

DECRETO 2474 DE 2008 - Artículo 77 parágrafo 2. Suspensión provisional / CONTRATACION DIRECTA - Acto administrativo de justificación / ACTO ADMINISTRATIVO DE JUSTIFICACION DE LA CONTRATACION DIRECTA - Obligatoriedad / SUSPENSION PROVISIONAL - Parágrafo 2 artículo 77 Decreto 2474 de 2008 / PROCESO DE SELECCION - Acto previo de justificación. Obligatoriedad

La contratación directa, entendida como el procedimiento a través del cual la Administración escoge al titular del contrato, previa consulta de los candidatos, se rige por los principios rectores de la contratación estatal, entre ellos, el principio de motivación de las decisiones contractuales, que obliga a la entidad a justificar la escogencia del contratista para asegurar que la selección sea objetiva. Es así como el legislador previó en el parágrafo 1º del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el deber de la entidad pública “justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar”, sin excepción alguna, por lo que es dable concluir que toda actuación de las autoridades, derivada de la actividad contractual, deberá ser motivada, porque así lo exige la ley. Por consiguiente, el Ejecutivo no podía crear excepciones que la ley no contempló, máxime cuando el procedimiento de la contratación directa es excepcional y, por lo tanto, de aplicación e interpretación restrictiva. Bajo este postulado es evidente que la Administración siempre deberá justificar, antes de la apertura del proceso de selección que se trate, las razones jurídicas que fundamentan tal decisión, pues la actividad contractual no es arbitraria sino que está regulada por el legislador y la reglamentación del Gobierno Nacional sobre el tema debe ceñirse a los principios consagrados en el Estatuto de Contratación. Con fundamento en lo anterior, es evidente que el parágrafo 2º del artículo 77 del Decreto 2474 de 2008 resulta abiertamente ilegal, porque modifica la regla general contemplada en el parágrafo 1º del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, circunstancia que permite concluir que el Ejecutivo desbordó la potestad reglamentaria. Con fundamento en lo anterior, la Sala decretará la suspensión provisional de los efectos del parágrafo 2º del artículo 77 del Decreto 2474 de 2008.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Bogotá, D. C., seis (6) de agosto de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00070-00(37044)

Actor: EDGAR PINZON GAONA

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Referencia: ACCION PUBLICA DE NULIDAD CON SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

Procede la Sala a pronunciarse sobre la demanda interpuesta el 11 de junio de 2009, en ejercicio de la acción pública de nulidad, por el ciudadano Edgar Pinzón Gaona contra el Gobierno Nacional, y sobre la solicitud de suspensión provisional.

I. Antecedentes

1. La demanda

El ciudadano Edgar Pinzón Gaona pretende la nulidad de los artículos **77**, parágrafo 2º y **82 inciso 1º** del Decreto 2474 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”, que señalan:

“ARTÍCULO 77. ACTO ADMINISTRATIVO DE JUSTIFICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA. Cuando proceda el uso de la modalidad de selección de contratación directa, la entidad así lo señalará en un acto administrativo que contendrá:

1. El señalamiento de la causal que se invoca.
2. La determinación del objeto a contratar.
3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que se exigirán a los proponentes si las hubiera, o al contratista.
4. La indicación del lugar en donde se podrán consultar los estudios y documentos previos, salvo en caso de contratación por urgencia manifiesta.

En los eventos previstos en los literales b) y d) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 y en los contratos interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República, no requieren de acto administrativo alguno, y los estudios que soportan la contratación, no serán públicos.

Parágrafo 1º. En caso de urgencia manifiesta, el acto administrativo que la declara hará las veces del acto a que se refiere el presente artículo, y no requerirá de estudios previos.

Parágrafo 2º. En tratándose de los contratos a los que se refiere el artículo 82 del presente decreto no será necesario el acto administrativo a que se refiere el presente artículo.

(...).

ARTÍCULO 82. CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y DE APOYO A LA GESTIÓN, O PARA LA EJECUCIÓN DE TRABAJOS ARTÍSTICOS QUE SOLO PUEDEN

ENCOMENDARSE A DETERMINADAS PERSONAS NATURALES. Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad.

Para la contratación de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación en el respectivo contrato". Los apartes subrayados por la Sala son los demandados.

2. Suspensión provisional

El actor solicitó en su demanda la suspensión provisional de las normas demandadas, por considerar que infringen lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley 80 de 1993, 2, 5, 6 y 8 de la Ley 1150 de 2007, que consagran los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva.

Explicó que la finalidad de los principios de transparencia y de selección objetiva consagrados en las normas que afirma vulneradas, es imponer el deber a las autoridades administrativas de escoger a sus contratistas conforme a los procedimientos legalmente establecidos, y con fundamento en los criterios previamente señalados en los pliegos de condiciones; que el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que derogó parcialmente el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, consagró las modalidades de selección, entre ellas, la contratación directa, que procede únicamente en los casos enumerados en el numeral 4º de dicha disposición, siendo uno de ellos, el contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, que sólo pueden encomendarse a las personas que reúnan determinadas calidades ya que, por su naturaleza, se trata de un contrato *intuite personae*.

Indicó que el artículo 88 del Decreto 2474 de 2007, contraría las disposiciones legales mencionadas, porque el Presidente de la República excedió la atribución reglamentaria a él asignada, al olvidar que los contratos de prestación de servicios también se rigen por los principios de transparencia, economía y responsabilidad.

Adujo que la Administración siempre debe procurar obtener un número plural de propuestas para efectuar la respectiva evaluación y, con base en los resultados de la misma, seleccionar la oferta más favorable, sin perjuicio de que tal evaluación también la efectúe en los eventos en que se presenta una sola propuesta, siempre que ésta cumpla con las expectativas previamente determinadas; que cuando el Ejecutivo, en su tarea reglamentaria, faculta a la Administración para contratar los servicios profesionales o de apoyo a la gestión con cualquier persona que demuestre idoneidad y experiencia, sin necesidad de la obtención previa de una pluralidad de ofertas, vulnera flagrantemente el principio de selección objetiva. Agregó:

“La definición que hace la ley 80 de 1993 en su artículo 31 numeral 3º del contrato de prestación de servicios no es caprichosa, lo hizo porque es uno de los contratos más socorridos en la administración pública y por lo tanto deben existir requisitos expuestos para su celebración, como existe para los demás; permitir la celebración del contrato de prestación de servicios, sin por lo menos la publicación en procura de una pluralidad de ofertas, es una contradicción palmaria de los principios de transparencia y selección objetiva de que trata el Estatuto Contractual. (...).

Tales principios garantizan, en este evento, el libre acceso de los particulares al apoyo de la función pública; que la administración actúe con un comportamiento probo e imparcial y permita la libre competencia de los particulares que en igualdad de condiciones pretenda, mediante el mecanismo del contrato colaborar con ella, y desde luego que todos sus actos se publiquen y por ese medio permita el libre acceso a la contratación. No basta con dejar una constancia escrita, casi siempre después de suscrito el contrato, para cumplir con los principios que se enumeran”.

También explicó que la Administración no puede obviar el acto administrativo en el que justifique la modalidad de selección, pues el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 establece, sin excepción alguna, que la Administración debe justificar previamente las razones jurídicas que fundamentan la modalidad de selección y, el artículo 8 ibídem, ordena a las entidades publicar los pliegos de condiciones o sus equivalentes, con la finalidad de suministrar al público en general, la información que le permita formular observaciones. Añadió:

“Si el artículo 77 del Decreto 2474 establece de manera general un acto administrativo que justifique la contratación directa, además de señalar la causal que se invoca, el objeto a contratar, el presupuesto y el lugar donde se pueden consultar los estudios y documentos previos, no puede de soslayo que los contratos de prestación de servicios cumplan con el requisito previsto en el párrafo 1º del artículo 2º de la ley 1150 de 2007.

La disposición que se demanda, no tiene otra razón de ser, sino la vulneración de los principios que anteriormente se mencionaron, pues de qué manera se conoce un acto administrativo si no es por su publicidad, desde luego no habiendo acto administrativo, la celebración de este tipo de contratos se convierte en una actuación a hurtadillas (...) el Ejecutivo en su tarea reglamentaria, excepcionó la modalidad de contratación de prestación de servicios de este requisito”.

Previo a resolver se hacen las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para decidir el asunto en única instancia, por tratarse de una demanda interpuesta en ejercicio de la acción pública de nulidad, dirigida contra un decreto reglamentario expedido por el Presidente de la República, que versa sobre un asunto contractual, en la cual se solicita la medida cautelar de suspensión provisional (arts. 128 -num. 1- y 154 C. C. A y 13 Acuerdo 55 de 2003, proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado).

2. La admisión de la demanda

Teniendo en cuenta que la demanda cumple con los requisitos exigidos por los artículos 137 y siguientes del C. C. A.¹, relacionados con el contenido de la demanda, sus anexos, la individualización de las pretensiones, las normas jurídicas de alcance no nacional y a la presentación de la demanda, se admitirá.

3. Suspensión provisional

¹ Los artículos 137, 139 y 142 del C. C. A. señalan los requisitos formales que se deben cumplir al presentar cualquier demanda, so pena de inadmisión:

“ARTÍCULO. 137. Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:

1º La designación de las partes y de sus representantes.

2º Lo que se demanda.

3º Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción.

4º Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.

5º La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer.

6º La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia” .

(...).

“ARTÍCULO 139. Modificado Decr. 2304 de 1989, art. 25. A la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, si son del caso; y los documentos, contratos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en su poder. (...). Deberá acompañarse también el documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso, cuando tenga la representación de otra persona (...) y la prueba de la existencia y representación de las personas jurídicas distintas de las de derecho público que intervengan en el proceso. (...) Deberá acompañarse copias de la demanda y sus anexos para la notificación de las partes”.

(...).

“ARTÍCULO 142. Toda demanda deberá presentarse personalmente por quien la suscribe. El signatario podrá remitirla previa autenticación ante el juez o notario de su residencia, caso en el cual se considerará presentada al recibo en el despacho judicial de destino”.

3.1. Condiciones de procedibilidad

La medida cautelar de suspensión provisional tiene por objeto evitar de manera transitoria la aplicación del acto acusado. Está regulada en el artículo 152 del C. C. A. modificado por el 31 del Decreto 2304 de 1989, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 152. El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.
2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.
3. Si 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.”

Con fundamento en la norma trascrita, cuando la medida se solicite en ejercicio de la acción de simple nulidad, el actor debe acreditar la ilegalidad manifiesta del acto, que se traduce en la notoria infracción de las normas superiores. Al respecto, la Sala² ha dicho que ésta debe ser evidente y deducible de la sola comparación entre el acto demandado y el ordenamiento jurídico superior que se indicó como infringido en la solicitud o, a través de documentos públicos.

3.2. Análisis de los cargos

3.2.1. Artículo 77, parágrafo 2º del Decreto 2474 de 2008.

El aparte acusado señala que en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión o para la ejecución de trabajos artísticos, la entidad pública no tiene el deber de justificar las razones jurídicas que fundamentan la modalidad de selección que se pretende adelantar.

El actor considera que dicha disposición vulnera lo establecido en el parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, según el cual, la Administración **debe** justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate,

² Auto que dictó la Sección Primera el 17 de noviembre de 1988. También pueden consultarse las siguientes providencias: 30 de enero de 1992. Exp: 7089 Consejero Ponente: Dr. Julio Cesar Uribe Acosta; 4 de marzo de 1994. Exp: 8470. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

los fundamentos jurídicos en que se basa la modalidad de selección que se propone adelantar.

Para establecer si la norma demandada vulnera el ordenamiento jurídico superior, la Sala confrontará a continuación ambas disposiciones.

Artículo 77, parágrafo 2	Artículo 2º, parágrafo 1º Ley 1150 de 2007
<p><u>“ARTÍCULO 77. ACTO ADMINISTRATIVO DE JUSTIFICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA. Cuando proceda el uso de la modalidad de selección de contratación directa, la entidad así lo señalará en un acto administrativo que contendrá (...).</u></p> <p><u>Parágrafo 2º. En tratándose de los contratos a los que se refiere el artículo 82 del presente decreto no será necesario el acto administrativo a que se refiere el presente artículo.</u></p>	<p>“ARTÍCULO 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. (...).</p> <p>4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:</p> <p>h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales; (...)</p> <p><u>PARÁGRAFO 1o. La entidad deberá justificar de manera previa a la apertura DEL PROCESO DE SELECCIÓN DE QUE SE TRATE, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar. (...).</u></p>

De la comparación entre la norma acusada y el ordenamiento jurídico superior que se indica trasgredido, la Sala advierte que le asiste razón al demandante al afirmar que el Ejecutivo desbordó la facultad reglamentaria a él asignada, en consideración a que establece una excepción que no está contemplada en la ley.

En efecto, la contratación directa, entendida como el procedimiento a través del cual la Administración escoge al titular del contrato, previa consulta de los candidatos, se rige por los principios rectores de la contratación estatal, entre ellos, el principio de motivación de las decisiones contractuales, que obliga a la entidad a justificar la escogencia del contratista para asegurar que la selección sea objetiva.

Es así como el legislador previó en el parágrafo 1º del artículo 2 de la Ley 1150 de

2007, el deber de la entidad pública “justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar”, sin excepción alguna, por lo que es dable concluir que toda actuación de las autoridades, derivada de la actividad contractual, deberá ser motivada³, porque así lo exige la ley.

Por consiguiente, el Ejecutivo no podía crear excepciones que la ley no contempló, máxime cuando el procedimiento de la contratación directa es excepcional y, por lo tanto, de aplicación e interpretación restrictiva.

Bajo este postulado es evidente que la Administración siempre deberá justificar, antes de la apertura del proceso de selección que se trate, las razones jurídicas que fundamentan tal decisión, pues la actividad contractual no es arbitraria sino que está regulada por el legislador y la reglamentación del Gobierno Nacional sobre el tema debe ceñirse a los principios consagrados en el Estatuto de Contratación.

Respecto de la necesidad de justificar la contratación, cabe destacar la exposición de motivos del proyecto de ley 149 de 1992, que dio lugar a la expedición de la Ley 80 de 1993, en la cual se observa claramente la intención del legislador, de exigir el estudio de los factores determinantes para la escogencia, con el fin de garantizar la selección objetiva:

“Adicionalmente el aludido artículo del proyecto **exige que la ponderación de esos factores conste en forma clara, detallada y concreta en** los respectivos pliegos de condiciones, cuadernos de requisitos o términos de referencia, o en **el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, buscando con ello cerrar la puerta a cualquier arbitrariedad en la decisión administrativa de selección.** Con este mismo propósito la prenombrada disposición establece que la favorabilidad de la propuesta no puede obedecer a factores diferentes de los enunciados en los referidos documentos contentivos de requisitos y condiciones o fundamentada exclusivamente en alguno de ellos o en la sola y simple consideración del más bajo precio o menor plazo ofrecidos.”⁴

Con fundamento en lo anterior, es evidente que el párrafo 2º del artículo 77 del Decreto 2474 de 2008 resulta abiertamente ilegal, porque modifica la regla general contemplada en el párrafo 1º del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007,

³ C-128 del 18 de febrero de 2003. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Gálvis.

⁴ BENDECK OLIVELLA, Jorge, Ministro de obras Públicas, exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992, en GACETA DEL CONGRESO, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992, pág. 18.

circunstancia que permite concluir que el Ejecutivo desbordó la potestad reglamentaria. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido³:

“La potestad reglamentaria se caracteriza porque los actos expedidos están subordinados a la ley que reglamentan, de modo que no pueden modificar las disposiciones contenidas en ella. Si el ejecutivo desborda la facultad reglamentaria y se arroga una competencia de la que carece, termina por invadir la órbita del legislador, al punto de colegislar conjuntamente con él”.

Y recientemente, respecto de dicha facultad, la Sala señaló:

“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 Sala⁵, es de carácter permanente, inalienable, intransferible e irrenunciable.

(...). 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”⁶

Con fundamento en lo anterior, la Sala decretará la suspensión provisional de los efectos del párrafo 2º del artículo 77 del Decreto 2474 de 2008.

3.2.2. Artículo 82, inciso 1º del Decreto 2474 de 2008

El actor considera que el inciso 1º del artículo 82 del Decreto 2474 de 2008 vulnera las disposiciones legales superiores, porque faculta a la Administración para contratar directamente con personas naturales o jurídicas, la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión o para la ejecución de trabajos artísticos, sin verificación previa de las condiciones de sus propuestas. Alegó que no puede entenderse que las condiciones de idoneidad y experiencia suplan los requisitos exigidos por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, entre ellos, la comparación de las ofertas.

³ Sentencia de 23 de noviembre de 2005, exp. 14501; M.P. Ramiro Saavedra Becerra, reiterada en auto proferido el 12 de diciembre de 2007, exp. 34.144.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 diciembre de 2007, Exp. 24.715 y otros –acumulados-.

⁶ Auto del 1º de abril de 2009. Exp: 36.476. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

En otras palabras, cuestiona el hecho de que sólo se exija a quienes resultan favorecidos con este tipo de contratos, acreditar la idoneidad y experiencia relacionada con el área que se trate, toda vez que esos no son los únicos criterios que pueden tener en cuenta las entidades públicas para la selección objetiva, lo que lo conlleva a concluir que se vulnera el contenido de los artículos 24 de la Ley 80 de 1993 y 5 de la Ley 1150 de 2007, porque se limitan los factores de escogencia allí consagrados.

También considera abiertamente ilegal la norma demandada, al autorizar a las autoridades públicas contratar sin la obtención previa de varias ofertas, lo que en su criterio resulta contrario a lo dispuesto en los artículos 23 y 32 numeral 3º de la Ley 80 de 1993, 5 y 8 de la Ley 1150 de 2007.

En el cuadro que se plasma a continuación, la Sala confrontará la norma demandada y las presuntamente vulneradas, divididas en cada uno de los reproches del actor, con el fin de establecer si se vulnera el ordenamiento jurídico superior.

Criterios de idoneidad y experiencia	
Norma demandada: Artículo 82 inciso 1º	Normas presuntamente vulneradas: arts. 24, num. 8º L 80/93 y 5 L 1150/07
<p>ARTÍCULO 82. CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y DE APOYO A LA GESTIÓN, O PARA LA EJECUCIÓN DE TRABAJOS ARTÍSTICOS QUE SOLO PUEDEN ENCOMENDARSE A DETERMINADAS PERSONAS NATURALES. Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato <u>y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate</u>, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.</p>	<p>ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio: (...). 8o. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. <u>Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto. (...).</u></p> <p>ARTÍCULO 5o. <i>DE LA SELECCIÓN OBJETIVA</i>. 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. <u>En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los</u></p>

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 6o 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. (...).

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

	<p>precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.</p> <p>PARÁGRAFO 1o. 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. (...).</p> <p>PARÁGRAFO 2o. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.</p>
Obtención previa de varias ofertas	
Norma demandada: Artículo 82 inciso 1º	Normas presuntamente vulneradas: arts. 23 y 32, numeral 3 L 80/93, y 5 y 8 L 1150/07
<p>ARTÍCULO 82. CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y DE APOYO A LA GESTIÓN, O PARA LA EJECUCIÓN DE TRABAJOS ARTÍSTICOS QUE SOLO PUEDEN ENCOMENDARSE A DETERMINADAS PERSONAS NATURALES. Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, <u>sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.</u></p>	<p>“ARTÍCULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. <u>Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.</u> Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.</p> <p>ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (..)</p> <p>3o. Contrato de Prestación de Servicios.</p> <p><Apartes subrayados</p>

CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES>

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

ARTÍCULO 5o. 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. (...)

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 (...). La entidad efectuará las comparaciones del caso

	<p><u>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.</u></p> <p>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. (...)</p> <p>ARTÍCULO 8o. DE LA PUBLICACIÓN DE PROYECTOS DE PLIEGOS DE CONDICIONES, Y ESTUDIOS PREVIOS. Con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido, <u>las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, en las condiciones que señale el reglamento.</u> La información publicada debe ser veraz, responsable, ecuánime, suficiente y oportuna. La publicación de los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección. Junto con los proyectos de pliegos de condiciones se publicarán los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración. Las Entidades deberán publicar las razones por las cuales se acogen o rechazan las observaciones a los proyectos de pliegos”.</p>
--	---

3.3.2.1. Criterios de idoneidad y experiencia

De la comparación entre la norma acusada y las presuntamente vulneradas la Sala no advierte una ilegalidad evidente que permita la adopción de la medida cautelar solicitada.

En efecto, el artículo 88 del Decreto 2474 autoriza a las entidades públicas a

celebrar contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, con las personas naturales o jurídicas que estén en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que además demuestren idoneidad y experiencia en el área que se trate.

Del contenido de dicha disposición no es posible afirmar *prima facie* que el Ejecutivo hubiera limitado los criterios de escogencia establecidos en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, relativos a la **capacidad jurídica, financiera y de organización** de los proponentes, y a las condiciones de **experiencia**.

Cuando la norma demandada exige que las personas naturales o jurídicas con las que se va a celebrar el contrato, además de acreditar idoneidad y experiencia, estén en capacidad para ejecutar el objeto del mismo, no especifica si es jurídica, financiera o de organización, razón por la cual, para establecer si la norma restringe o limita los criterios señalados en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, es necesario efectuar un estudio integral de las normas que gobiernan el contrato de prestación de servicios, así como la modalidad de contratación directa.

3.3.2.2. Obtención previa de varias ofertas

En criterio del demandante, cuando la norma acusada permite la contratación de los servicios profesionales, artísticos o de apoyo a la gestión sin que sea necesario que la entidad obtenga previamente varias ofertas, vulnera los principios de transparencia y selección objetiva consagrados en los artículos 23 y 32 de la Ley 80 de 1993, y 5 y 8 de la Ley 1150 de 2007, por cuanto se restringe el libre acceso de los particulares y se evita la pluralidad de ofertas.

Para la Sala no es evidente la ilegalidad de la norma demandada, en consideración a que de su lectura y del cotejo con las disposiciones que se afirman quebrantadas, no se observa que el Ejecutivo hubiera autorizado la contratación directa de ese tipo de servicios sin el cumplimiento de los procedimientos establecidos en la ley para la selección objetiva, sino que facultó a las autoridades para contratar a pesar de que sólo hubiera obtenido previamente una sola oferta.

Para resolver el asunto, se advierte igualmente que es necesario un estudio de fondo de las disposiciones que regulan el tema, así como de la naturaleza misma

del contrato de que trata dicho artículo, en consideración a que la norma acusada contiene una gama de servicios, todos comprendidos dentro del género del contrato de prestación de servicios, que pueden ser profesionales, de apoyo a la gestión o artísticos.

Con fundamento en lo anterior, la Sala negará la medida cautelar solicitada respecto del artículo 82, inciso 1º.

Por lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR la demanda interpuesta en ejercicio de la acción pública de nulidad por el ciudadano Edgar Pinzón Gaona.

SEGUNDO: NOTIFICAR PERSONALMENTE a los señores Ministros del Interior y de Justicia, de Hacienda y Crédito Público, de Transporte, o a quien haga sus veces, al Director Nacional de Planeación, en los términos del artículo 150 del C. C. A.

TERCERO: NOTIFICAR PERSONALMENTE al señor Agente del Ministerio Público como lo señala el artículo 207 del C. C. A.

CUARTO: FIJAR como gastos del proceso la suma de cien mil pesos (\$100.000.00) a cargo de la parte actora.

QUINTO: FIJAR en lista por el término de diez (10) días.

SEXTO: Por Secretaría, **REQUERIR** a la entidad demandada para que aporte al proceso los antecedentes administrativos dentro del término de cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia.

SÉPTIMO: Por tratarse de una acción pública, **RECONOCER PERSONERÍA** al ciudadano Edgar Pinzón Gaona para actuar a nombre propio.

OCTAVO: DECRETAR LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL de los efectos del

parágrafo 2º del artículo 77 del Decreto Reglamentario 2474 de 2008.

NOVENO: NEGAR la suspensión provisional de los efectos del inciso 1º del artículo 82 del Decreto 2474 de 2008.

DÉCIMO: Una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Despacho para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
PRESIDENTE

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR