

Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D.C, veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015)

Expediente:	37083
Radicación:	110010326000200900073 00
Actor:	Martín Bermúdez Muñoz
Demandado:	Nación-Presidencia de la República-Ministerio del Interior y de Justicia-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Ministerio de Transporte-Departamento Nacional de Planeación.
Referencia:	Acción de nulidad

Corresponde a la Sala dictar sentencia de única instancia en el proceso de la referencia.

SÍNTESIS DEL CASO

El gobierno nacional expidió el Decreto 2025 de 2009, mediante el cual modificó algunas normas del Decreto 2474 de 2008, reglamentario de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, especialmente en relación con los procedimientos de selección de contratistas consagrados en esta última. En el presente caso, se demandaron de dicho Decreto 2025: en su totalidad, el artículo 3, que reguló la contratación de mínima cuantía; y parcialmente, los artículos 5 en su párrafo - que eximió a los procesos de selección para los contratos del literal h) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, del deber de someterlos a convocatoria pública- y el artículo 9º en su párrafo 1º, en el cual se estableció

que en el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía, la entidad podrá establecer en el pliego de condiciones, que la oferta sea presentada de manera dinámica mediante subasta inversa.

ANTECEDENTES

I. Acto acusado

Decreto Reglamentario 2025 del 3 de junio de 2009 “*Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y se dictan otras disposiciones*”, en las siguientes normas que a continuación se resaltan y subrayan por el demandante:

Artículo 3. Modifíquese el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, el cual quedará así:

Artículo 46. Contratación de mínima cuantía:

Cuando el valor del contrato a celebrar sea igual o inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía, la entidad podrá contratar tomando como única consideración las condiciones del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas. Del análisis que haga la entidad a efecto de establecer las condiciones de mercado, se dejará constancia escrita en el respectivo expediente de la contratación.

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

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

En la contratación de mínima cuantía no se dará aplicación a lo señalado en el título I del presente decreto, sin perjuicio que la entidad

cuenta con los respectivos estudios y documentos previos que la justifiquen.

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

(...)

Artículo 5. Modifíquese el artículo 52 del Decreto 2474 de 2008, el cual quedará así:

Artículo 52. Procedimiento de contratación.

Los contratos a los que se refiere el literal h) del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, y que estén directamente relacionados con el desarrollo o ejecución de los proyectos allí señalados, se celebrarán por parte de la entidad competente observando el siguiente procedimiento:

- a. La entidad formulará invitación a presentar oferta a un mínimo de tres (3) personas naturales o jurídicas.
- b. La invitación a ofertar expresará los criterios de habilitación, selección y ponderación de las ofertas de conformidad con lo establecido en el artículo 12 del presente decreto.
- c. Del informe de evaluación se dará traslado a los proponentes por el término establecido en la invitación, tiempo durante el cual podrán formular sus observaciones al mismo, las cuales serán resueltas por la entidad en el acto de adjudicación del proceso de selección.

Parágrafo. Los procesos de selección a que se refiere el presente artículo no se someterán a la convocatoria pública de que trata el artículo 4 del presente decreto, con el fin de preservar la seguridad de los beneficiarios de los respectivos programas.

(...)

Artículo 9. Sin perjuicio de las reglas generales aplicables a las modalidades de selección señaladas en el Decreto 2474 de 2008, el procedimiento para la selección abreviada de menor cuantía será el siguiente: ...

Parágrafo 1. La entidad podrá establecer en el pliego de condiciones que la oferta sea presentada de manera dinámica mediante subasta

inversa de conformidad con lo señalado en el artículo 14 del Decreto 2474 de 2008¹.

II. Lo que se demanda

1. El 24 de junio de 2009, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el ciudadano Martín Bermúdez Muñoz, actuando a nombre propio, presentó demanda en contra de la Presidencia de la República, el Ministerio del Interior y de Justicia, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Transporte y el Departamento Nacional de Planeación, en cuyas pretensiones solicitó declarar la nulidad de las siguientes normas del Decreto 2025 de 2009: i) el artículo 3, que modificó el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008; ii) el parágrafo del artículo 5º, que modificó el artículo 52 del Decreto 2474 de 2008 y iii) el parágrafo 1º del artículo 9 (f. 1 a 36).

1.1. El demandante adujo que las normas impugnadas son violatorias de los numerales 1 y 2 y del inciso final del artículo 150, el numeral 11 del artículo 189 y el artículo 273 de la Constitución Política; los artículos 2 y 5 de la Ley 1150 de 2007; el parágrafo 2º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 27 y 30 del Código Civil.

1.2. En el concepto de la violación, manifestó que el gobierno nacional al expedir las normas demandadas excedió su facultad reglamentaria, pues estableció disposiciones que van más allá del contenido de la normatividad legal que se dijo reglamentar, esto es, la Ley 1150 de 2007².

¹ Este parágrafo fue modificado por el artículo 2 del Decreto 3576 de 2009 y posteriormente derogado por el artículo 10 del Decreto 2516 de 2011.

² Los cargos se analizarán en detalle al resolver sobre los mismos.

1.2.1. En relación con el artículo 3º del Decreto 2025, que modificó el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, observa el demandante que a través de esta norma, el gobierno “reglamentó” la contratación “de mínima cuantía”, cuando la Ley 1150 de 2007 no contempló dicha modalidad de selección de contratistas, ni siquiera dentro de la selección abreviada, regulada en el numeral 2º del artículo 2º, norma que enlistó 9 causales de procedencia de este procedimiento de selección y dentro de ellas, los contratos de menor cuantía, de los cuales hacen parte los de mínima pues la ley no distingue. Y por lo tanto, no podía el gobierno autorizar a las entidades para vincular en tales casos a los contratistas mediante el sistema de la contratación directa tal y como lo hizo en el acto acusado, eximiéndolas del deber de adelantar un procedimiento de selección con convocatoria pública y presentación de varias ofertas, con lo cual además desconoció los principios a los cuales debe sujetarse dicha contratación directa, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 –economía, transparencia y selección objetiva- y lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, norma de conformidad con la cual el procedimiento aplicable a todas las modalidades de selección abreviada debe sujetarse a las exigencias allí establecidas en relación con la publicidad de los actos y la pluralidad de oferentes, lo que descarta la posibilidad de que en alguna de aquellas pudiera admitirse la contratación directa.

1.2.2. Sobre el párrafo del artículo 52 del Decreto 2474 de 2008 modificado por el 5º del Decreto 2025 de 2009, adujo el demandante que en esta norma se eliminó, para los contratos a los que se refiere el literal h) del numeral 2º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, que están sometidos a la selección abreviada, el requisito de la convocatoria pública, establecida para estos procesos en el artículo 4º del Decreto 2474 de 2008, con lo cual se violó la mencionada norma legal, pues en ella se dispone que el procedimiento aplicable a todas las modalidades de la contratación abreviada, cuya reglamentación corresponde al gobierno, debe sujetarse a las exigencias allí establecidas en relación con la publicidad de los procedimientos y actos. Sostuvo el demandante

que la ausencia de convocatoria atenta contra esta publicidad y contra la transparencia en la escogencia del contratista.

1.2.3. En cuanto al párrafo 1º del artículo 9º del Decreto 2025 de 2009, manifestó que en esta norma se permite que en el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía se incluya en el pliego de condiciones la posibilidad de que las ofertas sean presentadas de manera dinámica mediante la subasta inversa, de conformidad con lo señalado en el artículo 14 del Decreto 2474 de 2008, cuando el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, en su numeral 2º, dispuso los casos en los cuales se podía acudir a dicho sistema –en la licitación pública y la adquisición de bienes y servicios de condiciones técnicas uniformes y de común utilización-, sin que la ley hubiera establecido la subasta inversa como un procedimiento que pueda ser utilizado por las entidades públicas en todos los contratos de menor cuantía, como sí lo hizo el decreto demandado, introduciendo una hipótesis no prevista en la ley.

1.3. El demandante, en escrito separado, solicitó la suspensión provisional de las normas demandadas, por ser manifiesta la contradicción de las normas legales y constitucionales, apreciable de la confrontación directa entre las mismas. En la sustentación de la solicitud, reiteró los argumentos expuestos en la demanda (f. 37).

III. Actuación procesal

2. Mediante auto del 25 de noviembre de 2009, fue admitida la demanda de nulidad y se decretó la suspensión provisional de los efectos del párrafo del artículo 5º del Decreto 2025 de 2009, que modificó y subrogó el artículo 52 del Decreto 2474 de 2008, negándola para los artículos 3 y 9, párrafo 1º del mismo decreto, dado que estas dos últimas normas fueron modificadas o derogadas por el gobierno nacional con posterioridad a la presentación de la demanda –artículos 2 y 6 del Decreto 3576 del 17 de septiembre de 2009- y por lo tanto no se da el presupuesto de suspensión provisional consistente en que el

acto administrativo demandado se encuentre produciendo efectos y en consecuencia, sea obligatorio, por lo que “(...) *al estar derogados o modificados no tendría objeto la medida cautelar en relación con los mismos, pues no habría efectos que cesar o detener en forma transitoria*” (f. 53).

2.1. En cuanto al artículo 5, parágrafo, del Decreto 2025 de 2009, que modificó el artículo 52 del Decreto 2474 de 2008, consideró que sí existía una violación manifiesta del parágrafo segundo del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, pues este artículo enunció en su numeral 2º las causales de selección abreviada, procedimiento –que debía ser expedido por el gobierno nacional mediante la reglamentación a su cargo- respecto del cual el parágrafo segundo dispuso que para cada una de las causales de selección abreviada, se deben observar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y las siguientes reglas: i) publicidad a todos los procedimientos y actos, ii) posibilidad de sorteo en audiencia pública para definir el número de participantes en el evento del literal b) del numeral 2º de este artículo y iii) evaluación objetiva de las ofertas en todos los casos, con aplicación exclusiva de las reglas contenidas en los pliegos de condiciones o sus equivalentes.

2.2. De tal manera que el mencionado parágrafo de la norma legal no contempla la excepción dispuesta en el demandado parágrafo del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009, respecto de los contratos a los que se refiere el literal h) del numeral 2º del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007³, en el sentido de que a los mismos no se los someterá a la convocatoria pública de que trata el artículo 4 del Decreto 2474 de 2008.

2.3. En consecuencia, la Sala consideró que el parágrafo del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009 infringe ostensiblemente la norma legal reglamentada y su ilegalidad es manifiesta, razón por la cual dispuso la suspensión provisional de

³ Se refiere a 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.

sus efectos, decisión que fue impugnada por la parte demandada y confirmada mediante auto del 3 de marzo de 2010 (f. 123).

3. Las entidades demandadas presentaron **contestación de la demanda** en los siguientes términos:

3.1. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, solicitó que se denegaran las pretensiones, por cuanto el artículo 3º del Decreto 2025 de 2009 fue modificado por el artículo 6 del Decreto 3576 de 2009 y en consecuencia no tiene sentido pronunciarse sobre su legalidad si ya no pertenece al ordenamiento jurídico. Y en relación con las demás normas demandadas, consideró que el actor no concretó las causas de la violación directa de normas superiores y por ello debe rechazarse la petición de su nulidad (f. 141).

3.2. El Departamento Nacional de Planeación, manifestó que en lo que respecta al artículo 3º del Decreto 2025 de 2009, el mismo fue derogado por el artículo 6º del Decreto 3576 de 2009 para ajustarlo a la interpretación legal del Consejo de Estado y que el gobierno nacional ya había expresado sus argumentos en los respectivos procesos y subsanado los errores, por lo cual se abstenía la demandada de controvertir las tesis de la Sala y que lo mismo se puede predicar del párrafo del artículo 52 del Decreto 2474 de 2008, modificado por el artículo 5º del Decreto 2025 de 2009 (f. 147).

3.2.1. Propuso como excepciones de mérito i) la no existencia de exceso en la potestad reglamentaria por parte del gobierno, pues los artículos demandados del Decreto 2025 de 2009 reglamentan las modalidades de selección de contratistas en lo que las Leyes 80 y 1150 señalaron genéricamente y ii) respecto del párrafo 1º del artículo 9º del mencionado decreto, el hecho de que la conformación dinámica de la oferta en la selección abreviada de menor cuantía, es una manifestación de la potestad reglamentaria del gobierno nacional concedida por la ley y es desarrollo de lo establecido en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007.

3.2.2. La entidad demandada explicó, con base en la doctrina y la jurisprudencia, en qué consiste la potestad reglamentaria que ejerce el ejecutivo, función constitucional atribuida al presidente de la República, que fluye de la función de administrar y ejecutar las leyes y que sólo se circunscribe al límite que imponga el legislador, en la medida en que éste regule más o menos el respectivo asunto, *“(...) generándole, de manera inversamente proporcional al ejecutivo, el mayor o menor grado de regulación (...)”*. Sostuvo que si bien en el presente caso el gobierno mediante el acto administrativo acusado no entró a interpretar la ley en vez de desarrollarla, como lo afirma el demandante, lo cierto es que de todas maneras la función constitucional de reglamentar implica la labor de identificar lo que el legislador quiso decir, *“para en este sentido darle vida y aplicación concreta a la ley que reglamenta”*.

3.2.3. Sostuvo que tal y como lo manifestó la Corte Constitucional en su sentencia C-508 de 2002, al analizar la exequibilidad del parágrafo 2º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, *“el ámbito de aplicación de la potestad reglamentaria se extiende a la posibilidad de regular las modalidades de selección incluso ahora, a la luz de la ley 1150 de 2007”* y por lo tanto, no excede dicha facultad *“el definir los procedimientos, ni sus elementos compositivos, ni las consecuencias que se derivan de premisas o situaciones que se presenten en la estructuración de un proceso de contratación; o las hipótesis, causales, entidades ni demás eventos, siempre y cuando el legislador no los haya definido y regulado directamente (...)”*.

3.2.4. En relación con el parágrafo 1º del artículo 9 del Decreto 2025 de 2009, sobre la posibilidad de conformación dinámica de la oferta mediante subasta inversa en la selección abreviada de menor cuantía, la demandada explicó que no es cierto que se hubiera excedido la facultad reglamentaria al establecer esta posibilidad, pues el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 establece la forma de evaluar las ofertas, indicando i) los criterios que serán de verificación pero no de comparación (numeral 1º), ii) los criterios de ponderación y que en consecuencia

serán objeto de calificación (numeral 2º) y iii) establece cuándo procede valorar sólo el precio (numeral 3º) o factores técnicos únicamente (numeral 4º) según el objeto. Agregó:

En desarrollo de lo anterior, el párrafo demandado disponía que:

‘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 Decreto 2474 de 2008’.

Por su parte, el artículo 14 del decreto mencionado dispone en su inciso octavo (no suspendido) lo siguiente:

‘En ningún caso el precio ofrecido será la única variable sometida a conformación dinámica’.

Señala por su parte el artículo 12 del Decreto 2474 de 2008, en el numeral 3, literal a:

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

La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones’.

(...)

La ley ordena entonces que la evaluación de las ofertas corresponda a ponderación, lo cual, de acuerdo con el Decreto 2474 de 2008, se hace, bien por puntajes o fórmulas, donde las variables de la oferta pueden ser obtenidas producto de la aplicación de una conformación dinámica, en la cual no se puede contemplar como única variable el precio, tal y como lo señala el artículo 14 aludido. En ese sentido la conformación dinámica NO es una modalidad de evaluación de las propuestas, sino una forma de presentación total o parcial de las mismas” (las negrillas son del texto original).

3.2.5. De acuerdo con lo anterior, según la demandada lo que la norma acusada dispuso fue que esa ponderación que la ley ordenaba hacer, se pudiera realizar mediante el mecanismo de la conformación dinámica, aplicada a cualquiera de

los factores establecidos para la evaluación de las ofertas, lo cual en nada se opone a que exista la valoración de distintos factores de calidad y precio según lo señale el pliego de condiciones respectivo. Por lo tanto, contrario a lo afirmado por el demandante, el gobierno no estaba impedido para reglamentar los mecanismos que las entidades pueden utilizar para evaluar las ofertas, pues dicha facultad se ejerce en desarrollo de la ley, que ya había fijado la manera como se habrían de evaluar las ofertas pero no su procedimiento, el cual le fue deferido al gobierno en virtud de lo establecido en el párrafo transitorio del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, para la modalidad de selección abreviada expresamente.

3.3. El Ministerio de Transporte contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, pues a través de las normas demandadas el gobierno nacional lo que hizo fue reglamentar la Ley 1150 de 2007, la cual, con el fin de asegurar la eficiencia de la contratación, contempla distintos niveles de complejidad y la posibilidad de una contratación a la cual, por su reducido costo, no se le exigen los mismos requisitos que a otros que son de mayor valor. *“Y si es el Gobierno el que tiene la facultad de reglamentar lo relativo a las modalidades de selección, con el mismo criterio de segmentación en asuntos menos complejos frente a otros que lo son un poco más, dentro del contexto de la selección abreviada, pues entonces procede que el reglamento pueda invocar, o mejor aún, avocar la simplicidad también en las reglas que determina”*. En consecuencia, el gobierno podía establecer dentro de esta modalidad de contratación, una segmentación extendida a las otras causales de selección abreviada y al concurso de méritos, en los que, respetando las reglas generales señaladas por el legislador, se continuara con esa idea de procedimientos menos exigentes, procurando la eficiencia de la contratación pública (f. 162).

3.3.1. Agregó que la ley hace referencia a contratos con valor inferior al 10% de la menor cuantía de la entidad y esto es suficiente para que el reglamento se ocupe de la regulación de otros aspectos de aquellos contratos, tales como su procedimiento, el cual no tiene que estar necesariamente contemplado en la ley

y en virtud de la complementariedad de las funciones del legislativo y el ejecutivo, puede este último ejercer la potestad reglamentaria y en consecuencia, *“dentro del esquema legal de la contratación administrativa actual, el reglamento podría concebir, obviamente dentro de los parámetros legales, procedimientos distintos dentro de una misma modalidad y causal, dependiendo, por ejemplo, del valor mínimo que podría tener el contrato”*.

3.3.2. Propuso la excepción de *sustracción de materia* respecto del artículo 3 y el artículo 9 párrafo 1º, pues ya no hacen parte del ordenamiento jurídico.

3.4. El Ministerio del Interior y de Justicia se opuso a las pretensiones, alegando (f. 181):

3.4.1. En relación con el artículo 3 del Decreto 2025 de 2009: La existencia en la Ley 1150 de 2007, de alusiones a procesos de contratación cuyo valor no excede del 10% de la menor cuantía de la entidad –contratos de mínima cuantía, como se denominaron en el reglamento-, respecto de los cuales el gobierno nacional debía ejercer su facultad reglamentaria en aspectos tales como su procedimiento.

3.4.2. Sobre el párrafo del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009: Que esta disposición -que elimina la obligación de someter a convocatoria pública los contratos del literal h) del numeral 2) del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007- no es violatoria del párrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, pues esta última norma lo que ordena es la publicidad de todos los procedimientos y actos que se desarrollen en una selección abreviada, lo que no significa que deban publicarse en la página web, pues una cosa es la publicidad y otra cosa la publicación y en consecuencia, *“el cotejo de dos normas implica que ambas tengan el mismo grado de generalidad o de especialidad, pues si una es de carácter más amplio que la otra, no se presenta oposición”* y en el presente caso, según la demandada, *“la norma de carácter superior, es decir, el párrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 es distinto (sic) que el del párrafo del artículo*

5 del Decreto 2025 de 2009, que reglamenta lo referente a la convocatoria pública, pues mientras el primero se refiere a la publicidad, el último se refiere a la publicación”.

3.4.3. Acerca del párrafo primero del artículo 9º del Decreto 2025 de 2009: Que mediante el uso de la subasta inversa a través de la creación del sistema de la conformación dinámica de las ofertas no se está creando un mecanismo nuevo de adjudicación; el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, buscó acabar en gran medida con la evaluación jurídica y establecer para la selección objetiva reglas abstractas, generales, igualitarias, transparentes y públicas; es así como determinó una ponderación precisa y detallada de los factores técnicos y económicos, según las reglas del pliego de condiciones, como mecanismo para identificar la oferta más favorable. De esto deviene que una modalidad de selección entraña la fijación previa de un conjunto de reglas concretas dentro de la modalidad de contratación previamente establecida y publicada en el pliego de condiciones y de acuerdo con el deber de selección objetiva regulado en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, *“se impone la evaluación de la calidad de los objetos o servicios a proveer, así como la consulta del mercado, como factores de evaluación y calificación durante el desarrollo del subproceso de selección objetiva”*, agregando que la Ley 1150 posee una estructura normativa abierta que requiere de reglamentación para no desfigurar la voluntad del legislador, quien definió los aspectos (cotejo de los ofrecimientos recibidos en cuanto calidad y forma de pago y precio o condiciones de mercado) y las circunstancias en que era procedente su calificación, definió los criterios de evaluación que debían hacer parte integral de los pliegos de condiciones, consagró reglas básicas de imperativo cumplimiento para garantizar el principio de transparencia y en general definió los aspectos básicos y generales, concluyendo que *“(...) el Gobierno nacional no ha modificado la forma de evaluación de las propuestas correspondientes a los procesos de contratación pública, pues resulta clara la existencia de un elemento esencial para ejercer la facultad reglamentaria, como es la preexistencia de un contenido material legislativo (...)”* que fue desarrollado en el decreto parcialmente impugnado, con sujeción a los parámetros de la ley,

para garantizar los principios de economía, transparencia, selección objetiva y responsabilidad contenidos en el estatuto de contratación y los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 constitucional.

4. La Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado presentó **concepto** en el cual solicitó acceder a las pretensiones de la demanda y declarar la nulidad del parágrafo del artículo 5 y el parágrafo primero del artículo 9 del Decreto 2025 de 2009. Frente al artículo 3º del mismo decreto, pidió que se declare que ya el tema fue objeto de decisión por parte de esta Corporación (f. 254).

4.1. El agente del Ministerio Público consideró que el parágrafo del artículo 5º del Decreto 2025 de 2009 está viciado de nulidad, pues constituye una extralimitación del ejercicio de la potestad reglamentaria, ya que al eliminar el requisito de la convocatoria pública en los procesos de selección a que se refiere el literal h) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, contradice lo previsto por el legislador, dado que dicho requisito, por disposición de la ley, debe cumplirse para todas las modalidades de selección, entre ellas la selección abreviada, como lo dispone el artículo 4º del Decreto 2474 de 2008. Además, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 2 de la referida ley, el procedimiento aplicable a todos los eventos de contratación abreviada debe observar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y sujetarse, entre otras reglas, a la obligación de dar publicidad a todos los procedimientos y actos, lo cual constituye un imperativo legal que carece de excepciones y por lo tanto, el ejecutivo no podía eliminar el requisito de la convocatoria pública, pues al crear restricciones no contempladas en la norma superior, excedió su potestad reglamentaria e invadió la órbita del legislador.

4.2. En relación con el parágrafo primero del artículo 9 del Decreto 2025 de 2009, el Ministerio Público también consideró que es violatorio de la ley, ya que el gobierno introdujo un evento no contemplado por el legislador, al disponer que en aquellos casos en los cuales el contrato deba celebrarse por el procedimiento

de menor cuantía, la entidad puede establecer en el pliego de condiciones que la oferta sea presentada de manera dinámica mediante subasta inversa, lo cual no consulta el alcance y las limitaciones que en tal sentido dispone el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, norma que en parte alguna estableció que este mecanismo pudiera ser utilizado por las entidades públicas para los contratos de menor cuantía, pues sólo se concibió para ser utilizada en la modalidad de la licitación pública cuando la entidad lo determine y en la modalidad de selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización.

5. Las partes presentaron alegatos finales, en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y su contestación (f. 203, 205, 215 y 223).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

6. El Consejo de Estado es competente para conocer privativamente y en única instancia del presente asunto, en virtud de lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo –modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998- y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 de esta Corporación -modificado por el artículo 1 del Acuerdo 55 de 2003-, por tratarse de una demanda formulada en ejercicio de la acción de simple nulidad contra un acto administrativo expedido por una autoridad del orden nacional y que versa sobre asuntos contractuales.

III. El problema jurídico

7. Le corresponde a la Sala establecer si el acto administrativo parcialmente demandado es violatorio de las normas aducidas en la demanda y si procede en consecuencia, la declaratoria de nulidad impetrada en la misma.

III. Análisis de la Sala

8. Ante todo advierte la Sala que el Decreto 2025 de 2009 parcialmente demandado en el presente proceso, fue derogado en su integridad por el artículo 9.2 del Decreto 734 del 13 de abril de 2012⁴, lo cual no impide que las normas sean demandadas o que el juez se pronuncie sobre su validez, tal y como lo ha manifestado la jurisprudencia⁵, pues aún derogado un acto administrativo, éste conserva la presunción de legalidad de la que se halla investido, la que sólo puede ser desvirtuada mediante una sentencia judicial; es decir que aún frente a su derogatoria, resulta procedente la decisión de las pretensiones esgrimidas en ejercicio de la acción de nulidad, con miras a establecer si los actos administrativos fueron expedidos con apego al ordenamiento jurídico que los rige y en esta forma preservar la legalidad objetivamente considerada, declarando la nulidad de las disposiciones que resulten violatorias de la normatividad superior aducida por la parte actora, decisión que sólo puede tomar el juez contencioso administrativo a través de una sentencia judicial cuyos efectos son *ex tunc*, pues se debe tener en cuenta que mientras estuvieron vigentes las normas demandadas, ellas pudieron afectar diversas situaciones jurídicas, a diferencia de lo que sucede con la pérdida de vigencia de los actos administrativos, que se produce, entre otros eventos, con ocasión de su derogatoria, que no incide sobre su validez y sólo tiene efectos hacia el futuro.

9. Como lo ha sostenido la jurisprudencia, *“El Juez debe pronunciarse así se haya producido la derogatoria de los actos acusados, por los posibles efectos*

⁴ “Por el cual se reglamenta el Estatuto General de la Contratación y se dictan otras disposiciones”, que a su vez fue derogado por el Decreto 1510 del 17 de julio de 2013, por el cual se reglamentó el sistema de compras y contratación pública.

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de enero de 1991, expediente S-157, C.P. Carlos Gustavo Arrieta Padilla. Reiterada, entre otras, en sentencia del 14 de abril de 2010 de la Sección Tercera, expediente 36054 B, C.P. Enrique Gil Botero.

que las citadas disposiciones pudieron producir durante su vigencia y en aplicación de la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶, según el cual ‘se impone fallo de mérito a pesar de que los actos demandados hayan sido derogados al momento de dictar sentencia, pues la derogatoria no restablece per se el orden jurídico vulnerado, sino que, apenas acaba con la vigencia, ya que un acto administrativo aún derogado, continúa amparado por la presunción de legalidad que lo protege, que sólo se pierde ante el pronunciamiento de nulidad del juez competente...’⁷.

10. Aclarado lo anterior, pasará la Sala a estudiar cada una de las normas demandadas.

El artículo 3 del Decreto 2025 de 2009

11. La Sala advierte que esta norma, que fue demandada en el *sub-lite* y que es del siguiente tenor, ya fue objeto de pronunciamiento judicial, como se verá a continuación:

“Art. 3.- Contratación de mínima cuantía. Cuando el valor del contrato a celebrar sea igual o inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía, la entidad podrá contratar tomando como única consideración las condiciones del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas.

Del análisis que haga la entidad a efecto de establecer las condiciones de mercado, se dejará constancia escrita en el respectivo expediente de la contratación.

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

⁶ [1] “Sentencia de esta Sección de 23 de febrero de 1996 que prohijó la tesis expuesta por la Sala Plena en sentencia de 14 de enero de 1996”.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 21 de noviembre de 2013, expediente 15001-23-31-000-2001-02133-01, C.P. María Claudia Rojas Lasso.

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

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

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

12. La anterior disposición fue declarada nula por esta Corporación mediante sentencia del 14 de abril de 2010⁸, por cuanto encontró que a través de la misma, el ejecutivo reprodujo en su esencia el contenido del artículo 46 del Decreto 2474 de 2008⁹, incurriendo de esta manera en la prohibición establecida

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36054 B, C.P. Enrique Gil Botero. Se advierte así mismo, que mediante sentencia de la Subsección B, del 29 de agosto de 2012, expediente 37785, se anularon los artículos 1 y 2 del Decreto 3576 del 17 de septiembre de 2009, “por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y el Decreto 2025 de 2009”, en cuanto se reguló también la contratación de mínima cuantía, “modalidad de contratación no dispuesta en el artículo 2º de la ley 1150 de 2007”.

⁹ “Artículo 46.- Contratación de mínima cuantía. Cuando el valor del contrato por celebrar sea igual o inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía, la entidad podrá contratar tomando como única consideración las condiciones de mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas, haciendo uso del procedimiento que según el manual de contratación de la entidad le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar. // Cuando la entidad adquiera bienes o servicios en establecimientos que correspondan a la definición de “gran almacén” señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se presumirá que ha adquirido a precios del mercado. // El contrato así celebrado podrá constar en un documento firmado por las partes, o mediante intercambio de documentos escritos entre la entidad y el contratista, o mediante la factura presentada por el proveedor de bienes o servicios aceptada por la entidad, o en órdenes de trabajo, compra o de servicio, o en cualquier otro instrumento definido por la entidad en el manual de contratación siempre que reúna las condiciones de existencia y validez del negocio jurídico. // En la contratación de mínima cuantía no se dará aplicación a lo señalado en el Título I del presente decreto, sin perjuicio que la entidad cuente con los respectivos estudios y documentos previos que la justifiquen, y se siga el procedimiento que consagre el Manual de Contratación. // PARÁGRAFO. Lo señalado en el presente artículo se aplicará en las demás causales de selección abreviada y en el concurso de méritos cuando la cuantía del contrato sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía”.

en el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo¹⁰, toda vez que el mencionado artículo 46 había sido suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado mediante auto del 27 de mayo de 2009, al considerar que el ejecutivo se extralimitó en su función al introducir una modalidad de escogencia dentro de la selección abreviada, cuando el valor del contrato no excede el 10% de la menor cuantía.

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

14. De acuerdo con lo anterior, la Sala deberá atenerse a lo decidido en la sentencia del 14 de abril de 2010 y en consonancia con lo dispuesto por el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo¹¹, se declarará la excepción de cosa juzgada en relación con la impugnación del artículo 3 del Decreto 2025 de 2009.

¹⁰ **“Reproducción del acto suspendido.** Ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido por quien los dictó si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión. // Deberán suspenderse provisionalmente los efectos de todo acto proferido con violación de los anteriores preceptos. La orden de suspensión, en este caso, deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, a pesar de que contra ella se interponga el recurso de apelación. // Cuando estando pendiente un proceso se hubiere ordenado suspender provisionalmente un acto, y la misma corporación o funcionario lo reprodujere contra la prohibición que prescribe este artículo, bastará solicitar la suspensión acompañando copia del nuevo acto. Estas solicitudes se decidirán inmediatamente, cualquiera que sea el estado del proceso, y en la sentencia definitiva se resolverá si se declara o no la nulidad.”

¹¹ “Art. 175.- La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes (...)”

15. En consecuencia, se procederá al estudio de la legalidad i) del párrafo del artículo 5º y ii) del párrafo primero del artículo 9 del Decreto 2025 de 2009, a la luz de los cargos aducidos en su contra, relacionados con la extralimitación del presidente de la República respecto del ejercicio de su potestad reglamentaria, razón por la cual resulta necesario el análisis de la misma frente a las normas legales que se aducen como desconocidas o vulneradas por el decreto acusado, para establecer a continuación si efectivamente se presentó el desbordamiento alegado por el demandante.

La potestad reglamentaria

16. Dentro de las funciones constitucionalmente atribuidas al presidente de la República como jefe de Estado, jefe del gobierno y primera autoridad administrativa, el artículo 189 de la Constitución Política, en su numeral 11 le adscribió el ejercicio de la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. De acuerdo con esta función, que es de carácter permanente, inalienable, intransferible e irrenunciable y que puede ser ejercida en cualquier tiempo, al presidente le corresponde expedir decretos reglamentarios que, como la ley, son normas de carácter general, impersonal y abstracto, aunque jerárquicamente inferiores a ésta y cuya finalidad es permitir su correcta aplicación, mediante la creación de los procedimientos, herramientas e instrumentos necesarios para llevar sus efectos a la práctica, mas *“(...) no para sustituir al legislador, ni como legislador paralelo, sino dentro de un ámbito estrictamente administrativo para no exceder las funciones y atribuciones que al Presidente de la República le señala el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política...”*¹².

17. Cuanto mayor sea el grado de detalle de la regulación contenida en la ley, menor será la labor a cargo del reglamento y viceversa, es decir que la facultad

¹² Corte Constitucional, sentencia C- 508 del 3 de julio de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

reglamentaria resulta inversamente proporcional al nivel de desarrollo de la norma legal, puesto que el legislador puede optar, si así lo desea, por agotar la materia objeto de regulación, o dejar espacio para su futura reglamentación.

18. Lo anterior significa que la ley siempre se impone sobre el decreto que en ejercicio de esta potestad expide el presidente de la República, pues constituye el marco dentro del cual se puede ejercer dicha facultad reglamentaria. Y so pretexto de su ejercicio, el reglamento no puede desconocer las disposiciones de la ley, ni restringirlas, ni alterarlas, ni ampliarlas, ni adicionarlas o modificarlas a través de un acto administrativo que es de jerarquía inferior, “(...) *porque ello entrañaría invadir la órbita constitucional de competencia del Legislador*”¹³. O lo que es lo mismo, la potestad reglamentaria debe ejercerse dentro de los precisos límites impuestos por la norma que se dice reglamentar, puesto que dicha sujeción constituye el presupuesto de la legalidad de la actuación administrativa. Como lo ha manifestado la doctrina:

El ejercicio de la potestad reglamentaria tiene por objeto dictar las normas complementarias necesarias para la cumplida ejecución de una regulación. Por ello el acto reglamentario es un acto complementario de la regulación y no una creación originaria como ésta.

En efecto, mientras que con la regulación se hace la creación originaria del derecho mediante normas de carácter general, impersonal y abstracto, las cuales constituyen materia reglamentable, con la reglamentación se complementa dicha regulación con el objeto de lograr su cumplida ejecución.

*La regulación es la materia reglamentable. Mientras aquella no exista no podrá tampoco surgir el reglamento y cuando ella desaparezca también se extingue la reglamentación*¹⁴.

19. En relación con los límites de la potestad reglamentaria, la Corte Constitucional precisó que i) la misma no es absoluta, puesto que encuentra su

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 1º de abril de 2009, expediente 36476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁴ Ibañez Najar, Jorge Enrique, “*Estudios de Derecho Administrativo*”, Universidad Sergio Arboleda, 1ª ed., 2005, p. 255.

límite y radio de acción en la Constitución y la ley; ii) no puede alterar ni modificar el contenido y el espíritu de la ley; iii) no puede dirigirse a reglamentar leyes que no ejecute la administración y iv) no puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador¹⁵. Agregó así mismo, que la ley reglamentada tiene un carácter autoreferencial respecto de la función reglamentaria, es decir que constituye el espacio en el que ésta se despliega, por cuanto se trata de una potestad que se halla sometida a los parámetros establecidos por la misma ley objeto de la reglamentación¹⁶.

20. Y en referencia específica a la reglamentación de las normas legales de contratación pública, ha dicho el Consejo de Estado:

Por eso, ha subrayado el Consejo de Estado que al Gobierno Nacional en ejercicio de esta potestad en el ámbito de la contratación pública no le es permitido desbordar los mandamientos del Legislador y extender sus efectos a supuestos no previstos en la norma legal reglamentada;¹⁷ o expedir una reglamentación que no haga más expedita o facilite la aplicación de la ley¹⁸; o tipificar negocios jurídicos civiles, comerciales o administrativos, cuyos elementos esenciales y naturales corresponde a la ley y nunca al reglamento¹⁹; o fijar restricciones que cercenen las opciones legales, como aquella según la cual las partes pueden acordar el modo de costear la publicación del contrato ²⁰; o conferir facultades de índole judicial, como cuando en el artículo 17 del Decreto 856 de 1994 se sugirió que las cámaras de comercio tenían competencia para determinar los perjuicios y costas causados relacionados con la impugnación en materia de registro de proponentes²¹, entre otros eventos.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-028 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-512 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía.

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

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

¹⁹ [14] “CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 3 de febrero de 1994”.

²⁰ [15] “CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 5 de febrero de 1998, Exp.11.795”.

Además, ha indicado que el Gobierno Nacional al reglamentar la Ley 80 de 1993, dentro del margen de determinación y espacio de configuración de ese poder normativo, debe obrar con razonabilidad y proporcionalidad y precisar los conceptos que permitan en forma adecuada aplicarlo, con subordinación a la Constitución y a la ley.²²

En suma, de acuerdo con la jurisprudencia, la Ley 80 de 1993 contiene los principios y reglas esenciales para la contratación pública, establece los parámetros generales para acometer esta actividad por parte de las entidades públicas y consagra los mecanismos de selección que les permiten la escogencia del mejor ofrecimiento para el cumplimiento de los fines que con ella se persiguen en procura de la obtención del bienestar general²³, cuya observancia resulta obligatoria para el adecuado funcionamiento del Estado en esta materia, pero no agota el tema de la contratación celebrada por las entidades del Estado, ni su vigencia impide el señalamiento, en otras leyes, de asuntos referentes a los contratos celebrados por los entes públicos²⁴, o la existencia de reglamentaciones relacionadas con la actividad contractual, siempre que éstos respeten y desarrollen esas normas y principios contenidos en dicho Estatuto General de la Contratación Pública, las otras leyes y, obviamente, la Constitución Política²⁵.

21. Teniendo en cuenta estas consideraciones en torno a la facultad reglamentaria radicada en cabeza del presidente de la República y que dio lugar a la expedición del decreto parcialmente demandado, entrará la Sala a analizar los cargos en forma concreta.

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

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

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

²⁴ [19] “Así lo sostuvo la Corte Constitucional, en la Sentencia C - 1262 de 20 de septiembre de 2000”.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, expediente 24715 y acumulados, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

El párrafo del artículo 5° del Decreto 2025 de 2009

Artículo 5. *Modifíquese el artículo 52 del Decreto 2474 de 2008, el cual quedará así:*

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 2007²⁶, y que estén directamente relacionados con el desarrollo o ejecución de los proyectos allí señalados, se celebrarán por parte de la entidad estatal competente observando el siguiente procedimiento:*

- a. La entidad formulará invitación a presentar oferta a un mínimo de tres (3) personas naturales o jurídicas.*
- b. La invitación a ofertar expresará los criterios de habilitación, selección y ponderación de las ofertas de conformidad con lo establecido en el artículo 12 del presente decreto.*
- c. Del informe de evaluación se dará traslado a los proponentes por el término establecido en la invitación, tiempo durante el cual podrán formular sus observaciones al mismo, las cuales serán resueltas por la entidad en el acto de adjudicación del proceso de selección.*

Parágrafo. *Los procesos de selección a que se refiere el presente artículo no se someterán a la convocatoria pública de que trata el artículo 4 del presente decreto²⁷, con el fin de preservar la seguridad*

²⁶ La Ley 1150 de 2007, en su artículo 2, numeral 2, literal h), dispuso: “**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: (...) 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 (...)”.

²⁷ El artículo 4° del Decreto 2474 de 2008 hace parte del Título I del mismo, correspondiente a las disposiciones generales aplicables a las modalidades de selección y su tenor literal es el siguiente: “**Artículo 4°.** Convocatoria pública. En los procesos de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos se hará convocatoria pública. // El aviso de convocatoria para la contratación se publicará de conformidad con las reglas señaladas en el artículo 8° del presente decreto, y contendrá la información necesaria para dar a conocer el objeto a contratar,

de los beneficiarios de los respectivos programas. (El texto subrayado corresponde a lo demandado).

22. Los cargos de la demanda en contra de esta disposición se fundan en la extralimitación del gobierno nacional respecto del ejercicio de la potestad reglamentaria, pues el demandante considera que el legislador no contempló la excepción plasmada en el párrafo del artículo 5º del Decreto 2025 de 2009, en el sentido de eximir del deber de llevar a cabo la selección de contratistas a través de procedimientos que involucren la convocatoria pública, a los contratos a los que se refiere el literal h) del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007²⁸, ley que incluyó dichos contratos en la modalidad de selección abreviada y por lo tanto, se violó el párrafo segundo del artículo 2 de la misma²⁹, que dispuso que el procedimiento aplicable a todas las modalidades de contratación abreviada debía sujetarse a las exigencias allí establecidas en relación con la publicidad de los actos. Adujo el demandante:

2. El párrafo demandado exime de este requisito de la convocatoria pública a los contratos a los que se refiere el literal h) del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, norma que incluyó dichos contratos en la modalidad de selección abreviada. Con ello viola lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 2 de la ley 1150 de 2007.

3. En el párrafo segundo del artículo 2 de la ley 1150 de 2007 se dispuso que el procedimiento aplicable a todas las modalidades de contratación abreviada, cuya reglamentación correspondía al gobierno,

la modalidad de selección que se utilizará, el presupuesto oficial del contrato, así como el lugar físico o electrónico donde puede consultarse el proyecto de pliego de condiciones y los estudios y documentos previos”.

²⁸ Es decir aquellos celebrados por las entidades encargadas de 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, 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.

²⁹ “*Parágrafo 2º. El procedimiento aplicable para la ejecución de cada una de las causales a que se refiere el numeral 2º del presente artículo, deberá observar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y las siguientes reglas: // 1. Se dará publicidad a todos los procedimientos y actos (...).*”.

debía sujetarse a las exigencias allí establecidas en relación con la publicidad de los actos.

Dispone textualmente dicho párrafo:

(...)

4.- Es evidente que cuando el reglamento elimina la obligación de someter a convocatoria pública en una de las modalidades de selección abreviada respecto de la cual la ley dispuso que debía establecerse la publicidad para todos los procedimientos y actos, se está violando lo dispuesto por el legislador.

5.- En relación con estos contratos cuya modalidad de selección se reglamenta en el artículo 52 del decreto 2025 de 2009, si se tiene en cuenta lo expresado en el informe de ponencia para segundo debate del proyecto de ley número 057 de 2006 Cámara, 020 de 2005 Senado, se concluye también que la voluntad expresa del legislador fue incluirlos en la modalidad de selección abreviada para darle transparencia a la escogencia del contratista.

Y dicha transparencia se pierde cuando se exime a las entidades de realizar la convocatoria pública en esta modalidad de selección.

En el informe de ponencia para segundo debate del proyecto de ley número 057 de 2006 Cámara, 020 de 2005 Senado, se expresa:

*‘En cuanto a la causal de contratación directa cuando se trata de contratos necesarios para la ejecución de los programas de protección de Derechos Humanos y de desmovilización, se ELIMINÓ como modalidad de contratación directa, para que se analizara con mayor énfasis la disposición a fin de evitar que por tal conducto **se evadieran los mecanismos de selección pública previstos en la ley. En tal virtud esta disposición es objeto del pliego de modificaciones ...**’.*

Y en el informe de conciliación al proyecto de Ley 020 de 2005 Senado, 057 de 2006 Cámara, obrante en la Gaceta del Congreso No. 274 de 2007:

*‘... En cuanto a la celebración de contratos necesarios para la ejecución de los programas de protección de derechos humanos y de desmovilización además de incluirse la atención a la población desplazada por la violencia, así como aquellos orientados a la protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de las calles, 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, se **elimina** como modalidad de contratación directa, para pasarla a selección abreviada **con lo cual no se evaden los procesos de selección pública y se otorga una mayor transparencia en su adjudicación ...**’.*

Al respecto, se observa:

23. La Ley 1150 de 2007 en su artículo 2º consagró la existencia de 4 diferentes modalidades de selección de contratistas para la adjudicación y celebración de los contratos estatales, sujetos a las normas del estatuto de contratación de la administración pública: 1. la licitación pública, 2. la selección abreviada, 3. el concurso de méritos y 4. la contratación directa³⁰. Explicó cuándo procede cada una de dichas modalidades, siendo la regla general la licitación pública, mientras que los otros procedimientos, sólo se adelantan en los eventos expresamente contemplados por la ley³¹.

24. El numeral segundo del artículo 2º de la referida ley, dispone que *“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*

³⁰ El denominado “estatuto anticorrupción”, contenido en la Ley 1474 del 12 de julio de 2011, “por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, en su artículo 94, “transparencia en contratación de mínima cuantía”, adicionó al artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 un nuevo numeral mediante el cual creó el procedimiento de contratación de la mínima cuantía, en los siguientes términos:

³¹ El Decreto 1510 del 17 de julio de 2013 –art. 84 y sgtes.-, creó el procedimiento de selección de la mínima cuantía, para la contratación cuyo valor no excede del 10% de la menor cuantía de la entidad estatal, independientemente de su objeto.

de la gestión contractual”. La norma establece que el gobierno nacional reglamentará la materia y a continuación, enuncia las 9 causales de selección abreviada, entre las cuales se halla la enlistada en el literal h):

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.

25. En el párrafo segundo del referido artículo 2º, la ley establece:

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

- 1. Se dará publicidad a todos los procedimientos y actos.*
- 2. Para la selección a la que se refiere el literal b) del numeral 2º del presente artículo³², será principio general la convocatoria pública y se podrán utilizar mecanismos de sorteo en audiencia pública, para definir el número de participantes en el proceso de selección correspondiente cuando el número de manifestaciones de interés sea superior a diez (10). Será responsabilidad del representante legal de la entidad estatal, adoptar las medidas necesarias con el propósito de garantizar la pulcritud del respectivo sorteo.*
- 3. Sin excepción, las ofertas presentadas dentro de cada uno de los procesos de selección, deberán ser evaluadas de manera objetiva, aplicando en forma exclusiva las reglas contenidas en los*

³² Se refiere a la contratación de menor cuantía.

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

26. Para reglamentar la Ley 1150 de 2007, el gobierno nacional expidió el Decreto 066 de 2008, derogado por el Decreto 2474 de 2008 *“por medio del 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”*³³, el cual en su artículo 4º, dispuso que *“En los procesos de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos se hará convocatoria pública”*.

27. Por su parte, el párrafo del artículo 5º del Decreto 2025 de 2009 aquí demandado, -que modificó y subrogó el artículo 52 del Decreto 2474 de 2008-, estableció que en la causal de selección abreviada del literal h) del numeral 2º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, se prescindirá de la convocatoria pública.

28. De acuerdo con lo anterior, resulta necesario establecer si, como lo afirma la demanda, la excepción a la convocatoria pública, contenida en el párrafo del artículo 5º del Decreto 2025 de 2009, resulta violatoria del numeral 1º del

³³ Derogado por el Decreto 734 del 13 de abril de 2012, que a su vez también fue derogado por el Decreto 1510 del 17 de julio de 2013. En relación con el referido Decreto 2474 de 2008, dijo la jurisprudencia de esta Corporación: *“(…) este decreto tiene varias características, que explican mejor su contenido y naturaleza: // i) Se trata de un reglamento, por las razones expuestas, de allí que carece de fuerza de ley, porque su propósito declarado es hacer aplicables las leyes de contratación estatal. // ii) Parte de su contenido satisface el párrafo 2 y el párrafo transitorio del artículo 2 de la ley 1.150 de 2007, que establecen que un reglamento determinará el procedimiento de selección abreviada para las distintas causales que contempla el art. 2, num. 2, de la ley. // En este supuesto la ley es quien invoca el reglamento para que le colabore, es decir, para que contribuya en la organización del tema –en este caso en la modalidad de contratación denominada selección abreviada-. Se trata de un evento poco frecuente, porque se sabe que la potestad reglamentaria que tiene el Gobierno, para la cumplida ejecución de las leyes, es de su exclusiva competencia, por tanto, no requiere del empoderamiento previo del legislador para ejercerla. Es decir, que no porque el legislador lo solicite es que se puede reglamentar una materia. // No obstante, nada se opone a que el Congreso invite al Gobierno a actuar, mediante la expedición de un reglamento, que él mismo advierte es necesario, para darle aplicación a un tema de la ley que reconoce necesita precisión y detalle normativo para aplicarlo”*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2011, expediente 37044 B, C.P. Enrique Gil Botero.

parágrafo 2º del numeral 2º del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, por contravenir el mandato allí contenido, consistente en que en los casos de selección abreviada “se dará publicidad a todos los procedimientos y actos”.

29. Al respecto, se observa que de acuerdo con el numeral 2, del artículo 2 de la Ley 1150, el procedimiento de 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, defiriendo al gobierno la reglamentación de esta materia. La norma enumeró las 9 causales de selección abreviada³⁴ y en relación con algunas de ellas, estableció ciertas reglas que deben ser respetadas por el gobierno a la hora de reglamentar.

³⁴ “(...) Serán causales de selección abreviada las siguientes:

- a) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades (...);
- b) La contratación de menor cuantía (...);
- c) (...) la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud (...);
- d) La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto (...);
- e) La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995 (...);
- f) Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas;
- g) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993;
- h) Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, incluida la atención de los respectivos grupos familiares, programas de atención a población desplazada por la violencia, programas de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamientos violentos de diferente tipo, y población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo, incluidos los contratos fiduciarios que demanden;
- i) La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional”.

30. Es el caso, por ejemplo, de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por las entidades – literal a)-, causal respecto de la cual dispuso el legislador que las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos.

31. También está el evento de la enajenación de bienes del Estado –literal e)-, para la cual la ley establece una regulación especial, que incluye i) la posibilidad de acudir a los instrumentos de subasta y demás mecanismos autorizados por el derecho privado; ii) el deber de tener como base el valor del avalúo comercial, ajustado de acuerdo a los gastos que se deriven del procedimiento de venta; iii) la atribución a la Dirección Nacional de Estupeficientes de la función de enajenar los bienes que formen parte del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado FRISCO, según reglamentación del gobierno nacional; iv) el deber del gobierno nacional de tener en cuenta al reglamentar el punto anterior, las recomendaciones del Consejo Nacional de Estupeficientes; v) el deber del reglamento de establecer la forma de selección, a través de invitación pública, de los profesionales inmobiliarios que actuarán como promotores de las ventas; vi) dispone además, que *“Las reglas y procedimientos que deberán atender la administración y los promotores y la publicidad del proceso deberán garantizar la libre concurrencia y oportunidad de quienes participen en el mismo”*; vii) establece que los bienes serán enajenados a través de venta directa en sobre cerrado o en pública subasta y viii) que se debe llevar a cabo la publicación previa de los bienes en un diario de amplia circulación nacional, con la determinación del precio base, del cual el interesado deberá consignar al menos el 20% para participar en la oferta.

32. En cambio, en relación con otras causales de selección abreviada, la ley se limitó a enunciarlas, sin establecer reglas especiales a las cuales deba acogerse el gobierno nacional en su labor de reglamentación, distintas a las que de manera general establece en el párrafo 2º del artículo 2³⁵, como sucede, precisamente, en el caso del literal h), el cual sólo se refiere a 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, etc., sin agregar requisitos, excepciones o exigencias adicionales en dicho literal.

33. Como ya se dijo, la facultad reglamentaria del presidente de la República es más o menos extensa, dependiendo del grado de detalle de la ley, de tal manera que le corresponde al reglamento la regulación no dispuesta por aquella y que sea necesaria para su cumplida ejecución. Por lo tanto, en relación con esta causal de selección abreviada –literal h)-, le correspondía al gobierno nacional su reglamentación, con observancia de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, deber que cumplió con la expedición del Decreto 2474 de 2008, en cuyo artículo 52 reguló el procedimiento de contratación para la celebración de los contratos a los que se refiere el literal h) del numeral 2 de la referida ley³⁶, norma que, como ya se vio, fue subrogada por el artículo 5º del Decreto 2025 de 2009, parcialmente demandado en el *sub-lite*.

³⁵ “PAR. 2º.- El procedimiento aplicable para la ejecución de cada una de las causales a que se refiere el numeral 2º del presente artículo, deberá observar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y las siguientes reglas: // 1. Se dará publicidad a todos los procedimientos y actos. // 2. Para la selección a la que se refiere el literal b) del numeral 2º del presente artículo, será principio general la convocatoria pública y se podrán utilizar mecanismos de sorteo en audiencia pública, para definir el número de participantes en el proceso de selección correspondiente cuando el número de manifestaciones de interés sea superior a diez (10). Será responsabilidad del representante legal de la entidad estatal, adoptar las medidas necesarias con el propósito de garantizar la pulcritud del respectivo sorteo. // 3. Sin excepción, las ofertas presentadas dentro de cada uno de los procesos de selección, deberán ser evaluadas de manera objetiva, aplicando en forma exclusiva las reglas contenidas en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. Para la selección a la que se refiere el literal a) del numeral 2º del presente artículo, no serán aplicables los artículos 2º y 3º de la Ley 816 de 2003”.

³⁶ El artículo 52, disponía: *Procedimiento de contratación. Los contratos a los que se refiere el literal h) del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, y que estén directamente relacionados con el desarrollo o ejecución de los proyectos en ella mencionados, se celebrarán por parte de la entidad*

La publicidad en los procedimientos de selección abreviada

34. La ley ordena –parágrafo 2º del artículo 2º de la Ley 1150/07- que en el procedimiento de cada una de las causales de selección abreviada “*se dará publicidad a todos los procedimientos y actos*”, lo cual es un mandato que reitera el principio de publicidad que debe imperar en todas las actuaciones de las autoridades públicas que adelanten procesos de contratación, derivado no sólo de la aplicación de los postulados que rigen la función administrativa³⁷, según lo ordena la Ley 80 de 1993 –artículo 23³⁸- sino manifestación del principio de transparencia consagrado en la misma ley y que informa concretamente esta clase de actuaciones contractuales, en virtud del cual, el numeral 3º de su artículo 24 establece que las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación, el ejercicio del derecho de solicitar que la adjudicación del

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 8º 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”. La parte subrayada de la norma, fue declarada nula por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36054 B, C.P. Enrique Gil Botero.

³⁷ Artículo 209 de la C.P.: “*La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)*”. El artículo 3º del C.C.A (Decreto 01 de 1984) establecía dentro de los principios que rigen las actuaciones administrativas el de publicidad, el cual también se halla consagrado actualmente en el artículo 3º del CPACA, en virtud del cual las autoridades deben dar a conocer al público y a los interesados, “*en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información (...)*”.

³⁸ “**ARTÍCULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES.** Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán 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”.

contrato se lleve a cabo en audiencia pública (art. 273, C.P.). En relación con el principio de transparencia, ha dicho la jurisprudencia de la Corporación³⁹:

El principio de transparencia está inmerso en toda la actividad estatal y resulta de la plena aplicación del de publicidad, que rige como regla general respecto del obrar de todas las autoridades, propugnando por permitir el conocimiento pleno del funcionamiento interno de las entidades y del procedimiento de formación de sus decisiones, de tal modo que no existan actuaciones secretas –salvo las sometidas a reserva legal-, oscuras y arbitrarias de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, que atenten contra la imparcialidad con la que siempre deben actuar y por contera, contra los postulados del interés público y general. En relación con este principio, la jurisprudencia ha manifestado que el mismo:

(...) está relacionado con la pulcritud y claridad con que han de realizarse las actuaciones de la Administración al momento de llevar a cabo el proceso de construcción de un contrato, con el fin, en (sic) otras cosas, de combatir los posibles eventos de corrupción que podrían asomar durante este proceso (...).

Se trata entonces de un principio que busca dotar de una serie de garantías la actividad contractual estatal para que ésta se lleve a cabo con plena publicidad, con respeto de la igualdad de oportunidades de quienes pretenden contratar con el Estado, de manera imparcial, y con el fin de satisfacer el interés general, todo con el objeto de que la Administración elija la oferta más favorable a sus intereses. Así las cosas, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación ha señalado que:

‘Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza y translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, lo nebuloso, la bruma maligna que puede dar sustento al actuar arbitrario de la administración. Así, la actuación administrativa, específicamente la relación contractual, debe ser ante todo cristalina’⁴⁰

(...) En definitiva, el principio de transparencia, actúa como garantía de otros principios de la contratación estatal, por ello su

³⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de julio de 2014, radicación 11001-03-15-000-2011-01127-00 (CA), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁴⁰ [60] “[80] “CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de febrero de 2012, Exp.: 38.924, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa”.

finalidad es, entre otras, asegurar que se lleven a cabo procesos de selección objetivos, que la Administración tome decisiones motivadas que se hagan públicas y que puedan ser controvertidas por los interesados”⁴¹.

35. Como principio informador de las actuaciones administrativas y concretamente de las contractuales, el de publicidad se predica, por regla general, de todas y cada una de las actuaciones que las entidades estatales adelanten con miras a la celebración y ejecución de contratos, independientemente del procedimiento de selección de contratistas que se adelante para escoger la persona con la que se celebrará el negocio jurídico.

36. Es decir que la transparencia y con ella la publicidad de las actuaciones administrativas, se predica no sólo en relación con los procedimientos de selección que implican convocatoria pública o restringida, sino también de los procedimientos de contratación directa, pues igualmente en relación con éstos, surge el deber de darles publicidad y de esta manera someterlos al conocimiento y control ciudadano, puesto que el numeral 3º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 no hace excepción alguna al respecto y por su parte, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, en su párrafo 3⁴², estableció el deber de publicar los contratos una vez perfeccionados, en el Diario Oficial o gaceta oficial correspondiente o por cualquier medio determinado por la autoridad administrativa territorial, “*que permita a los habitantes conocer su contenido*”.

37. Posteriormente, la Ley 190 de 1995 “*Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa*”, creó el Diario Único de

⁴¹ [61] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de agosto de 2013, expediente 39005, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa”.

⁴² Este párrafo fue derogado. Artículos 223 y 225 del Decreto Ley 019 de 2012, el cual dispuso que a partir del 1º de junio de 2012, los contratos estatales sólo se publicarán en el SECOP que administra la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente.

Contratación Pública⁴³ -artículo 59- y dispuso como requisito de legalización de los contratos celebrados por las entidades públicas del orden nacional, que los mismos debían ser publicados en dicho diario, señalando los contratantes, el objeto, el valor y los valores unitarios si hubiesen, el plazo y los adicionales o modificaciones de cada uno de los contratos. Estableció así mismo -artículo 61-, que mensualmente las entidades públicas de todos los órdenes debían enviar a la imprenta nacional una relación de los contratos celebrados que superaren el 50% de su menor cuantía, con la misma información arriba señalada.

38. La Ley 1150 de 2007, en el artículo 3º estableció la contratación pública electrónica y dispuso que de conformidad con la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Y que para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas, defiriendo al gobierno nacional el señalamiento de los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual. En la misma norma, el legislador creó el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP, el cual, entre otras cosas, servirá de punto único de ingreso de información y generación de reportes para las entidades y la ciudadanía (literal b) y contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos (literal c).

⁴³ El artículo 223 del Decreto-Ley 019 de 2012, eliminó el Diario Único de Contratación y dispuso: “**ARTICULO 223. ELIMINACIÓN DEL DIARIO UNICO DE CONTRATACIÓN.** A partir del primero de junio de 2012, los contratos estatales sólo se publicarán en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP- que administra la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente. En consecuencia, a partir de dicha fecha los contratos estatales no requerirán de publicación en el Diario Único de Contratación y quedarán derogados el parágrafo 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los artículos 59, 60, 61 y 62 de la ley 190 de 1995 y el parágrafo 2 del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007”.

39. Por otra parte, también estableció la Ley 1150 de 2007, el deber de publicar las actuaciones precontractuales, puesto que en su artículo 8º, dispuso la publicación de los 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, las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, en las condiciones que señale el reglamento. La información publicada debe ser veraz, responsable, ecuánime, suficiente y oportuna (...).

Junto con los proyectos de pliegos de condiciones se publicarán los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración (...).”

40. De acuerdo con la normatividad legal examinada, el deber de publicidad recae respecto de las actuaciones que en materia contractual adelanten las entidades estatales, quedando a salvo aquellas cuestiones sometidas a reserva constitucional o legal⁴⁴. Como tampoco cabe duda alguna de que tal obligación

⁴⁴ La publicidad de las actuaciones administrativas constituye la regla general. Por ello, el artículo 74 de la C.P. establece que *“Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”*, lo que obedece al hecho de que existen excepciones en las cuales, en aras de la salvaguarda de intereses superiores -asuntos de defensa o seguridad nacional, por ejemplo-, algunas informaciones o documentos están sometidos a reserva por la Constitución o la ley y por lo tanto, no se hallan disponibles para el público en general. El artículo 12 de la Ley 57 de 1985, establece que toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional. *“Ahora bien, es necesario señalar que en virtud de las actuaciones administrativas adelantadas por las distintas autoridades, como en este caso el Fondo Adaptación que es autorizado para llevar a cabo procedimientos de selección de contratistas, se expiden actos y se toman decisiones que quedan plasmados en documentos públicos, si se tiene en cuenta que según el artículo 243 del C.G.P., es documento público el otorgado por funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención y así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Por ello, cuando en el artículo 74 constitucional se establece que “Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”, se alude igualmente al procedimiento de expedición de los mismos. // De acuerdo con lo anterior, no cabe duda de que solamente la Constitución y la ley pueden someter a reserva informaciones y documentos expedidos por las autoridades estatales (...).”* Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de julio de 2014, radicación 11001-03-15-000-2011-01127-00 (CA), C.P. Danilo Rojas Betancourth. La Corte Constitucional también ha sostenido: *“En los términos de la Constitución, la regla general de la publicidad sólo puede tener excepciones en*

de dar a conocer los documentos y actos expedidos en la actividad contractual, se predica respecto de todos los procedimientos de selección de contratistas que se adelanten en ésta.

41. Es así como en la reglamentación del deber de publicidad de todas las actuaciones contractuales, el artículo 8º del Decreto 2474 de 2008 –que hace parte del Título I, contentivo de las disposiciones generales aplicables a las modalidades de selección-, establece la publicidad del procedimiento en el SECOP e indica que *“La entidad contratante será responsable de garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva”*, anunciando cuáles son los documentos e información que deben ser publicados, según corresponda a cada modalidad de contratación⁴⁵.

virtud de leyes que, de manera específica, establezcan los casos concretos en los cuales ciertas autoridades claramente definidas pueden establecer que determinada información es reservada. Adicionalmente, la reserva sólo resulta procedente si el legislador aporta razones suficientes para justificarla. En este sentido la Corte ha señalado estrictas condiciones para que el legislador pueda establecer excepciones a la regla general prevista en el artículo 74 Superior. Al respecto, la jurisprudencia constitucional prevé que tales limitaciones serán admisibles cuando se compruebe: (i) la existencia de reserva legal en relación con la limitación del derecho, (ii) la necesidad que tales restricciones se sujeten a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y estén relacionados con la protección de derechos fundamentales o de valores constitucionalmente protegidos, como sucede con la seguridad y la defensa nacional; y (iii) el carácter temporal de la restricción, en la medida en que la ley debe fijar un plazo después del cual los documentos pasan al dominio público”. Corte Constitucional, sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁵ **“Artículo 8º. Publicidad del procedimiento en el Secop. La entidad contratante será responsable de garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva. // La publicidad a que se refiere este artículo se hará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop) a través del Portal único de Contratación, cuyo sitio web será indicado por su administrador. Con base en lo anterior, se publicarán, entre otros, los siguientes documentos e información, según corresponda a cada modalidad de selección: // 1. El aviso de la convocatoria pública, incluido el de convocatoria para la presentación de manifestaciones de interés cuando se trate de la aplicación de los procedimientos de precalificación para el concurso de méritos. // 2. El proyecto de pliego de condiciones y la indicación del lugar físico o electrónico en que se podrán consultar los estudios y documentos previos. // 3. Las observaciones y sugerencias al proyecto a que se refiere el numeral anterior, y el documento que contenga las apreciaciones de la entidad sobre las observaciones presentadas. // 4. La lista corta o la lista multiusos del concurso de méritos. // 5. El acto administrativo general que dispone la apertura del proceso de selección, para el cual no será necesaria ninguna otra publicación. // 6. La invitación a ofertar que se formule a los integrantes de la lista corta o multiusos del**

concurso de méritos. // 7. El pliego de condiciones definitivo y la constancia de envío de información a la Cámara de Comercio para la licitación pública. // 8. El acta de la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones y en general las aclaraciones que se presenten durante el proceso de selección y las respuestas a las mismas. // 9. El acta de la audiencia de revisión de la asignación de riesgos previsibles. // 10. El acto administrativo de suspensión del proceso. // 11. El acto de revocatoria del acto administrativo de apertura. // 12. Las adendas a los pliegos de condiciones. // 13. El informe de evaluación a que se refiere el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, así como el de evaluación del concurso de méritos a que se refiere el artículo 69 del presente decreto. // 14. El informe de verificación de los requisitos habilitantes para acceder a la subasta inversa en la selección abreviada de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización; y la que corresponde en la conformación dinámica de la oferta a la que se refiere en artículo 14 del presente decreto. // 15. El acto administrativo de adjudicación del contrato. En los casos de licitación pública, también el acta de la audiencia pública de adjudicación. // 16. El acto de declaratoria de desierta de los procesos de selección. // 17. El contrato, las adiciones, modificaciones o suspensiones y la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a esta. // 18. El acta de liquidación de mutuo acuerdo, o el acto administrativo de liquidación unilateral. // Las entidades públicas que no cuenten con los recursos tecnológicos que provean una adecuada conectividad para el uso del Secop, deberán reportar esta situación al Ministerio de Comunicaciones. El reporte señalará, además de la dificultad o imposibilidad de acceder al sistema, la estrategia y el plan de acción que desarrollarán a efecto de cumplir con la obligación del uso del sistema electrónico. Semestralmente la entidad actualizará este reporte. // En caso de no contarse con los medios tecnológicos adecuados o de no encontrarse disponible el Secop en el día en que deba realizarse la publicación a que se refiere el inciso segundo del artículo 4° del presente decreto, la entidad publicará para cada proceso de licitación, selección abreviada y de concurso de méritos, un aviso en un diario de amplia circulación nacional, departamental o municipal, según el caso, o a falta de estos en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión, informando el lugar en donde puedan ser consultados en forma gratuita tanto el proyecto de pliego de condiciones como la versión definitiva del mismo y señalando la forma en que se dará publicidad a los demás actos del proceso. // **Parágrafo 1°.** La no presentación del reporte o del plan de acción señalado en el presente artículo acarreará la violación de la presente norma, y por ende la vulneración de los deberes funcionales de los responsables, la que se apreciará por las autoridades competentes de conformidad con lo previsto en el Código Disciplinario único. // **Parágrafo 2°.** Sin perjuicio de la publicación que del contrato celebrado se haga en el Secop, deberán tenerse en cuenta las normas que regulan la publicación de los contratos en el Diario Único de Contratación Pública, o en su defecto en la Gaceta Oficial de la respectiva entidad territorial o por algún mecanismo determinado en forma general por la autoridad administrativa territorial, que permita a los habitantes conocer su contenido. // **Parágrafo 3°.** La publicación electrónica de los actos y documentos a que se refiere el presente artículo deberá hacerse en la fecha de su expedición, o, a más tardar dentro de los tres (3) días hábiles siguientes. El plazo general de su permanencia se extenderá hasta dos (2) años después de la fecha de liquidación del contrato, o de la ejecutoria del acto de declaratoria de desierta según corresponda. // **Parágrafo 4°.** La información general sobre las licitaciones públicas que la entidad pretenda abrir será remitida electrónicamente con antelación a la publicación del proyecto de pliego de condiciones, a la Cámara de Comercio correspondiente, con el fin de integrar el boletín mensual. Hecha esta remisión, el requisito de publicación se entenderá cumplido por parte de la entidad contratante. La publicación del boletín no es requisito para la apertura del proceso, ni conlleva la obligación de la entidad de dar curso al mismo. En todo caso, la entidad publicará con el proyecto de pliego de condiciones, la constancia de envío de la información a la respectiva Cámara de Comercio. // **Parágrafo 5°.** No se harán las publicaciones a las que se refiere el presente artículo, en los procesos de selección de enajenación de bienes del

La convocatoria pública

42. El demandante adujo que la forma de garantizar la publicidad del procedimiento de selección abreviada consagrado en la ley para los casos allí enlistados y específicamente para el contenido en el literal h) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, era mediante la convocatoria pública. Y que el decreto acusado, al eximir tal causal de este requisito, está violando la norma legal que obliga a la publicidad de todos los procedimientos y actos que se produzcan en virtud de la selección abreviada –par. 2º, art. 2-.

43. Al respecto, la Sala observa que la convocatoria pública corresponde al llamado general que se hace a todos los interesados en participar en un determinado procedimiento de selección de contratistas, tal y como sucede, por disposición legal, en relación con la licitación pública y con el procedimiento de selección abreviada de la menor cuantía.

Estado a que se refiere el literal e) del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, salvo lo señalado en el parágrafo 6º del presente artículo, y de adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos a que se refiere el literal f) del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, ni la operación que se realice a través de las bolsas de productos a que se refiere el literal a) del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007. Sin embargo, se publicarán los contratos que se celebren con los comisionistas para la actuación en la respectiva bolsa de productos en ambos casos. Tampoco se harán las publicaciones a las que se refiere el presente artículo, respecto de los procesos de selección cuando su valor sea inferior al 10% de la menor cuantía, sin perjuicio de que la entidad, en el manual de contratación, establezca mecanismos de publicidad de la actividad contractual. // Cuando se trate de la celebración de contratos en desarrollo de lo previsto en el literal h) del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, sólo se publicará la información relacionada en los numerales 17 y 18 del presente artículo. En tratándose de la contratación directa señalada en el numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 sólo se publicará el acto a que se refiere el artículo 77 del presente decreto cuando el mismo se requiera, así como la información señalada en los numerales 17 y 18 del presente artículo. // Parágrafo 6º. La Dirección Nacional de Estupefacientes será responsable de garantizar la publicidad a través del Secop y de su página web del acto de apertura del proceso de selección de promotores para la enajenación de bienes, el aviso de invitación, los pliegos de condiciones, las aclaraciones que se presenten durante el proceso de selección y las respuestas a las mismas, las adendas al pliego de condiciones, el informe de evaluación, el acto de selección, el acto de declaratoria de desierta, el contrato, las adiciones, modificaciones o suspensiones y la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a esta, el acta de liquidación de mutuo acuerdo, o el acto administrativo de liquidación unilateral”.

44. En efecto, el parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, *“De la estructura de los procedimientos de selección”*, establece: *“Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable”*.

45. Uno de los elementos distintivos de la licitación pública, al que obedece precisamente su nombre, es que el llamado a presentar ofertas es general, dirigido a todas las personas interesadas en contratar, que cumplan con los requisitos exigidos en el respectivo pliego de condiciones, lo que se constituye en la máxima garantía del derecho de libre concurrencia en los procedimientos de selección de contratistas de las entidades públicas y por ello, es que ha sido designada por la ley como la regla general de tales procedimientos, constituyéndose los demás, en meras excepciones que proceden exclusivamente en los eventos concretamente contemplados en la misma ley. La doctrina se refiere a la licitación pública en los siguientes términos:

La licitación pública es el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.

(...) La invitación a los interesados, oferentes, eventuales adjudicatarios o contratistas, se traduce en un acto administrativo concreto: el llamado a licitación, emitido por el órgano competente del ente público estatal o no estatal.

La invitación es un pedido de ofertas, una invitatio ad offerendum, que debe ser anunciada en la forma en que el derecho positivo lo determina, por vía de la publicación como instrumento técnico para promover la concurrencia.

Este requisito de convocatoria en la licitación pública, le da especificidad respecto de los otros procedimientos de contratación, en particular respecto de la contratación directa y la licitación privada. En cuanto al concurso público, la invitación ofrece características análogas a las de la licitación pública⁴⁶.

46. Cuando se habla de convocatoria pública, se hace alusión a este tipo de llamado general, en contraposición a aquellos procedimientos en los que se limita la solicitud de cotizaciones o propuestas a un número reducido de proponentes. Esto era lo que sucedía en vigencia del estatuto de contratación pública contenido en el Decreto-Ley 222 de 1983 –derogado por la Ley 80 de 1993-, que consagraba como procedimientos de selección de contratistas no sólo la licitación pública, concurso de méritos y la contratación directa, sino también la licitación privada⁴⁷, regulada en los artículos 31 y 32, del siguiente tenor:

Artículo 31°. De cuándo hay lugar a licitación privada -. Podrá efectuarse licitación privada en los siguientes casos:

1º) Cuando en el registro de proponentes no figuren más de cinco (5) personas en capacidad de celebrar el respectivo contrato.

2º) Cuando el objeto del contrato que se proyecta celebrar fuere la impresión de estampillas, billetes nacionales, otras especies timbradas representativas de valores y formatos para bonos de deuda pública o para declaraciones con fines tributarios.

⁴⁶ Dromi, Roberto, “Licitación Pública”, Imprenta Buschi S.A., Buenos Aires, 4ª ed., 2010, p. 76 y 79.

⁴⁷ “La licitación privada es el procedimiento de contratación en el que intervienen como oferentes sólo las personas o entidades expresamente invitadas por el Estado. Es una invitación o pedido de ofertas dirigido a empresas o personas determinadas discrecionalmente para cada caso (...). // De acuerdo con el alcance del llamado o de la invitación a formular ofertas de contrato, las licitaciones se clasifican en públicas (o abiertas) cuando se dirigen indeterminadamente a todos los posibles proponentes, y privadas (o restringidas) cuando lo hacen a determinadas personas. // En la licitación pública la concurrencia de oferentes es libre, en la licitación privada es limitada. En la licitación pública la presentación de ofertas obedece a un llamado efectuado en forma pública y objetiva por la Administración. En la licitación privada dicha presentación responde a una invitación que se notifica en forma personal y directa. En suma, en la licitación pública pueden ser oferentes todas las personas que se ajusten a las condiciones reglamentarias; en tanto que en la licitación privada los participantes son llamados por una carta-convite”. Dromi, Roberto, ob. cit., p. 114.

3º) Cuando se trate de contratos para la adquisición o permuta de bienes muebles cuyo valor sea superior o igual a DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000) e inferior a SIETE MILLONES DE PESOS (\$7.000.000) o su equivalente en moneda extranjera.

4º) Cuando se trate de contratos de obras públicas cuyo valor sea igual o superior a VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000) e inferior a CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000).

5º) Cuando se trate de la venta de armas y municiones de guerra que se consideren inservibles, obsoletas y que no sean susceptibles de reconversión y utilización por las fuerzas militares o por la policía nacional.

6º) Cuando se trate de contratos de conducción de correos cuyo valor oscile entre UN MILLON DE PESOS (\$1.000.000) y TRES MILLONES DE PESOS (\$3.000.000).

Artículo 32º. De cómo se efectúa la licitación privada.- La licitación privada se registrá por las siguientes reglas:

1ª) El Jefe del organismo respectivo ordenará su apertura por medio de resolución motivada.

2ª) Expedida la resolución respectiva, se enviará a cada una de las personas en condiciones de celebrar el contrato proyectado solicitud para que formulen propuestas y copias del pliego de condiciones, para cuya elaboración se seguirán las normas previstas en el numeral 2º del artículo 30. Si en los eventos previstos en los numerales 1º, 3º y 4º del artículo anterior, el número de inscritos en el respectivo registro de proponentes fuere igual o inferior a cinco (5), la solicitud se enviará a todos; si fuere superior, se remitirá por lo menos a cinco (5). En los casos contemplados en los numerales 2º y 5º del artículo anterior, se enviará por lo menos a dos (2).

3ª) Entre las fechas de apertura y cierre de la licitación debe transcurrir un término no menor de diez (10) días calendario. A este término podrán renunciar por escrito todos los invitados a formular propuestas.

4ª) En lo demás, se observarán las reglas previstas para la licitación pública en los numerales 4º -inciso segundo-, 5º, 6º, 7º, 8º y 9º del artículo 30.

47. Ahora bien, la Ley 1150 de 2007, estableció como regla general para la selección de contratistas, el procedimiento de la licitación pública, pero creó también la selección abreviada, defiriendo al gobierno nacional la estructuración de los distintos procedimientos que dentro de esta modalidad se pueden llevar a cabo para cada una de las causales contempladas en la norma, respetando, obviamente, los límites expresamente marcados en la misma ley.

48. En relación con la convocatoria pública, observa la Sala que el legislador se refirió a la misma en el numeral 2 del párrafo segundo –procedimiento aplicable para la ejecución de cada una de las causales de selección abreviada– del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en el cual estableció expresamente:

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

49. De igual manera, se observa que en la causal de selección abreviada contenida en el literal e) del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150, correspondiente a la enajenación de bienes del Estado, el legislador también dispuso en forma concreta –inciso 6-: *“Las reglas y procedimientos que deberán atender la administración y los promotores y la publicidad del proceso deberán garantizar la libre concurrencia y oportunidad de quienes participen en el mismo”*, es decir que para esta causal también se consagró de manera expresa la convocatoria pública, que es, por antonomasia, la que garantiza la libre concurrencia a los procedimientos de selección de contratistas.

50. Aparte de estos dos eventos, la ley nada dijo en relación con la forma en que las entidades estatales deben llevar a cabo la solicitud de propuestas en los procedimientos de selección abreviada que se deban adelantar para las demás causales. Pero sí se advierte que no en todos estos procedimientos, hay lugar a la convocatoria pública, como se observa, a título de ejemplo, con la causal a) de selección abreviada, correspondiente a la compra o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, para los cuales la ley permite que las entidades interesadas en su adquisición, simplemente acudan a un catálogo y a efectuar el pedido, cuando existe un acuerdo marco de precios previamente celebrado por la entidad encargada de ello, es decir que no sólo no se da una convocatoria pública para esa adquisición, sino que además, ni siquiera tienen que pedir cotizaciones; o cuando se trata de bienes que se adquieren en bolsas de productos, casos que excluyen la referida convocatoria pública.

51. De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que al gobierno nacional le correspondía reglamentar los procedimientos de selección abreviada consagrados en la Ley 1150 en todo aquello que ella no reguló expresamente, bien podía establecer, como lo hizo en relación con la causal del literal h) del numeral 2 del artículo 2 de la misma, que para ese caso específico, no habría convocatoria pública.

52. Lo hasta aquí expuesto, a juicio de la Sala, resulta demostrativo de que la publicidad de los actos y procedimientos contractuales no depende exclusivamente de que se efectúe o lleve a cabo una convocatoria pública, entre otras cosas, porque la finalidad de la misma, no es precisamente aquella, sino la de garantizar la libre concurrencia a los procedimientos de selección, razón por la cual no puede afirmarse, como lo hace la parte actora, que la disposición demandada sea violatoria de la Ley 1150 de 2007, que en el párrafo segundo del numeral 2 del artículo 2º, exige dicha publicidad, expresamente para los procedimientos de selección abreviada.

53. Se reitera entonces, que la convocatoria pública es el llamado general que se hace a todas las personas interesadas en presentar ofertas dentro de un determinado procedimiento de selección de contratistas, tal y como sucede en la licitación pública o en la causal de selección abreviada del literal b) del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 –contratación de menor cuantía-, para la cual, expresamente el parágrafo 2º de dicho artículo establece como principio general, el de la convocatoria pública.

54. Lo contrario a la convocatoria pública no es la falta de publicidad del procedimiento, sino la existencia de una convocatoria restringida, tal y como la contemplaba el Decreto Ley 222 de 1983 al regular la licitación privada, en la cual se impartían invitaciones a proponer a un grupo limitado de posibles oferentes, en vez de efectuar un llamado general, como sucede en la licitación pública. La publicidad implica dar a conocer, no significa invitar a proponer, como sí lo es una convocatoria pública, en la que se garantiza el principio de libre concurrencia, en aquellos procedimientos en los que la ley lo consagra, como sucede con la licitación pública o el procedimiento de selección abreviada para la menor cuantía.

55. La inexistencia de convocatoria pública, *per se*, no atenta contra el principio general de publicidad de las actuaciones adelantadas por las entidades estatales en materia contractual, por cuanto adelantar un procedimiento de selección con llamado restringido a proponer, no lo excluye del deber de publicarlo en el medio de difusión de la contratación estatal, con la finalidad de darlo a conocer al público en general y de esta forma garantizar su fiscalización y control. Es decir que la publicidad de tales actos y procedimientos, no depende exclusivamente de que en ellos se efectúe un llamado general a participar mediante la presentación de ofertas, que es en lo que consiste la convocatoria pública, ya que dicho principio se predica de toda la actividad contractual de la

administración, independientemente del mecanismo de selección de contratistas que se lleve a cabo.

56. Ahora bien, el demandante aduce, en los cargos que elevó en contra del artículo 5º del Decreto 2025 de 2009 –que modificó el parágrafo del artículo 52 del Decreto 2474 de 2008-, que en esta norma *“se elimina el requisito de la convocatoria pública establecida para los procesos de selección abreviada que se encuentran en el artículo 4 del decreto 2474 de 2008”*.

57. Al respecto, se observa que efectivamente el artículo 4º del Decreto 2474 de 2008 dispone:

Artículo 4º. Convocatoria pública. En los procesos de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos se hará convocatoria pública.

El aviso de convocatoria para la contratación se publicará de conformidad con las reglas señaladas en el artículo 8º del presente decreto, y contendrá la información necesaria para dar a conocer el objeto a contratar, la modalidad de selección que se utilizará, el presupuesto oficial del contrato, así como el lugar físico o electrónico donde puede consultarse el proyecto de pliego de condiciones y los estudios y documentos previos.

58. No obstante, resulta necesario recordar que la validez de un acto administrativo, como lo es un decreto reglamentario, no depende de su sujeción a otro acto administrativo de la misma naturaleza, sino de su conformidad con la ley que dice reglamentar. Ese es el análisis de legalidad que le corresponde efectuar al juez, mediante la comparación entre el acto demandado y la norma jerárquicamente superior que se afirma como infringida. Por lo tanto, el estudio del cargo aducido en la demanda en contra del Decreto 2025 de 2009, no puede contraerse a la violación, desconocimiento o contradicción de otra regulación administrativa que tiene el mismo origen y nivel jerárquico, sino mediante su confrontación con la ley objeto de la reglamentación.

59. Dicho en otras palabras, no se puede afirmar que un decreto expedido por el gobierno nacional en ejercicio de su potestad reglamentaria para garantizar la efectiva aplicación de la ley, es ilegal por desconocer o contradecir el decreto reglamentario que está siendo, precisamente, objeto de modificación por su autor.

60. De acuerdo con lo expuesto, se concluye que la disposición demandada, esto es, el parágrafo del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009, que modificó el artículo 52 del Decreto 2474 de 2008, no es violatorio del parágrafo segundo del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, por cuanto no desconoce la obligación allí contenida, de brindarles publicidad a los procedimientos de selección abreviada.

61. No obstante lo anterior, la Sala debe advertir que el hecho de que la norma exima a los contratos de la causal h) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 del deber de llevar a cabo convocatoria pública, no significa que la entidad pueda contratar con una persona determinada por ella, sin obtener previamente varias cotizaciones u ofertas, puesto que ello implicaría aplicar el procedimiento de contratación directa a un evento que el legislador resolvió someter al de selección abreviada, tal y como lo anotó el demandante, lo que sin duda tornaría nula la disposición, por contravenir el ordenamiento legal superior.

62. En consecuencia, se debe entender que lo dispuesto en la norma es que en el procedimiento de selección abreviada de la causal h), no se hará un llamado general a proponer y en su lugar se impartirán invitaciones a presentar oferta a un determinado número de posibles proponentes, escogidos por la entidad. Sólo bajo este entendido, podrá admitirse que la disposición acusada es legal, por lo

cual se declarará la validez de la misma, condicionada a que la interpretación no sea distinta a la que aquí se plantea, por cuanto⁴⁸:

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

“(...) apoyada en los principios del efecto útil de las normas y el de conservación del derecho, en virtud de los cuales se destaca y acentúa la idea de que en la producción normativa se invierte un esfuerzo administrativo, jurídico y político que vale la pena conservar, que se deben y pueden modular las sentencias de validez, cuando se encuentre algún sentido a la norma controlada que se ajuste al derecho vigente, de modo que, por esta vía, se logran dos propósitos: i) eliminar del ordenamiento jurídico las interpretaciones y aplicaciones que vulneran el derecho – exclusión total de la ilegalidad, para mantener aséptico el ordenamiento jurídico-, y ii) se conserva exclusivamente la aplicación e interpretación ajustada a la constitución o la ley – inclusión plena de la legalidad, para mantener dinámico el ordenamiento jurídico-⁴⁹.

“Esta actitud también conserva al juez administrativo dentro de la esfera de legalidad que debe observar, en el ejercicio de sus funciones, pues lo que le ordena la Constitución y la ley es que controle la legalidad de los actos administrativos que examina, lo cual realiza con más perfección cuando modula las sentencias, toda vez que no siempre las situaciones que se presentan a sus

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36054 B, C.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁹ (97) *Un antecedente de esta técnica del control, anterior a la Corte Constitucional –quien emplea profusamente, y con buen criterio, esta técnica de control de constitucionalidad-, que debe contribuir a eliminar las prevenciones al interior de nuestra jurisdicción, se encuentra en el artículo 170 CCA., el cual contempla –para nuestro caso, incluso, en una norma positiva, y además muy antigua- la posibilidad de que el juez estatuya disposiciones en reemplazo de las acusadas, o la modificación o reforma de ellas. En tal sentido, dispone la norma que:*

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

ojos son blancas o negras, esto es, válidas o nulas –y menos en la compleja realidad jurídica que se vive-, y con esta técnica obtiene mayor provecho para ejercer el control de la administración pública moderna⁵⁰.

Parágrafo 1 del artículo 9 del Decreto 2025 de 2009

Artículo 9. Sin perjuicio de las reglas generales aplicables a las modalidades de selección señaladas en el Decreto 2474 de 2008, el procedimiento para la selección abreviada de menor cuantía será el siguiente: ...

Parágrafo 1. La entidad podrá establecer en el pliego de condiciones que la oferta sea presentada de manera dinámica mediante subasta inversa de conformidad con lo señalado en el artículo 14 del Decreto 2474 de 2008⁵¹.

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

“Esta técnica permite al juez contencioso a la vez garantizar la supremacía de las normativas superiores sobre el acto administrativo objeto del contencioso objetivo, al no retirar del ordenamiento una disposición administrativa que admite una lectura conforme a las normas superiores, pero simultáneamente respetando la supremacía de los preceptos constitucionales, legales o reglamentarias, sin que en modo alguno se extralimiten los poderes del juez administrativo conforme a lo prescrito por el artículo 84 del CCA.

“La determinación que se adopta en modo alguno es arbitraria, sino que –contrario sensu- es la consecuencia lógica del rol del juez administrativo como guardián de la legalidad administrativa en la medida en que -como advierte Merlk- la justicia administrativa en su génesis fue concebida como un instrumento eficaz de fiscalización a la administración e instituida para garantizar la vinculación total positiva del ejecutivo a la ley como manifestación de la voluntad general. Sobre el alcance de este control judicial de la administración, la Sala ha precisado que:
(...)

“La sentencia interpretativa que se adoptará en función del contenido del acto acusado se limitará a modular sus efectos y en lugar de retirar del ordenamiento jurídico la preceptiva administrativa demandada o de mantenerla a pesar de las observaciones de legalidad señaladas, se proferirá un pronunciamiento que alterará parcialmente su contenido y supone, de paso, que se expulsa del ordenamiento cualquier otra interpretación que admita la norma acusada, incluida –por supuesto- la esgrimida por la CREG a lo largo de este proceso.

“La decisión desde el punto de vista de su contenido que adoptará la Sala es del tipo de condicionadas que suele emplearse de antaño en el control abstracto de constitucionalidad de las leyes y que recientemente comenzó a aplicarse respecto de actos administrativos en Francia.”

⁵¹ Este parágrafo fue modificado por el artículo 2 del Decreto 3576 de 2009 y posteriormente derogado por el artículo 10 del Decreto 2516 de 2011.

63. El demandante adujo como sustento de la solicitud de declaratoria de nulidad del aparte subrayado de esta norma, que el mecanismo de la subasta inversa sólo fue contemplado por el legislador para el procedimiento de selección de licitación pública -segundo párrafo del numeral primero del artículo 2- y para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, que es la causal a) de la selección abreviada consagrada en el numeral segundo del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Y que el legislador no estableció la subasta inversa como un sistema o procedimiento que pueda ser utilizado por las entidades públicas en todos los contratos de menor cuantía, como lo estableció el gobierno nacional en la norma demandada, que por lo tanto resulta violatoria del último inciso del artículo 150 y el segundo inciso del artículo 273 de la C.P., de acuerdo con los cuales:

Artículo 150.- (...) compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.

Artículo 273.- Los casos en los que se aplique el mecanismo de audiencia pública, la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas y las condiciones bajo las cuales se realizará aquella, serán señalados por la ley.

64. Afirmó el demandante que la subasta inversa en los procedimientos de selección abreviada, fue establecida en el literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 como una modalidad de contratación que debe ser aplicada teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios materia de la contratación, y lo que hace el parágrafo demandado es extender dicha modalidad a todos los contratos de menor cuantía, sin atender a la naturaleza del bien o servicio a contratar, sino únicamente a su valor.

65. Manifestó que el mecanismo de la subasta inversa que contempló el legislador para el caso de los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización es justificado, porque en estos casos no se afecta el interés general al establecer que el menor precio sea lo que determine exclusivamente la adjudicación del contrato, sino todo lo contrario; ya que cuando se compra más barato este tipo de bienes y servicios, se realizan economías sobre los dineros públicos. Pero que esto no se predica de todos los contratos de menor cuantía, que no se refieran a aquella clase de objeto contractual, en los que la obligación de la administración es escoger el ofrecimiento más favorable a la entidad –art. 5º, Ley 1150 de 2007-, de acuerdo con los siguientes parámetros, expuestos por el demandante:

a.- La regla general que garantiza la selección objetiva del contratista implica tener en cuenta factores técnicos y económicos de escogencia que garanticen escoger la oferta más ventajosa para la entidad.

b.- La excepción, prevista en el numeral 3 de la norma consiste en tener en cuenta únicamente el precio como factor de escogencia 'para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización'.

8.- Para el caso de los contratos de menor cuantía se aplica la regla general y el principio de selección objetiva se garantiza cuando se adjudica el contrato a quien ofrece celebrarlo en las condiciones que más favorezcan a la Administración y en los términos previstos en el pliego de condiciones, dentro de los cuales el menor precio es sólo uno de los factores de evaluación.

(...) No resulta ajustado a los límites constitucionales de la potestad reglamentaria que en la ley se establezca un sistema de selección como la subasta inversa en el cual el precio constituye el factor único de adjudicación, atendiendo a la naturaleza de los bienes que van a adquirirse, y el reglamento permita que ese sistema se aplique a todos los casos de menor cuantía en los cuales la entidad lo considere pertinente.

(...) Cuando la ley regula expresamente en qué casos es posible acudir a la subasta interna, está agotando esta materia y restringe o limita la competencia del ejecutivo en su reglamentación sin que éste pueda por tal vía volver a regular un aspecto que ya fue regulado por el legislador.

Eso es precisamente lo que hace la norma demandada: El legislador agotó materia (sic) relativa a señalar en cuales casos las entidades podían acudir al sistema de la subasta inversa y el reglamento reguló nuevamente el mismo aspecto introduciendo una hipótesis no prevista en la ley.

66. Terminó afirmando el demandante, que el decreto parcialmente demandado fue expedido por el gobierno nacional en uso de las facultades previstas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política atinentes a la reglamentación de la ley, en la cual su competencia no es originaria sino que está delimitada por la ley que reglamenta y por la necesidad de expedir disposiciones que permitan su ejecución. Y en el caso presente, el decreto versa sobre una materia que por disposición de la C.P., debe ser regulada por el Congreso de la República, quien lo hizo expresamente en la materia relativa a los eventos en los cuales las entidades podrán acudir al sistema de la subasta inversa, *“(...) con lo cual limitó la competencia del ejecutivo para regular esta materia. Y esa limitación fue desconocida en la norma demandada, razón por la cual se solicita expulsarla del ordenamiento jurídico”.*

67. En relación con este cargo, la Sala considera que le asiste razón al demandante, por cuanto con la disposición contenida en el parágrafo 1 del artículo 9 del Decreto 2025 de 2009, el gobierno nacional rebasó la facultad reglamentaria que al presidente de la República le fue otorgada por la C.P. frente a la ley en general y específicamente la que le correspondía ejercer en relación con la Ley 1150 de 2007, que expresamente le defirió la regulación de los procedimientos de selección abreviada consagrados en el numeral segundo de su artículo 2.

La selección objetiva de contratistas

68. Al respecto, resulta necesario señalar que en la contratación estatal, como medio de ejecución presupuestal consistente en la celebración de contratos para la adquisición de bienes, servicios y obras requeridos por el aparato estatal en el cumplimiento de sus funciones y para el logro de sus fines, uno de los principios-deberes que se impone, en toda la actuación administrativa que se desarrolla en torno a esta actividad, es el de la selección objetiva, que implica, como su nombre lo indica, la escogencia de la propuesta más favorable para la administración, dejando de lado consideraciones de índole personal o subjetiva y ajenas a los aspectos que determinan la verdadera calidad de lo ofrecido, desde el punto de vista técnico y económico, para lo cual deben tenerse en cuenta los factores de selección que previamente establezca la entidad, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 –que subrogó el artículo 29 de la Ley 80 de 1993-:

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. 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. 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 ello⁵².

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

⁵² Este numeral fue modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011, “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”: **“ARTÍCULO 88. FACTORES DE SELECCIÓN Y PROCEDIMIENTOS DIFERENCIALES PARA LA ADQUISICIÓN DE LOS BIENES Y SERVICIOS A CONTRATAR.** Modifíquese el numeral 2 del artículo 5o de la Ley 1150 de 2007 en el siguiente sentido: // “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. // En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, 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 o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o // b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad. // **PARÁGRAFO.** Adiciónese un párrafo 6o en el artículo 2o de la Ley 1150 de 2007 del siguiente tenor: // “El Gobierno Nacional podrá establecer procedimientos diferentes al interior de las diversas causales de selección abreviada, de manera que los mismos se acomoden a las particularidades de los objetos a contratar, sin perjuicio de la posibilidad de establecer procedimientos comunes. Lo propio podrá hacer en relación con el concurso de méritos”.

de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

Parágrafo 2°. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos (las subrayas son de la Sala).

69. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo anterior, vigente para la época de expedición del decreto demandado parcialmente en el *sub-lite*, la regla general para la evaluación de las ofertas, es que el menor precio no puede ser el único factor de escogencia, salvo en el caso excepcional, establecido por la misma norma, de la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, en los que sí lo será. Para los demás casos, deben ser tenidos en cuenta los factores técnicos y económicos de las propuestas, salvo en los concursos de méritos, en los que, también por expresa disposición legal, el precio no podrá ser tenido en cuenta como factor de escogencia de los consultores.

70. Se observa que la norma que regula la selección objetiva, obviamente alude a los procedimientos que la misma Ley 1150 de 2007 estableció para efectuarla, que se hallan contenidos en su artículo 2, del que hace parte el numeral primero, referido a la licitación pública, como regla general de escogencia de los contratistas de la administración, norma que de manera expresa establece que

“Cuando la entidad estatal así lo determine, la oferta en un proceso de la licitación pública podrá ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa, en las condiciones que fije el reglamento”.

71. El numeral segundo, por su parte, se refiere al procedimiento de selección abreviada -que reglamentó el gobierno nacional a través del Decreto 2474 de 2008⁵³, modificado parcialmente por el Decreto 2025 de 2009, objeto de la presente controversia-. Dicha norma legal, luego de establecer que la selección abreviada es la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en los que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, pueden adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual, dispone que el gobierno nacional reglamentará la materia y a continuación, enumera las causales de selección abreviada -9 literales-.

72. Como ya lo señaló la Sala –ver párrafos 29 a 32-, el legislador, al establecer tales causales de selección abreviada, en algunas de ellas se limitó a enunciarlas, dejando por lo tanto un amplio margen regulatorio al gobierno nacional, encargado de la reglamentación. Pero respecto de otras causales, incluyó disposiciones concretas, que por lo tanto, deben ser respetadas como límite de la facultad reglamentaria del gobierno, en la medida en que éste no puede ignorar, modificar o ampliar los términos de la ley que se propone desarrollar para permitir su ejecución.

73. Es así como en el literal a) de la norma –numeral 2 del art. 2 de la Ley 1150-, el legislador reguló la causal consistente en la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, para la cual admitió el uso de procedimientos de subasta inversa y de instrumentos de compra por

⁵³ El Decreto 2474 del 7 de julio de 2008 –que derogó el Decreto 066 del mismo año-, fue expedido por el gobierno nacional para reglamentar parcialmente la **Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva y se dictaron otras disposiciones.**

catálogo, derivados de la celebración de acuerdos marco de precios, o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos, según la reglamentación que expida el gobierno nacional.

74. Por su parte, el literal b) de la misma norma, referente a la contratación de menor cuantía, que es otra de las causales de selección abreviada, dispuso que *“se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales (...)”*. El párrafo segundo del artículo 2 al que pertenece esta disposición, en su numeral 2, estableció:

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

75. Es claro entonces, que para el legislador, estas dos modalidades de selección abreviada son diferentes y que lo dispuesto para la primera, específicamente en lo que tiene que ver con la posibilidad de efectuar procedimientos de subasta inversa, es exclusivamente para los eventos en ella relacionados, esto es, cuando se trata de la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, sin que se pueda extender lo dispuesto en este literal a las otras causales consagradas por el legislador, como lo es aquella relacionada en el literal b), correspondiente a la contratación de menor cuantía, respecto de la cual la ley no contempló tal procedimiento.

76. La reglamentación que lleve a cabo el gobierno nacional en relación con los procedimientos de selección de contratistas, tiene que respetar todas las

disposiciones legales atinentes a los mismos, entre las cuales, sin lugar a dudas, se encuentra la relativa a la selección objetiva, siendo evidente que, para el legislador -aparte del evento de la licitación pública, en el que se consagró concretamente la posibilidad de efectuar el procedimiento de la subasta inversa-, sólo en los eventos en los que se pretenda la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, esa selección objetiva se puede lograr con la utilización del mecanismo de la subasta inversa, toda vez que, como él mismo lo consagró, en tal caso, se puede considerar como la oferta más favorable, la que ofrezca el más bajo precio.

77. Al disponer el gobierno nacional en la norma demandada, que en los procedimientos abreviados de menor cuantía, la entidad podrá establecer en el pliego de condiciones que la oferta sea presentada de manera dinámica mediante subasta inversa, sin lugar a dudas se extralimitó en el ejercicio de su facultad reglamentaria e invadió la órbita de competencia constitucional del legislador, violando de contera lo dispuesto en los artículos 2 y 5 de la Ley 1150 de 2007, en cuanto a las limitaciones que estas normas contienen, respecto del referido procedimiento de la subasta inversa.

78. Así lo entendió esta Corporación cuando declaró la nulidad del párrafo 1º del artículo 44 del Decreto 2474 de 2008⁵⁴, norma que contenía una disposición igual a la aquí demandada, al manifestar:

f. Tratándose de la contratación de menor cuantía regulada en literal b del artículo 2.2. de la Ley 1150 de 2007, el legislador sólo se ocupó de señalar que se debe entender por menor cuantía la tabla de valores que en la misma disposición se indican, expresados en salarios

⁵⁴ Esta norma disponía: “Art. 44.- Artículo 44. Procedimiento de menor cuantía. El procedimiento para la contratación de menor cuantía será el siguiente: (...) Párrafo 1º. 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”.

mínimos legales mensuales y determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas.

g. No obstante lo anterior, el Legislador de modo expreso hizo referencia a la posibilidad de utilizar el procedimiento de subasta inversa sólo en dos supuestos: 1. En el proceso de licitación pública, y; 2. Tratándose de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus notas descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos. Por tanto, de los dos eventos señalados, se puede inferir una limitación para el Ejecutivo, en el momento de acometer su labor de reglamentación, de permitir que las entidades administrativas puedan "...establecer en el pliego de condiciones que la oferta sea presentada de manera dinámica mediante subasta inversa..."

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

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

Solo resta por señalar que el artículo 44 del Decreto 2474 de 2008 se encuentra demandado en su totalidad en el proceso con radicado 36476 adelantado en esta Sección, precepto que fue suspendido provisionalmente en auto de abril 1 de 2009⁵⁵. Es necesario precisar que al diferir el concepto de la violación alegado del aducido por el actor⁵⁶, se trata de una actuación judicial independiente y ello hace

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

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

posible el pronunciamiento de la Sala. Por consiguiente, esta sentencia tiene fuerza de “cosa juzgada erga omnes”, tal como preceptúa el primer inciso del artículo 175 del C.C.A., sólo respecto del aparte sobre el que recae su pronunciamiento, es decir el párrafo 1 de la disposición acusada⁵⁷.

79. Similares condiciones se predicán en el *sub-lite*, razón por la cual resulta procedente el pronunciamiento de la Sala en relación con el aparte demandado del artículo 9º del Decreto 2025 de 2009, esto es, su párrafo 1º y la decisión que aquí se proferirá en relación con el mismo, tendrá fuerza de cosa juzgada y producirá efectos *erga omnes*.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLÁRASE la validez del párrafo del artículo 5º del Decreto 2025 de 2009, sólo en cuanto no se interprete que faculta a la administración para contratar en los eventos contemplados en el literal h) del numeral 2 del artículo segundo de la Ley 1150 de 2007, sin solicitar previamente la presentación de varias ofertas.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad del párrafo 1º del artículo 9 del Decreto 2025 de 2009, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36054 B, C.P. Enrique Gil Botero.

TERCERO: DECLÁRASE la cosa juzgada en relación con el artículo 3º del Decreto 2025 de 2009.

CUARTO: En firme esta decisión, archívese.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidenta

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado