

SUSPENSION PROVISIONAL - Noción / SUSPENSION PROVISIONAL - Generalidades / SUSPENSION PROVISIONAL - Efectos / SUSPENSION PROVISIONAL - Finalidad / SUSPENSION PROVISIONAL - Requisitos

La suspensión provisional, hoy prevista en el artículo 238 de la Constitución Política, y que había sido regulada por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo -C.C.A.- (artículo 31 del Decreto 2304 de 1989) en vigencia de la anterior Carta Política, fue concebida para la defensa del ordenamiento superior de las eventuales agresiones de actos administrativos, que amparados en su presunción de legalidad, incurran en una ilegalidad manifiesta, que surja de la mera comparación del acto administrativo impugnado con textos normativos superiores que se aduzcan como desconocidos por la Administración, sin que se requiera efectuar un mayor estudio a la confrontación directa de sus contenidos. Con la adopción de esta medida cautelar se detienen temporalmente los efectos de los actos administrativos y, por lo mismo, se suspende su fuerza obligatoria (arts. 238 superior, 66 No. 1 y 152 del C.C.A.). En este sentido, esta figura excepcional y restrictiva es corolario directo del principio de legalidad (preámbulo, artículos 1, 6, 121 y 122 C.P.) y tiene por thelos sancionar, como lo ha señalado esta Corporación, la rebeldía de la Administración ante mandatos superiores. Para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo cuya nulidad se pretenda, el artículo 152 del C.C.A. exige que se reúnan en forma concurrente los siguientes requisitos: (i) Que la medida se solicite antes de que sea admitida la demanda y que se sustente de modo expreso en ésta o por escrito separado. (ii) Que en tratándose de la acción de nulidad, basta que haya infracción manifiesta de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud. (iii) Que sí la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor. Por lo tanto, la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo está condicionada a que la violación al ordenamiento jurídico que se le imputa al mismo sea evidente, ostensible, notoria, palmar, a simple vista o prima facie, conclusión a la que se debe llegar, según ha dicho la Sala, mediante un sencillo y elemental cotejo directo entre el acto administrativo demandado y las normas que se invocan como transgredidas, en un proceso comparativo a doble columna, que no requiere de mayores esfuerzos interpretativos o probatorios, porque, en el caso de requerir un análisis profundo o un estudio de igual naturaleza de los medios probatorios aducidos con la demanda, no resulta posible su decreto, y las consideraciones de legalidad o ilegalidad en torno al acto se deben posponer para la sentencia. Nota de Relatoría: Ver Auto de 28 de junio de 1990, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo, S.V. Carlos Betancur Jaramillo.

DECRETO 2474 DE 2008 - Artículo 7 parcial. Suspensión provisional / PLIEGO DE CONDICIONES - Modificación. Artículo 7 Decreto 2474 de 2008 / LICITACION PUBLICA - Plazo. Prórroga. Artículo 7 Decreto 2474 de 2008

Para la Sala la expresión demandada del artículo 7 del Decreto 2474 de 2008: “En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello”, es ostensible y evidentemente ilegal; esto es, salta a la vista su infracción a la ley de la mera confrontación del contenido de la misma con el del inciso segundo del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, que según el demandante resulta violado. Sin necesidad de efectuar un estudio de fondo, la Sala considera que del simple cotejo de las textos normativos emerge en forma diáfana y palmaria la ilegalidad del aparte demandado del artículo 7 del Decreto

2474 de 2008, toda vez que, como lo acusa el actor, mientras el numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 permite prorrogar el plazo de la licitación pública para la presentación de las ofertas, de oficio o a petición de los interesados, antes de su vencimiento y por un término no superior a la mitad del inicialmente previsto, o sea, inclusive hasta el mismo día del cierre del proceso de selección; el precepto reglamentario, en abierta oposición a la norma legal, prohibió la posibilidad de que en ese último día fijado para el cierre del proceso de selección, mediante adenda, se adicionara, ampliara o prorrogara el plazo para la presentación de ofertas, con lo cual, además, restringió indebidamente tanto la facultad que en este sentido atribuyó la norma legal a la entidad pública, como el derecho de solicitarla que detenta la mayoría calificada de los interesados que hubiesen retirado los pliegos. En consecuencia, ante la manifiesta ilegalidad del aparte demandado del artículo 7 del Decreto 2474 de 2008, se ordenará la suspensión provisional de sus efectos.

SELECCION OBJETIVA - Requisitos habilitantes. Factores de ponderación / REQUISITOS HABILITANTES - Noción / CRITERIOS DE SELECCION - Oferta más favorable / FACTORES DE PONDERACION - Selección objetiva / OFERTA MAS FAVORABLE - Criterios de selección

Como fluye del tenor de esta disposición, que modificó el deber de selección objetiva, el Legislador distinguió entre requisitos habilitantes y factores de ponderación, previendo que los primeros versan sobre la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes, los cuales serán objeto de verificación de cumplimiento (cumple o no cumple el oferente) para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje (pasa o no pasa esa primera etapa), con excepción de la experiencia que sí debe ser ponderada en tratándose de los procesos para selección de consultores mediante concurso de méritos. Además, al proscribir las consideraciones o motivaciones subjetivas en el proceso de escogencia del contratista, la norma legal en comento consagró los criterios de selección propiamente dichos, esto es, los factores de calificación o ponderación a exigir en los pliegos de condiciones para determinar la oferta más favorable dependiendo del objeto a contratar, así: (i) la oferta más favorable es aquella que resulta de la ponderación precisa y detallada de los factores técnicos y económicos contenidos en los pliegos de condiciones; pero, (ii) en las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, el único factor de “evaluación” (sic) será el menor precio ofrecido; y (iii) en las contrataciones de consultores, esto es, en los concursos de mérito, los factores de calificación serán los destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto, como también se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, pero en ningún caso se podrá incluir el precio como factor de escogencia. En este marco, la censura del actor se concreta en que la norma reglamentaria cambió el concepto legal sobre “ofrecimiento más favorable”, por cuanto la ley alude a factores “técnicos” y no sólo de “calidad”, siendo este último uno de los tantos factores que la entidad contratante puede tener en cuenta para la selección de la oferta. Sin embargo, al verificar el texto del reglamento y el de la ley, estima la Sala que la medida de suspensión provisional de las expresiones demandadas “los elementos de calidad” contenidas en las letras a. y b. del numeral 3 del artículo 12 del Decreto 2474 de 2008, no resulta procedente, dado que no aparece prima facie una infracción al numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2008. Nota de Relatoría: Ver Sentencias de 26 de abril de 2006, expedientes Nos. 16041 y 15188.

CONTRATACION DE MENOR CUANTIA - Selección abreviada. Procedimiento / SELECCION ABREVIADA - Menor cuantía. Procedimiento / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Alcance. Contratación pública / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Informe de evaluación de las ofertas / INFORME DE EVALUACION - Principio de transparencia / DECRETO 2474 DE 2008 - Artículo 44. Suspensión provisional

El procedimiento rige para la causal de selección abreviada de contratos de menor cuantía, prevista en la letra b. del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que, como se recuerda, antes de la reforma introducida por ésta era uno de los supuestos por los cuales procedía la contratación directa en los eventos de menor cuantía, de conformidad con el presupuesto anual asignado en las respectivas vigencias fiscales a cada una de las entidades públicas. Esta norma jurídica (art. 24 No. 2 Ley 80 de 1993), como concepto básico del principio de transparencia, sin ambages, confiere un derecho a los proponentes a enterarse del contenido de la evaluación realizada por la entidad pública a sus ofertas; un derecho a expresar, exponer o formular las observaciones o reparos a que haya lugar y, por supuesto, un derecho a recibir respuesta en torno a las mismas antes de la adjudicación del contrato; pero, también, correlativamente impone una obligación de regular en los procedimientos de selección etapas que hagan posible el desarrollo de esos derechos, esto es, la publicidad y contradicción de los informes, conceptos y decisiones que se adopten en los procesos por parte de la Administración, brindando así la oportunidad a los interesados de conocerlos y controvertirlos. De la sola confrontación de las normas citadas, salta a la vista para la Sala que el artículo 44 del Decreto 2474 de 2008 ciertamente vulnera de manera flagrante el numeral 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, por cuanto el Gobierno Nacional en el reglamento no estableció, como lo ordena esta norma de la ley de contratación pública, una etapa que permita a los oferentes en el proceso de selección abreviada por menor cuantía conocer y controvertir los informes y el concepto de la evaluación de sus propuestas con antelación a la adjudicación del contrato. Teniendo en cuenta la ilegalidad manifiesta en que incurre el artículo 44 del Decreto 2474 de 2008, al omitir la etapa señalada en la reglamentación del procedimiento de selección abreviada por menor cuantía, contrariando los términos de los artículos 24 numeral 2 de la Ley 80 de 1993, 3 del C.C.A. y 29 de la Constitución Política, que garantizan en los procesos contractuales los derechos de defensa y contradicción corolarios del debido proceso, fuerza concluir que sus efectos deben ser suspendidos provisionalmente por la razón aludida.

RIESGOS CONTRACTUALES - Determinación. Distribución / DETERMINACION DE RIESGOS PREVISIBLES - Oportunidad / DISTRIBUCION DE RIESGOS - Oportunidad / DECRETO 2474 DE 2008 - Artículo 88 párrafo parcial. Suspensión provisional

Del paralelo del texto de las disposiciones en conflicto, se observa que el Legislador, en el inciso segundo del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, nítidamente estableció que el momento para la asignación definitiva de los riesgos debía señalarse “con anterioridad a la presentación de las ofertas”, o sea, para que se efectuase en forma previa al comienzo del plazo de la licitación, pues iniciado éste ya es posible para los oferentes formular sus propuestas a la Administración; mientras el Gobierno Nacional, en el párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, dejó a criterio de la entidad fijar la realización de la audiencia para ese propósito coincidiendo con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes al inicio del plazo para la presentación de las ofertas, de donde, sin mayores elucubraciones o razonamientos, surge una modificación y contradicción a lo regulado en la ley. Por

consiguiente, la Sala decretará la medida cautelar solicitada, pero sólo respecto de la expresión "A criterio de la entidad, (...) podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, o..." del párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, y no en relación con la expresión restante del mismo, esto es, "...la audiencia a que se refiere el presente artículo (...) realizarse de manera previa a la apertura del proceso...", pues irrumpe, con meridiana claridad, que únicamente lo contenido en la primera expresión se opone a la norma que se invoca como infringida.

POTESTAD REGLAMENTARIA - Generalidades / POTESTAD REGLAMENTARIA - Características / POTESTAD REGLAMENTARIA - Oportunidad / POTESTAD REGLAMENTARIA - Alcance / POTESTAD REGLAMENTARIA - Límite

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 Sala, 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. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 3 diciembre de 2007, Exp. 24.715

SELECCION ABREVIADA - Procedimiento. Reglamentación / MANUAL DE CONTRATACION - Reglamentación. Competencia / MANUAL INTERNO DE CONTRATACION - Ilegalidad. Competencia / MANUAL DE CONTRATACION - Prestación de servicios de salud / MANUAL DE CONTRATACION - Contratos de entidades a cargo de ejecución de programas de protección de personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada, protección de derechos humanos y población con alto grado de exclusión

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) íbidem 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. Por lo anterior, se accederá a la suspensión provisional de los efectos de las expresiones censuradas de los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., primero (1) de abril de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00024-00(36476)

Actor: ZAMIR ALONSO BERMEO GARCIA

Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA Y OTROS

Resuelve la Sala sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional contra varias disposiciones del Decreto 2474 de 7 de julio de 2008, presentadas por el ciudadano ZAMIR ALONSO BERMEO GARCIA.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor ZAMIR ALONSO BERMEO GARCIA, actuando a nombre propio, en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 de la C.C.A. presentó el 17 de febrero de 2009, demanda para que se declare la nulidad de los artículos 7 (parcial); 12 numeral 3 acápites a. y b., 44 (integralmente), 48 (integralmente), 88 párrafo, 47 (parcialmente) y 52 (parcialmente) del Decreto 2474 de 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”*, expedido por el Presidente de la República.

A juicio del actor las citadas normas reglamentarias vulneran los artículos 189 numeral 11 y 29 de la Constitución Política; el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo, los artículos 24 numeral 2 y 30 numeral 5 párrafo segundo, de la Ley 80 de 1993; y los artículos 2 letra d. del numeral 2, 4 y 5 numeral 2, de la Ley 1150 de 2007.

2. La solicitud de suspensión provisional

En el mismo escrito de la demanda, en capítulo separado, el actor solicitó de modo expreso la suspensión provisional de los efectos de las normas acusadas, al estimar que infringen en forma manifiesta las disposiciones superiores invocadas, lo cual se vislumbra, en su sentir, de la sola comparación de las mismas, según sustenta a partir de los argumentos que se resumen a continuación:

2.1. La expresión *“En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello”*, contenida en el artículo 7 del Decreto 2474 de 2008, viola de manera clara el párrafo segundo del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, por cuanto éste permite la ampliación del plazo para la

presentación de la oferta hasta la fecha de su vencimiento, es decir, el mismo día que se tiene previsto el cierre de la licitación y, contrariamente, el decreto prohibió que en ese último día, por medio de adenda, se prorrogara el plazo para la presentación de ofertas.

2.2. La expresión *“los elementos de calidad”*, contenida en el artículo 12 numeral 3 acápites a. y b. del Decreto 2474 de 2008, viola el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, dado que en éste, al regular la selección objetiva del contratista, se establece que 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 resulte más ventajosa para la entidad, y no la ponderación de los elementos de calidad; con lo cual se cambió el concepto legal de lo que ha de entenderse como ofrecimiento más favorable, *“...por cuanto la ‘calidad’ es solo uno de los tantos factores que la entidad contratante puede tener en cuenta para la selección de la oferta...La calidad está necesariamente circunscrita al bien o servicio a contratar y los factores técnicos hacen referencia a estos y a otras condiciones contractuales y de ejecución que beneficien a la contratante...”*

2.3. El artículo 44 del Decreto 2474 de 2008 es violatorio del numeral 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993; del artículo 3 del Código Contencioso Administrativo y del artículo 29 de la Constitución Política, toda vez que, en el procedimiento de selección abreviada por la causal de menor cuantía, no se prevé una etapa que permita a los oferentes conocer y controvertir los informes y conceptos de la evaluación de las propuestas, lo cual desconoce aquellas normas superiores que desarrollan el principio de contradicción, según el cual, en los procesos contractuales los interesados tendrán la oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten por la entidad, de manera que se deben establecer etapas con el propósito de otorgarles la posibilidad de presentar observaciones u objeciones a las mismas, garantizando además con ello la escogencia de la mejor oferta, así como la legalidad y legitimidad de la decisión.

2.4. El artículo 48 del Decreto 2474 de 2008, que regula el procedimiento a seguir una vez se declare desierta la licitación, es violatorio de lo prescrito en el acápite d) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el cual establece que, ante la declaratoria de desierta de la licitación, la entidad pública deberá dentro de los

cuatro (4) meses siguientes iniciar el proceso de selección abreviada, generando así una obligación *pro tempore* para las entidades y no una facultad o competencia discrecional como la consagrada en el decreto, con lo cual se cambió el sentido de la norma.

2.5. El párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, es violatorio del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, por cuanto en éste se consideró que la asignación definitiva de los riesgos debía llevarse a cabo con anterioridad a la posibilidad de presentar ofertas, es decir, antes de que empiece a correr el plazo de la licitación y, en cambio, en aquél se facultó a las entidades para hacerla en la audiencia de aclaración de pliegos consagrada en el artículo 30 numeral 4 de la Ley 80 de 1993, la cual se realiza dentro de los tres (3) días siguientes al inicio del plazo para la presentación de las ofertas.

2.6. Las expresiones: “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 “...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...”, contenidas en los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008, respectivamente, son violatorias del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política y del artículo 2 numeral 2 de la Ley 1150 de 2007, por cuanto el Presidente de la República a través de ellas se despojó de su facultad reglamentaria respecto del procedimiento de selección abreviada con el fin de celebrar los contratos para la prestación de servicios de salud y aquellos de las entidades a cuyo cargo se encuentre la ejecución de programas de protección a personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada, entre otros, previstos en las causales c) y h) del citado precepto legal, y la delegó o transfirió a los distintos órganos sometidos al Estatuto General de Contratación, incumpliendo el mandato legal y desconociendo los límites de dicha potestad.

II. CONSIDERACIONES

Para la decisión de este asunto, la Sala abordará el análisis de los siguientes aspectos: 1) la competencia; 2) la admisión de la demanda; y 3) la suspensión provisional solicitada de cada una de las normas demandadas.

1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia de la demanda del *sub examen* (artículo 237 numeral 1 C.P. en concordancia con el artículo 128 del C.C.A.), como quiera que se pretende la nulidad de unas normas de naturaleza reglamentaria, contenidas en el Decreto 2474 de 7 de julio de 2008, acto de carácter general y administrativo, por el cual se reglamentó parcialmente las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, respecto de las modalidades de selección, así como de los principios de publicidad y selección objetiva, y que fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo de lo previsto por las citadas leyes¹.

Cabe señalar, igualmente, que el conocimiento de este asunto corresponde a esta Sección, dado que el artículo 12 del Acuerdo 58 de 1992², modificado por el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, por el cual se adoptó el Reglamento del Consejo de Estado, en cuanto a la distribución de los negocios entre las distintas secciones, dispuso que la Sección Tercera conoce de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros.

2. La admisión de la demanda

La demanda será admitida, teniendo en cuenta que las normas acusadas hacen parte de un acto que fue expedido por una autoridad del orden nacional (Decreto 2474 de 7 de julio de 2008³) y que cumple con los requisitos de ley (artículos arts. 128, 137, 138, 139, 142 y 143 del C.C.A).

Con todo, la Sala advierte que no se requiere allegar con destino al proceso copia auténtica del texto del citado decreto, pese a la solicitud que en tal sentido realizó el actor, por tratarse de una normativa de carácter nacional (art. 188 del C.P.C. en concordancia con el art. 141 del C.C.A).

¹ El Decreto 2474 de 2008 es de indiscutible naturaleza reglamentaria, según lo ha expuesto ya la Sala para otros decretos de similar naturaleza, verbigracia para los decretos 855 de 1994 y 2170 de 2002. Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 22 de marzo de 2001. En similar sentido: Sentencias de 4 de julio de 1997, Exp. 9523; y 3 diciembre de 2007, Exp. 24.715 y otros -acumulados-.

² En desarrollo de lo dispuesto por el numeral 6º del artículo 237 de la Carta Política.

³ Este decreto fue expedido por el Presidente de la República y publicado en el Diario Oficial 47.043 de 7 de julio de 2008, reglamentó nuevamente las materias de las que se ocupaba el Decreto 066 de 2008 y, por lo mismo, lo derogó integralmente, con excepción de su artículo 83, tal y como lo dispone su artículo 92.

3. La suspensión provisional solicitada

La suspensión provisional, hoy prevista en el artículo 238 de la Constitución Política⁴, y que había sido regulada por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo -C.C.A.- (artículo 31 del Decreto 2304 de 1989) en vigencia de la anterior Carta Política⁵, fue concebida para la defensa del ordenamiento superior de las eventuales agresiones de actos administrativos, que amparados en su presunción de legalidad, incurran en una ilegalidad manifiesta, que surja de la mera comparación del acto administrativo impugnado con textos normativos superiores que se aduzcan como desconocidos por la Administración, sin que se requiera efectuar un mayor estudio a la confrontación directa de sus contenidos. Con la adopción de esta medida cautelar se detienen temporalmente los efectos de los actos administrativos y, por lo mismo, se suspende su fuerza obligatoria (arts. 238 superior, 66 No. 1 y 152 del C.C.A.).

En este sentido, esta figura excepcional y restrictiva es corolario directo del principio de legalidad (preámbulo, artículos 1, 6, 121 y 122 C.P.) y tiene por *thelos* sancionar, como lo ha señalado esta Corporación, la rebeldía de la Administración ante mandatos superiores⁶.

Para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo cuya nulidad se pretenda, el artículo 152 del C.C.A. exige que se reúnan en forma concurrente los siguientes requisitos:

- (i) Que la medida se solicite antes de que sea admitida la demanda y que se sustente de modo expreso en ésta o por escrito separado.
- (ii) Que en tratándose de la acción de nulidad, basta que haya infracción manifiesta de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

⁴ Artículo 238 C.P.: "La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial".

⁵ El artículo 193 de la Constitución Nacional de 1886 ya la consagraba.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 28 de junio de 1990, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo, S.V. Carlos Betancur Jaramillo.

(iii) Que sí la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.

Por lo tanto, la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo está condicionada a que la violación al ordenamiento jurídico que se le imputa al mismo sea evidente, ostensible, notoria, palmar, a simple vista o *prima facie*, conclusión a la que se debe llegar, según ha dicho la Sala, mediante un sencillo y elemental cotejo directo entre el acto administrativo demandado y las normas que se invocan como transgredidas, en un proceso comparativo a doble columna, que no requiere de mayores esfuerzos interpretativos o probatorios, porque, en el caso de requerir un análisis profundo o un estudio de igual naturaleza de los medios probatorios aducidos con la demanda, no resulta posible su decreto, y las consideraciones de legalidad o ilegalidad en torno al acto se deben posponer para la sentencia.

Bajo los anteriores supuestos legales, para resolver la solicitud de suspensión provisional formulada por el actor en relación con cada una de las normas reglamentarias acusadas, es necesario confrontar su texto con el de las normas superiores que se indican vulneradas, con el objeto de determinar si existe o no una infracción clara y ostensible del orden jurídico, de manera que se pueda concluir la viabilidad o no de la adopción de la medida cautelar. Siguiendo este derrotero la Sala observa:

3.1. El artículo 7 (modificación del pliego de condiciones) del Decreto 2474 de 2008, parcialmente censurado, es del siguiente tenor:

“Artículo 7°. Modificación del pliego de condiciones. La modificación del pliego de condiciones se realizará a través de adendas. La entidad señalará en el pliego de condiciones el plazo máximo dentro del cual puedan expedirse adendas, o, a falta de tal previsión, señalará al adoptarlas la extensión del término de cierre que resulte necesaria, en uno y en otro caso, para que los proponentes cuenten con el tiempo suficiente que les permita ajustar sus propuestas a las modificaciones realizadas. En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello.

Parágrafo 1°. En el evento en el que se modifiquen los plazos y términos del proceso de selección, la adenda deberá incluir el nuevo

cronograma, estableciendo los cambios que ello implique en el contenido del acto de apertura del proceso.

Parágrafo 2°. Para efecto de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se entenderá que han retirado el respectivo pliego de condiciones del proceso licitatorio, quienes hayan presentado observaciones al proyecto de pliego de condiciones o hayan asistido a la audiencia de reparto de riesgo a que se refiere el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, cuando esta se realice con anterioridad a la apertura del proceso.” (Lo subrayado corresponde a la expresión demandada).

Para la Sala la expresión demandada del artículo 7 del Decreto 2474 de 2008: *“En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello”*, es ostensible y evidentemente ilegal; esto es, salta a la vista su infracción a la ley de la mera confrontación del contenido de la misma con el del inciso segundo del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, que según el demandante resulta violado.

En efecto, el numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, reza:

“Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas: (...)

5. El plazo de la licitación o concurso, entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalará en los pliegos de condiciones [o términos de referencia, derogado art. 32 Ley 1150 de 2007], de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato.

Cuando lo estime conveniente la entidad interesada o cuando lo soliciten las dos terceras partes de las personas que hayan retirado pliegos de condiciones o términos de referencia, dicho plazo se podrá prorrogar, antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado.” (Se resalta la disposición que se considera transgredida).

Del precepto legal transcrito se puede apreciar que, dentro de todo proceso de licitación pública, se encuentra prevista una etapa para la presentación de propuestas por parte de los interesados en la adjudicación del contrato ofrecido por la entidad pública licitante y que acuden a la convocatoria realizada por ésta con dicho propósito, etapa que se sujeta a un límite temporal, esto es, a un término o plazo preclusivo y perentorio (art. 25 No.1 Ley 80 de 1993), establecido por la propia entidad pública.

Así, el inciso primero del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, define el plazo de la licitación pública, como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre; es decir, es el espacio de tiempo con que cuentan los interesados en participar en el proceso de contratación para radicar sus ofertas, el cual comienza desde el instante mismo en que ello se permite (fecha y hora inicial) y termina en el último momento que se fija para hacerlo (fecha y hora final), de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato. Nótese, igualmente, que la ley no indica el plazo de la licitación, sino que confía su determinación a la entidad pública licitante, quien deberá adecuarse para el desarrollo de esa labor a las características del objeto contractual, con el fin de que los interesados puedan confeccionar cabalmente sus propuestas.

A reglón seguido, el inciso segundo del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, establece que *“[c]uando lo estime conveniente la entidad interesada o cuando lo soliciten las dos terceras partes que hayan retirado el pliego de condiciones, dicho plazo se podrá prorrogar, antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado.”*

En este sentido, si el cierre de la licitación coincide con el vencimiento del término previsto para presentar propuestas, ello quiere decir, en las voces de la aludida disposición legal, que la prórroga del plazo, en los supuestos por ella contemplados, puede realizarse antes de su fenecimiento o, dicho de otro modo, hasta el mismo día o momento determinado como límite para la realización de esa diligencia de presentación y recepción de las propuestas.

Por lo tanto, sin necesidad de efectuar un estudio de fondo, la Sala considera que del simple cotejo de las textos normativos emerge en forma diáfana y palmaria la ilegalidad del aparte demandado del artículo 7 del Decreto 2474 de 2008, toda vez que, como lo acusa el actor, mientras el numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 permite prorrogar el plazo de la licitación pública para la presentación de las ofertas, de oficio o a petición de los interesados, antes de su vencimiento y por un término no superior a la mitad del inicialmente previsto, o sea, inclusive hasta el mismo día del cierre del proceso de selección; el precepto reglamentario, en abierta oposición a la norma legal, prohibió la posibilidad de que en ese último día fijado para el cierre del proceso de selección, mediante adenda, se adicionara, ampliara o prorrogara el plazo para la presentación de ofertas, con lo cual, además, restringió indebidamente tanto la facultad que en este sentido atribuyó la

norma legal a la entidad pública, como el derecho de solicitarla que detenta la mayoría calificada de los interesados que hubiesen retirado los pliegos.

En consecuencia, ante la manifiesta ilegalidad del aparte demandado del artículo 7 del Decreto 2474 de 2008, se ordenará la suspensión provisional de sus efectos.

3.2. El artículo 12 (ofrecimiento más favorable) del Decreto 2474 de 2008, demandado parcialmente en su numeral 3, letras a. y b, dispone:

“Artículo 12. Ofrecimiento más favorable a la entidad. El ofrecimiento más favorable para la entidad a que se refiere el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 se determinará de la siguiente manera:

1. En la selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización la oferta más favorable a la entidad será aquella con el menor precio.

2. En el concurso de méritos, la oferta más favorable a la entidad será aquella que presente la mejor calidad, de acuerdo con los criterios señalados en el presente decreto y en el pliego de condiciones, con independencia del precio, que no será factor de calificación o evaluación.

3. En los procesos de selección por licitación, de selección abreviada para la contratación de menor cuantía, y para los demás que se realicen aplicando este último procedimiento, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

a. La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes ó fórmulas señaladas en el pliego de condiciones;

b. La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad, para lo cual el pliego de condiciones establecerá:

I. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.

II. Las condiciones técnicas adicionales que para la entidad representen ventajas de calidad o de funcionamiento. Dichas condiciones podrán consistir en aspectos tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.

III. Las condiciones económicas adicionales que para la entidad representen ventajas cuantificables en términos monetarios, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, valor o existencia del anticipo, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones preexistentes en la entidad directamente relacionadas con el objeto a

contratar, mayor asunción de riesgos previsibles identificados, entre otras.

IV. Los valores monetarios que se asignarán a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, de manera que permitan la ponderación de las ofertas presentadas. En ese sentido, cada variable se cuantificará monetariamente, según el valor que represente el beneficio a recibir de conformidad con lo establecido en los estudios previos.

Para efectos de comparación de las ofertas la entidad calculará la relación costo-beneficio de cada una de ellas, restando del precio total ofrecido los valores monetarios de cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas, obtenidos conforme con lo señalado en el presente artículo. La mejor relación costo-beneficio para la entidad estará representada por aquella oferta que, aplicada la metodología anterior, obtenga la cifra más baja.

La adjudicación recaerá en el proponente que haya presentado la oferta con la mejor relación costo-beneficio. El contrato se suscribirá por el precio total ofrecido.

Parágrafo 1°. En caso de que el pliego de condiciones permita la presentación de ofertas en varias monedas, para efectos de evaluación y comparación, la entidad convertirá todos los precios a la moneda única indicada en el pliego, utilizando los parámetros señalados para tal efecto en los mismos.

Parágrafo 2°. Para la evaluación de las propuestas en proceso de selección por licitación, selección abreviada o concurso de méritos, la Entidad designará un comité asesor, conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del presente decreto, que deberá realizar dicha labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en el pliego de condiciones.

El comité evaluador, el cual estará sujeto a las inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses legales, recomendará a quien corresponda el sentido de la decisión a adoptar de conformidad con la evaluación efectuada. El carácter asesor del comité no lo exime de la responsabilidad del ejercicio de la labor encomendada. En el evento en el cual la entidad no acoja la recomendación efectuada por el comité evaluador, deberá justificarlo en el acto administrativo con el que culmine el proceso..." (Lo subrayado corresponde a las expresiones demandadas).

A su turno, estatuye el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007:

"Artículo 5°. *De la selección objetiva.* Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto.

De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores...” (Se resalta el aparte que se estima vulnerado).

Como fluye del tenor de esta disposición, que modificó el deber de selección objetiva, el Legislador distinguió entre requisitos habilitantes y factores de ponderación, previendo que los primeros versan sobre la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes, los cuales serán objeto de verificación de cumplimiento (cumple o no cumple el oferente) para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje (pasa o no pasa esa primera etapa), con excepción de la experiencia que

sí debe ser ponderada en tratándose de los procesos para selección de consultores mediante concurso de méritos⁷.

Además, al proscribir las consideraciones o motivaciones subjetivas en el proceso de escogencia del contratista, la norma legal en comento consagró los criterios de selección propiamente dichos, esto es, los factores de calificación o ponderación a exigir en los pliegos de condiciones para determinar la oferta más favorable dependiendo del objeto a contratar, así:

(i) la oferta más favorable es aquella que resulta de la ponderación precisa y detallada de los factores técnicos y económicos contenidos en los pliegos de condiciones; pero, (ii) en las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, el único factor de “evaluación” (sic) será el menor precio ofrecido; y (iii) en las contrataciones de consultores, esto es, en los concursos de mérito, los factores de calificación serán los destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto, como también se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, pero en ningún caso se podrá incluir el precio como factor de escogencia.

En este marco, la censura del actor se concreta en que la norma reglamentaria cambió el concepto legal sobre “ofrecimiento más favorable”, por cuanto la ley alude a factores “técnicos” y no sólo de “calidad”, siendo este último uno de los tantos factores que la entidad contratante puede tener en cuenta para la selección de la oferta.

Sin embargo, al verificar el texto del reglamento y el de la ley, estima la Sala que la medida de suspensión provisional de las expresiones demandadas “los elementos de calidad” contenidas en las letras a. y b. del numeral 3 del artículo 12 del Decreto 2474 de 2008, no resulta procedente, dado que no aparece *prima facie* una infracción al numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2008.

En efecto, teniendo en cuenta que la norma legal (numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2008) no define qué debe entenderse por “factores técnicos” de la

⁷ La Sala ya había advertido que existían requisitos de participación de los oferentes y factores de calificación de sus ofertas; los primeros, permiten la participación de los sujetos, esto es, habilitan jurídica, financiera o técnicamente –según se refieran a la organización- la concurrencia de los interesados al proceso y, por ende, conciernen a la idoneidad de los oferentes; y los segundos, posibilitan la selección de la propuesta, esto es, están referidos a calificar la oferta, a darle un puntaje, para establecer su mérito frente al objeto a contratar. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 26 de abril de 2006, expedientes Nos. 16041 y 15188.

propuesta, de llegar a existir la ilegalidad denunciada por el actor, ésta no es evidente o notoria, de manera que, para deducir o descartar ese vicio, se requiere de un razonamiento más profundo sobre el concepto, la naturaleza y el alcance general de dicho término, labor interpretativa que supera la mera lectura del tenor literal de las disposiciones confrontadas en esta etapa procesal y, por lo mismo, resulta únicamente posible realizarla en la sentencia.

Además, en esa tarea hermenéutica, con el propósito de indagar si los preceptos demandados se ajustan o no a la ley, es necesario apreciar integralmente el contenido del numeral 3 del artículo 12 del Decreto 2474 de 2008 que los contiene, de conformidad con el cual la oferta más ventajosa en los procesos de selección por licitación y selección abreviada de menor cuantía y para los demás que se realicen bajo este último procedimiento, será la que resulte de aplicar: i) bien la alternativa de ponderación de los elementos de calidad y precio, soportados en puntajes y fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o, ii) bien de la ponderación de elementos de calidad y precio, que representen la mejor relación de costo - beneficio para la entidad, en cuyo caso se ordena -puntos I a IV- establecer en el pliego de condiciones, entre otras cuestiones, las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.

En las anteriores condiciones normativas, no se advierte por parte de la Sala una ilegalidad manifiesta de los mandatos acusados que amerite su suspensión provisional, en tanto, como se señaló, para arribar a una conclusión acerca de su validez o invalidez, es menester realizar un estudio jurídico e interpretativo de fondo, diferente a la sencilla comparación de los contenidos de las normas en cuestión, razón por la cual no se accederá a la medida cautelar solicitada respecto de ellos.

3.3. El artículo 44 (procedimiento de menor cuantía) del Decreto 2474 de 2008, demandado integralmente, preceptúa:

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

1. La convocatoria y la publicación del proyecto de pliego de condiciones y del pliego de condiciones definitivo se surtirá de conformidad con las reglas previstas en el presente decreto.

2. El pliego de condiciones señalará el término para presentar propuestas, que en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) días hábiles.

3. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al acto de apertura del proceso, los posibles oferentes interesados en participar en el mismo manifestarán su interés, con el fin de que se conforme una lista de posibles oferentes.

La manifestación se hará a través del mecanismo señalado en el pliego de condiciones y deberá contener, además de la expresión clara del interés en participar, el señalamiento de formas de contacto y comunicación eficaces a través de los cuales la entidad podrá informar directamente a cada interesado sobre la fecha y hora de la audiencia pública de sorteo, en caso que la misma tenga lugar.

La manifestación de interés en participar es requisito habilitante para la presentación de la respectiva oferta.

En caso de no presentarse manifestación de interés dentro del término previsto, la entidad declarará el proceso desierto.

4. En caso que el número de posibles oferentes sea superior a diez (10), la entidad podrá dar paso al sorteo de consolidación de oferentes para escoger entre ellos un número no inferior a este que podrá presentar oferta en el proceso de selección.

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

En caso de realizarse el sorteo de consolidación de oferentes, el plazo señalado en el pliego de condiciones para la presentación de ofertas comenzará a contarse a partir del día de la realización del sorteo.

5. Vencido el término para la presentación de ofertas, la entidad procederá a la evaluación de las mismas en las condiciones señaladas en el pliego de condiciones, y adjudicará en forma motivada al oferente que haya presentado la oferta más favorable para la entidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del presente decreto.

El término de evaluación de las propuestas no podrá ser mayor que el plazo señalado para la presentación de las mismas, salvo que mediante acto motivado, la entidad lo extienda hasta por un término igual al inicialmente previsto.

La entidad deberá publicar en el Secop la decisión a que se refiere este numeral con el fin de enterar de la misma a todos los oferentes que participaron en el proceso de selección.

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.

Parágrafo 2°. En caso de declararse desierto el proceso de selección abreviada de menor cuantía regulado en el presente artículo, la entidad podrá iniciarlo de nuevo, prescindiendo de la publicación del proyecto de pliego de condiciones. De ser necesario se modificarán los elementos de la futura contratación que hayan sido determinantes en la declaratoria de desierta, sin que en ningún caso se cambie el objeto de la contratación, sin perjuicio de ajustes en las cantidades y el presupuesto.” (Lo subrayado corresponde al texto demandado).

El anterior procedimiento rige para la causal de selección abreviada de contratos de menor cuantía, prevista en la letra b. del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007⁸, que, como se recuerda, antes de la reforma introducida por ésta era uno de los supuestos por los cuales procedía la contratación directa en los eventos de menor cuantía, de conformidad con el presupuesto anual asignado en las respectivas vigencias fiscales a cada una de las entidades públicas⁹.

En el presente caso, el cargo del demandante se concreta en una supuesta omisión del reglamento, al no establecer una etapa en el procedimiento de selección abreviada por menor cuantía para controvertir los informes de evaluación, con lo cual, en su criterio, se desconocieron frontalmente los siguientes artículos:

El artículo 3 del Código Contencioso Administrativo, por cuya inteligencia:

“...ARTICULO 3o. PRINCIPIOS ORIENTADORES. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera. (...).

En virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales...”

⁸ Los artículos 48, 51 inciso segundo y 53 parágrafo 1 del Decreto 2474 de 2008, se remiten también a dicho procedimiento del artículo 44 en cita, aunque con algunas variaciones, para las causales de selección abreviada de que tratan las letras d), g) e i) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, esto es, cuando se ha declarado desierta la licitación pública (con excepción de las reglas de los numerales 3 y 4), actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta (“...que no se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercado regulados, así como aquellas a las que se refiere el artículo 16 de la Ley 1150 de 2007...”), y bienes y servicios para la seguridad nacional (salvo cuando se trate de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización en los que rige los procedimientos de la Sección I del Capítulo Segundo de dicho decreto), respectivamente.

⁹ Anteriormente letra a. del numeral 1º del art. 24 de la Ley 80 de 1993, subrogado ahora por el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007; su procedimiento se encontraba entonces primero establecido en el Decreto 855 de 1994 y luego reformado en el Decreto 2170 de 2002.

El artículo 29 de la Constitución Política, que dispone:

“ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso...”

Y, el numeral 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que señala:

“2. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones”.

Al respecto, conviene precisar que las referidas normas invocadas como ostensiblemente violentadas involucran los principios de rango constitucional de defensa y contradicción corolarios del debido proceso (art. 29 C.P.), que no sólo se recogieron en el Código Contencioso Administrativo para las actuaciones administrativas en general (art. 3º C.C.A.), sino también en la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, en varios de sus preceptos, como orientadores de la actuación contractual de las entidades del Estado.

De modo que, en su condición de principios que permean el orden jurídico administrativo, encuentran perfecto desarrollo en la regla prevista en el numeral 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, expresión, a su vez, del principio de transparencia en la contratación pública, como que en los términos de esta disposición existe: (i) la obligación de poner en conocimiento los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, dentro de los cuales se

encuentran los estudios de evaluación de las ofertas; (ii) el derecho de los proponentes participantes en el respectivo proceso de selección para conocerlos y controvertirlos; y, (iii) en consecuencia, el deber de establecer etapas en los procesos de contractuales que permitan el conocimiento de dichas actuaciones, de suerte que se posibilite el ejercicio de ese derecho contradicción que les otorga la ley, a través de la presentación de observaciones.

Para la Sala, esta norma del estatuto de contratación es imperativa y de orden público y su aplicación se refiere a todos los procesos contractuales, sin distinción de ninguna índole, con el propósito, reiterando su texto, de que los interesados tengan la oportunidad de conocer y controvertir los informes de evaluación que se emitan en relación con sus propuestas, en el evento en que consideren que presentan errores, deficiencias o equivocaciones que les perjudique e incidan en el orden de elegibilidad; es decir, garantiza su derecho de defensa y contradicción en este tipo de actuaciones administrativas, a la par que evita situaciones de secreto o clandestinidad durante el proceso de selección y sirve de instrumento de purificación en la toma de la decisión por parte de la Administración Pública, pues aquéllos, a través de la formulación de observaciones, pueden advertir circunstancias que hubiesen pasado desapercibidas, en aras de contribuir a que se respete la legalidad de la adjudicación.

En suma, esta norma jurídica (art. 24 No. 2 Ley 80 de 1993), como concepto básico del principio de transparencia, sin ambages, confiere un derecho a los proponentes a enterarse del contenido de la evaluación realizada por la entidad pública a sus ofertas; un derecho a expresar, exponer o formular las observaciones o reparos a que haya lugar y, por supuesto, un derecho a recibir respuesta en torno a las mismas antes de la adjudicación del contrato; pero, también, correlativamente impone una obligación de regular en los procedimientos de selección etapas que hagan posible el desarrollo de esos derechos, esto es, la publicidad y contradicción de los informes, conceptos y decisiones que se adopten en los procesos por parte de la Administración, brindando así la oportunidad a los interesados de conocerlos y controvertirlos.

Ahora, se observa que en el artículo 44 del Decreto 2474 de 2008, cuya suspensión de sus efectos se solicita por notoria infracción de las mencionadas normas superiores, se reglamentaron las diferentes etapas del proceso de selección abreviada por menor cuantía, que comprende su iniciación con la

publicación de la convocatoria pública y los prepliegos, la manifestación de la intención de participar por los interesados, la eventual realización de un sorteo para conformar la lista de posibles oferentes, la presentación de las ofertas y la posibilidad de que se haga por conformación dinámica mediante subasta inversa, su evaluación y, una vez efectuada ésta, la adjudicación motivada del proceso y la publicación de la respectiva decisión en el SECOP (Sistema Electrónico para la Contratación Pública); no obstante, en verdad, en él no se vislumbra la existencia de una etapa y su término previo a la adjudicación del contrato para presentar por parte de los oferentes observaciones o reparos a los informes de evaluación, como tampoco para su respuesta por parte de la Administración.

Así las cosas, de la sola confrontación de las normas citadas, salta a la vista para la Sala que el artículo 44 del Decreto 2474 de 2008 ciertamente vulnera de manera flagrante el numeral 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, por cuanto el Gobierno Nacional en el reglamento no estableció, como lo ordena esta norma de la ley de contratación pública, una etapa que permita a los oferentes en el proceso de selección abreviada por menor cuantía conocer y controvertir los informes y el concepto de la evaluación de sus propuestas con antelación a la adjudicación del contrato.

Teniendo en cuenta la ilegalidad manifiesta en que incurre el artículo 44 del Decreto 2474 de 2008, al omitir la etapa señalada en la reglamentación del procedimiento de selección abreviada por menor cuantía, contrariando los términos de los artículos 24 numeral 2 de la Ley 80 de 1993, 3 del C.C.A. y 29 de la Constitución Política, que garantizan en los procesos contractuales los derechos de defensa y contradicción corolarios del debido proceso, fuerza concluir que sus efectos deben ser suspendidos provisionalmente por la razón aludida.

3.4. El artículo 48 (selección abreviada por declaratoria de desierta de la licitación) del Decreto 2474 de 2008, demandado totalmente, indica:

“Artículo 48. Selección abreviada por declaratoria de desierta de la licitación. En los casos de declaratoria de desierta de la licitación, si persiste la necesidad de contratar y la entidad estatal no decide adelantar un nuevo proceso de licitación, podrá iniciar dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la declaratoria de desierta un proceso de selección abreviada, aplicando las reglas señaladas en el artículo 44 del presente decreto con excepción de lo señalado en los numerales 3 y 4 del citado artículo.

La entidad podrá modificar los elementos de la futura contratación que a su criterio hayan sido determinantes en la declaratoria de desierta, sin que en ningún caso se cambie el objeto de la contratación...”(Lo subrayado corresponde a la expresión demandada).

Por su parte, el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en especial su letra d), definió lo siguiente:

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

(...)

2. Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Serán causales de selección abreviada las siguientes:

(...)

d) La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto; en cuyo caso la entidad deberá iniciar la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaración de desierto del proceso inicial;” (Se subraya el texto que se considera infringido por el actor).

En el sentir del demandante, la norma legal consagra una obligación *pro tempore* para las entidades de iniciar un proceso de contratación por selección abreviada, una vez se produce la declaratoria de desierto de la licitación, y no una facultad o competencia discrecional como se contempló en el reglamento, cambiando así el sentido de la ley.

Sin embargo, de la sola confrontación de la norma reglamentaria enjuiciada con el citado precepto legal y por este cargo expuesto por el actor, no es posible deducir en forma sencilla y *ab initio*, si la norma acusada viola la disposición legal reglamentada.

En efecto, arribar a una conclusión de esa magnitud resulta aún prematuro, pues exige un juicioso y detenido análisis de las normas y, en particular, determinar, entre otros aspectos, en el marco del alcance de la modalidad de contratación de selección abreviada prevista en la Ley 1150 de 2007 y en el de la Ley 80 de 1993, si ante la declaratoria de desierto de un proceso licitatorio, y de persistir la

necesidad de contratar: (i) se impone una obligación *pro tempore* a la entidad pública consistente en llevar a cabo el procedimiento de selección abreviada, con la consiguiente imposibilidad de optar por la realización de un nuevo proceso de licitación pública y, además, en forma independiente a los motivos o causas que dieron lugar a la frustración del proceso; o, por el contrario, (ii) se trata más bien de una facultad de la entidad pública para adelantar en ese preciso evento y con sujeción al límite temporal fijado en la norma legal (4 meses) dicho proceso.

Es claro que dilucidar los anteriores interrogantes, no es una actividad que pueda ser realizada en esta oportunidad procesal, sino que será el resultado de un análisis sustancial y de fondo propio del decurso del proceso y definido en la sentencia a que haya lugar, lo cual, de suyo, denota que no se presenta una manifiesta infracción de la norma inferior acusada al precepto superior invocado por la parte demandante.

En síntesis, en este estado inicial del proceso, no es evidente para la Sala que el artículo 48 del Decreto 2474 de 2008, por el motivo expuesto por el actor, contravenga en forma notoria la letra d) del numeral 2 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007, razón por la cual se negará la medida cautelar solicitada en relación con esa disposición reglamentaria.

3.5. El artículo 88 (determinación de los riesgos previsibles) del Decreto 2474 de 2008, demandado en su párrafo, preceptúa:

“Artículo 88. Determinación de los riesgos previsibles. Para los efectos previstos en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales.

La entidad en el proyecto de pliego de condiciones deberá tipificar los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de cuantificar la posible afectación de la ecuación financiera del mismo, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, o la forma en que se recobrará el equilibrio contractual, cuando se vea afectado por la ocurrencia del riesgo. Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego, o en la audiencia convocada para el efecto dentro del procedimiento de licitación pública, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida.

La tipificación, estimación y asignación de los riesgos así previstos, debe constar en el pliego definitivo. La presentación de las ofertas implica de la aceptación por parte del proponente de la distribución de riesgos previsible efectuada por la entidad en dicho pliego.

Parágrafo. A criterio de la entidad, la audiencia a que se refiere el presente artículo podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, o realizarse de manera previa a la apertura del proceso.” (Lo subrayado corresponde al texto demandado).

Señala el actor que el parágrafo del artículo reproducido, es violatorio del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, que prevé:

“Artículo 4°. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.” (Se subraya el texto que se considera infringido por el actor).

De conformidad con esta disposición legal en los pliegos de condiciones o sus equivalentes se deberá incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible involucrados en la contratación; y en las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

La nueva regulación introducida por la Ley 1150 de 2007, en relación con la necesaria distribución de los riesgos contractuales en la contratación pública, obliga entonces tanto a la Administración como a los interesados en contratar con ella a surtir una labor de planeación para estudiar, identificar y cuantificar los factores o circunstancias de peligro, amenaza o contingencias previsible, esto es, que puedan presentarse en la ejecución de la futura relación comercial, y que, por tanto, determinarán e incidirán en la conmutatividad de las prestaciones y, por ende, afectarán el equilibrio financiero del contrato. A términos de la norma legal, queda claro que es a la entidad pública a la que le corresponde determinar en los

pliegos de condiciones los riesgos previsibles y distribuirlos y, posteriormente, serán revisados con los proponentes.

Por su parte, la norma reglamentaria prevé que esa asignación de riesgos debe incluirse en los pliegos de condiciones, para lo cual los interesados pueden hacer inicialmente observaciones al mismo, es decir, sin que ello comporte que sea definitivo, puesto que pueden también manifestarlas en la audiencia convocada para el efecto dentro del procedimiento de licitación pública, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida.

Para la Sala, asiste razón al actor en cuanto que el párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008 resulta notoriamente ilegal, por cuanto modifica la regla contemplada en el inciso segundo del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

En efecto, del paralelo del texto de las disposiciones en conflicto, se observa que el Legislador, en el inciso segundo del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, nítidamente estableció que el momento para la asignación definitiva de los riesgos debía señalarse “con anterioridad a la presentación de las ofertas”, o sea, para que se efectuase en forma previa al comienzo del plazo de la licitación, pues iniciado éste ya es posible para los oferentes formular sus propuestas a la Administración; mientras el Gobierno Nacional, en el párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, dejó a criterio de la entidad fijar la realización de la audiencia para ese propósito coincidiendo con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes al inicio del plazo para la presentación de las ofertas, de donde, sin mayores elucubraciones o razonamientos, surge una modificación y contradicción a lo regulado en la ley.

Por consiguiente, la Sala decretará la medida cautelar solicitada, pero sólo respecto de la expresión “*A criterio de la entidad, (...) podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, o...*” del párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, y no en relación con la expresión restante del mismo, esto es, “*...la audiencia a que se refiere el presente artículo (...) realizarse de manera previa a la apertura del proceso...*”, pues irrumpe, con meridiana claridad, que únicamente lo contenido en la primera expresión se opone a la norma que se invoca como infringida.

3.6. Los artículos 47 (de los contratos de prestación de servicios de salud) y 52 (de los contratos de entidades a cargo de ejecución de programas de protección de personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada, protección de Derechos Humanos y población con alto grado de exclusión), del Decreto 2474 de 2008, censurados parcialmente, prescriben:

“Artículo 47. *De los contratos de prestación de servicios de salud.* Las entidades estatales que requieran la prestación de servicios de salud, (sic) 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.” (Lo subrayado corresponde a la expresión demandada).

“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.

No se hará la publicación de que trata el artículo 8° del presente decreto, cuando con el fin de preservar la seguridad de los beneficiarios del programa, la entidad así lo determine.

Si el objeto a contratar es de características técnicas uniformes y de común utilización se aplicará el procedimiento señalado para este tipo de objetos.” (Lo subrayado corresponde a la expresión demandada).

Sostiene el actor que las anteriores normas reglamentarias en las expresiones subrayadas son violatorias del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política y del artículo 2 numeral 2 de la Ley 1150 de 2007, por cuanto el Presidente de la República transfirió a los distintos órganos sometidos al Estatuto General de Contratación, su facultad reglamentaria para fijar el procedimiento de selección abreviada en las dos causales enunciadas.

Sobre el particular, es preciso resaltar que, en virtud de lo previsto en el artículo 189 numeral 11° de la Constitución Política, corresponde al Presidente de la República, como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad

Administrativa “[e]jercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”. A su vez, el artículo 2º numeral 2º, letras c. y h., de la Ley 1150 de 2007, determina:

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

(...)

2. **Selección abreviada.** La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Serán causales de selección abreviada las siguientes:

(...)

c) Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios; (...)

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

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 Sala¹⁰, es de carácter permanente, inalienable, intransferible e irrenunciable.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 diciembre de 2007, Exp. 24.715 y otros –acumulados–.

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.

Por lo anterior, se accederá a la suspensión provisional de los efectos de las expresiones censuradas de los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

PRIMERO: ADMÍTESE la demanda interpuesta por el ciudadano **ZAMIR ALONSO BERMEO GARCIA**, contra los artículos 7 (parcial); 12 numeral 3 letras a. y b., 44 (integralmente), 48 (integralmente), 88 párrafo, 47 (parcialmente) y 52 (parcialmente) del Decreto 2474 de 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”*, expedido por el Presidente de la República.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al agente del Ministerio Público.

TERCERO: NOTIFÍQUESE personalmente este auto a los señores: Ministro del Interior y de Justicia, Ministro de Hacienda y Crédito Público, Ministro de Transporte y Director del Departamento Nacional de Planeación.

CUARTO: FÍJESE en lista por el término de diez (10) días.

QUINTO: DECRÉTASE la suspensión provisional de los efectos de la expresión demandada del artículo 7 del Decreto 2474 de 2008: *“En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello.”*

SEXTO: DECRÉTASE la suspensión provisional de los efectos del artículo 44 del Decreto 2474 de 2008.

SÉPTIMO: DECRÉTASE la suspensión provisional de los efectos de la expresión demandada del párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008: *“A criterio de la entidad, (...) podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, o...”*

OCTAVO: DECRÉTASE la suspensión provisional de los efectos de la expresión demandada del artículo 47 del Decreto 2474 de 2008: *“...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...”*

NOVENO: DECRÉTASE la suspensión provisional de los efectos de la expresión demandada del artículo 52 del Decreto 2474 de 2008: *“...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...”*

DÉCIMO: NIÉGASE la solicitud de suspensión provisional de los efectos de las expresiones *“los elementos de calidad”* contenidas en las letras a. y b. del numeral 3 del artículo 12 del Decreto 2474 de 2008.

UNDÉCIMO: NIÉGASE la solicitud de suspensión provisional de los efectos del artículo 48 del Decreto 2474 de 2008.

DÉCIMO SEGUNDO: NIÉGASE la solicitud la suspensión provisional de los efectos de la expresión demandada del parágrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008: *“...la audiencia a que se refiere el presente artículo (...) realizarse de manera previa a la apertura del proceso...”*

DÉCIMO TERCERO: SEÑÁLESE la suma de cien mil pesos (\$100.000,00) como gastos ordinarios del proceso a cargo de la parte actora, suma que será consignada a órdenes de la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la respectiva cuenta, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de ésta providencia. El remanente, si existiere, se devolverá al interesado, cuando el proceso finalice.

DÉCIMO CUARTO: SOLICÍTESE por secretaría, a las entidades demandadas el envío, en copia íntegra y auténtica, de todos los antecedentes administrativos del Decreto 2474 de 7 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”*, en especial de las disposiciones demandadas, dentro del término de 10 días, y con la advertencia de que el desacato a esta solicitud o la inobservancia del plazo constituye falta disciplinaria.

DÉCIMO QUINTO: TÉNGASE al ciudadano **ZAMIR ALONSO BERMEO GARCÍA** como parte demandante, y por tratarse de una acción pública **RECONÓCESE** personería para actuar a nombre propio.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR