artículo se aplicará en las demás causales de selección abreviada y en el concurso de méritos cuando la cuantía del contrato sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía.

“Artículo 47. *De los contratos de prestación de servicios de salud*⁴. Las entidades estatales que requieran la prestación de servicios de salud, se celebrarán por parte de la entidad tomando como única consideración las condiciones del mercado, haciendo uso del procedimiento que según el Manual de contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del servicio a contratar. Las personas naturales o jurídicas que presten dichos servicios deben estar inscritas en el registro especial nacional del Ministerio de Protección Social o quien haga sus veces, de conformidad con la Ley 10 de 1990.

“Artículo 52. *Procedimiento de contratación*⁵. Los contratos a los que se refiere el literal h del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, y que estén directamente relacionados con el desarrollo o ejecución de los proyectos en ella mencionados, se celebrarán por parte de la entidad tomando como única consideración las condiciones del mercado, haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar.

“Artículo 54. *Procedencia del concurso de méritos*⁶. A través de la modalidad de selección de concurso de méritos se contratarán los servicios de consultoría a que se refiere el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y los proyectos de arquitectura.

“En la selección de consultores la entidad estatal podrá utilizar el sistema de concurso abierto o el sistema de concurso con precalificación. En este último caso será posible surtir la precalificación mediante la conformación de una lista corta o mediante el uso de una lista multiusos. En la selección de proyectos de arquitectura siempre se utilizará el sistema de concurso abierto por medio de jurados.

“Cuando el presupuesto estimado de los servicios de consultoría sea inferior al 10% del valor correspondiente a la menor cuantía de la entidad contratante, se podrá seleccionar al consultor o al proyecto haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del servicio a contratar, sin que sea necesario contar con pluralidad de ofertas...

⁴ Modificado por el artículo 4º del Decreto 2025 de 2009.

⁵ Modificado por el artículo 5 del Decreto 2025 de 2009.

⁶ Modificado por el artículo 6º del Decreto 2025 de 2009.

“Artículo 65. *Conformación de listas multiusos*⁷. Se entiende por lista multiusos la que resulta de la precalificación que haga una entidad de los interesados en participar en varios concursos de méritos determinados o determinables, que tengan objeto común o similar, en los que se exija la presentación de Propuestas Técnicas Simplificadas (PTS). La vigencia de las listas multiusos no podrá exceder de seis (6) meses, y deberán contener un mínimo de veinticinco (25) integrantes.

“Para la integración de las listas multiusos la entidad hará una convocatoria pública a través del Secop, en la que señalará las condiciones, criterios y requisitos que deben cumplir los interesados para su inclusión en las listas, los cuales se determinarán conforme lo preceptuado en el artículo anterior. El Manual de Contratación de la entidad dispondrá las reglas de funcionamiento de las listas multiusos, y las condiciones para evitar la concentración de adjudicaciones en sus miembros.

“Artículo 68. *Criterios de evaluación de las propuestas técnicas*. Para la evaluación de la propuesta técnica la entidad hará uso de los siguientes factores de evaluación:

“1. Experiencia específica del proponente en relación directa con los servicios previstos en los requerimientos técnicos, y proporcional al alcance y tipo de los mismos, cuya exigencia se valorará en relación con la realización de proyectos de naturaleza e impacto similares.

“2. Propuesta metodológica y plan con cargas de trabajo para la ejecución de la consultoría.

“3. Formación y experiencia de los profesionales y expertos del equipo de trabajo.

“PARÁGRAFO 1º. Para la ponderación de las propuestas técnicas detalladas (PDT), la entidad asignará un porcentaje no inferior al cincuenta y uno por ciento (51%) del total del puntaje al criterio a que se refiere el numeral 3 del presente artículo.

“El porcentaje restante será repartido entre la experiencia específica del proponente a la que se refiere el numeral 1 del presente artículo y la propuesta metodológica y el plan y cargas de trabajo referida en el numeral 2, y que, en ningún caso el porcentaje asignado a este último sea inferior al diez por ciento (10%).

“PARÁGRAFO 2º. En los pliegos de condiciones deberá indicarse el puntaje mínimo que una oferta deberá recibir para ser considerada elegible, así como las condiciones máximas a acreditar en desarrollo de lo previsto en los numerales 1 y 3, de manera que las que superen ese límite no sean tenidas en cuenta.

“Artículo 73. *Sustitución en el equipo de trabajo, continuidad del servicio y adición*. Durante la ejecución del contrato, el consultor sólo podrá sustituir algún miembro del equipo de trabajo si así lo autoriza la entidad, siempre que el nuevo miembro propuesto cuente con calidades iguales o superiores a las presentadas en la oferta respecto del miembro del equipo a quien reemplaza.

⁷ Modificado por el artículo 7 de Decreto 2025 de 2009.

“El consultor seleccionado podrá continuar ejecutando las fases subsecuentes de la consultoría, sujetas al acaecimiento de una condición previamente determinada, si ellas corresponden a tareas que se desprenden de los trabajos iniciales o son necesarias para el desarrollo del mismo proyecto.

“Las prórrogas en tiempo, así como las adiciones en valor a consultorías cuyo objeto sea la labor de interventoría, podrán efectuarse por el período en que se haya prorrogado el contrato objeto de interventoría. En tal caso el valor se ajustará de manera proporcional al del contrato inicial.”

“Artículo 75. *Criterios de evaluación de intermediarios de seguros.* La selección de intermediarios de seguros se realizará por concurso de méritos de conformidad con el procedimiento señalado en el presente decreto. La aplicación de los criterios de evaluación incluidos en los pliegos de condiciones seguirá exclusivamente las siguientes reglas:

“1. La valoración de la experiencia específica del proponente incluirá, además de lo señalado en el numeral 1 del artículo 68 del presente decreto, el manejo de programas de seguros iguales o similares al requerido por la entidad, detallando los ramos y las primas.

“La valoración de la propuesta metodológica y plan y cargas de trabajo a que se refiere el numeral 2 del artículo 68 del presente decreto, valorará el plan de administración de riesgos, el cual comprenderá tanto el análisis de los riesgos como la propuesta para el manejo de los mismos, teniendo en cuenta los siguientes factores:

“a. Propuesta de cobertura y condiciones. Esta contemplará el plan de trabajo a desarrollar para estructurar los pliegos de condiciones que darán lugar a la selección de la aseguradora con la cual la entidad estatal contratará su programa de seguros, incluyendo en éste los criterios técnicos generales que se utilizarán para la estructuración del programa de seguros.

“En ningún caso se solicitará dentro de los pliegos la descripción de coberturas, límites, deducibles, cláusulas adicionales, procedimiento para atención de siniestros, etc.

“b. Programa de prevención de pérdidas. El proponente deberá ofrecer el programa de prevención de pérdidas que permita disminuir los riesgos de la entidad estatal, entendido este como las actividades y recomendaciones tendientes a detectar, prevenir, minimizar o eliminar todos aquellos riesgos potenciales que puedan materializar los riesgos cubiertos por una póliza de seguro. Este programa contemplará la propuesta para minimizar los factores de riesgo y el cronograma de actividades.

“3. La valoración de la formación y experiencia de los profesionales y expertos del equipo de trabajo a las que se refiere el numeral 3 del artículo 68 del presente decreto, incluirá el tiempo y clase de dedicación del personal al servicio de la entidad estatal, expresada en horas/hombre/mes (Permanente, compartida, exclusiva).

“4. Oferta de soporte técnico. Comprende el conjunto de recursos, distintos al humano, que el corrector ofrece tener al servicio de la entidad estatal en función directa del objeto del contrato.

“PARÁGRAFO 1. Para la ponderación de las propuestas técnicas la entidad asignará un porcentaje no inferior al cuarenta por ciento (40%) del total del puntaje al criterio al que se refiere el numeral 3 del presente artículo.

“El porcentaje restante será repartido entre la experiencia específica del proponente a la que se refiere el numeral 1 del presente artículo, la propuesta metodológica y el plan y carga de trabajo referidos en el numeral 2 ídem, y la oferta de soporte técnico a que se refiere el numeral 4 ibídem, teniendo en cuenta que el porcentaje asignado al criterio del numeral 1 sea superior al asignado al criterio del numeral 2, y éste a su vez sea superior al porcentaje señalado al criterio del numeral 4. En ningún caso el porcentaje asignado a este último sea inferior al diez por ciento (10%).

“PARÁGRAFO 2. No podrá exigirse como condición o tenerse como criterio para la evaluación de las propuestas la entrega de equipos y la instalación en comodato de los mismos, la realización de cursos de capacitación, la asignación de personal en las oficinas de la propia entidad estatal u otros aspectos o actividades que no correspondan con el objeto directo de la selección.

“Artículo 87. *Procedimiento de imposición de multas.* De conformidad con el inciso 2 del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad tiene la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas en el contrato, con el fin de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.

“Para la imposición de la respectiva multa, a efecto de respetar el derecho de audiencia del afectado a que se refiere el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad señalará en su manual de contratación el procedimiento mínimo a seguir, en el que en todo caso se precisará el mecanismo que le permita al contratista ejercer su derecho de defensa de manera previa a la imposición de la sanción, dejando constancia de todo ello en el acto administrativo de imposición(...)

“Artículo 89. *Manual de Contratación*⁸. Las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación deberán contar con un manual de contratación, en el que se señalen los procedimientos internos, los funcionarios intervinientes, y todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección, así como de la vigilancia y control de la ejecución contractual, en los términos establecidos en el presente decreto.

II. LAS NORMAS INVOCADAS POR EL DEMANDANTE COMO VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Como normas violadas, indicó:

Constitución Política: Artículos 1, 6, 13, 150 numeral 25, 209 y 211.

⁸ Modificado por el Artículo 5 del Decreto 3576 de 2009.

Ley 80 de 1993: Artículos 25 numeral 12, 26 numeral 3, artículo 40 inciso 2 del párrafo y 30 párrafo.

Ley 1150 de 2007: Artículos 2, 5 y 32.

Los argumentos expuestos en el escrito de demanda que constituyen sustento de la violación alegada se pueden sintetizar así:⁹

1. *El ejecutivo en el aparte demandado del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 se extralimita en el uso de la potestad reglamentaria.*

El artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 atribuye a las entidades estatales la facultad de establecer, mediante los pliegos de condiciones, el término en el que se pueden subsanar la falta de aquellos requisitos o documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan factores de escogencia. Con esta regulación se contraría el espíritu del legislador, quien dispuso en el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 que la ausencia de requisitos formales no indispensables para la comparación solo puede subsanarse hasta antes de la adjudicación y no hasta el momento en que la administración lo determine a través del pliego de condiciones.

2. *El aparte demandado del artículo 11 del Decreto 2474 de 2008 vulnera lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, al traer a la vida jurídica el Registro Único de Proponentes.*

El Ejecutivo en la disposición acusada trae a la vida jurídica el Registro único de Proponentes regulado en el artículo 22 de la Ley 80 de 1993, precepto que no se encuentra vigente pues fue derogado por la Ley que se pretende reglamentar.

3. *El párrafo del artículo 22 del Decreto 2474 de 2008 es contrario a los principios de legalidad y selección objetiva.*

La disposición contenida en el párrafo del artículo 22 es contrario a la igualdad y a la selección objetiva porque consagra que en el evento de no conseguirse la pluralidad de oferentes, no obstante existir uno que cumplió y satisfizo las

⁹ Folios 1 a 27.

necesidades requeridas por la administración, por lo que resulta elegible, la entidad hace caso omiso y legitima la participación abierta e indiscriminada de otros posibles interesados, inclusive de aquellos que anteriormente fueron considerados NO HABLES para participar en la subasta.

De acuerdo con el demandante, el esfuerzo realizado por el oferente para acudir y cursar la convocatoria y su cumplimiento de los requisitos habilitantes para ofertar, deben hacerlo acreedor cuando menos, a que la entidad continúe el procedimiento hasta la adjudicación si fuere procedente, aún sin subasta inversa.

4. *El párrafo 1 del artículo 44 del Decreto 2474 de 2008 contraría abiertamente el ordenamiento jurídico al desconocer que la competencia de determinar y tipificar los procedimientos o modalidades de selección corresponde exclusivamente al legislador.*

La determinación de los procedimientos o modalidades de selección de contratistas se encuentra contenida en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. En dicha disposición se permite taxativamente la implementación de la subasta inversa para los especiales casos de licitación pública en que la entidad pretenda una conformación dinámica de la oferta y para los eventos puntuales de selección abreviada de proponentes que ofrezcan bienes y servicios de características técnicas uniformes de común utilización de las entidades estatales.

El ejecutivo con el precepto acusado desconoce abiertamente lo dispuesto por el legislador, como quiera que mediante el párrafo 1 del artículo 44 amplía el ámbito de aplicación del procedimiento de subasta inversa haciéndolo extensivo a la modalidad de menor cuantía.

5. *El artículo 46 del Decreto 2474 de 2008 extralimita la norma legal que le sirve de fundamento al consagrar como causal de contratación directa la mínima cuantía.*

De acuerdo con el actor "...al no ser tipificada por el legislador la modalidad de mínima cuantía como causal de contratación directa y al existir la norma expresa que ordena la selección abreviada de menor cuantía a partir de cero en atención al correspondiente presupuesto oficial, resulta claro que el Ejecutivo excede su potestad reglamentaria al pretender en el artículo 46 del Decreto demandado, la

introducción de un nuevo procedimiento que ha dado en denominar CONTRATACIÓN DE MÍNIMA CUANTÍA, para los contratos cuyo monto no exceda del 10% de la menor cuantía determinada legalmente, aplicable tanto a las demás causales de selección abreviada, cuanto al concurso de méritos”.

Adicionalmente, se incurre en otra ilegalidad al disponer la norma acusada que la modalidad de mínima cuantía se implementará de acuerdo con el manual de contratación que deben expedir las diferentes entidades, el cual deberá contener el procedimiento que a discreción de la autoridad administrativa se considere procedente y pertinente.

6. *Los apartes demandados de los artículos 46, 47, 52, 54, 65, 87 y 89 del Decreto 2474 de 2008 desconocieron los artículos 1, 6, 150.25 y 211 de la constitución, toda vez que preceptúan que mediante los denominados manuales de contratación las entidades pueden tipificar procedimientos diferentes a los determinados por la Ley.*

7. *El aparte demandado del artículo 54 del Decreto 2474 de 2008 vulnera los artículos 25.12 y 26.3 de la Ley 80 de 1993.*

De acuerdo con el actor, al derogarse expresamente el segundo inciso del numeral 12 del Artículo 25 de la Ley 80 de 1993, se infiere con claridad que el legislador proscribió “*el tipo de contratación donde con violación del principio de la **PLANEACIÓN** las entidades adelantaran procesos licitatorios de obras públicas, donde no se tuvieran reglas claras, precisas y justas y por el contrario tuviese el contratista de obra que completar, y en oportunidades realizar íntegramente los diseños de un proyecto, que en la mas de las veces carecía totalmente de los mismos”.*

“...En consecuencia, es contrario al ordenamiento jurídico el adelantar proyectos en los cuales el contratista haya de realizar diseños par y paso (sic) con la ejecución del contrato, toda vez que esto refleja o permite una falta de planeación del contrato...”

8. *El artículo 68 del Decreto 2474 de 2008 incurre en una extralimitación de la ley, toda vez que restringe la facultad reconocida a las entidades mediante la tipificación taxativa de los factores de evaluación: la experiencia específica del*

proponente, la de los profesionales propuestos y la de la metodología a emplear durante la ejecución del concurso.

La ley ordena simplemente tener en cuenta como requisitos habilitantes la capacidad jurídica, financiera y de organización para los procesos en general, e igualmente ordena el concederle puntaje a la experiencia del oferente y a la del equipo de trabajo, proscribiendo la posibilidad de conceder puntaje al precio en el concurso de méritos. Por este motivo, en el sentir del demandante, resulta evidente que la disposición acusada trasgrede la potestad reglamentaria puesto que restringe a tres los criterios de evaluación y despoja a las entidades de la facultad reconocida por el legislador para su determinación. Adicionalmente, la norma cuestionada, impone como obligatorios criterios no mencionados en el precepto legal como es el caso de la metodología y las cargas de trabajo.

9. El aparte acusado del artículo 73 del Decreto 2474 de 2008 vulnera el inciso 2 del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

La norma demandada violenta el inciso segundo del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, toda vez que permite la adición indiscriminada de los contratos de interventoría sin tener en consideración que el precepto legal estatuye que **ningún contrato podrá adicionarse en más de un 50% del valor inicial en salarios mínimos legales mensuales.**

10. El artículo 75 del Decreto 2474 de 2008 vulnera lo dispuesto en el inciso primero numerales 1 y 2 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007.

El precepto acusado contraría lo dispuesto por el legislador, toda vez que del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 es fácil inferir que se ha otorgado a las entidades estatales el establecimiento dentro de los pliegos de condiciones de los factores de escogencia y calificación, con la única limitante de que dichas exigencias resulten adecuadas y proporcionales a la naturaleza del contrato y a su valor, con el fin de realizar una selección verdaderamente objetiva. El decreto demandado restringe la facultad otorgada a las entidades al tipificar de manera taxativa cuatro factores de evaluación: la experiencia específica del proponente, la de los profesionales propuestos, la metodología a emplear durante la ejecución del concurso y el soporte técnico ofrecido.

De igual forma, la norma cuestionada trasgrede lo dispuesto por el legislador como quiera que los factores referentes a la metodología y a las cargas de trabajo no fueron mencionados en la Ley como factores necesarios a tener en cuenta en los procesos de selección de contratistas del Estado. Por último, tampoco resulta ajustado al ordenamiento jurídico determinar vía decreto el peso específico en término de porcentajes mínimos que habrán de tener los criterios plasmados.

III. EL TRÁMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada a esta Corporación el 24 de octubre de 2008¹⁰; en el escrito correspondiente se solicitó también la suspensión provisional de las normas demandadas, por considerar que existía una contradicción directa de las mismas con las disposiciones constitucionales y legales alegadas como violadas.

El 21 de abril de 2009 el señor Martín Bermúdez Muñoz elevó solicitud ante esta Corporación para que se le tuviera como parte coadyuvante en la acción de nulidad simple¹¹ en relación con la pretensión de anulación del parágrafo 1 del artículo 44 del Decreto 2474 de 2008. En el escrito se afirma que la norma demandada viola el artículo 150 y el artículo 189.11 de la Constitución, así como los artículos 2 y 5 de la Ley 1150 de 2007. El concepto de la violación esgrimido se puede sintetizar de la siguiente forma: el Ejecutivo se extralimitó en el ejercicio de la potestad reglamentaria toda vez que a los dos supuestos consagrados en la ley para la utilización de subasta inversa (la licitación pública y la adquisición de bienes o servicios de condiciones uniformes y de común utilización) se agregó un tercero: los contratos de menor cuantía, invadiendo una competencia exclusiva del poder legislativo. Este mismo argumento sirve de soporte a la solicitud de suspensión provisional realizada en el escrito de coadyuvancia.

El 29 de abril de 2009 el actor adicionó la demanda¹² solicitando la declaratoria de nulidad del texto íntegro del artículo 75 del Decreto 2474 de 2008, como quiera que, en su entender, este precepto vulnera el artículo 2.3. de la Ley 1150 de 2007 al establecer “el concurso de méritos” como procedimiento de selección de los

¹⁰ Folios 1 a 30

¹¹ Folios 35 a 51.

¹² Folios 53 a 55.

intermediarios de seguros, desconociendo que es al Legislador y no al Ejecutivo a quien corresponde establecer las modalidades de selección de contratistas.

En auto de 27 de mayo de 2009, la demanda y la solicitud de coadyuvancia fueron admitidas y se ordenó la suspensión provisional de las siguientes disposiciones del Decreto 2474 de 2008: la expresión “...o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...” contenida en el inciso segundo del artículo 10; la expresión “...sin perjuicio de que se exija la presentación del certificado del Registro único de Proponentes, para efectos de determinar la clasificación y la calificación de los proponentes, cuando corresponda”, contenida en el artículo 11; el artículo 46; la expresión “...haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable...”, contenida en el artículo 54; la expresión “El Manual de contratación de la entidad dispondrá las reglas de funcionamiento de las listas multiusos, y las condiciones para evitar la concentración de adjudicaciones en sus miembros”, contenida en el artículo 65; el inciso tercero del artículo 73 del Decreto 2474 de 2008 y, ; las expresiones “Los procedimientos internos” y “todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección”, contenidas en el artículo 89.¹³

Respecto de la solicitud de suspensión provisional de los artículos 47 y 52, y del párrafo 1 del artículo 44, la Sala dispuso estarse a lo resuelto en el auto de mayo 27 de 2009¹⁴. En cuanto a los artículos 68 y 87 del Decreto 2474 de 2008 se negó la práctica de la medida cautelar por considerar que no se reunieron los requisitos exigidos por el Código Contencioso Administrativo.

Contra el anterior auto, el 24 de junio de 2009, los apoderados del Departamento Nacional de Planeación, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Ministerio del Interior interpusieron recurso de reposición, por considerar que la solicitud elevada por el actor no reunió los requisitos exigidos en el artículo 152 del C.C.A.¹⁵ Adicionalmente, la Asociación Colombiana de Corredores de seguros allegó al proceso algunas consideraciones con relación a la medida de suspensión provisional decretada. En el escrito presentado se hace un recuento de la

¹³ Folios 70 a 98.

¹⁴ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de primero de abril 2009. M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 36.476. Esta providencia suspende provisionalmente las disposiciones referenciadas. El auto en cuestión fue confirmado mediante auto de Mayo 27 de 2009.

¹⁵ Folios 115 a 177.

evolución normativa de los procedimientos de escogencia de intermediarios de seguros, y se señala que el contenido del artículo 75 del Decreto 2474 de 2008 es el resultado de un esfuerzo mancomunado entre el Gobierno y el sector privado, para adecuar las normas sobre selección objetiva a la actividad de estos profesionales. La suspensión de lo preceptuado referente a los criterios de evaluación genera confusión, toda vez que se deja al arbitrio o capricho de cada entidad la determinación, mediante los pliegos, de los factores que subjetivamente consideren evaluables¹⁶.

El 6 de agosto de 2009 la Sala resolvió los recursos de reposición interpuestos confirmando el auto de mayo 27 del mismo año¹⁷.

El 7 de septiembre de 2009, el señor Hernán Darío Santana Ferrín, obrando en calidad de tercero interesado en el proceso, solicitó la suspensión provisional del artículo 3 del Decreto 2025 de 2009, por considerar que contraviene de manera directa el artículo 158 del C.C.A., al reproducir la esencia del artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, el cual fue suspendido por la sección tercera¹⁸.

La demanda fue contestada por los apoderados de la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹⁹, Departamento Nacional de Planeación²⁰, Ministerio de Transporte²¹ y Ministerio del Interior²² en los términos que se resumen a continuación:

En primer lugar se señala en los diferentes escritos de contestación que con las normas acusadas no se excedió la potestad reglamentaria, toda vez que el decreto 2474 de 2008, se expidió con base en las facultades reconocidas al Presidente de la República, el cual definió con razonabilidad y proporcionalidad en el marco de lo preceptuado en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, los conceptos no comprendidos de forma detallada en dichos cuerpos normativos. Mediante los preceptos acusados se permite una aplicación adecuada de las disposiciones contractuales delimitadas por el legislador.

¹⁶ Folios 185 a 191.

¹⁷ Folios 194 a 209.

¹⁸ Folios 213 a 225.

¹⁹ Folios 232 a 247.

²⁰ Folios 248 a 282.

²¹ Folios 283 a 292.

²² Folios 305 a 316.

Respecto del cargo formulado contra el aparte del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, se sostuvo que esta disposición lejos de contradecir lo previsto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, armoniza y complementa lo dispuesto en los artículos 24 y 25 de la ley 80 de 1993 en cuanto estos se refieren a los principios de transparencia y economía. Se sostiene, que para la selección de un contratista en los pliegos de condiciones se deben consignar todas aquellas reglas, justas, claras y completas que aseguren una escogencia objetiva y que eviten una declaratoria de desierta. Dentro de las pautas a definir, se encuentra precisamente la determinación del momento en el que los oferentes pueden subsanar defectos como la ausencia de documentación, así como la oportunidad en que la administración debe solicitarlos. Se garantiza entonces, la primacía de lo sustancial sobre lo formal.

De igual modo, se refuerza la defensa afirmando que es de la esencia del decreto reglamentario decir algo distinto a la norma reglamentada para darle el alcance y precisión que requiere su cumplida ejecución. En este sentido, la disposición cuestionada no es *“...una restricción o una modificación a lo señalado en la Ley, sino una instrucción dirigida a la entidad, reguladora de su actividad procedimental en el marco de un proceso de selección de contratistas. Y mucho menos es, como lo parece indicar el demandante en el escrito de solicitud de suspensión, una limitación al término para subsanar. NO. Es una indicación para la entidad, de señalar en el pliego, con el fin de hacer más transparente y reglado el proceso, de un momento máximo para ejercer esa facultad de solicitud de documentos o requisitos subsanables²³.”*

En cuanto al segundo cargo consistente en la nulidad parcial del artículo 11 del Decreto 2474 de 2008, por violación a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 1150 que derogó expresamente el Registro Único de Proponentes, los escritos de contestación de demanda señalan que no hay fundamento para la nulidad solicitada, como quiera que el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, sobre la verificación de las condiciones de los oferentes, entró a regir a partir del 17 de enero de 2009, cumplidos los 18 meses determinados en el artículo 33 del mismo cuerpo normativo.

De otra parte, respecto de la posible nulidad del párrafo del artículo 22 del Decreto 2474 de 2008, los escritos de contestación afirman que no es cierto que

²³ Folio 262.

establecer la posibilidad, durante la prórroga del plazo para la presentación de documentos habilitantes, que cualquier interesado presente la oferta, incluyendo aquellos proponentes que fueron considerados no hábiles para participar en la subasta, resulte contraria a los principios de igualdad y selección objetiva, pues dicha posibilidad se *“...convierte en una garantía de inclusión y de participación equitativa entre los oferentes, en un momento del proceso de selección cuando apenas se están acreditando requisitos que no afectan la asignación de puntaje²⁴.”* Es más, la regulación hecha es acorde precisamente con el principio según el cual la escogencia se hace del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ésta persigue, sin tener en cuenta factores subjetivos.

En cuanto al cargo formulado contra el artículo 44 del Decreto 2474 de 2008, se señala que éste fue derogado por el Decreto 2025 de 2009 y la nueva regulación de la selección abreviada no contempla la conformación dinámica de la oferta en el procedimiento de la selección abreviada de menor cuantía. Por tal motivo, ante la inexistencia actual de la disposición demandada se hace innecesario detenerse en las razones que dieron lugar a su expedición.

Por otro lado, se indica que la Ley 1150 de 2007 estableció una diferencia de trato cuando la contratación a realizar no exceda del 10% de la menor cuantía y por ello no puede declararse la nulidad del artículo 46 del Decreto 2474 de 2008. En palabras de los demandados: *“...el legislador previó circunstancias en las que, con el fin de garantizar la eficacia en la gestión contractual, el sistema de compras públicas puede tener esquemas en distintos niveles de complejidad. Así, por ejemplo, el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, determina que no se exigirá el Registro Único de Proponentes, ni de calificación o clasificación, en los casos de contratos cuyo valor no supere el 10% de la menor cuantía de la respectiva entidad. Con el mismo criterio, el artículo 7 de la ley, en el marco del régimen de garantías para la contratación señala que las garantías no serán obligatorias²⁵”*. Lo anterior denota, un reconocimiento al ejecutivo de reglamentar lo relativo a las modalidades de selección utilizando el mismo criterio de asuntos más o menos complejos dentro de la selección abreviada.

Los demandados solicitan que se declare la legalidad del aparte del artículo 54 del Decreto 2474 de 2008 que ha sido cuestionado, pues en su entender es acorde al

²⁴ Folio 313.

²⁵ Folio 268.

postulado de la autonomía de la voluntad, la determinación de objetos contractuales en los que se incluyan el diseño y construcción de una obra pública, máxime cuando la exigencia de éstos como parte de los estudios previos no es inexorable, sino que depende de la naturaleza del objeto a contratar. Por esta razón no tiene asidero alguno considerar que con la disposición demandada se vulnera el principio de planeación que debe regir la actividad contractual.

De igual modo, defendieron la legalidad de los apartes demandados del artículo 68 del Decreto 2474 de 2008 al considerar que el legislador defirió al reglamento la determinación de los criterios de selección de los consultores. Por ello no es contrario al ordenamiento jurídico el desarrollar el modo en que los criterios de experiencia específica y del equipo de trabajo deben ser utilizados por la entidad en el momento de evaluar la oferta.

También se defiende la legalidad del inciso 3 del artículo 73 del Decreto 2474 de 2008, en el entendimiento que no excede la previsión legal que limita la posibilidad de adición de un contrato hasta el 50% del valor inicialmente pactado. Porque, en palabras del los demandados, *“de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, la adición de los contratos estatales de cualquier índole está supeditada al valor inicial y no al plazo del contrato objeto de interventoría”*.

Finalmente, se indica que los criterios y porcentajes señalados en el artículo 75 del Decreto 2474 de 2008 no restringen la libertad de la entidad en la configuración de los pliegos de condiciones y de los procesos de selección por concurso de méritos de intermediarios de seguros, en tanto que, por virtud de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, implican una discrecionalidad de la entidad en el momento de su “determinación” a través de subcriterios y la asignación de los porcentajes definitivos, dentro de los rangos definidos²⁶.

El 29 de septiembre del 2009 se presentó memorial en el que se realizaron algunas consideraciones respecto de la solicitud de suspensión provisional del artículo 3 del Decreto 2025 de 2009. En este escrito se afirma que no se presenta el supuesto contenido en el artículo 158 del C.C.A, pues en ningún momento el ejecutivo reprodujo una disposición suspendida. Para sustentar tal afirmación, se señala que cuando la norma en cuestión fue expedida aún no se había tomado

²⁶ Folio 275.

decisión alguna sobre la medida cautelar de suspensión provisional del artículo 46 del Decreto 2474 de 2008²⁷.

El 1 de octubre de 2009, el señor Juan Camilo Morales Trujillo elevó memorial ante la Corporación solicitando la suspensión provisional del artículo 3 del Decreto 2025 de 2009, por considerar que la disposición contrariaba lo dispuesto en el artículo 158 del C.C.A. al reproducir en su esencia una norma suspendida provisionalmente²⁸.

El 9 de noviembre de 2009, el señor Martín Bermúdez Muñoz elevó memorial ante la Corporación solicitando la suspensión provisional de los artículos 1 y 2 del Decreto 3576 de 2009, por considerar que estos preceptos contrarían lo dispuesto por el artículo 158 del C.C.A. al reproducir en su esencia una norma suspendida provisionalmente²⁹.

La Procuraduría Quinta Delegada ante esta Corporación rindió concepto durante el término de traslado y expuso los argumentos que se resumen a continuación³⁰:

Respecto del aparte demandado del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, el ministerio público defiende su legalidad entendiendo que la determinación del momento para solicitar aquellos requisitos o documentos que no afectan la comparación de las ofertas, es una competencia discrecional de la entidad administrativa, la cual puede prever en los pliegos de condiciones un plazo anterior al de la adjudicación. Esta posibilidad no afecta los derechos de los particulares, al contrario, se ajusta a los principios de transparencia y economía.

Asimismo, sostiene que le asiste razón al demandante para solicitar la nulidad del aparte del artículo 11 del Decreto 2474 de 2008, toda vez que se excedió la facultad reglamentaria al imponer a las entidades la exigencia de un requisito – el Registro Único de Proponentes – que se encuentra fuera de la órbita legal en virtud de la derogatoria expresa realizada por la Ley 1150 de 2007 del artículo 22 de la Ley 80 de 1993.

²⁷ Folios 355 a 358.

²⁸ Folios 361 a 365.

²⁹ Folios 388 a 397.

³⁰ Folios 489 a 504.

El Ministerio Público aboga por la legalidad del párrafo del artículo 22 del Decreto 2474 de 2008, al considerar que si la ley permite a las entidades solicitar a los proponentes, aquellos documentos que no sean necesarios para comparar las ofertas, cuando estos no hayan cumplido con su entrega, no puede entenderse que el reglamento vulnera la igualdad cuando establece una prórroga del plazo para presentar dichos documentos y se le permite a los que no los allegaron en esa primera etapa hacerlo durante el plazo adicional, a fin de cumplir con el mecanismo de subasta inversa.

Del mismo modo, afirma que no está llamado a prosperar el cargo formulado contra el Parágrafo 1 del artículo 44 del Decreto 2474 de 2008, ya que la ley no prohíbe el establecimiento de la subasta inversa en el caso de la selección abreviada, sino que por el contrario, consagra como obligación la utilización de ésta por parte de las entidades cuando el reglamento así lo señale para la asignación de bienes y servicios de características uniformes, dejando los demás aspectos de la regulación a cargo del Gobierno nacional. No se está modificando el procedimiento de selección del contratista sino que se utiliza un mecanismo para obtener un mejor precio.

De los apartes demandados de los artículos 46, 47, 52, 54, 65, 87 y 89 solicita su declaratoria de nulidad, puesto que, ni la Ley 80 de 1993 ni la ley 1150 de 2007, autorizan al Gobierno Nacional para radicar en las entidades estatales la competencia a efectos de elaborar un manual en que se señalen procedimientos internos, salvo que se refieran a delegación de subalternos para la celebración de contratos.

También solicitó la nulidad del artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, bajo el entendimiento que la contratación de mínima cuantía no se encuentra incluida en las modalidades de selección señaladas en la Ley 1150 de 2007.

Respecto del aparte demandado del artículo 54 del Decreto 2474 de 2008, el Ministerio público afirma que la solicitud de nulidad no está llamada a prosperar porque entender que *"...se debe tener el diseño aún para la contratación de los mismos diseños, va en contravía de la Ley 80 de 1993, artículo 32, que consagra los diferentes contratos estatales, entre ellos, el de consultoría, cuyo objeto puede ser la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos, esto es, que si no está prohibido su celebración en contratos con objeto simple, no hay razón para*

deducir que se encuentra prohibido en la celebración de contratos complejos, mucho menos cuando hace parte del principio de economía que deben atender las entidades públicas en aras a generar los menores costos posibles en la contratación estatal”.

En el concepto rendido, se solicita también la nulidad de los artículos 68 y 75 del Decreto 2474 de 2004 al considerar que la reglamentación del Gobierno Nacional no se puede convertir en una camisa de fuerza para las entidades, sino que debe señalar alternativas en las cuales se pueda escoger la que más convenga a los intereses de la entidad y así cumplir las finalidades contenidas en la Constitución Política y la Ley. Respecto de los criterios de evaluación, la norma administrativa no puede modificar los parámetros establecidos por el legislador imponiendo porcentajes y señalando con rigurosidad los criterios de selección.

Finalmente, respecto del artículo 73 del Decreto 2474 de 2008, señala que se permite una adición al precio del contrato de interventoría que puede superar la limitación del 50% de su valor inicial, aspecto que a todas luces está en contraposición con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

De manera adicional, a la intervención del Ministerio Público, de su derecho a alegar de conclusión hicieron uso la parte actora, el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio del Interior, el señor Martín Bermúdez en su calidad de coadyuvante y la Asociación Colombiana de Corredores de Seguros como tercero interesado³¹, quienes en esencia reiteraron los argumentos que ya habían expuesto.

IV. CONSIDERACIONES

Para adoptar una decisión de fondo, se revisará, en primer lugar, la naturaleza del instrumento normativo en que se insertan las disposiciones demandadas, a efectos de constatar la procedencia de la acción de nulidad (punto 1); luego, se hará alusión a la competencia de esta Sección (punto 2); posteriormente, se realizará un análisis sobre la posibilidad de pronunciamiento sobre normas derogadas (punto 3); para finalmente, resolver los cargos presentados por el actor (punto 4).

³¹ Folios 398 a 488.

1. La naturaleza del Decreto No. 2474 del 7 de julio de 2008.

La revisión de la naturaleza del Decreto demandado es un aspecto fundamental, toda vez que la normatividad vigente concibe la acción de nulidad sólo frente a actos administrativos³², es decir, manifestaciones de la voluntad, en ejercicio de la autoridad propia de las entidades administrativas, de otras entidades públicas o de los particulares en ejercicio de la función administrativa, capaces de producir efectos frente a un sujeto de derecho o un grupo determinado o indeterminado de ellos, de manera indiferente a la anuencia de estos.

De las consideraciones y de la suscripción del Decreto cuyas disposiciones se demandan, se deriva de manera inequívoca que se trata de una reglamentación de la ley, en virtud de lo establecido en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, es decir, de un Decreto reglamentario.

En lo que respecta a este tipo de decretos, vale la pena señalar que constituyen una típica expresión de la función administrativa, y desde una perspectiva formal, hacen parte de la categoría de actos administrativos de carácter general.

En efecto, la capacidad de trazar reglas de conducta en desarrollo de lo prescrito por el legislador, con alcances generales y de obligatorio cumplimiento por parte de la comunidad destinataria de estos decretos, denota la verificación de los elementos propios del acto administrativo como son: (1) manifestación unilateral de la voluntad de la administración o de la entidad pública o el particular en ejercicio de la función administrativa, (2) capaz de producir efectos jurídicos frente a otros sujetos de derecho (3) sin necesidad de contar con su anuencia para ello.

2. La competencia de esta Sección para conocer del caso objeto de estudio

³² En efecto, prescribe el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo: "Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos..." Más adelante señala la misma disposición que ésta acción puede también interponerse contra "circulares de servicio" y contra "actos de certificación y registro"; la jurisprudencia de esta Corporación, ha señalado, sin embargo, que en estos casos, estas manifestaciones deben producir también efectos jurídicos frente a terceros, es decir deben presentar los elementos propios de los actos administrativos. Sobre este punto pueden consultarse las siguientes providencias de esta Corporación: Sección cuarta, Sentencia de enero 22 de 1988, Consejero Ponente: Hernán Guillermo Aldana Duque; Sección Primera. Sentencia de 14 de Octubre de 1.999 expediente No. 5064, Consejero Ponente: Manuel Urueta Ayola; Sección Primera, Sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente No. 3531 Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, es competente para conocer de las acciones de simple nulidad que interpongan los ciudadanos contra actos administrativos proferidos por autoridades del orden nacional en materia contractual, de conformidad con lo establecido en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado. En el caso objeto de análisis no existe duda de la connotación nacional del Decreto, ni de su contenido contractual.

3. La posibilidad de pronunciamiento del juez contencioso administrativo ante la derogatoria del acto administrativo demandado.

La Sala debe pronunciarse sobre la procedencia de la acción de nulidad contra normas administrativas que ya no tienen vigencia, como quiera que en el proceso se puso de manifiesto que los artículos 46, 47, 52, 54, 65 y 89 del Decreto 2474 de 2008 fueron modificados por el Decreto 2025 del 3 de junio del 2009, y el artículo 46, a su vez, fue derogado por el Decreto 3576 de septiembre 17 de 2009.

En lo que concierne a este aspecto se reitera la línea jurisprudencial que se ha ido consolidando desde el año 1991,³³ según la cual es suficiente que un acto administrativo haya tenido vigencia aunque sea por un pequeño lapso para que la jurisdicción contenciosa administrativa deba pronunciarse sobre su legalidad frente a una demanda de nulidad. En efecto, no obstante la norma cuestionada no se encuentre vigente, durante el tiempo que hizo parte del ordenamiento jurídico pudo incidir sobre situaciones jurídicas³⁴. De este modo, la vigencia de una disposición administrativa se diferencia de su legalidad, y por ello, la revocatoria directa no tiene la virtualidad de restablecer el orden jurídico si éste se ha visto vulnerado³⁵.

³³ Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de enero 14 de 1991. M.P. Carlos Gustavo Arrieta Padilla. Exp. S – 157; Sección Segunda. Sentencia de Octubre 8 de 2007. Exp. 5242-02.

³⁴ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de Julio 23 de 2009. M.P. Héctor J. Romero Díaz. Exp. 15311.

³⁵ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de junio 4 de 2009. M.P. William Giraldo Giraldo. Exp. 16086; Sección Cuarta. Sentencia de 4 de Junio de 2009. M.P. Héctor J. Romero Díaz. Exp. 16085.

Adicionalmente, aún cuando el acto administrativo ha sido derogado, no se ha desvirtuado su presunción de legalidad, la cual sólo puede verse afectada por una decisión de carácter judicial.³⁶ De otro lado, los efectos de la revocatoria son hacia el futuro, de forma tal que su declaratoria no afecta lo acaecido durante el tiempo en que la norma estuvo vigente; en cambio, los efectos de la nulidad son retroactivos porque buscan precisamente restablecer la legalidad alterada.

Vistas las anteriores consideraciones, es procedente un pronunciamiento de fondo respecto de las disposiciones acusadas del Decreto 2474 de 2008, sin importar si algunas de ellas han sido posteriormente modificadas o derogadas porque, su retiro del ordenamiento jurídico no afecta su presunción de validez, toda vez que ésta sólo puede ser confirmada o desvirtuada mediante pronunciamiento judicial³⁷.

4. Análisis de los cargos presentados por el actor.

Para tomar una decisión, la sala se ocupará primero de delimitar el alcance de la potestad reglamentaria (4.1), para luego abordar el análisis de cada uno de los cargos formulados (4.2.).

4.1. El alcance de la potestad reglamentaria.

La potestad reglamentaria encuentra su sustento directo en el artículo 189.11 de la Constitución, y puede definirse como la posibilidad que se reconoce en cabeza del Gobierno Nacional para la expedición de disposiciones que gozan de un valor normativo y que se caracterizan por las notas de generalidad, obligatoriedad e impersonalidad. Las normas que se producen en ejercicio de esta potestad se denominan reglamentos y su objeto no es otro distinto que servir de instrumento y complemento de la norma superior que justifica su existencia.³⁸ Puede afirmarse entonces que se trata de normas de ejecución puesto que la razón de su presencia en el ordenamiento jurídico se encuentra en la necesidad de hacer más precisas y detalladas las disposiciones que tienen fuerza material de ley. Como señala la doctrina, la razones políticas que fundamentan el ejercicio de la potestad

³⁶ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de abril 17 de 2008. M.P. Camilo Arciniegas Andrade. Exp. 0166-01.

³⁷ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de Diciembre 11 de 2008. M. P. Héctor J. Romero Díaz. Exp. 15875.

³⁸ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 3 de 2007. C. P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 31447.

reglamentaria pueden resumirse en dos: 1. La necesidad de asegurar la organización y funcionamiento del aparato administrativo, y; 2. El aumento de aquellos sectores en los que el Estado puede intervenir, limitando derechos o actividades de los particulares para garantizar condiciones de bienestar e interés colectivo, requiriendo la presencia constante de autoridades administrativas mediante el reconocimiento legal de competencias.³⁹

Así, la norma de carácter reglamentario tiene una relación de subordinación con la ley, su obligatoriedad está en un ámbito inferior al regirse por el principio de jerarquía normativa. El carácter secundario del reglamento respecto de la ley constituye su principal presupuesto de validez, por ello, la primacía de la norma legal no sólo es formal sino también material, de contenido; ésta se torna invulnerable frente a las disposiciones que emanan del ejecutivo⁴⁰, al poder optar por agotar la materia objeto de regulación no dejando ningún posible espacio a la administración o poder también hacer un desarrollo más general para su correcta aplicación, como ha señalado esta Corporación:

*“De manera pues, que el ejercicio de esa potestad por el Gobierno, se amplía o restringe en la medida en que el Congreso haya utilizado sus poderes jurídicos. El grado de la reglamentación lo señala tácitamente y en cada caso el cuerpo legislativo. Tanta será la materia reglamentable por el Ejecutivo, cuanto determine la necesidad de realizar el estatuto expedido por las cámaras. Se puede inferir, que la fuerza jurídica del Decreto reglamentario participa de la misma fuerza jurídica de la Ley, es decir, que la fuerza jurídica del Decreto Reglamentario equivale al poder del legislador, de tal suerte, que la extensión de la potestad reglamentaria es inversamente proporcional a la extensión de la ley...”*⁴¹
(subraya la sala)

De lo expuesto puede inferirse los dos límites que enmarcan la potestad reglamentaria: de un lado se encuentra un criterio de competencia; del otro, un criterio de necesidad. El primero se refiere al alcance de la atribución que se

³⁹ ALESSI, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo. Tomo I. Barcelona, Casa Editorial Bosch. 1970. Pág. 32.

⁴⁰ SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo. Volumen I. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Pág. 325.

⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de agosto 21 de 2008. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Exp.01 (0295-04) La doctrina también ha reiterado la subordinación del reglamento a la ley: “Como todos los productos administrativos, el Reglamento es una norma necesitada de justificación, caso por caso, condicionada, con posibilidades limitadas y tasadas, libremente justiciable por el juez (y aún, como hemos de ver, enjuiciable también por los destinatarios). Su sumisión a la Ley es absoluta en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no puede intentar dejar sin efectos los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la Ley allí donde ésta sea necesaria para producir un determinado efecto o regular un cierto contenido”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. Madrid, Civitas. 2001. Pág. 178.

entrega al ejecutivo, de manera que le está prohibido, socapa de reglamentar la ley, adicionar nuevas disposiciones, por lo que debe entonces, para asegurar la legalidad de su actuación, limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo.⁴²

La necesidad de reglamento se desprende de la ley que le sirve de soporte, pues solo tendrá lugar el ejercicio de la potestad cuando la norma emanada del poder legislativo sea genérica, imprecisa, obscura y ello obligue a su mayor desarrollo y precisión. Si la ley es en demasía clara o, como ya se tuvo ocasión de mencionar, agota el objeto o materia regulado, la intervención del Ejecutivo no encuentra razón de ser puesto que las posibilidades se reducen a la repetición de lo dispuesto en la norma reglamentaria (lo cual resulta inoficioso), la exigencia de requisitos adicionales o la supresión de condicionamientos exigidos en la ley (lo cual supone una extralimitación en la competencia); en estos dos últimos supuestos, se presentaría una ampliación o restricción de las disposiciones que emanan del legislador a través de una competencia de carácter instrumental, lo cual en un Estado sustentado en un principio de jerarquía normativa es impensable.⁴³ En la jurisprudencia de esta Corporación al tratar el tema se ha dicho:

*“Los límites del poder reglamentario de la Ley, los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado; si los ordenamientos expedidos por el Congreso, suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Pero, si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles”.*⁴⁴

Como puede observarse, en el presente caso, el límite basado en el criterio de la competencia no ha sido sobrepasado –las disposiciones acusadas se expidieron en virtud del artículo 189.11 de la constitución –, por las razones explicitadas con anterioridad; resta entonces por analizar si el criterio de necesidad también fue respetado por las disposiciones acusadas.

⁴² A propósito de la imposibilidad de exigir requisitos adicionales a los establecidos por el legislador se puede consultar: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de Noviembre 22 de 2007. M. P. Jaime Moreno García. Exp.0476-04.

⁴³ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de Septiembre 5 de 1997. C. P. Germán Ayala Mantilla. Exp. 8308. Ver también: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de mayo 5 de 2003. M. P. Ligia López Díaz. Exp. 13212.

⁴⁴ Cfr. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de agosto 21 de 2008. *Ob. Cit.*

4.2. Los cargos formulados por el actor.

4.2.1. El Ejecutivo con el artículo 10 del Decreto 2474 incurrió en una extralimitación de la potestad reglamentaria contrariando el Parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

De acuerdo con el actor, el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, posibilita que se subsanen los requisitos que no son esenciales para la comparación de las ofertas presentadas en el proceso de selección, “...hasta la adjudicación del contrato respectivo”. Motivo por el cual, cuando el precepto demandado dispone que dichos requisitos pueden subsanarse “hasta el momento en que la entidad lo establezca...” restringe los límites trazados por el legislador y se extralimita el ejercicio de la potestad reglamentaria.

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 regula lo referente al principio de selección objetiva de los contratistas. Este principio, que en el caso de la contratación estatal en Colombia también tiene la connotación de regla y por ende de deber⁴⁵, se relaciona directamente con una de las principales libertades que se desprenden

⁴⁵ Al respecto la Sala ya ha tenido la oportunidad de puntualizar: “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.... 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 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.” (Negrilla y Subrayado fuera de texto). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Diciembre 3 de 2007. C. P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 24715.

del principio de la autonomía de la voluntad: *la libertad de elegir con quién se contrata*. En efecto, tratándose de los negocios jurídicos celebrados por la Administración para la consecución de intereses colectivos, la posibilidad de decidir libremente quién va a ser el contratista se restringe al imponerse a la autoridad la obligación de celebrar diversos procedimientos de selección y con ello lograr dos objetivos: de un lado, garantizar escogencias enmarcadas en los principios de transparencia, libre concurrencia, igualdad, economía, celeridad, eficacia y eficiencia; del otro, asegurar que la oferta escogida sea la más favorable para la finalidades de interés público que se pretenden alcanzar⁴⁶.

De la anterior afirmación se desprende que la principal finalidad de la fijación de procedimientos objetivos es precisamente escoger *“el 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”*.⁴⁷ En otras palabras, aunque podemos sostener que la “selección objetiva” es un concepto jurídico indeterminado, y como tal debe ser precisada en cada situación en particular, no escapa de la esencia de su definición que la elección del contratista debe obedecer exclusivamente a una decisión neutral y por lo tanto producto de una administración imparcial, esto es, sujeta única y exclusivamente al interés general.

Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, la selección de contratistas para cumplir con el requisito de objetividad debe caracterizarse por: 1. Ausencia total de subjetividad; 2. Estar determinada por la comparación de distintos factores, establecidos con anterioridad por la Administración en el pliego de

⁴⁶ Cfr. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos *“El deber de Selección Objetiva”*. En: Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2009.

⁴⁷ El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 preceptúa: **“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 los 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...*”

condiciones; 3. Estar determinada la forma como los factores de selección serán evaluados y el valor que corresponde a cada uno de ellos en el pliego de condiciones; 4. Estar determinada la adjudicación y celebración del negocio jurídico por un análisis, comparación y evaluación objetiva de las propuestas presentadas⁴⁸.

Entre los criterios indispensables para realizar una selección objetiva, la ley 1150 de 2007 escindió dos clases de requisitos exigibles a los oferentes: de un lado los denominados habilitantes, encaminados principalmente a la constatación de determinadas exigencias sobre todo de índole personal; del otro, los llamados factores evaluables mediante la asignación de puntaje. La distinción realizada por la norma no conlleva un desconocimiento de la importancia que tienen los condicionamientos que debe reunir la persona del oferente para habilitarse dentro del procedimiento de selección, no se debe olvidar el *carácter intuito personae* de los contratos estatales⁴⁹, simplemente implica que la calificación numérica recae, en la nueva regulación, exclusivamente sobre la oferta que se presenta. En efecto, el legislador expresó de manera clara que “...*la oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta 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*”.

La ley señala principalmente como requisitos habilitantes la capacidad jurídica, la capacidad financiera, la experiencia y las condiciones de organización. Estos factores no se pueden evaluar con puntos, sino con el criterio admisión/rechazo. Estas exigencias, vienen a constituir así, mínimos que cualquier sujeto interesado en ser proponente debe cumplir⁵⁰.

A la lógica anterior obedece el contenido del párrafo 1º del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el cual 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 las propuestas** no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos*”. Por consiguiente, se trata de defectos subsanables, porque al no afectar su falencia la asignación de puntajes, “ellos

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Junio 4 de 2008. M. P. Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 17783.

⁴⁹ Artículo 40 de la Ley 80 de 1993: “(...) *Los contratos estatales son intuito personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante...*”

⁵⁰ *Ibidem*.

pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.”

El problema que suscita el cargo formulado se centra en el momento en el que las ofertas pueden subsanarse cuando faltan documentos que acrediten uno o varios requisitos habilitantes. La Sala considera que, en este aspecto, efectivamente la norma reglamentaria desconoció el requisito de necesidad, toda vez que reguló de manera disímil un tema que ya había sido precisado por el legislador.

De la comparación hecha entre el aparte demandado del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se puede inferir sin dificultad que la ley permite que los requisitos habilitantes se soliciten hasta el momento previo a la adjudicación, de allí que la subsanación debe realizarse antes de que ésta se lleve a cabo, mientras que el inciso segundo del precepto cuestionado señala que los documentos se pueden solicitar “hasta la adjudicación o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...”

De modo tal que, como se sostuvo en el auto que decretó la suspensión provisional de la disposición acusada, se sobrepasa la facultad reglamentaria porque se *“...limita temporalmente la posibilidad de que subsanen las deficiencias de las ofertas, señalando que los pliegos pueden anticipar dicho momento, aspecto que no se ajusta a la ley, porque ella establece que de ser necesario subsanar las ofertas la entidad puede solicitarlo hasta el momento de la adjudicación, de manera que no es necesario hacer mayores reflexiones para advertir que la ley y el reglamento no dicen lo mismo”*, y por ello la sala declarará la nulidad de la expresión *“...o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...”* contenida en el inciso segundo del artículo 10 del decreto 2474 de 2008.

4.2.2. El aparte demandado del artículo 11 del Decreto 2474 de 2008 vulnera lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, al traer a la vida jurídica el Registro Único de Proponentes.

De acuerdo con el actor, cuando el decreto reglamentario establece la posibilidad de exigir el certificado del Registro Único de proponentes para clasificar y calificar a quienes presentan sus ofertas ante la administración, desborda su competencia, pues el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 derogó el artículo 22 de la Ley 80 de 1993, que regulaba dicho registro.

Para dar una respuesta adecuada al cargo formulado, es necesario aclarar que, aunque la Ley 1150 de 2007 introdujo varias e importantes reformas en distintos aspectos del RUP⁵¹, éste conservó su esencia. En efecto, como indica la doctrina, la aplicación del principio de igualdad a los procedimientos de selección de contratistas, viabiliza la existencia de un listado previo de potenciales aspirantes que facilite la labor de escogencia de la entidad estatal, toda vez que, esto posibilita tener un conocimiento no sólo amplio sino previo de las características de quienes pretenden contratar con la Administración y evita que cada vez que se abre un proceso licitatorio dicho conocimiento deba iniciar de cero. Esta circunstancia a su vez es una herramienta que sirve para asegurar una selección de carácter objetivo. En otros términos, se trata de *“un listado de proveedores en el que los potenciales contratistas del Estado se inscriben, clasifican y califican según determinados criterios, generando una aptitud genérica para contratar y reconociendo una idoneidad mínima⁵².”*

Por consiguiente, el RUP es un requisito para poder presentar ofertas, su finalidad no es otra distinta a calificar “moral, técnica y financieramente” a los oferentes. Como indica Dromi, *“la inscripción es una patente de idoneidad jurídica, económica y financiera para poder ejecutar la prestación objeto del futuro contrato, por eso se le ha denominado también ‘habilitación de los licitadores’, ‘calificación de oferentes’ o ‘condiciones subjetivas de los licitadores⁵³.”* Dado que esta labor no se puede realizar cada que se abre un procedimiento de selección, la inscripción, calificación y la clasificación de las que aquí se habla se ha confiado a la Cámara de Comercio, razón por la cual ostenta el carácter de registro único.⁵⁴

La anterior posición reitera el pensamiento de la Sala respecto de la naturaleza jurídica del RUP:

“El registro de proponentes constituye, por regla general, un requisito previo para la contratación con el Estado. Su formación se traduce en la certificación de la capacidad de las personas inscritas para poder contratar, en tanto la inscripción las habilita para participar en las

⁵¹ Cfr. Artículo 6 de la Ley 1150 de 2007.

⁵² DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen de la Contratación Estatal. Bogotá, Legis. 2001. Pág. 136.

⁵³ DROMI, José Roberto, La licitación Pública. Buenos Aires, Astrea. 2002. Pág. 258.

⁵⁴ La Corte Constitucional en la sentencia C – 258 de 2008, señaló que la labor confiada a las cámaras de comercio en cuanto se refiere a la gestión del Registro único de Proponentes, es un claro ejemplo de funciones administrativas llevadas a cabo por particulares de conformidad con el artículo 123 de la Constitución.

licitaciones o concursos y celebrar contratos con la administración pública, respecto al tipo de contratos en los que la ley lo exige. La inscripción y calificación en el registro de proponentes es un acto administrativo como lo es también su cancelación, y por consiguiente, está sometida a los mecanismos de control de legalidad de la actividad administrativa, esto es, tanto a los recursos de la vía gubernativa como a las acciones judiciales⁵⁵.”

No obstante lo anterior, la necesidad de adoptar la regulación hecha por la Ley 1150 de 2007 a las nuevas características y alcances del RUP – principalmente la extensión de esta exigencia a toda clase de contratos, salvo algunos excluidos, y la realización de buena parte de la evaluación de las ofertas (admisión/rechazo) con base en la información que allí reposa -, condujo a que la entrada en vigencia de éste instrumento se pospusiera a 18 meses después de promulgada la Ley, es decir el 17 de enero de 2009⁵⁶.

De igual forma, el legislador también dispuso en el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que a partir de su entrada en vigencia, se entendía derogado el artículo 22 de la Ley 80 de 1993, norma que se encargaba de la regulación del RUP.

De lo dicho en los acápites precedentes, se infiere que cuando entro a regir la Ley 1150 perdió vigencia el RUP regulado por la ley 80, mientras que el nuevo instrumento se pospuso en el tiempo. Por este motivo, el actor solicita la nulidad de la disposición acusada, como quiera que en ella se establece la posibilidad de que la Administración exija el RUP que regulaba la Ley 80.

La Sala comparte la posición del demandante, pues la determinación de cuándo entra en vigencia la ley, y a partir de cuándo se deroga una norma sólo precisa del operador jurídico que se detenga en cada uno de estos momentos para extraer las respectivas conclusiones: a) El artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 condicionó la derogatoria del artículo 22 de la Ley 80 – que regulaba el RUP- al momento de su entrada en vigencia; b) El artículo 33 de la Ley 1150 de 2007 a su vez estableció que empezaría a “...regir seis (6) meses después de su promulgación...”; c) La fecha exacta en que la Ley 1150 de 2007 entró a regir es el 17 de enero de 2008, y es a partir de esta fecha que queda abrogado el artículo 22 de la Ley 80; d) El Decreto 2474 de 2008 se profirió el 7 de julio de 2008, fecha en la cual ya había

⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de Noviembre 28 de 2002. M. P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 14040.

⁵⁶ Artículo 33 de la Ley 1150 de 2007: “**Vigencia.** La presente ley empieza a regir seis (6) meses después de su promulgación, **con excepción del artículo 6 que entrará a regir a los dieciocho (18) meses de su promulgación.**” (Negrilla fuera de texto)

entrado a regir la Ley 1150 de 2007; e) Toda vez que en el momento de proferirse la disposición acusada ya se encontraba derogado el artículo 22 de la ley 80, no podía ésta so pretexto de reglamentar, habilitar a las autoridades administrativas para que solicitaran el registro único de proponentes como instrumento para verificar requisitos habilitantes de los oferentes, y; f) la no posibilidad de exigencia del RUP no implica en ningún momento que se exonere a la entidad de la obligación de verificar la información de los proponentes a que se refiere el numeral 1 del artículo 5, tal como se desprende de aquellos apartes de la disposición acusada que no fueron objeto de demanda.

Por las razones expuestas, la Sala declarará la nulidad del aparte de la disposición acusada.

4.2.3. El párrafo del artículo 22 del Decreto 2474 de 2008 es contrario a los principios de igualdad y selección objetiva consagrados en los artículos 13 y 209 de la Constitución política, 23, 28 y párrafo del 30 de la Ley 80 de 1993 y 5 de la Ley 1150 de 2007.

El inciso tercero del artículo 22 del Decreto 2474 de 2008 preceptúa que en el evento en que un solo oferente resulte habilitado para participar en la subasta, la entidad administrativa debe ampliar el plazo para la presentación de los documentos habilitantes y la oferta inicial del precio, por el término indicado en los pliegos de condiciones, el cual en ningún caso puede ser mayor de la mitad del inicialmente previsto. Por su parte, la disposición contenida en el párrafo demandado señala que durante esta prórroga, “...cualquier interesado podrá presentar oferta, incluyendo aquellos proponentes que fueron considerados no hábiles para participar en la subasta, en los términos señalados en el presente artículo.

De acuerdo con el actor, el permitir que la entidad administrativa legitime, durante la prórroga prevista, la participación abierta e indiscriminada de posibles interesados (incluyendo aquellos que ya fueron declarados no hábiles), sin tener en cuenta la existencia de al menos un oferente que ya ha satisfecho y cumplido los requerimientos de la administración, es contrario al principio de igualdad y de selección objetiva.

La Sala declarará la ilegalidad sólo de la expresión “*cualquier interesado*”, como quiera que, sólo el permitir que *cualquier persona* pueda habilitarse durante la prórroga dada por la entidad vulnera el principio de igualdad, no ocurriendo así si quienes se habilitan son aquellos que en su momento fueron considerados no hábiles para participar en la subasta. El segundo supuesto asegura la libertad de concurrencia en el procedimiento de selección, para que la entidad administrativa pueda elegir aquella oferta más favorable a los intereses de la comunidad.

En efecto, la libertad de concurrencia guarda una estrecha e íntima relación con el principio de igualdad de oportunidades que debe regir todo procedimiento de selección de contratistas, pues la jurisprudencia ya ha tenido oportunidad de indicar que al asegurarse multiplicidad de ofertas, por una parte, se garantiza la participación de los particulares sin diferencia de trato y, por otra, se facilita la escogencia de aquella propuesta que mejor se ajuste a las finalidades de interés público que se pretenden alcanzar. En otras palabras, “...*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*⁵⁷.” Consecuencia de este principio es el que la autoridad administrativa deba propender por eliminar aquellas circunstancias que impidan la confrontación entre quienes están interesados en la celebración del negocio jurídico.

No obstante lo anterior, el principio de libertad de concurrencia debe a su vez ponderarse con el principio de igualdad, ello implica que la multiplicidad de oferentes que se busca participen en el proceso de selección deben caracterizarse por tener un punto común de partida; es decir que, aunque lo ideal es la participación de todos los individuos que puedan presentar una oferta a la Administración, este ideal puede llevarse a cabo solamente si la inclusión de los mismos no implica una diferencia de trato que sea injustificada. En otros términos: tratándose de la ampliación del plazo para la presentación de aquellos documentos que soportan los denominados criterios habilitantes, resulta contrario al principio de igualdad abrir la puerta del procedimiento de selección indiscriminadamente a personas que un principio no manifestaron su interés de participar en el mismo. En este evento, el punto de partida no es equiparable a la

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 7 de diciembre de 2007. Exp. 24715. M. P. Ruth Stella Correa Palacio.

situación de aquellos que en el momento oportuno hicieron explícito su deseo de participar e intentaron habilitarse.

En conclusión, no es razón suficiente para señalar que es contrario a la legalidad que la norma reglamentaria permita la ampliación del plazo para presentar más propuestas; sobre todo, cuando la razón de la existencia de un único proponente obedece a la ausencia de requisitos habilitantes, es decir, a circunstancias que no serán tenidas en cuenta en el momento de valorar las diferentes ofertas, porque como ya tuvo la oportunidad de señalar la Sala líneas atrás, se está en presencia de requisitos de capacidad que de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 son diferenciables claramente de los llamados factores evaluables mediante la asignación de puntaje. Por tanto, tal como se indica en varias contestaciones de demanda, el párrafo acusado no puede verse de manera aislada sino contextualizado dentro del artículo al que pertenece.

En efecto, la disposición contenida en el artículo 22 del decreto 2474 de 2008 regula todo lo referente a la *verificación de los requisitos habilitantes*⁵⁸, y en su inciso cuarto dispone que si *“vencido el plazo no se alcanza la pluralidad de proponentes, la entidad adjudicará el contrato al proponente habilitado, siempre que su oferta no exceda el presupuesto oficial indicado en el pliego de condiciones.”*

La disposición acusada parte de un supuesto completamente diferente al descrito, toda vez que con ella se pretende en un momento inicial del procedimiento de selección ampliar el término para que quien esté interesado presente los documentos habilitantes y la oferta inicial del precio, de tal forma que no sólo se

⁵⁸ Artículo 5 del Decreto 2474 de 2008: ***“Verificación de los requisitos habilitantes.*** *Para que una subasta pueda llevarse en los términos de este decreto deberán resultar habilitados por lo menos dos (2) proponentes. El resultado de la verificación de los requisitos habilitantes se publicará de conformidad con lo señalado en el artículo 8 del presente decreto. En dicho informe se señalarán los proponentes que no se consideran habilitados y a los cuales se les concederá un plazo para que subsanen la ausencia de requisitos o la falta de documentos habilitantes, so pena de rechazo definitivo de sus propuestas. Luego de verificados y subsanados los requisitos habilitantes, si a ello hubiere lugar, las entidades procederán a llevar a cabo la subasta dentro de los plazos fijados en los pliegos de condiciones. Si sólo un oferente resultare habilitado para participar en la subasta, la entidad ampliará el plazo para la presentación de los documentos habilitantes y la oferta inicial de precio, por el término indicado en los pliegos de condiciones, el cual en ningún caso podrá ser mayor de la mitad del inicialmente previsto. Si vencido este plazo no se alcanza la pluralidad de proponentes, la entidad adjudicará el contrato al proponente habilitado, siempre que su oferta no exceda el presupuesto oficial indicado en el pliego de condiciones.*

PAR. *Durante la prórroga a que hace referencia el tercer inciso del presente artículo, cualquier interesado podrá presentar oferta, incluyendo aquellos proponentes que fueron considerados no hábiles para participar en la subasta, en los términos señalados en el presente artículo. (Subraya fuera de texto)*

tenga una propuesta y se amplíen las posibilidades de comparación. La etapa del procedimiento en la cual se deberán cotejar las propuestas es posterior, y si de lo que se trata es sólo de extender el llamado público, lo que sí resultaría a todas luces discriminatorio es evitar que puedan volver a presentarse aquellos que en su momento no fueron habilitados pero que con la prórroga prevista pueden subsanar requisitos, que se insiste, no son determinantes en la valoración de las ofertas. No existe razón suficiente para obrar de esta manera. Al contrario, se garantiza así la sana competencia, y se salvaguarda la obligación de la autoridad de adjudicar el contrato en aquellos eventos en los que aún habiéndose dado más tiempo para garantizar el principio de libertad de concurrencia, sólo se presentó una persona, la cual hizo una oferta que se acomodó a los requerimientos exigidos.

4.2.4. El párrafo 1 del artículo 44 del Decreto 2474 de 2008 contraría abiertamente el ordenamiento jurídico al desconocer que la competencia de determinar y tipificar los procedimientos o modalidades de selección corresponde exclusivamente al legislador.

El demandante considera que el párrafo 1 del art. 44⁵⁹ del Decreto 2474 de 2008, norma que regula el procedimiento de selección abreviada denominado “menor cuantía”, vulnera varios apartes del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en razón a que ésta dispuso la utilización del sistema de oferta dinámica mediante subasta inversa, únicamente para la licitación pública (previa decisión de la entidad), y para el procedimiento de selección abreviada denominado “adquisición o suministro de bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades,” de forma obligatoria.

La Sala acogerá las pretensiones del actor, de acuerdo con los siguientes razonamientos:

- a. El procedimiento de selección abreviada tiene como finalidad principal garantizar la eficiencia de la gestión contractual de la Administración pública, para de esta manera conseguir mayor transparencia; por tanto, sin que esto signifique ausencia del deber de asegurar el principio de selección objetiva, cobra relevancia la necesidad de mecanismos que permitan una escogencia expedita de la oferta más favorable a los intereses generales que se pretenden satisfacer. Por ello, las causales señaladas del numeral 2 del artículo 2 de la

⁵⁹ Derogado por el artículo 10 del Decreto 2025 de 2009.

Ley 1150 de 2007 se sustentan en las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio⁶⁰.

Sobre este punto, en la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007 se sostuvo:

“En ese panorama y no obstante el tamaño e impacto del gasto que se ejecuta por medio de contratos, se aprecia la ausencia de instrumentos legales que permitan la optimización y uso eficiente de los recursos públicos involucrados en la contratación. De esta forma, el proyecto que se presenta busca orientar a las entidades hacia el fortalecimiento de los procesos de planeación permitiendo la estimación anticipada de las contingencias que puedan producirse en su ejecución, el diseño adecuado a la naturaleza de los diferentes objetos contractuales, la utilización de mecanismos de contratación que permitan el aprovechamiento de economías de escala, la incorporación de probados mecanismos de contratación que permitan el aprovechamiento de economías de escala, la incorporación de probados mecanismos para “extraer valor” del proceso contractual (subastas, compra por catálogo, uso de bolsas de productos) y el establecimiento de indicadores para evaluar la utilización eficiente de los recursos (administrativos y presupuestales) involucrados en la ejecución contractual.

“A criterio del Gobierno Nacional, sólo si el proceso contractual es más eficiente, podrá el mismo ser transparente. En ese sentido, será la agilidad y simplicidad de los procesos, la mejor garantía de la probidad en el manejo de los recursos públicos involucrados. No creemos en consecuencia en la premisa propia de regulaciones anacrónicas, en el sentido de que la proliferación de trámites sea la forma de evitar prácticas corruptas. Por el contrario, la mayor agilidad y eficiencia no sólo reducirá los costos de transacción que encarecen la contratación pública sino que además tendrá como fruto la eliminación de espacios que puedan ser utilizados desde la venalidad para usufructuar el patrimonio de los colombianos⁶¹.”

b. En el mecanismo de selección abreviada, el legislador dispuso que los supuestos contemplados en el artículo 2.2. de la Ley 1150 de 2007 pueden adelantarse mediante “procesos simplificados”, ello quiere decir, que cada causal prevista puede tener sus propias especificaciones de carácter procedimental, siempre y cuando se respeten los principios de la función

⁶⁰ SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge. “Procedimientos de Selección abreviada. Especial Referencia a los productos uniformes y a la menos cuantía.” En: Contratación. Estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2009.

⁶¹ Exposición de motivos del proyecto de Ley 20/2005, Senado en *Gaceta del Congreso*, No. 458 del 1 de agosto de 2005.

administrativa y de la contratación estatal previstos en los artículos 209 de la Constitución y 23 a 26 de la Ley 80 de 1993.

c. Adicionalmente, en el párrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 se trazan aquellas reglas que deben aplicarse en el procedimiento previsto para la ejecución de cada una de las causales del proceso de selección abreviada, constituyendo éstas un límite para la autoridad administrativa en su labor de precisar las especificidades procedimentales mediante normas de carácter reglamentario.

d. La determinación de las especificaciones de carácter procedimental de cada una de las causales de selección abreviada fue confiada directamente por el legislador al ejecutivo, al estatuir dentro del artículo 2.2. de la Ley 1150 de 2007 que “...*El Gobierno Nacional reglamentará la materia.*” Esta labor, de hecho, fue llevada a cabo en el capítulo II del Decreto 2474 de 2008.

e. En la reglamentación del mecanismo de selección abreviada el legislador decidió dar un margen amplio al reglamento, como quiera que, prácticamente se limitó sólo a determinar cuáles eran los supuestos en que se podía dar esta forma de escoger a los contratistas y en algunos eventos concretos señaló de forma imperativa reglas respecto de las cuales el ejecutivo no podía sustraerse en el momento de ejercer su competencia normativa. Ejemplo de esto último, se encuentra en el literal e, referente a la enajenación de bienes del Estado, ya que allí se señala que dichos bienes deben ser enajenados a través de venta directa en sobre cerrado o en pública subasta.

f. Tratándose de la contratación de menor cuantía regulada en literal b del artículo 2.2. de la Ley 1150 de 2007, el legislador sólo se ocupó de señalar que se debe entender por menor cuantía la tabla de valores que en la misma disposición se indican, expresados en salarios mínimos legales mensuales y determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas.

g. No obstante lo anterior, el Legislador de modo expreso hizo referencia a la posibilidad de utilizar el procedimiento de subasta inversa sólo en dos supuestos: 1. En el proceso de licitación pública, y; 2. Tratándose de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas

uniformes por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus notas descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos. Por tanto, de los dos eventos señalados, se puede inferir una limitación para el Ejecutivo, en el momento de acometer su labor de reglamentación, de permitir que las entidades administrativas puedan *“...establecer en el pliego de condiciones que la oferta sea presentada de manera dinámica mediante subasta inversa...”*

h. En definitiva, cuando el reglamento da la posibilidad a las entidades administrativas de establecer en los pliegos de condiciones que la oferta sea presentada de manera dinámica mediante subasta inversa, incurre en extralimitación, toda vez que la norma legal exige que la menor cuantía corresponda a un mismo proceso de selección de contratistas, con parámetros homogéneos. Si ello es así, la disposición cuestionada realiza un fraccionamiento de aquello previsto en la ley, extractando un supuesto diferente al contemplado en el inciso 2º y en el numeral 1 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007.

i. Adicionalmente, el precepto acusado faculta a las entidades administrativas la determinación de cuándo es posible la utilización de la subasta inversa, razón de más para afirmar que el reglamento no se restringe a su labor de desarrollar lo dispuesto por el legislador, sino que se desprende de esta competencia para radicarla en cabeza de cada una de las entidades contratantes por medio de la libertad de configuración de los pliegos de condiciones, no cumpliendo así el criterio de necesidad que debe caracterizarlo.

Solo resta por señalar que el artículo 44 del Decreto 2474 de 2008 se encuentra demandado en su totalidad en el proceso con radicado 36476 adelantado en esta Sección, precepto que fue suspendido provisionalmente en auto de abril 1 de 2009⁶². Es necesario precisar que al diferir el concepto de la violación alegado del aducido por el actor⁶³, se trata de una actuación judicial independiente y ello hace posible el pronunciamiento de la Sala. Por consiguiente, esta sentencia tiene

⁶² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de abril 1 de 2009. M. P. Ruth Stella Correa. Exp. 36476.

⁶³ El demandante señaló que el artículo 44 del Decreto 2474 de 2008 es contrario a los artículos 29 de la Constitución, 3 del C.C.A. y 24.2 de la Ley 80 de 1993, porque al regular el procedimiento de menor cuantía no estableció una etapa en para controvertir los informes de evaluación.

fuerza de “cosa juzgada erga omnes”, tal como preceptúa el primer inciso del artículo 175 del C.C.A., sólo respecto del aparte sobre el que recae su pronunciamiento, es decir el parágrafo 1 de la disposición acusada.

4.2.5. El artículo 46 del Decreto 2474 de 2008 extralimita la norma legal que le sirve de fundamento al consagrar como causal de contratación directa la mínima cuantía.

El actor sostiene que el Decreto 2474 de 2008 contradice abiertamente el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, pues en esta disposición, al crear el procedimiento de selección de mínima cuantía, se contempla una nueva modalidad de selección que no se encuentra en los procesos de selección previstos por el legislador.

La Sala accederá a la pretensión formulada por el actor, recurriendo a los mismos razonamientos que en su momento se utilizaron para decretar la suspensión provisional de la disposición acusada.

El artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 es claro al señalar que “la escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa...”, por esta razón no se acompasa con la lógica de los procedimientos de selección que el artículo 46 del decreto reglamentario introduzca una modalidad de escogencia dentro del proceso de selección abreviada, cuando el valor del contrato no excede el 10% de la menor cuantía.

El reglamento introdujo una excepción que desconoce la ley cuyos términos y pautas debe cumplir, de manera concreta el parágrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, disposición que preceptúa:

“Parágrafo 2º. El procedimiento aplicable para la ejecución de cada una de las causales a que se refiere el numeral 2º 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.

“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 en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. Para la selección a la que se refiere el literal a) del numeral 2º del presente artículo, no serán aplicables los artículos 2º y 3º de la ley 816 de 2003.”

Como puede observarse, la norma exige que la menor cuantía corresponda a un mismo proceso de selección de contratistas, con fundamento en reglas comunes, pero resulta que la norma acusada fraccionó los rangos previstos en el literal b del artículo 2.2., para extractar de allí uno diferente, que no se ajusta al párrafo que se ha transcrito.

Adicionalmente, no debe olvidarse que la ley 1150 de 2007 derogó el párrafo del artículo 39 de la ley 80 de 1993, disposición que regulaba el proceso de selección denominado “*contratación sin formalidades plenas*”, de allí que el fundamento legal que tuvo en su momento la adquisición de bienes o servicios de muy poco valor – en consideración al presupuesto de cada entidad estatal -, fue derogado por la nueva ley, para incluir el rango que antes establecía dicha norma dentro de la menor cuantía; pero luego el decreto reglamentario lo volvió a crear bajo la denominación de “*mínima cuantía*”, cuando el legislador quiso otra cosa, cuya utilidad o pertinencia no es el momento de valorar.

En otras palabras, la denominada “mínima cuantía” carece de fundamento legal, incluso contraría el sentido de la derogación del párrafo del artículo 39 de la ley 80, por ello la creación del reglamento, no tiene asidero legal, y por estas razones la Sala declarará la nulidad del artículo 46 del decreto 2474 de 2008.

4.2.5.1. *Pronunciamiento sobre la legalidad de los artículos 3 del Decreto 2025 de 2009 y 1 y 2 del Decreto 3576 de 2009.*

En el proceso los señores Juan Camilo Morales Trujillo y Hernán Darío Santana, obrando en calidad de terceros interesados, solicitaron a esta Corporación la suspensión provisional del artículo 3 del Decreto 2025 de 2009, por considerar que se contraviene de manera directa el artículo 158 del C.C.A. Esto es, se repite en esencia el contenido del artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, norma que fue suspendida provisionalmente. Igual argumento esgrimiría el señor Martín

Bermúdez Muñoz en su calidad de coadyuvante respecto de los artículos 1 y 2 del Decreto 3676 de 2009.

En primer lugar, la Sala debe detenerse a analizar la calidad en la que obran los peticionarios, para determinar la procedencia de la solicitud elevada. El artículo 146 del C.C.A. preceptúa que en los procesos de nulidad simple cualquier persona puede pedir que se le tenga como parte coadyuvante o impugnadora, hasta el vencimiento del término de traslado para alegar en primera o única instancia. Tal como ha señalado la doctrina, tratándose de una acción de carácter público cuya finalidad la constituye la protección de la legalidad, el tercero que interviene no lo hace como una parte meramente adhesiva sino principal. En otros términos, la posibilidad de participación en el proceso no implica subordinación al querer de la parte que se está coadyuvando, al contrario, se está frente a una situación de autonomía en la que se pueden pedir pruebas, alegar según su parecer, etc. La razón de reconocer estas facultades estriba en la incoherencia que se presentaría si a una persona se le limitan las posibilidades de intervención por no haber iniciado un proceso de manera separada⁶⁴.

No obstante, como resulta obvio, al delimitarse en la demanda el objeto del litigio, las posibilidades de actuación se restringen a la defensa o ataque del *petitum*⁶⁵. Es decir, “...en el contencioso de anulación, por tratarse de una acción de interés público, esa intervención si bien no tiene el carácter de accesoria no otorga al coadyuvante el derecho a formular pretensiones distintas a la planteada en la demanda inicial.”⁶⁶ Por último, en el supuesto analizado para ser parte del proceso, no se requiere demostrar interés directo en los resultados del mismo, como quiera que lo único necesario es la manifestación de su voluntad en el término previsto por la norma, sin que se requiera tampoco que se aporten nuevos elementos de convicción al juzgador⁶⁷.

Bajo las anteriores premisas se advierte que la participación de los terceros interesados se dio antes del término de traslado para alegar de conclusión, pues los memoriales se presentaron el 7 de septiembre, el 1 de octubre y el 9 de

⁶⁴ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Medellín, Señal Editora. 2009. Pág. 424 y ss.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de noviembre 26 de 2008. M. P. Rafael Osteau De Lafont Pianeta. Exp. 11001-03-24-000-2004-00211-00

⁶⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de abril 17 de 2008. M. P. Marco Antonio Velilla Moreno. Exp. 63001-23-31-000-2005-00589-01

noviembre del año 2009. Podría de igual manera concluirse que lo solicitado no constituye una pretensión diferente a la formulada por el actor, dado que los motivos por los que se pide la nulidad de los artículos 3 del Decreto 2025 de 2009 y 1 y 2 del Decreto 3576 del mismo año, son idénticos a las razones que justificaron la suspensión provisional del artículo 46 del Decreto 2474 de 2008 y que a su vez son los argumentos que esgrimen como concepto de la violación en el escrito de la demanda. Sin embargo, aunque los motivos aducidos no difieran, se está frente a disposiciones nuevas no cuestionadas por el actor, razón suficiente para sostener que la institución regulada por el artículo 146 del C.C.A. no es suficiente para lograr un pronunciamiento de fondo siendo necesario acudir a lo dispuesto por el artículo 158 del mismo cuerpo normativo.

El artículo 158 del C.C.A. preceptúa:

“Reproducción del acto suspendido. Ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido por quien los dictó si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión.

“Deberán suspenderse provisionalmente los efectos de todo acto proferido con violación de los anteriores preceptos. La orden de suspensión, en este caso, deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, a pesar de que contra ella se interponga el recurso de apelación.

“Cuando estando pendiente un proceso se hubiere ordenado suspender provisionalmente un acto, y la misma corporación o funcionario lo reprodujere contra la prohibición que prescribe este artículo, bastará solicitar la suspensión acompañando copia del nuevo acto. Estas solicitudes se decidirán inmediatamente, cualquiera que sea el estado del proceso, y en la sentencia definitiva se resolverá si se declara o no la nulidad.” (Subrayado fuera de texto).

De la disposición transcrita se desprende que el ordenamiento jurídico permite un pronunciamiento sobre la legalidad de un acto administrativo, sin que exista demanda, en aquellos eventos en los que la entidad administrativa incurre en la prohibición de reproducir un acto ya suspendido por la jurisdicción contencioso-administrativa⁶⁸. Así las cosas, para que sea posible la declaratoria de nulidad, de acuerdo con el artículo 158 del C.C.A. se deben reunir los siguientes requisitos: 1. Que se esté tramitando un proceso contra un acto administrativo; 2. que en dicho proceso se haya ordenado la medida de suspensión provisional de la disposición

⁶⁸ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de Julio 1 de 1988. M. P. Consuelo Sarria Olcos.

demandada; 3. Que se haya elevado solicitud de suspensión provisional de la nueva disposición; 4. Que la autoridad administrativa con la nueva disposición haya incurrido en la prohibición de reproducir en esencia la norma suspendida⁶⁹.

Al contrastarse los requisitos enunciados con el caso en concreto se puede afirmar:

1. En el proceso se solicitó la nulidad de varias de las disposiciones del Decreto 2474 de 2008. Éste, por las razones ya expuestas en otro aparte de la providencia es un acto administrativo de carácter general.
2. En el proceso, mediante auto de mayo 27 de 2009, se ordenó la medida de suspensión provisional de varias de las disposiciones del Decreto 2474 de 2008, entre ellas el artículo 46 al considerar que el Ejecutivo se extralimitó en su función al introducir una modalidad de escogencia dentro de la selección abreviada, cuando el valor del contrato no excede el 10% de la menor cuantía.
3. En el proceso, se elevaron varias solicitudes de suspensión provisional de los artículos 3 del Decreto 2025 de 2009 y 1 y 2 del Decreto 3576 del mismo año. Es indispensable precisar que de la literalidad del artículo 158 del C.C.A. se pueden extraer dos conclusiones: a. el pronunciamiento del juez contencioso administrativo respecto de la medida de suspensión provisional y de la legalidad de la nueva disposición en la sentencia no puede darse de oficio. La jurisdicción contencioso administrativa tiene un *carácter rogado*, lo cual implica que el operador judicial no tiene la posibilidad de pronunciarse sobre una norma sin que en el proceso una de las partes (en este caso un tercero interesado) lo solicite expresamente, y; b. la solicitud puede elevarse en el proceso por quien tenga en él personería procesal, es decir *“por quien está legitimado para actuar”*, o lo que es igual, por quien tiene la calidad de parte. No obstante, esta regla debe matizarse tratándose de una acción de nulidad simple, puesto que al ser ésta pública, *“...cualquier ciudadano tiene personería sustantiva, esto es, se halla legitimado en la causa, para pedir la suspensión automática...”*⁷⁰

⁶⁹ Folios 213 a 225.

⁷⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de Diciembre 7 de 1976. M. P. Álvaro Pérez Vives.

Por ende, es fácil deducir que las peticiones elevadas se acompañan con lo dispuesto en el artículo 158 del C.C.A, no sólo porque los peticionarios elevaron sus solicitudes en la oportunidad procesal indicada para constituirse como terceros interesados en el proceso, sino porque además en el precepto comentado se reitera que en los procesos de nulidad cualquier ciudadano tiene legitimación para elevar la petición de suspensión automática si considera que se ha incurrido en la prohibición de reproducir una norma que ha sido suspendida por la jurisdicción contencioso administrativa.

4. Un pronunciamiento sobre la legalidad de los artículos 3 del Decreto 2025 de 2009 y 1 y 2 del Decreto 3576 del mismo año, requiere de la Sala una labor de comparación entre el contenido de estas disposiciones con el del artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, para determinar si el ejecutivo incurrió en la prohibición de reproducir una norma que había sido suspendida por el juez contencioso administrativo.

ARTÍCULO 46 DEL DECRETO 2474 DE 2008	ARTÍCULO 3 DEL DECRETO 2025 DE 2009
<p><i>“Contratación de mínima cuantía. Cuando el valor del contrato por celebrar sea igual o inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía, la entidad podrá contratar tomando como única consideración las condiciones de mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas, haciendo uso del procedimiento que según el manual de contratación de la entidad le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar.</i></p> <p><i>“Cuando la entidad adquiera bienes o servicios en establecimientos que correspondan a la definición de “gran almacén” señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se presumirá que ha adquirido a precios del mercado.</i></p> <p><i>“El contrato así celebrado podrá constar en un documento firmado por las partes, o mediante intercambio de documentos escritos</i></p>	<p><i>“Contratación de mínima cuantía. Cuando el valor del contrato a celebrar sea igual o inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía, la entidad podrá contratar tomando como única consideración las condiciones del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas.</i></p> <p><i>“Del análisis que haga la entidad a efecto de establecer las condiciones de mercado, se dejará constancia escrita en el respectivo expediente de la contratación.</i></p> <p><i>“Cuando la entidad adquiera bienes o servicios en establecimientos que correspondan a la definición de “gran almacén” señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se presumirá que ha adquirido a precios de mercado”.</i></p> <p><i>“El contrato así celebrado podrá constar en un documento firmado por las partes, o mediante intercambio de documentos escritos</i></p>

<p><i>entre la entidad y el contratista, o mediante la factura presentada por el proveedor de bienes o servicios aceptada por la entidad, o en órdenes de trabajo, compra o de servicio, o en cualquier otro instrumento definido por la entidad en el manual de contratación siempre que reúna las condiciones de existencia y validez del negocio jurídico.</i></p> <p><i>“En la contratación de mínima cuantía no se dará aplicación a lo señalado en el Título I del presente decreto, sin perjuicio que la entidad cuente con los respectivos estudios y documentos previos que la justifiquen, y se siga el procedimiento que consagre el Manual de Contratación.</i></p> <p><i>“PARÁGRAFO. Lo señalado en el presente artículo se aplicará en las demás causales de selección abreviada y en el concurso de méritos cuando la cuantía del contrato sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía.</i></p>	<p><i>entre la entidad y el contratista, o mediante la factura presentada por el proveedor de bienes o servicios aceptada por la entidad, o en órdenes de trabajo, compra o de servicio, o en cualquier otro instrumento siempre que el mismo reúna las condiciones de existencia y validez del negocio jurídico.</i></p> <p><i>“En la contratación de mínima cuantía no se dará aplicación a lo señalado en el título I del presente decreto, sin perjuicio que la entidad cuente con los respectivos estudios y documentos previos que la justifiquen.</i></p> <p><i>“PARÁGRAFO. Lo señalado en el presente artículo se aplicará en las demás causales de selección abreviada cuando la cuantía del contrato sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía.</i></p>
--	---

La lectura de las dos disposiciones transcritas no deja duda alguna, el ejecutivo mediante el artículo 3 del decreto 2025 de 2009 reprodujo, en su esencia, lo dispuesto por el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, incurriendo de esta manera en la prohibición establecida en el artículo 158 del C.C.A. Es más, el único cambio realizado se limita a eliminar las referencias que en la norma suspendida provisionalmente se hacía a los denominados manuales de funciones.

Por este razón, la Sala declarará la nulidad del artículo 3 del decreto 2025 de 2009 con fundamento en los razonamientos expuestos respecto del artículo 46 del decreto 2474 de 2008, toda vez que *el legislador exige que la menor cuantía corresponda a un mismo procedimiento de selección de contratistas, con fundamento en reglas comunes, y esta circunstancia no se presenta en la norma reproducida, la cual fraccionó los rangos previstos en el literal b del artículo 2.2. de la ley 1150 de 2007, para extraer de allí uno diferente, que no se ajusta al párrafo 2 de la misma disposición.*

ARTÍCULO 46 DEL DECRETO 2474 DE 2008	ARTÍCULOS 1 Y 2 DEL DECRETO 3576 DE 2009
<p><i>“Contratación de mínima cuantía. Cuando el valor del contrato por celebrar sea igual o inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía, la entidad podrá contratar tomando como única consideración las condiciones de mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas, haciendo uso del procedimiento que según el manual de contratación de la entidad le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar.</i></p> <p><i>“Cuando la entidad adquiera bienes o servicios en establecimientos que correspondan a la definición de “gran almacén” señala por la Superintendencia de Industria y Comercio, se presumirá que ha adquirido a precios del mercado.</i></p> <p><i>“El contrato así celebrado podrá constar en un documento firmado por las partes, o mediante intercambio de documentos escritos entre la entidad y el contratista, o mediante la factura presentada por el proveedor de bienes o servicios aceptada por la entidad, o en órdenes de trabajo, compra o de servicio, o en cualquier otro instrumento definido por la entidad en el manual de contratación siempre que reúna las condiciones de existencia y validez del negocio jurídico.</i></p> <p><i>“En la contratación de mínima cuantía no se dará aplicación a lo señalado en el Título I del presente decreto, sin perjuicio que la entidad cuente con los respectivos estudios y documentos previos que la justifiquen, y se siga el procedimiento que consagre el Manual de Contratación.</i></p>	<p>Artículo 1° <i>“Modifíquese el párrafo del artículo 17 del Decreto 2474 de 2008, el cual quedará así:</i></p> <p><i>"Parágrafo.</i> <i>El procedimiento de selección para la celebración de contratos cuyo objeto sea la adquisición de bienes o servicios a los que se refiere el presente artículo, cuyo valor no exceda el 10% de la menor cuantía de la entidad, será el de subasta inversa, que para efectos del presente párrafo corresponde a la adjudicación del contrato al mejor postor; la que se regirá exclusivamente por las siguientes reglas.</i></p> <p><i>“Una vez hecha la justificación previa a que se refiere el párrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, y con el fin de garantizar la publicidad del procedimiento, la Entidad formulará invitación pública a presentar ofertas, a través de su página web, o en su defecto, en un lugar de su sede de fácil acceso al público. La escogencia recaerá sobre aquella oferta con el precio más bajo, siempre que se encuentre en condiciones de mercado y satisfaga las necesidades de la entidad. De igual manera se procederá si sólo se presenta una sola oferta. En caso de empate la entidad requerirá a los empatados a presentar nueva oferta económica.</i></p> <p><i>“La Entidad establecerá en la invitación los requisitos mínimos habilitantes que serán verificados únicamente en el oferente con el precio más bajo.</i></p> <p><i>“En caso que este no cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, se podrá contratar con el oferente que haya presentado el segundo menor precio previa verificación de sus calidades habilitantes. En caso de que este tampoco cumpla, se verificarán las de quien presentó el tercer menor precio y así sucesivamente hasta obtener un oferente habilitado. En todo caso, la</i></p>

oferta deberá encontrarse en condiciones del mercado y satisfacer las necesidades de la entidad. De no lograrse lo anterior, se repetirá el proceso de selección.

“En este procedimiento no será necesario contar con la ficha técnica a que se refiere el artículo 20 del presente decreto, ni se exigirá a los oferentes estar inscritos en el RUP, ni aportar garantía de seriedad de la oferta. Para efectos de la garantía única de cumplimiento, se dará aplicación a lo señalado en el inciso 1° del artículo 8° del Decreto 4828 de 2008.

“El contrato constará por escrito, bien sea en un documento firmado por las partes, o mediante intercambio de documentos escritos entre la entidad y el contratista, o mediante la factura presentada por el proveedor de bienes o servicios aceptada por la entidad, o en órdenes de trabajo, compra o de servicio, o en cualquier otro instrumento siempre que el mismo reúna las condiciones de existencia y validez del negocio jurídico.

“Con el fin de garantizar la publicidad del procedimiento, la entidad dejará constancia escrita de los trámites realizados, tomando las medidas que se requieran para la conservación de la información, de conformidad con las normas de archivo aplicables”

Artículo 2° Decreto 3576 de 2009. “El párrafo 1° del artículo [9°](#) del Decreto 2025 de 2009, quedará así: **“Parágrafo 1°.** El procedimiento de selección para la celebración de contratos a los que se refiere el presente artículo y cuyo valor no exceda el 10% de la menor cuantía de la entidad, se realizará, con el fin de garantizar la publicidad del procedimiento, mediante una invitación pública formulada a través de la página web de la entidad o, en su defecto, en un lugar de su sede de fácil acceso al público, una vez hecha la justificación previa a que se refiere el párrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007.

“La Entidad establecerá en la invitación los requisitos mínimos habilitantes, así como los criterios de selección que aplicará para definir el proceso, ponderando factores técnicos y económicos. Realizada la evaluación de la oferta u ofertas presentadas, la entidad dará traslado de la misma por un día en la Secretaría de la dependencia que tramita el proceso. Si sólo se presenta una oferta, esta se aceptará siempre que satisfaga las necesidades de la entidad y provenga de un oferente habilitado.

“Los requisitos mínimos habilitantes serán verificados únicamente en el oferente que haya obtenido el mayor puntaje en la evaluación. En caso que este no cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, se podrá contratar con el oferente que se ubique en el segundo lugar en la evaluación realizada, previa verificación de sus calidades habilitantes. En caso de que este tampoco cumpla se repetirá el proceso de selección.

“No se exigirá a los oferentes estar inscritos en el RUP ni aportar garantía de seriedad de la oferta. Para efectos de la garantía única de cumplimiento, se dará aplicación a lo señalado en el inciso 1° del artículo 8° del Decreto 4828 de 2008.

“El contrato constará por escrito, bien sea en un documento firmado por las partes, o mediante intercambio de documentos escritos entre la entidad y el contratista, o mediante la factura presentada por el proveedor de bienes o servicios aceptada por la entidad, o en órdenes de trabajo, compra o de servicio, o en cualquier otro instrumento siempre que el mismo reúna las condiciones de existencia y validez del negocio jurídico.

“En relación con las adquisiciones a que se refiere el presente parágrafo, la entidad dejará constancia escrita del trámite realizado y de la publicidad de la invitación surtida. Para el efecto tomará las medidas que se requieran para la

	<i>conservación de la información, teniendo en cuenta las normas de archivo aplicables".</i>
--	--

De la lectura de las disposiciones contrastadas se puede deducir que los artículos 1 y 2 del Decreto 3576 de 2009 no contienen una reproducción del artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, como quiera que en estos preceptos se regula un procedimiento que difiere sustancialmente del contemplado en la norma suspendida, esta circunstancia ocasiona que no se cumpla con el requisito exigido en el artículo 158 del C.C.A. e imposibilita un pronunciamiento de la Sala.

4.2.6. Los apartes demandados de los artículos 47, 52, 54, 65, 87 y 89 del Decreto 2474 de 2008 desconocieron los artículos 1, 6, 150.25 y 211 de la Constitución, toda vez que preceptúan que mediante los denominados manuales de contratación las entidades pueden tipificar procedimientos diferentes a los determinados por la Ley.

La razón aducida por el demandante como concepto de la violación se puede resumir de la siguiente forma: el reglamento expedido por el ejecutivo excedió su competencia, al otorgar competencia a las entidades estatales para regular otros procedimientos selectivos a través de los manuales de contratación. A todas luces, esta clase de regulaciones es violatoria de los artículos 1, 6, 150.25, 211 de la Constitución política, porque, la definición de los procedimientos de selección corresponde al legislador a través de la expedición del Estatuto de Contratación estatal.

Los artículos 47, 52, 54 y 65 preceptúan:

*“**Artículo 47.** De los contratos de prestación de servicios de salud. Las entidades estatales que requieran la prestación de servicios de salud, se celebrarán por parte de la entidad tomando como única consideración las condiciones del mercado, haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del servicio a contratar. Las personas naturales o jurídicas que presten dichos servicios deben estar inscritas en el registro especial nacional del Ministerio de la Protección Social o quien haga sus veces, de conformidad con la Ley 10 de 1990.”*

*“**Artículo 52.** Procedimiento de contratación. Los contratos a los que se refiere el literal h) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, y que estén directamente relacionados con el desarrollo o ejecución de los proyectos en ella mencionados, se celebrarán por parte de la*

entidad tomando como única consideración las condiciones del mercado, **haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable** teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar.”

“**Artículo 54.** Procedencia del concurso de méritos. A través de la modalidad de selección de concurso de méritos se contratarán los servicios de consultoría a que se refiere el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y los proyectos de arquitectura.

(...)

“Cuando el presupuesto estimado de los servicios de consultoría sea inferior al 10% del valor correspondiente a la menor cuantía de la entidad contratante, se podrá seleccionar al consultor o al proyecto **haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable** teniendo en cuenta la naturaleza del servicio a contratar, sin que sea necesario contar con pluralidad de ofertas”. (Resalto fuera de texto)

Artículo 65. Conformación de listas multiusos. (...)

Para la integración de las listas multiusos la entidad hará una convocatoria pública a través del Secop, en la que señalará las condiciones, criterios y requisitos que deben cumplir los interesados para su inclusión en las listas, los cuales se determinarán conforme lo preceptuado en el artículo anterior. **El Manual de Contratación de la entidad dispondrá las reglas de funcionamiento de las listas multiusos, y las condiciones para evitar la concentración de adjudicaciones en sus miembros.** (Subraya fuera de texto)

Frente a estas disposiciones, la Sala reiterará los argumentos aducidos por el actor, pues, la Ley 1150 de 2007 consagró los diferentes procedimientos de selección de contratistas, así como señaló que era competencia del Gobierno reglamentar el procedimiento de selección abreviada. No obstante, las normas cuestionadas no siguen los anteriores lineamientos, sino que a través de ellas se entrega a las diferentes entidades estatales la facultad de utilizar “*el procedimiento que según el manual de contratación, les permita hacer la oferta más favorable o disponer las reglas de funcionamiento de las listas multiusos y las condiciones para evitar la concentración de adjudicaciones en sus miembros*”, excediendo así el ejercicio de la potestad reglamentaria. Para declarar la nulidad de las expresiones demandadas, se recurrirá a los mismos razonamientos que ésta Corporación realizó en el proceso con radicado No. 36.476, en el que se resolvió el 1 de abril de 2009, la medida de suspensión provisional de los apartes demandados de los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008, razonamientos que, por otra parte, son del todo aplicables a los artículos 54 y 65 del mismo cuerpo normativo.

"La potestad reglamentaria es una función administrativa atribuida por la Constitución Política al Gobierno Nacional, para la correcta y cumplida ejecución de las leyes, que, como ha tenido oportunidad de señalar esta Sala²⁶, es de carácter permanente, inalienable, intransferible e irrenunciable.

"Al ser una atribución otorgada constitucionalmente al Presidente de la República, en su calidad de primera autoridad administrativa, no necesita de norma legal expresa que la confiera, ni puede ser limitada en cuanto a la materia y el tiempo en que pueda utilizarla, mientras continúe vigente la norma legal a reglamentar; por ello, esta facultad no es susceptible de renuncia, transferencia o delegación por el Gobierno Nacional a otro órgano del Estado.

"Además, el Presidente de la República no requiere autorización por parte del Legislador para el ejercicio de su facultad reglamentaria, de manera que si éste establece en la ley que el mismo reglamentará la materia, dicha indicación debe entenderse simplemente como el reconocimiento de que para su efectivo cumplimiento es necesaria la expedición de una reglamentación, bajo el concepto de colaboración armónica que sustenta la estructura y el funcionamiento del Estado (inciso 2 del artículo 113 C.P.).

"Con todo, la facultad reglamentaria no es absoluta, pues, como lo ha sostenido la Sala, encuentra su límite y ámbito de acción en la Constitución Política y en la ley, a las cuales debe sumisión y respeto, es decir, está sujeta y limitada al orden jurídico superior y, por tanto, no puede desconocer sus preceptos, ni suprimirlos, restringirlos, alterarlos, ampliarlos, adicionarlos o modificarlos, porque ello entrañaría invadir la órbita constitucional de competencia del Legislador.

"Así las cosas, es evidente que las expresiones contenidas en los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008, que implican que la escogencia del contratista en los contratos para la prestación de servicios de salud consagrados en la letra c) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 se adelantará "haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del servicio a contratar"; o, en los contratos de las entidades a cuyo cargo se encuentre la ejecución de programas de protección a personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada entre otros consagrados en la letra h) ibídem se realizará "haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar", respectivamente, son ostensiblemente violatorias del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política y del propio artículo 2 numeral 2 de la Ley 1150 de 2007.

"En efecto, si la Constitución Política estableció la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente de la República (art. 189 No. 11), y la Ley 1150 de 2007 (numeral 2 del artículo 2) reiteró la necesidad de su ejercicio para reglamentar el procedimiento que deben cumplir las entidades estatales para cada una de las causales de la modalidad de selección abreviada, no podía el Gobierno Nacional, en verdad, como lo acusa el actor, entregar, transferir o delegarle a otro

órgano de la Rama Ejecutiva o de cualquier otra Rama del poder público u órgano independiente o de control la expedición de ese procedimiento.

"Y, en el sub examen, de la sola lectura de las normas acusadas, se desprende que el Gobierno Nacional ciertamente se sustrajo de la labor de reglamentar dicho procedimiento para la selección abreviada por las causales c) y h) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y, en su lugar, entregó, transfirió y delegó su competencia reglamentaria a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a cargo de la celebración de esos contratos, con el fin de que lo adoptaran a través de sus manuales internos de contratación.

"Es decir, cuando el Gobierno Nacional en las normas atacadas remitió el procedimiento de contratación a seguir en esos precisos eventos de selección abreviada a los Manuales Internos de Contratación de las entidades públicas, renunció a la facultad constitucional reglamentaria que le es propia y la transfirió indebidamente a las entidades públicas sujetas al estatuto general de contratación, lo cual, a todas luces, vicia de ilegalidad esas disposiciones.

"En tal virtud, para la Sala es claro que el Gobierno Nacional omitió el deber de reglamentar el procedimiento de selección abreviada para estas dos causales y, contrario sensu, lo confió a las entidades públicas, con lo cual, sin que sea menester entrar a un análisis profundo de la situación controvertida, se colige que las normas reglamentarias desconocen y conculcan, en forma manifiesta, las normas superiores invocadas, que le asignan a aquél con carácter permanente, inalienable, intransferible e irrenunciable la potestad reglamentaria y proclaman su ejercicio para que pueda contratarse bajo esa modalidad en esos eventos".⁷¹

Respecto del artículo 89 del Decreto 2474 de 2008, para llegar a un pronunciamiento, la Sala debe distinguir a partir de su contenido, para manifestar que sólo algunos de sus apartes vulneran la ley. La disposición acusada señala:

"Artículo 89. Manual de contratación. Las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación deberán contar con un manual de contratación, en el que se señalen los procedimientos internos, los funcionarios intervinientes, y todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección, así como de la vigilancia y control de la ejecución contractual, en los términos establecidos en el presente decreto". (Subraya fuera de texto)

En primer lugar, en la norma cuestionada se encuentra la expresión: "los procedimientos internos", albergando ésta, temas de los que no se puede ocupar

⁷¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 1 de abril de 2009. M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 36476.

un manual de contratación, porque como se indicó cuando se analizó la legalidad de los artículos 47, 54 y 65, la determinación de los procedimientos de selección corresponde al legislador y no al ejecutivo. Por esta razón se declarará la nulidad de los apartes señalados.

En cuanto al resto del artículo, a efectos de realizar un pronunciamiento sobre el concepto de la violación propuesto, la Sala abordará el análisis de la llamada potestad de auto-organización de la Administración, para determinar si la disposición demandada integra aquellas materias, que por ser parte del funcionamiento mismo de la entidad administrativa, ésta debe ordenar mediante la expedición de normas internas de auto-vinculación.

No se trata de un aspecto carente de relevancia; la importancia de la organización en el tiempo presente encuentra sustento en los ordenamientos jurídicos y, concretamente, en el derecho Administrativo. En la actualidad, las normas proferidas por la Administración con el objetivo de ordenar sus dependencias y servicios internos sólo pueden encontrar justificación si se enmarcan en el principio de legalidad. No puede predicarse aquello que se asumió en los Estados de las sociedades pos-revolucionarias: preceptos que se consideraban del “*ámbito doméstico*” de los aparatos administrativos, puesto que la connotación de “norma jurídica” sólo podía otorgarse a aquellas disposiciones que se encargaran de regular las relaciones entre el Estado y los individuos, por fuera quedaban aspectos referentes a las relaciones inter-orgánicas.⁷² Como pone de presente la doctrina, la evolución y consolidación del Estado de Derecho implicó un viraje profundo: el derecho de la organización se distribuyó entre todas las formas de creación estatal del derecho, de manera que en su conformación no sólo participa el reglamento, también lo hacen la ley y la Constitución bajo un estricto principio de jerarquía normativa.⁷³

En el caso colombiano la Constitución política se encarga de delimitar los órganos principales de la estructura del Estado,⁷⁴ así como también de la definición de competencias entre el legislativo y el ejecutivo en la conformación de la Estructura de la administración pública. Al primero se confía la determinación, de aquello que

⁷² CASSESE, Sabino. *Le Basi del Diritto Amministrativo*. Torino, Einaudi. 1989. Pág.104 y ss. Este carácter de norma no jurídica permitía la existencia de verdaderos reglamentos independientes, materias no reguladas por el legislador y a su vez exentas de control judicial.

⁷³ FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, INAP. 1958. Pág. 549 y ss.

⁷⁴ *Ibidem*.

la jurisprudencia constitucional ha denominado la “parte estática de la administración”, que consiste precisamente en fijar el número, naturaleza, misiones, órganos principales y funciones generales de las diferentes entidades y organismos administrativos, todo ello en virtud de la libertad de configuración reconocida al legislador en el artículo 150.7 de la norma fundamental.⁷⁵ Esta competencia no se agota simplemente en señalar cuáles son los ministerios o departamentos administrativos o en identificar algunas de sus dependencias internas, también abarca el “...*determinar su disposición dentro del órgano que son parte, regular sus mecanismos de relación para el cumplimiento de su tarea,*”⁷⁶ así como los medios materiales, recursos humanos e instrumentos jurídicos requeridos para el correcto adelanto de la misma.⁷⁷

No obstante, las competencias ejercidas por el máximo órgano de representación popular, resultan insuficientes ante la complejidad de los asuntos administrativos, por ello junto a la potestad soberana de delinear el engranaje administrativo, es necesario el reconocimiento de una competencia administrativa que facilite la adaptación de la estructura y de sus medios humanos, financieros y reales a los distintos supuestos sociales, económicos o políticos que condicionan el funcionamiento de todo aparato administrativo. Por tanto, se requiere del reconocimiento de una capacidad de intervención y decisión de aquella rama del poder público que tiene un mayor contacto con la realidad y que goza de un mejor conocimiento técnico para acomodar la organización a la función desarrollada.⁷⁸

En consecuencia, si al legislador corresponde la definición de la parte estática de la administración, al ejecutivo corresponde el darle dinamismo, mediante el ejercicio de competencias típicamente administrativas, por lo que una vez especificada la estructura y establecidos los medios para su adecuado funcionamiento, es él el encargado de precisar los cargos, especificar las funciones y determinar la forma concreta de utilización de los instrumentos jurídicos y de los recursos materiales, reales y financieros. Esta posibilidad, se

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C – 140 de 15 de abril de 1998. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia del 9 de Mayo de 1974. M. P. Guillermo González Charry.

⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencia C – 299 de Junio 30 de 1994. M. P. Antonio Barrera Carbonell. La Ley 489 de 1998, constituye en el ordenamiento jurídico colombiano el mejor ejemplo de la potestad de organización de la administración confiada constitucionalmente al legislador.

⁷⁸ La Corte Constitucional en su momento afirmó: “La Corte debe insistir en el hecho que debe ser la estructura la que se adapte a la función y no al contrario, esto es, que la función se vea obligada a amoldarse a la estructura. Sólo de esta forma se logra una Administración dinámica y eficaz, que responda a las exigencias de la sociedad y a las nuevas responsabilidades que la Carta, la ley y los mismos gobernantes asignan a las entidades del Estado.”. Corte Constitucional. Sentencia C – 089ª de 1994.

enmarca en el principio de legalidad, por lo cual su materialización se lleva a cabo por medio de una labor de ordenación que se confía a cada ente administrativo, para que mediante normas que desarrollan preceptos legales, incorporen los ajustes que se necesiten de acuerdo a razones técnicas y de conveniencia.⁷⁹ Una de las principales justificaciones de esta capacidad de adaptación se encuentra precisamente en el artículo 189.11 de la Constitución política.⁸⁰

Empero, se debe precisar, que la capacidad de ordenación interna no sólo se reconoce en el ordenamiento jurídico al Presidente de la República, de hecho los diferentes entes de carácter administrativo tienen potestad de normación, dado que no sería coherente que la organización de todo el engranaje administrativo recayera en cabeza de un solo sujeto, esto conllevaría a su parálisis; cada parte en que éste se descompone requiere de mayores grados de precisión y concreción que sólo se alcanzan de acuerdo con las necesidades reales arrojadas por cada sector material de actuación.

Esta conclusión se ve reforzada en la naturaleza reglamentaria que tienen las disposiciones que en materia organizativa expiden las diferentes autoridades administrativas, toda vez que en el ordenamiento jurídico colombiano no se hace la diferenciación que se lleva a cabo en otros modelos jurídico administrativos entre actos administrativos generales y reglamentos,⁸¹ los dos son comprensivos del mismo fenómeno, aluden a manifestaciones normativas de carácter general

⁷⁹ Es necesario subrayar que es precisamente esta atribución al ejecutivo de ordenación e introducción de ajustes dentro de la entidad la que marca los límites de actuación del poder legislativo, quien por expreso mandato constitucional sólo puede fijar de forma general los principios y reglas de organización, pero aunque tenga un margen amplio de desarrollo de su atribución, ésta no puede pecar de especificidad y dejar sin contenido la competencia de carácter administrativo. Cfr. Sentencia C – 209 de abril 24 de 1997. M. P. Hernando Herrera Vergara.

⁸⁰ Disposición que debe verse de forma conjunta con lo preceptuado en los numerales 14, 15, 16 y 17 del artículo 189 de la Constitución Política.

⁸¹ El derecho administrativo español diferencia entre reglamento y acto administrativo general, para entender mejor las razones que sustentan esta distinción podemos recurrir a lo sostenido por Santamaría Pastor: *“La tesis que podríamos calificar de tradicional fija el rasgo distintivo de los reglamentos en la nota de su generalidad, entendida esta en un sentido subjetivo: el reglamento es general en cuanto que sus destinatarios se encuentran definidos de modo impersonal, como pertenecientes a una categoría abstracta (p. ej., los menores de edad, los funcionarios); en tanto que el acto administrativo tendría como destinatarios a una o varias personas inequívoca o individualmente identificadas, o identificables mediante un proceso mecánico de concreción (p. ej., el nombramiento de un funcionario). 2. La postura anterior ha sido paulatinamente desplazada, sin embargo por la de la abstracción o generalidad en sentido objetivo: lo que identifica a los reglamentos no es el modo de definición del círculo de los destinatarios, ni el número de éstos, sino el carácter abstracto del objeto de la norma: esto es, del supuesto de hecho al que el mandato se refiere (p. ej., realizar vertidos tóxicos a los cauces públicos) o de la acción que la norma impone (p. ej., la actividad consistente en imponer sanciones). La definición abstracta del objeto de la norma constituye, pues una regulación preventiva e hipotética, cuya realización concreta puede producirse en un número indefinido de ocasiones (repetibilidad de la aplicación).”* SANTAMARÍA PASTOR, Juan. Principios de Derecho Administrativo. Volumen I. Madrid, Editorial Ramón Areces. 2001. Pág. 294.

que pueden llegar a generar situaciones de índole subjetivo tanto para la administración como para los administrados.⁸² Desde esta óptica, los preceptos de índole reglamentaria no emanan únicamente del Presidente de la república, la Constitución avala *“un sistema difuso de producción normativa general o actos administrativos de efectos generales de carácter reglamentario. Estamos por lo tanto en presencia del principal instrumento mediante el cual se manifiesta y confirma el papel preponderante de la función administrativa del Estado en el proceso del cumplimiento de las finalidades señaladas constitucionalmente.”*⁸³

Ahora bien, el caso colombiano presenta en materia de delimitación de las tareas, de clasificación de puestos de trabajo, de formas de racionalización en la utilización de medios materiales, financieros y reales un conjunto de disposiciones administrativas que guardan estrecha relación entre sí, *que pese a su calificación de reglamentos, estatutos, resoluciones, manuales o actos administrativos tienen en común el ser normas de carácter reglamentario*; mediante las mismas se da forma a la organización y se estructuran las diferentes relaciones que se presentan en su interior. No obstante, es indispensable que no perdamos de vista que entre dichas manifestaciones normativas existe lo que se denomina un “efecto cascada”, un orden jerárquico que de no respetarse conlleva de forma inevitable a la posible nulidad de la actuación administrativa, y esto a su vez indica que entre más abajo de esta pirámide de normas administrativas se encuentre mayor será el nivel de concreción y de especificación, sin que ello implique que no se guarde un cierto grado de generalidad.

Como puede observarse, la denominada potestad de auto-organización no se restringe de forma exclusiva a la delimitación de los componentes estructurales y orgánicos de la administración, esto constituye apenas una parte, pues

⁸² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo I. Introducción a los conceptos de Administración Pública y de Derecho Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2002. Pág. 434. La Corte Constitucional hizo se refirió, en la sentencia C – 350 de 1997, al carácter difuso de la producción normativa reglamentaria en los siguientes términos: *“La potestad reglamentaria que se puede definir como **la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley para encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real, en el paradigma del Estado Social de Derecho no es exclusiva del Presidente de la República, cosa distinta es que éste, dado su carácter de suprema autoridad administrativa del Estado, le corresponda por regla general esta atribución.** A este respecto la jurisprudencia y la doctrina han coincidido en aceptar que la constitución política de 1991 consagra un ‘sistema difuso’ de producción normativa general o actos administrativos de efectos generales de carácter reglamentario. En algunas ocasiones y así lo entendió el constituyente, es **necesario extender esa potestad a autoridades y organismos administrativos diferentes al ejecutivo, a los cuales es posible atribuirle inclusive por vía legal, pues sólo así es posible garantizar la efectividad de la norma jurídica que produce el legislador.**”* Corte Constitucional. Sentencia C – 350 de julio 29 de 1997. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

⁸³ *Ibidem.*

adicionalmente, y de lo explicitado anteriormente, se desprende que se trata de una *verdadera capacidad de ordenación interna en cabeza de las entidades administrativas, esta posibilidad de adaptación de dependencias y unidades funcionales no sólo es relevante para la ciencia de la Administración sino también para el derecho que se encarga de su regulación al reconocer que todo “ente es en parte heterónomamente organizado y, en otra parte, se autoorganiza”*, de forma tal que el problema no se circunscribe al reconocimiento de la potestad sino al alcance que dentro del ordenamiento jurídico se le otorgue.⁸⁴

Por lo tanto, la posibilidad de expedición de normas de contenido general, hace parte de la capacidad de auto-organización reconocida a la Administración pública. Es cierto que, como pone de presente la doctrina, ésta cualidad posibilita la existencia de verdaderos ordenamientos jurídicos; sin embargo, estos no dejan de ser derivados y parciales al no encontrar en sí mismos la razón de su existencia y validez y al restringirse a aspectos determinados por el ordenamiento jurídico de carácter estatal (conformado por normas constitucionales y legales), este sí y en contraposición, originario, general y por ende prevalente.⁸⁵ Por ende, la expresión organización administrativa, jurídicamente no debe leerse de forma restrictiva, es cierto que en este vocablo asumen importancia los aspectos estáticos y estructurales, la parte estática de la administración, pero , también es verdad que no puede desconocerse un segundo sentido o significado: *los caracteres dinámicos o funcionales que obedecen mas a una concepción objetiva en donde la importancia radica en la actividad misma de ordenación, ello implica un análisis de los instrumentos utilizados para el efecto, en el caso que nos interesa, los reglamentos.*⁸⁶

En otros términos, *“la complejidad de las organizaciones administrativas exige también un alto grado de complejidad en la dogmática del Derecho de la organización: el estudio **no puede limitarse al Derecho de la organización en sentido estricto, es decir, a las normas jurídicas que regulan la estructura, la distribución territorial y la competencia de las administraciones. Es necesario tener en cuenta igualmente las conexiones con el procedimiento***

⁸⁴ COSCULLUELA MONTANER, Luis. Manual de Derecho Administrativo I. Madrid, Thomson Civitas. 2008. Pág. 164 y ss.

⁸⁵ GIANNINI, Massimo Severo. Derecho Administrativo. Madrid, INAP. 1991. Pág. 118.

⁸⁶ AA VV. Corso di Diritto Amministrativo 1. Istituzioni di Diritto Amministrativo. Milán, Giuffré Editore. 2004. (Dirigido por Sabino

administrativo, el empleo público y el derecho presupuestario...⁸⁷ De igual modo, algunos autores opinan que el derecho de la organización trata “...de los grupos en cuanto constituyentes de ordenamientos jurídicos y de las relaciones entre éstos, de la estructura de la organización, de las relaciones entre éstas y los sujetos del ordenamiento, **de las normas sobre la organización y de los actos de la organización (actividad organizativa)**...”⁸⁸

Lo anterior es de suma importancia dado que reconocer una capacidad de normación encaminada a la ordenación de los servicios y dependencias internas de las entidades administrativas sólo puede concebirse bajo la idea de una Administración de carácter instrumental: su razón de ser, al igual que ocurre con las demás competencias reconocidas, es la tutela y garantía de los intereses de la colectividad. Cuando el legislador delimita un ámbito de actividad administrativo define un objetivo de carácter general, pero ello no es suficiente, debe asignar una estructura organizativa y conferir aquellos poderes que sean indispensables para su cumplimiento.⁸⁹ Razón por la cual, la organización como fenómeno complejo requiere del ejercicio de competencias administrativas que se ocupen de la asignación de tareas, de los procedimientos para su adelantamiento, de la distribución interna de los medios financieros, reales y personales que se requieran para su eficaz cumplimiento,⁹⁰ de la autolimitaciones que en el uso de dichos medios se imponga la propia administración y de la determinación de si utiliza o no la capacidad de contratación reconocida en normas superiores.

Los denominados manuales de contratación pueden enmarcarse dentro de la potestad de auto-organización reconocida a cada entidad estatal, toda vez que los mismos tienen un campo de aplicación que se restringe a cada organismo administrativo.⁹¹ En otras palabras, es una norma de carácter interno ya que regula relaciones de carácter inter-orgánico. Adicionalmente, su objeto no es otro distinto a reglamentar temas administrativos del manejo de la contratación estatal – funcionarios que intervienen en las distintas etapas de la contratación, en la vigilancia y ejecución del negocio jurídico, entre otros -, es decir aspectos

⁸⁷ SCHMIDT – ASSMANN, Eberhard. La teoría General del Derecho Administrativo. Barcelona, Marcial Pons. 2003. Pág. 259.

⁸⁸ GIANNINI, Massimo Severo. Derecho Administrativo... *Ob. Cit.*

⁸⁹ FRANCHINI, Claudio. “l’organizzazione” En: Trattato di Diritto Amministrativo Generale. Tomo Primo. (Dirigido por Sabino Cassese). Milán, Giuffrè Editore. 2003. Pág. 261.

⁹⁰ AA. VV. Manuale di Diritto Pubblico. Milán, Giuffrè Editore. 2002. Pág. 35.

⁹¹ Artículo 1 de la Resolución No 1735 de abril 26, “por medio de la cual se reglamenta la presentación de cuentas de las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de Colombia en el Exterior a través del Sistema de Información de Servicio al Exterior, SISE”.

administrativos del trámite y desarrollo contractual. Por esta razón, con la salvedad de las expresión “*todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección*”, esta Sala declarará que el artículo 89 del Decreto 2474 se encuentra ajustado a la legalidad.

En cuanto al aparte demandado del artículo 87 del Decreto 2474 de 2008, el análisis debe realizarse de manera separada, dado que, el procedimiento cuya especificación se confía a los manuales de contratación de las entidades estatales no es concerniente a la determinación de los de selección sino de aquel procedimiento mínimo necesario para que el contratista ejerza su derecho de defensa de manera previa a la imposición de una multa.

Es necesario advertir, que con la expedición del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, no hay lugar a dudas respecto de la capacidad de la Administración de imponer unilateralmente las multas pactadas en el contrato, como una forma de conminar al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones. En virtud, del mismo precepto legal, y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política, al tratarse de la imposición de una sanción, la autoridad administrativa deberá asegurar en su actuación las garantías propias del debido proceso, razón por la cual, la decisión que se asuma deberá estar precedida de “*audiencia del afectado, que deberá contar con un procedimiento mínimo.*”⁹²

Visto lo anterior, el problema suscitado en el libelo de la demanda se centra en determinar, si es ajustado a la legalidad que el procedimiento para la imposición de las multas se confíe a cada entidad estatal o si con ello se incurre en un desbordamiento de la potestad reglamentaria. En el libelo de demanda se señaló:

“...Es claro el espíritu del constituyente y la vocación de unicidad que imparte el legislador a las normas de la Contratación Estatal y de ninguna manera de prosperar la tendencia a la multiplicidad de normas contractuales, máxime cuando ellas va a ser contenidas en los supuestos “manuales de contratación” de las diferentes entidades,

⁹² El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispone: “**Del derecho al debido proceso.** *El debido proceso será un principio rector en materia sancionadora de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo, podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.*” (Subraya fuera de texto)

especialmente de los entes descentralizados, ya territorialmente o por servicios, creando el caos normativo que antaño sufrimos quienes trasegamos la contratación estatal con las normas precedentes a ley 80 de 1991 y a la Constitución del 91.

“Igualmente es claro que en virtud del Art. 211 de la Constitución Nacional, es la ley quien determina las condiciones de delegación precisamente por ser reserva de ley el mencionado asunto, y es claro también que en ninguna parte ha sido delegada la función de expedir el estatuto de contratación estatal o parte de él al ejecutivo. Pero resulta aún más clara la ilegalidad, cuando el ejecutivo pretende delegar en las entidades públicas la “fabricación” discrecional de múltiples manuales de contratación para que hagan el papel de Estatuto que la constitución difirió al Congreso de la República exclusivamente⁹³.”

La Sala, en primer lugar precisa que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa. Esta conclusión, como lo señala la doctrina especializada, se desprende directamente del artículo 150 de la Constitución, si se tiene en cuenta que asigna como competencia exclusiva de la rama legislativa la expedición de códigos y sucede que los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo⁹⁴.

Esta postura ha sido defendida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha señalado que: *“a partir de la Constitución de 1991, con la salvedad hecha en relación con los procedimientos especiales que puedan existir en el orden distrital, departamental y municipal, todo procedimiento administrativo especial debe regularse a través de ley, e incorporarse al Código Contencioso Administrativo como lo exige con fines de sistematización, el aparte final del artículo 158 de la Constitución Política,...”⁹⁵* (Subraya fuera de texto).

Por consiguiente, no es admisible que mediante reglamento se asigne la competencia a cada entidad estatal de establecer aspectos procedimentales que comprometan o condicionen las garantías propias del derecho fundamental del debido proceso reconocido a toda persona en el ordenamiento jurídico. Cuando se trata de la relación que se establece entre administración y ciudadano (*relación*

⁹³ Folio 17.

⁹⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Acto Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2003.

⁹⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 252 de 1994. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell. En igual sentido, la sentencia C – 229 de marzo 18 de 2003. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

extra-orgánica), y se constata que la ley no ha definido los mínimos procedimentales, es indispensable acudir al procedimiento administrativo general consignado en el Código Contencioso Administrativo, norma supletoria para estos casos⁹⁶.

Sin embargo, la Sala debe precisar que los aspectos *inter-orgánicos* del procedimiento si pueden ser confiados a la potestad de auto-organización de cada entidad administrativa, tal como se señaló cuando se estudiaban los cargos formulados contra el artículo 89 del decreto 2474 del 2008 –fls. 58 y ss.-. La determinación, por ejemplo, del trámite interno que deben seguir los funcionarios en las dependencias de la entidad cuando se adelanta un procedimiento administrativo de carácter sancionador no condiciona ninguna de las garantías del debido proceso, la eficacia de esta clase de normas se agota en el interior del aparato administrativo y por ende pueden regularse en los denominados manuales de contratación o de funciones.

En la presente sentencia se condicionará el precepto acusado, como quiera que, se trata de uno de aquellos eventos en los cuales, al existir más de una posibilidad de interpretación, no es posible hacer un pronunciamiento puro y simple y decantarse por la nulidad o validez de la decisión administrativa; la primera medida es desproporcionada, la segunda, conservaría una norma que no se ajusta totalmente al ordenamiento jurídico. Frente a la anterior disyuntiva, la Sala ha considerado:

“(...)apoyada en los principios del efecto útil de las normas y el de conservación del derecho, en virtud de los cuales se destaca y acentúa la idea de que en la producción normativa se invierte un esfuerzo administrativo, jurídico y político que vale la pena conservar, que se deben y pueden modular las sentencias de validez, cuando se encuentre algún sentido a la norma controlada que se ajuste al derecho vigente, de modo que, por esta vía, se logran dos propósitos: i) eliminar del ordenamiento jurídico las interpretaciones y aplicaciones que vulneran el derecho –exclusión total de la ilegalidad, para mantener aséptico el ordenamiento jurídico-, y ii) se conserva exclusivamente la aplicación e interpretación ajustada a la constitución o la ley –inclusión plena de la legalidad, para mantener dinámico el ordenamiento jurídico-
⁹⁷.

⁹⁶ Artículo 1 del Código Contencioso Administrativo: “...los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta primera parte que sean aplicables”.

⁹⁷ Un antecedente de esta técnica del control, anterior a la Corte Constitucional –quien emplea profusamente, y con buen criterio, esta técnica de control de constitucionalidad-, que debe contribuir a eliminar las prevenciones al interior de nuestra jurisdicción, se encuentra en el artículo

“Esta actitud también conserva al juez administrativo dentro de la esfera de legalidad que debe observar, en el ejercicio de sus funciones, pues lo que le ordena la Constitución y la ley es que controle la legalidad de los actos administrativos que examina, lo cual realiza con más perfección cuando modula las sentencias, toda vez que no siempre las situaciones que se presentan a sus ojos son blancas o negras, esto es, válidas o nulas –y menos en la compleja realidad jurídica que se vive-, y con esta técnica obtiene mayor provecho para ejercer el control de la administración pública moderna⁹⁸.”⁹⁹

Para la Sala, si bien no es nulo todo el aparte acusado, por las razones expuestas, en todo caso se condiciona su alcance en cuanto a que “...el procedimiento mínimo a seguir para la imposición de multas y que las entidades pueden señalar en sus manuales de contratación” se refiera a aspectos inter-orgánicos, es decir, a los trámites internos que deben adelantar los funcionarios encargados del correspondiente procedimiento administrativo sancionatorio. Por oposición, debe

170 CCA., el cual contempla –para nuestro caso, incluso, en una norma positiva, y además muy antigua- la posibilidad de que el juez estatuya disposiciones en reemplazo de las acusadas, o la modificación o reforma de ellas. En tal sentido, dispone la norma que:

“Art. 170. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, **los Organismos de lo Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas.**”
(Negrillas fuera de texto)

⁹⁸ Esta ha sido expuesta por la Sección Tercera en otras ocasiones –sentencia de 2 de mayo de 2007, exp. 16.257-, para señalar que cuando una norma ofrezca una interpretación ajustada a la ley y otra que no, entonces “Esta situación impide que la decisión sea simplemente la de expulsar del ordenamiento jurídico el acto administrativo atacado cuando una interpretación del mismo se ajusta a las normas superiores, circunstancia que impone mantener en el ordenamiento jurídico el segmento normativo de la resolución acusada, pero condicionado a que sólo es válida la segunda de las interpretaciones expuestas.

“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. Sobre el alcance de este control judicial de la administración, la Sala ha precisado que:

(...)

“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 la CREG a lo largo de este proceso.

“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.”

⁹⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 16 de Junio de 2009. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 11001-03-15-000-2009-00305-00

entenderse que la posibilidad de crear procedimiento administrativo sancionador, con base en la norma analizada, vulnera el ordenamiento jurídico constitucional.

4.2.7. El aparte demandado del artículo 54 del Decreto 2474 de 2008 vulnera los artículos 25.12 y 26.3 de la Ley 80 de 1993.

De acuerdo con el demandante, la ejecución de proyectos que impliquen la realización simultánea, a cargo del contratista, de labores de diseño y de construcción de obra no pueden realizarse a través del mismo procedimiento de selección –licitación pública – como quiera que, de acuerdo con el principio de planeación, previo a la contratación de la obra, la entidad pública debe tener claras las condiciones para ejecutar el contrato, la cual se alcanza definiendo los diseños respectivos; de lo contrario se vulneran los artículos 25.12 y 26.3 de la Ley 80 de 1993.

En aras de dar una respuesta al cargo formulado, es necesario precisar que en la contratación realizada por las entidades estatales rige el principio de la autonomía de la voluntad; ello significa que el ordenamiento jurídico otorga verdadera libertad para especificar el contenido y determinar las estipulaciones del negocio jurídico, las cuales deben enmarcarse dentro de las normas civiles y comerciales y aquellas previstas en el Estatuto de Contratación estatal. Por tanto, existe libertad en la determinación de la tipología contractual, porque como dispone el inciso 4 del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, las partes pueden incluir *“...las modalidades, condiciones y en general, las cláusulas o estipulaciones que consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.”* Por tanto, como señala la jurisprudencia, *“las actuaciones contractuales de la administración y las obligaciones surgidas de las estipulaciones del contrato, están definidas por los términos pactados, los cuales constituyen ley para las partes¹⁰⁰.”*

Así, el principio de la autonomía de la voluntad conlleva un reconocimiento de autodeterminación por parte de los sujetos contratantes, a los cuales se reconoce capacidad para regular aquellos intereses que le son propios. Es necesario hacer una salvedad, los intereses de los que aquí se habla tienen el alcance que el ordenamiento jurídico les permita, como quiera que la actividad de la

¹⁰⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 14 de diciembre de 2000. M. P. Luis Camilo Osorio Isaza. Rad. 1293.

Administración debe siempre estar enmarcada por el principio de legalidad. Por ello, no puede pensarse en el otorgamiento de un poder ilimitado, ello redundaría en arbitrariedad. *“En ese sentido, en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes interesadas definen el alcance contractual dentro de un determinado ambiente normativo, para precisar en últimas, cuál es el ámbito propio de disponibilidad de los intereses objeto de regulación por la vía del negocio jurídico¹⁰¹.”*

De lo dicho hasta el momento se puede inferir:

- a. El principio de la autonomía de la voluntad rige en la contratación Estatal, en virtud del mismo los contratos celebrados crean obligaciones entre las partes.
- b. Las obligaciones que pueden llegar a pactarse en un negocio jurídico estatal no se circunscriben a las consignadas en el estatuto de contratación estatal, en las normas civiles o comerciales, sino que pueden obedecer al libre querer de las partes.
- c. Aún cuando se reconozca libertad en la determinación de las obligaciones, tratándose de contratos administrativos, éstos siempre deben responder a la satisfacción de intereses generales, respetar el patrimonio público y ser acordes con el derecho colectivo a la moralidad administrativa. Esta circunstancia pone de presente que la libertad negocial reconocida a las autoridades administrativas no es equivalente a aquella reconocida a los particulares y por ello siempre está sometida a principios de derecho público¹⁰².
- d. El Estatuto General de Contratación Estatal, reconoce el poder a las partes de estipular obligaciones que den contenido a negocios jurídicos que no son nominados o típicos, posibilidad enmarcada obviamente dentro de las necesidades del servicio, sin que ello implique un desconocimiento de las limitaciones que puedan llegar a desprenderse del ordenamiento jurídico. Por ello en el artículo 32 se señala que *“son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades, previstos en*

¹⁰¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de mayo de 2000. M. P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 13073.

¹⁰² Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 6 de abril de 2000. M. P. Flavio Augusto Rodríguez Arce. Rad. 1263.

el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...”

- e. En ejercicio de la autonomía de la voluntad, nada impide en el ordenamiento jurídico que, como lo señaló el Ministerio Público, se puedan celebrar contratos cuyo objeto sea el diseño para posteriormente contratar una obra, o que para la realización de ésta se deba contar con un diseño propio. En el segundo evento, de hecho, la entidad puede considerar que así se generan menores costos y que ésta es la mejor manera de viabilizar el principio de economía.

Lo expuesto hasta el momento no es contrario con el principio de planeación, de hecho una vulneración al mismo en el supuesto descrito implica un análisis caso por caso en el que se demuestre que efectivamente aquel negocio jurídico que tiene por objeto la elaboración de diseños, planos, proyectos y anteproyectos y la posterior elaboración de la obra pública es producto de la improvisación, toda vez que, no se ha tenido en cuenta el presupuesto de la entidad, no se han elaborado los trámites previos para su puesta en marcha, no se ha valorado la oportunidad y necesidad del negocio jurídico, etc. En palabras de la corporación:

“La planeación constituye una fase previa y preparatoria del contrato, que determina su legitimidad y oportunidad para la consecución de los fines del Estado y permite políticamente su incorporación al presupuesto por cuanto la racionalidad de los recursos públicos implica que todo proyecto que pretenda emprender la Administración Pública debe estar precedido de un conjunto de estudios dirigidos a establecer su viabilidad técnica y económica, así como el impacto social que ésta tenga en la satisfacción de las necesidades públicas. Se trata de obtener una sólida justificación del gasto público con el objeto de lograr un manejo óptimo de los recursos financieros del Estado. La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido repetidamente¹⁶ que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable, antes de asumir compromisos específicos en relación con los términos de lo que podrá llegar a ser un contrato y por supuesto mucho antes de su adjudicación y consiguiente celebración, la elaboración previa de estudios y análisis serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos y análisis técnicos; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución

de los contratos, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras y servicios que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores y constructores profesionales que estén en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar”.¹⁰³

Vistas así las cosas, la Sala negará las pretensiones formuladas por el actor.

4.2.8. El artículo 68 del Decreto 2474 de 2008 incurre en una extralimitación de la ley, toda vez que restringe la facultad reconocida a las entidades mediante la tipificación taxativa de los factores de evaluación: la experiencia específica del proponente, la de los profesionales propuestos y la de la metodología a emplear durante la ejecución del concurso.

El actor expresa que la disposición acusada creó, taxativamente, tres factores de evaluación de las propuestas técnicas en los concursos de méritos: la experiencia específica del proponente, la de los profesionales señalados en la oferta y la metodología a emplear durante la ejecución, restringiendo – incluso eliminando – la amplia facultad que el artículo 5 de la Ley 1150 confirió a las entidades estatales para establecer los criterios de selección y calificación de las propuestas.

Sumado a esto, el demandante señala que el decreto trae como criterio obligatorio la “metodología y las cargas”, respecto de la evaluación para el concurso de méritos, aspecto no previsto en el artículo 5 de la ley 1150 de 2007, excediendo de esta manera la competencia reglamentaria.

La Sala antes de entrar a realizar un pronunciamiento sobre el concepto de la violación formulado, se ocupara en primer lugar de determinar las principales características del concurso de méritos como proceso de selección. Para acometer esta tarea, se recurrirá al desarrollo que sobre el tema se realizó en sentencia de 11 de noviembre de 2009; en dicha oportunidad se sostuvo:

¹⁰³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 25 de 2009. M. P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 16103.

“Sobre este evento, la Sala pone de presente que con la modificación introducida en la ley 80 de 1993, operó una verdadera diferenciación entre el concurso de méritos y otras modalidades de selección de los contratistas, sobre todo de la licitación. El desarrollo separado del concurso, entonces, busca destacar que sea “...la selección más idónea a partir de condiciones técnico –subjetivas.”¹⁰⁴.

“En consecuencia, en el concurso de méritos, como forma de selección de contratistas, lo determinante es la constatación de requisitos de orden técnico y de factores de valoración encaminados a la búsqueda de la mayor capacidad profesional entre quienes presentan sus propuestas a la Administración, por ello las calidades personales asumen una mayor importancia que los requerimientos financieros o económicos y en consecuencia su utilización se restringe a trabajos de carácter intelectual. “En otros términos, es un medio de selección de la persona más idónea para ejecutar una prestación pública, de allí que se tenga en cuenta preferentemente las condiciones personales del candidato, v. gr., para proveer un cargo de profesor universitario, para realizar una maqueta de un monumento, proyecto o esbozo o bosquejo de obra, etc., y su aplicación primordial sea a los contratos intuitu personae en que las cualidades técnico-subjetivas sirven de mérito para la selección”.¹⁰⁵

“Es precisamente la búsqueda de cualidades técnico subjetivas lo que justifica que el concurso de méritos sea la forma adecuada, de acuerdo con la legislación vigente, para la celebración de contratos de consultoría, al referirse éstos a “los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, pre-factibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión”. De igual modo, estos negocios jurídicos pueden también tener por objeto “la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos”¹⁰⁶ (Subraya fuera de texto)

Como puede observarse, al ser el concurso de méritos el procedimiento indicado para la selección de consultores en la Administración, su realización se encamina principalmente a la constatación de requisitos de orden técnico y de calidades profesionales, como quiera que, en esta clase de negocios jurídicos lo más importante son las calidades personales de aquellos con quien se contrata, aspecto que es preponderante frente a factores que apuntan a requerimientos financieros y económicos, sobre todo si se tiene en cuenta que el objeto contractual es ante todo un trabajo de índole intelectual.

¹⁰⁴ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Octubre 3 de 2007. C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 10757.

¹⁰⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Junio 15 de 2000. C. P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10963.

¹⁰⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de Noviembre de 2009. Exp. 35177. M. P. Enrique Gil Botero.

Bajo esta premisa debe entenderse el deber de selección objetiva consagrado en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, disposición que otorga discrecionalidad a las diversas entidades estatales para que establezcan en los pliegos de condiciones los diferentes factores de escogencia y calificación. Por ende, es cierto, como se desprende del libelo de la demanda, que el legislador otorgó a la Administración una libertad de elección de los distintos criterios de ponderación para asegurar que se contratará con la mejor oferta, esto es, aquella que se ajuste mejor a las finalidades de interés general.

Esta primera aseveración, pareciera conducir a la conclusión de que la disposición demandada al ocuparse de los “*criterios de evaluación de las propuestas*” no se ajusta a la legalidad, toda vez que, mediante reglamento se está usurpando una competencia que el legislador confió directamente a las diferentes entidades estatales. No obstante, para poder arribar a esta conclusión, es indispensable contrastar el artículo demandado no sólo con el inciso primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 sino también con su numeral 4.

“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 clasificación 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 los 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.” (Subrayado fuera de texto)

De la disposición transcrita se desprende en primer lugar la necesidad de utilización de factores de calificación destinados a la valoración de aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De igual forma, se constata que el legislador no cerró la puerta a la posibilidad de regulación a través de reglamento, al contrario, señaló que mediante éste es posible precisar las condiciones bajo las cuales las entidades estatales pueden utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo como factores de evaluación de las diferentes ofertas o proyectos.

Sin embargo, el ejercicio de la potestad reglamentaria no desplaza la facultad discrecional reconocida a las entidades estatales para la determinación de los criterios de evaluación; el reglamento expedido, debe circunscribirse sólo a la delimitación de las condiciones bajo las cuales se pueden utilizar los factores de evaluación mencionados en el aparte precedente. En otros términos, la norma reglamentaria debe precisar lo que debe entenderse por cada uno de los factores señalados en el artículo 5.4 de la Ley 1150 de 2007, la delimitación de aquellos elementos que cada factor puede llegar a comprender, el cómo se deben valorar estos elementos, etc.

Al analizar la norma demandada, se observa que el artículo 68 no cumple las funciones señaladas cuando regula lo referente a los criterios técnicos de evaluación de las propuestas, sino que por el contrario contraría el artículo 5.4 de la Ley 1150 de 2007, al desconocer la libertad que el legislador reconoció a las entidades estatales para la determinación de los diferentes factores de ponderación, pues adiciona factores de ponderación como ocurre con la exigencia de *“La propuesta metodológica y plan con cargas de trabajo para la ejecución de la consultoría.”*

La Sala también declarará la nulidad de los párrafos 1 y 2 del artículo 68 del Decreto 2474 de 2008, porque al señalar éstos el porcentaje a asignar a cada uno de los criterios de valoración está determinando el cómo éstos deben ser calificados, facultad que, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, corresponde decidir en los pliegos de condiciones a las entidades estatales y no a la norma reglamentaria.

4.2.9. El aparte acusado del artículo 73 del Decreto 2474 de 2008 vulnera el inciso 2 del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Según el actor, la norma demandada violenta el inciso segundo del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, al permitir la adición indiscriminada de los contratos de interventoría sin tener en consideración que el precepto legal estatuye que **ningún contrato** podrá adicionarse en más de un 50% de su valor inicial.

La Sala acogerá la pretensión formulada en atención a que como ya ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación las expresiones utilizadas por la ley

(“adicionar” y “valor inicial”), hacen referencia a la necesidad de operar modificaciones en algunos negocios jurídicos, lo cual implica una variación en el valor pactado. En este evento, se trata de obras nuevas o distintas indispensables para alcanzar la finalidad perseguida con el acuerdo de voluntades. No obstante lo anterior, la legislación vigente contempla una limitante: el valor de lo adicionado no puede sobrepasar la mitad de lo inicialmente pactado, asegurándose su actualización mediante las variaciones que presenta el salario mínimo legal mensual. La prohibición expresada por el legislador en el artículo 40 del Estatuto de contratación estatal, es una medida que no sólo busca que no se burlen los procedimientos de selección, sino que además asegura principios como la transparencia, la selección objetiva y la planeación¹⁰⁷.

En palabras de la Sala:

“...Oportuno resulta señalar que la mencionada prohibición legal, encaminada a evitar que las partes de los contratos de derecho público pudieran convenir estipulaciones para evitar que sus contratos terminen y lograr así perpetuarlos en el tiempo, encuentra claro y evidente fundamento tanto en el principio democrático de libre concurrencia, como en los principios generales de igualdad, de imparcialidad, de prevalencia del interés general y de transparencia, entre otros, con arreglo a los cuales debe adelantarse toda actuación de índole contractual, en virtud de los cuales se debe permitir y garantizar, a toda persona que cumpla los requisitos establecidos para el efecto en las normas vigentes, la posibilidad cierta, efectiva y real de poder presentar sus ofertas ante las entidades públicas por manera que, en cuanto dichas propuestas consulten adecuadamente el interés general que esas entidades están en el deber de satisfacer y objetivamente sean las más favorables, también podrán acceder a la contratación correspondiente. Salvo aquellos casos que expresamente autoricen las normas legales, hay lugar a destacar que por regla general la Administración no cuenta con facultad constitucional o legal alguna que le permita inventar, establecer o poner en práctica, en modo alguno, preferencias o ventajas a favor de unos determinados contratistas y en perjuicio de otros interesados o menos aun que mediante prórrogas automáticas o cláusulas de exclusividad pueda generar una especie de monopolio de hecho a favor de determinados particulares, generando con ello limitaciones en contra de los demás, puesto que por esa vía sólo conseguiría limitar, de manera indebida, los mencionados principios de libre concurrencia, igualdad, imparcialidad y transparencia, para que entonces sólo un reducido grupo de privilegiados tuviere la posibilidad de acceder a la contratación de determinadas entidades estatales, olvidando que en tales contrataciones se comprometen intereses y dineros de naturaleza pública.

¹⁰⁷ Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de Septiembre 9 de 2008. M. P. Enrique José Arboleda Perdomo. Rad. 1920.

“ (...) Así pues, aunque ya hubiere sido derogado el referido artículo 58 del Decreto-ley 222 de 1983, del contenido y alcance de los principios generales se desprende que, sin perjuicio de las particularidades que resulten del examen de cada caso concreto así como de la normatividad que debe aplicarse a cada asunto, por regla general en los contratos estatales sólo pueden estipularse válidamente prórrogas automáticas o cláusulas de exclusividad a favor de los particulares de manera excepcional, cuando para ello se cuente con expresa autorización legal, puesto que de lo contrario tales estipulaciones podrían resultar violatorias de la Constitución y de los principios que de ella emanan, así como también podrían resultar contrarias a los principios y finalidades de la Ley 80 y a los de la buena administración, todos los cuales constituyen límites expresamente señalados en el artículo 40 de la Ley 80, norma que se ocupa de regular el contenido de las cláusulas o estipulaciones que pueden incluirse en los contratos estatales. Retomando la prohibición legal expresamente consagrada en el parcialmente transcrito artículo 58 del Decreto-ley 222 de 1983, cabe agregar que en cuanto la misma guarda relación directa con una de las modalidades de terminación de los contratos -la del vencimiento del plazo de duración-, para la Sala no existe duda de que la misma se aplica también a los contratos que, como el que aquí se examina, hubieren sido celebrados por los municipios, de conformidad con lo que al respecto dispuso el también transcrito inciso final del artículo 1 del Decreto-ley 222 de 1983¹⁰⁸.”

Llegados a este punto, se encuentra que la norma demandada tiene el alcance que el demandante le endilga, en ella se señala la posibilidad de adicionar el contrato de interventoría sin atender a ningún límite de valor, el único criterio que se tiene presente es la prórroga del contrato sobre el cual se realiza la inspección y vigilancia. En otras palabras, se permite una adición que no tiene en cuenta la prohibición establecida en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y que podría sobrepasar en más de un 50% el valor de lo inicialmente pactado.

4.2.10. *El artículo 75 del Decreto 2474 de 2008 vulnera lo dispuesto en el inciso primero numerales 1 y 2 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007.*

El actor considera que el artículo demandado es ilegal, porque el Gobierno restringió la potestad otorgada en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 a las entidades estatales para que determinen, en los pliegos de condiciones, los factores de escogencia y calificación de los proponentes, ya que estableció, taxativamente cuatro factores de evaluación, tratándose de la selección de intermediarios de seguros – experiencia específica del proponente, la experiencia de los profesionales dispuestos en la oferta, la metodología a emplear durante la ejecución y el soporte técnico ofrecido -, asignando, además, un valor específico – en porcentaje y puntos - a cada uno de ellos.

¹⁰⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Diciembre 4 de 2006. M. P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 15239.

Así mismo, se señala, que el reglamento creó como factor de selección para el concurso de méritos, la denominada “*metodología y las cargas de trabajo*”, factor no comprendido dentro del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Tal como ya se explicitó, en el auto que suspendió provisionalmente la disposición acusada, se advierte que el reglamento excede la ley que le sirve de fundamento. Para arribar a esta conclusión no se requiere de un examen exhaustivo, en virtud a que el artículo 75 del Decreto 2474 preceptúa que las entidades estatales, en los procesos de selección de intermediarios de seguros, sólo pueden tener en cuenta los criterios que expresamente determina. Como ya se tuvo la oportunidad de poner de presente, la Ley sólo se limitó a señalar cuáles eran los criterios de admisión/rechazo e indicar, que tratándose de consultoría, es deseable que se valore la experiencia específica.

Por tanto, salta a la vista la ilegalidad en la que incurre el reglamento al limitar el margen de acción de las entidades estatales a unos pocos criterios de selección, porque, como se sostuvo en el momento de analizar la legalidad del artículo 68, el legislador les reconoce una facultad discrecional en la determinación de los también denominados factores de ponderación.

La ilegalidad de la norma se reitera en el primer párrafo (también demandado), porque adicionalmente al contenido del artículo, se contempla un porcentaje mínimo para el criterio “*formación y experiencia de los profesionales y expertos*” (40%), limitándose de esta forma la libertad de configuración de los pliegos de condiciones, reconocida en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Para la Sala no ofrece duda alguna que el legislador permitió a cada entidad estatal distribuir con libertad el peso específico que debe tener cada factor de selección en el proceso de selección, aspecto que, por tanto, no puede ser restringido por una norma de carácter administrativo.

Vistas las consideraciones precedentes, la Sala procederá a declarar la nulidad de la disposición acusada, razón por la cual no es necesario entrar a pronunciarse sobre los demás cargos formulados.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero. DECLÁRASE la nulidad de la expresión “...o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...”, contenida en el inciso segundo del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo. DECLÁRASE la nulidad de la expresión “...sin perjuicio de que se exija la presentación del certificado del Registro Único de proponentes, para efectos de determinar la clasificación y calificación de los proponentes cuando corresponda...”, contenida en el artículo 11 del Decreto 2474 de 2008, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de ésta demanda.

Tercero. DECLÁRASE la nulidad del párrafo 1 del artículo 44 del Decreto 2474 de 2008, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto. DECLÁRASE la nulidad del artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Quinto. DECLÁRASE la nulidad del artículo 3 del Decreto 2025 de 2009, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Sexto. DECLÁRASE la nulidad de la expresión “...haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable...”, contenida en los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Séptimo. DECLÁRASE la nulidad de la expresión “...*haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable...*”, contenida en el artículo 54 del Decreto 2474 de 2008, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Octavo. DECLÁRASE la nulidad de la expresión “...*El Manual de Contratación de la entidad dispondrá las reglas de funcionamiento de las listas multiusos, y las condiciones para evitar la concentración de adjudicaciones en sus miembros...*” contenida en el artículo 65 del Decreto 2474, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Noveno. DECLÁRASE nulo artículo 87 del Decreto 2474 de 2008, pero únicamente en tanto se interprete que faculta a la administración para crear procedimiento administrativo sancionador.

En cambio, se niegan las pretensiones contra la misma norma en tanto se interprete que sólo permite establecer el procedimiento interno mínimo a seguir para la imposición de multas, es decir que sólo se limita a definir los aspectos inter-orgánicos, en los términos analizados en esta providencia.

Decimo. DECLÁRASE la nulidad de la expresión “...*y todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección...*”, contenida en el artículo 89 del Decreto 2474 de 2008, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Decimo primero. DECLÁRASE la nulidad del artículo 68 (incluyendo sus párrafos 1 y 2) del Decreto 2474 de 2008, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Decimo segundo. DECLÁRASE la nulidad de la expresión “*cualquier interesado*” del párrafo del artículo 22 del Decreto 2474 de 2008, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Decimo tercero. DECLÁRASE la nulidad del inciso 3 del artículo 73 del Decreto 2474 de 2008, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Decimo cuarto. DECLÁRASE la nulidad del artículo 75, incluidos sus párrafos 1 y 2, del Decreto 2474 de 2008, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Decimo quinto. DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda, con base en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidenta de la sala

MYRIAN GUERRERO ESCOBAR
Con salvamento parcial de voto

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA DOCTORA MYRIAM GUERRERO
DE ESCOBAR**

**CONTRATO DE INTERVENTORIA - Adición de su valor / CONTRATO DE
INTERVENTORIA - Su modificaciones pueden tener incidencias en el precio
y en el plazo**

La Sala consideró que el aparte acusado debía declararse nulo porque transgredía el mandato contenido en el inciso final del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, según el cual “Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”, por cuanto la disposición objeto de demanda, a juicio de la Sala, permitía adicionar indiscriminadamente el valor del contrato de interventoría, sin tener en cuenta dicho precepto. Sin embargo, para la Sala es claro que los contratos que son objeto de interventoría pueden ser eventualmente adicionados en más del 50% de su valor inicial o en el plazo inicialmente pactado, no de otra manera podría explicarse el hecho de que la norma acusada haya sido declarada nula porque permitía que el contrato de consultoría en la modalidad de interventoría pudiera ser adicionado “indiscriminadamente en más del 50%”, pero no tuvo en cuenta que tales modificaciones en el contrato objeto de interventoría pueden tener en algunos eventos incidencias en el precio y en el plazo del contrato de interventoría. En efecto, es de anotar que no tuvo en cuenta la Sala que, algunas veces el precio del contrato de interventoría se pacta por la suma que se obtiene de aplicar un porcentaje sobre el precio real del contrato objeto de interventoría de acuerdo con las tablas que para tales efectos han sido elaboradas

por las asociaciones profesionales, los cuales pueden variar de acuerdo a la modalidad de ejecución del contrato (precios unitarios, precio global fijo, administración delegada etc.), o puede estar determinado, fundamentalmente, por la cantidad de personal que se requiera y la disponibilidad del mismo, calculando el costo hora – hombre de acuerdo a las necesidades; asimismo, cabe agregar que generalmente el plazo del contrato de interventoría se halla atado al plazo del contrato objeto de ésta, y en esa medida, de prorrogarse el plazo del contrato principal por cualquier circunstancia, puede que dicha prórroga no implique necesariamente mayor precio en el contrato principal, pero sí puede afectar el precio del contrato de interventoría, según se pacte, pues el mayor tiempo de interventoría generará mayores costos en la misma, salvo que las partes acuerden cosa distinta.

ADICION AL CONTRATO - Constituye una verdadera modificación en el objeto del mismo

A mi juicio, la posibilidad de adicionar el contrato en un valor no superior al 50% del inicialmente pactado, tiene como finalidad impedir que se soslaye el principio de transparencia, el principio de planeación y el deber de selección objetiva, es decir, impedir que la administración pública pueda celebrar un contrato estatal por un valor muy inferior al que realmente comporta la ejecución del objeto contratado, con la única intención de eludir el proceso de selección pertinente y luego, cuando el contrato se esté ejecutando, adicionarlo en la proporción faltante para finiquitar el objeto, en valores que incluso pueden llegar a superar el precio del contrato inicialmente pactado, de suerte que sumados ambos valores, no podría haberse celebrado el contrato sin haber adelantado un proceso de selección distinto al cual acudieron en la etapa de formación del mismo. La adición al contrato que constituye una verdadera modificación en el objeto del mismo, por supuesto que no represente un cambio en la esencia, puede tener lugar, bien de consuno o como consecuencia de la imposición unilateral de la administración en uso de la facultad excepcional de modificar unilateralmente el contrato. En esta oportunidad no considero pertinente profundizar sobre el tema, pues no es el escenario idóneo para pronunciarme sobre las cláusulas excepcionales al derecho común, particularmente sobre la posibilidad de incluirlas en el contrato de interventoría, el procedimiento previo para modificar unilateralmente el contrato en el cual se han pactado cláusulas excepcionales al derecho común o se entienden incluidas y las consecuencias jurídicas y económicas que su uso conlleva, al igual que no es del caso pronunciarme sobre la modificación unilateral como supuesto que conlleva la ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato y la forma de restablecerlo, considero que todos estos temas debieron estudiarse en la sentencia para resolver el cargo formulado respecto de la norma acusada, pues sólo de esta manera podría establecerse si el contrato de interventoría definitivamente sigue la suerte del contrato principal, sin embargo, la Sala omitió realizar tal análisis y la pregunta que ahora surge es: qué sucede cuando el contrato sobre el cual recae la interventoría sufre modificaciones de manera unilateral por la parte de la entidad y en tal virtud se adiciona en su valor en más del 50% del valor inicial, asumiendo que este supuesto hipotético resulte viable, como lo sugiere la Sala de decisión, o en más del 50% de su plazo de ejecución, habida cuenta de los parámetros que se tuvieron en cuenta para determinar el valor del contrato de interventoría o se adiciona en plazo y el contrato de interventoría no pueda adicionarse en la misma proporción que el contrato principal. ¿Deberá la administración dejar sin interventoría el contrato principal?; ¿Deberá iniciar un nuevo proceso de selección para efectos de contratar el interventor que continuará ejerciendo las labores de interventoría una vez se supere el 50% del valor inicial o del plazo inicial del contrato objeto de

interventoría?, ¿Deberá continuar las labores de interventoría – asumiendo que la interventoría es externa-, con personal de planta de la entidad? o simplemente ¿Deberá el contratista seguir ejerciendo la interventoría así haya culminado el término pactado en el contrato de interventoría? La decisión de anular la decisión deja en el limbo todos estos interrogantes.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)

Actor: PABLO ENRIQUE MANRIQUE CONVERS

Demandado: MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS

Referencia: ACCION DE NULIDAD

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA CONSEJERA MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Con el debido respecto por las decisiones de la Sala, a continuación expongo las razones que dieron lugar a que salvara parcialmente mi voto en la sentencia de fecha 14 de abril de 2010, proferida dentro del proceso de la referencia.

La discrepancia se centra exclusivamente en relación con la decisión de declarar la nulidad del aparte del artículo 73 del Decreto 2474 de 2008, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Las prórrogas en tiempo, así como las adiciones en valor a las consultorías cuyo objeto sea la labor de interventoría, podrán efectuarse por el período en que se haya prorrogado el contrato objeto de interventoría. En tal caso el valor se ajustará de manera proporcional al del contrato inicial”.

La Sala consideró que el aparte acusado debía declararse nulo porque transgredía el mandato contenido en el inciso final del párrafo del artículo 40 de

la Ley 80 de 1993, según el cual “Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”, por cuanto la disposición objeto de demanda, a juicio de la Sala, permitía adicionar indiscriminadamente el valor del contrato de interventoría, sin tener en cuenta dicho precepto.

Sin embargo, para la Sala es claro que los contratos que son objeto de interventoría pueden ser eventualmente adicionados en más del 50% de su valor inicial o en el plazo inicialmente pactado, no de otra manera podría explicarse el hecho de que la norma acusada haya sido declarada nula porque permitía que el contrato de consultoría en la modalidad de interventoría pudiera ser adicionado “indiscriminadamente en más del 50%”, pero no tuvo en cuenta que tales modificaciones en el contrato objeto de interventoría pueden tener en algunos eventos incidencias en el precio y en el plazo del contrato de interventoría.

En efecto, es de anotar que no tuvo en cuenta la Sala que, algunas veces el precio del contrato de interventoría se pacta por la suma que se obtiene de aplicar un porcentaje sobre el precio real del contrato objeto de interventoría de acuerdo con las tablas que para tales efectos han sido elaboradas por las asociaciones profesionales, los cuales pueden variar de acuerdo a la modalidad de ejecución del contrato (precios unitarios, precio global fijo, administración delegada etc.), o puede estar determinado, fundamentalmente, por la cantidad de personal que se requiera y la disponibilidad del mismo, calculando el costo hora – hombre de acuerdo a las necesidades; asimismo, cabe agregar que generalmente el plazo del contrato de interventoría se halla atado al plazo del contrato objeto de ésta, y en esa medida, de prorrogarse el plazo del contrato principal por cualquier circunstancia, puede que dicha prórroga no implique necesariamente mayor precio en el contrato principal, pero sí puede afectar el precio del contrato de interventoría, según se pacte, pues el mayor tiempo de interventoría generará mayores costos en la misma, salvo que las partes acuerden cosa distinta.

Considero pertinente pronunciarme sobre este aspecto, para efectos de dar claridad al tema y ubicar de manera precisa las razones del disenso.

A mi juicio, la posibilidad de adicionar el contrato en un valor no superior al 50% del inicialmente pactado, tiene como finalidad impedir que se soslaye el principio de transparencia, el principio de planeación y el deber de selección

objetiva, es decir, impedir que la administración pública pueda celebrar un contrato estatal por un valor muy inferior al que realmente comporta la ejecución del objeto contratado, con la única intención de eludir el proceso de selección pertinente y luego, cuando el contrato se esté ejecutando, adicionarlo en la proporción faltante para finiquitar el objeto, en valores que incluso pueden llegar a superar el precio del contrato inicialmente pactado, de suerte que sumados ambos valores, no podría haberse celebrado el contrato sin haber adelantado un proceso de selección distinto al cual acudieron en la etapa de formación del mismo.

La adición al contrato que constituye una verdadera modificación en el objeto del mismo, por supuesto que no represente un cambio en la esencia, puede tener lugar, bien de consuno o como consecuencia de la imposición unilateral de la administración en uso de la facultad excepcional de modificar unilateralmente el contrato.

En esta oportunidad no considero pertinente profundizar sobre el tema, pues no es el escenario idóneo para pronunciarme sobre las cláusulas excepcionales al derecho común, particularmente sobre la posibilidad de incluirlas en el contrato de interventoría, el procedimiento previo para modificar unilateralmente el contrato en el cual se han pactado cláusulas excepcionales al derecho común o se entienden incluidas y las consecuencias jurídicas y económicas que su uso conlleva, al igual que no es del caso pronunciarme sobre la modificación unilateral como supuesto que conlleva la ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato y la forma de restablecerlo, considero que todos estos temas debieron estudiarse en la sentencia para resolver el cargo formulado respecto de la norma acusada, pues sólo de esta manera podría establecerse si el contrato de interventoría definitivamente sigue la suerte del contrato principal, sin embargo, la Sala omitió realizar tal análisis y la pregunta que ahora surge es: qué sucede cuando el contrato sobre el cual recae la interventoría sufre modificaciones de manera unilateral por la parte de la entidad y en tal virtud se adiciona en su valor en más del 50% del valor inicial, asumiendo que este supuesto hipotético resulte viable, como lo sugiere la Sala de decisión, o en más del 50% de su plazo de ejecución, habida cuenta de los parámetros que se tuvieron en cuenta para determinar el valor del contrato de interventoría o se adiciona en plazo y el contrato de interventoría no pueda adicionarse en la misma proporción que el contrato principal. ¿Deberá la administración dejar sin interventoría el contrato principal?; ¿Deberá iniciar un nuevo proceso de selección para efectos de contratar el

interventor que continuará ejerciendo las labores de interventoría una vez se supere el 50% del valor inicial o del plazo inicial del contrato objeto de interventoría?, ¿Deberá continuar las labores de interventoría – asumiendo que la interventoría es externa-, con personal de planta de la entidad? o simplemente ¿Deberá el contratista seguir ejerciendo la interventoría así haya culminado el término pactado en el contrato de interventoría? La decisión de anular la decisión deja en el limbo todos estos interrogantes.

Independientemente de la posición que se asuma de manera general frente a los supuestos de aplicabilidad del inciso final del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, lo más indispensable es que la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 exige una lectura distinta de tal norma, pues como lo dije anteriormente, la prohibición de adicionar el contrato en más del 50% del valor inicial tiene una finalidad particular, preservar el cumplimiento del principio de transparencia, de planeación y el deber de selección objetiva, evitando la elusión del proceso de selección pertinente. Con la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007, en el caso particular de los contratos de interventoría, la situación varió de manera ostensible, pues la escogencia del contratista cualquiera sea la cuantía, debe ser realizarse a través del concurso de méritos, conforme lo dispone el numeral 3 del artículo 4 de la ley 1150 de 2007 y en ese contexto, la finalidad para la cual fue instituida la prohibición de adicionar el contrato en plazo o valor de manera limitada perdería sentido porque no habría forma de eludir o mutar el proceso de selección, de manera que, stricto sensu, la decisión de declarar nulo el artículo demandado no se compadece con la finalidad de la prohibición y ello repercute en detrimento de los principios de economía, celeridad y eficacia que rigen la contratación estatal y la función administrativa, pues impide, eventualmente que el contrato de interventoría pueda subsistir mientras el contrato principal se halle en ejecución, con las consecuencias nocivas que tal situación puede acarrear.

En los anteriores términos dejo consignado mi disenso.

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR