

DECRETO 2473 DE 2010 - Naturaleza

La revisión de la naturaleza del Decreto demandado es un aspecto fundamental, toda vez que la normativa vigente concibe a la acción de nulidad sólo frente a actos administrativos, es decir, manifestaciones de la voluntad, en ejercicio de la autoridad propia de las entidades administrativas, de otras entidades públicas o de los particulares en ejercicio de la función administrativa, con capacidad de producir efectos frente a un sujeto de derecho o ante un grupo determinado o indeterminado de ellos, de manera indiferente a la anuencia de estos. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Departamento Nacional de Planeación como organismos de carácter administrativo tienen su fundamento en lo dispuesto en los artículos 206 de la Constitución Política y 58 de la Ley 489 de 1998; la primera disposición referenciada se enmarca en la regulación que a nivel constitucional se realiza de la rama ejecutiva y confía al legislador la tarea de determinar el número, denominación y orden de precedencia de los Ministerios y Departamentos Administrativos; por su parte, el legislador señala que el objetivo de estas instituciones de carácter administrativo consiste en la formulación y adopción de políticas, planes generales y proyectos del sector administrativo que dirigen. Se trata por tanto, de organismos de dirección en los cuales residen no sólo funciones de carácter político sino también administrativo. Por ello, al ser parte de la rama ejecutiva del poder público se integran a la Administración pública de acuerdo con el criterio funcional consagrado en el artículo 39 de la ley 489 de 1998

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 206 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 58

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2473 DE 2010 (9 de julio) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 2. NUMERAL 3 (No anulado)

MINISTERIOS Y DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS - Noción. Definición. Concepto / MINISTERIOS Y DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS - Naturaleza

El Ministerio y el Departamento Administrativo son estructuras administrativas complejas, dotadas de medios tanto materiales como humanos, los cuales son utilizados para incidir e intervenir en sectores de actividad homogénea. Su número y dimensión depende de cada realidad jurídica concreta y de la necesidad que se tenga de la especialización de la actividad administrativa. Se trata entonces de organismos bifrontes; de un lado integran el Gobierno; del otro, constituyen el vértice de la Administración. Se puede sostener que dentro del diseño constitucional y legal son los organismos destinados a cumplir una función de integración de todas aquellas piezas en que se descompone el aparato administrativo al fragmentarse funcionalmente mediante criterios de territorialidad, de especialidad o de reconocimiento de espacios de autonomía, lo cual hace necesario buscar la unidad mediante la identificación de un “centro supremo de dirección y ordenación.” Así, ministerios y departamentos administrativos comparten unas características comunes pero la existencia de estas dos categorías se debe a la necesidad de que el ordenamiento jurídico colombiano requiere, en algunos sectores administrativos, estructuras que tengan una vocación eminentemente técnica y no una naturaleza política. Los llamados Departamentos Administrativos son la cabeza visible de la administración y constituyen parte del Gobierno Nacional, no obstante, la razón de ser su existencia es precisamente la necesidad de coordinar y dirigir actividades que por su naturaleza requieren de la aplicación estricta de saberes profesionales, la

implementación de avances técnicos o de procedimientos de medición que escapan de la lógica de la toma de decisiones basada en criterios de oportunidad o conveniencia política.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2473 DE 2010 (9 de julio) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 2. NUMERAL 3 (No anulado)

MINISTERIOS Y DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS - Competencias y funciones

Entre las competencias encomendadas a estos organismos, muchas de ellas constituyen verdadera función de carácter administrativo. Se puede constatar, sin dificultad, ejemplo de ello en el ordenamiento jurídico cuando se establece entre los objetivos principales del Ministerio de comercio, industria y Turismo participar en la formulación de la política, los planes y programas de desarrollo económico y social relacionada con la competitividad, integración y desarrollo de los sectores productivos de bienes, servicios entre ellos el turismo y tecnología para la micro, pequeña y mediana empresa, el comercio interno y el comercio exterior. A su vez, dicho objetivo se traduce en funciones tales como: la preparación en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación y el sometimiento a consideración del Consejo Superior de Comercio Exterior y del Consejo Superior de Micro, Pequeña y Mediana Empresa, de los aspectos de desarrollo empresarial y de comercio exterior que deba contener el Plan Nacional de Desarrollo; el registro de producción nacional de la declaración escrita sobre los contratos de exportación de servicios, de contratos de importación de tecnología, de turismo y expedir las certificaciones pertinentes; entre otras.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 210 DE 2003 - ARTICULO 2

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2473 DE 2010 (9 de julio) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 2. NUMERAL 3 (No anulado)

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION - Objetivos

El Departamento Nacional de Planeación tiene como objetivos principales: la preparación, el seguimiento de la ejecución y la evaluación de resultados de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector público, así como realizar en forma permanente el seguimiento de la economía nacional e internacional y proponer los planes y programas para el desarrollo económico, social y ambiental del país y para el diseño de las políticas en materia de macro estructura del Estado. A su vez, estas finalidades se traducen en las siguientes competencias: Diseñar, reglamentar, sistematizar y operar el Banco de Programas y Proyectos de Inversión Nacional, BPIN, que deberá incluir los proyectos financiables total o parcialmente con recursos del Presupuesto General de la Nación; Reglamentar el Sistema de Registro Descentralizado de Programas y Proyectos y su viabilidad, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; Priorizar, de acuerdo con los objetivos y metas del Plan Nacional de Desarrollo, los programas y proyectos del Plan Operativo Anual de Inversiones (POAI) para su incorporación en la Ley Anual del Presupuesto, asegurando su relación con los resultados de su evaluación, en coordinación con los Ministerios y Departamentos Administrativos; Llevar el registro de los proyectos que hayan sido declarados por los respectivos Ministerios como viables, para ser financiados con recursos del Fondo Nacional de Regalías y recomendar la priorización de la asignación de recursos a estos proyectos; Apoyar a los organismos y entidades competentes en la formulación de políticas, planes, programas y proyectos

relacionados con el estímulo a la actividad productiva, la inversión privada, la competitividad y la atención integral a la población desplazada, en coordinación con los Ministerios y los Departamentos Administrativos entre otras

FUENTE FORMAL: DECRETO 3517 DE 2009 - ARTICULO 2 / DECRETO 3517 DE 2009 - ARTICULO 3

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2473 DE 2010 (9 de julio) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 2. NUMERAL 3 (No anulado)

MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO Y DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION - Competencias

De la naturaleza misma del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y del Departamento Nacional de Planeación se concluye que muchas de las competencias a ellos asignadas se materializan por medio de la expedición de verdaderos actos administrativos. En este supuesto se encuentran el decreto cuestionado al reglamentar “parcialmente la Ley 80 de 1993, la Ley 590 de 2000, la ley 816 de 2003 y en la Ley 1150 de 2007.” En la norma demandada se establece los factores para determinar en los pliegos de condiciones los criterios de desempate aplicando unas reglas de carácter sucesivo y excluyente; esto sin duda, evidencia no sólo una manifestación de la voluntad de una autoridad de carácter administrativo sino también la producción de efectos directos que afectan situaciones jurídicas. Como consecuencia de ello, no existe incertidumbre o duda alguna respecto de la procedencia en el proceso de la acción de nulidad simple consagrada en el artículo 84 del C.C.A.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 84 / LEY 80 DE 1993 / LEY 590 DE 2000 / LEY 816 DE 2003 / LEY 1150 DE 2007

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2473 DE 2010 (9 de julio) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 2. NUMERAL 3 (No anulado)

DECRETO 2473 DE 2010 - Reglamentación de la ley / DECRETOS REGLAMENTARIOS - Noción. Definición. Concepto

De las consideraciones y de la suscripción del Decreto demandado, se deriva de manera inequívoca que se trata de una reglamentación de la ley. En lo que respecta a este tipo de normas, vale la pena señalar que éstas constituyen típica expresión de la función administrativa y, desde una perspectiva formal, hacen parte de la categoría de actos administrativos de carácter general. En efecto, la capacidad de trazar efectivas reglas de conducta en desarrollo de lo prescrito por el legislador, con alcances generales y de obligatorio cumplimiento por parte de la comunidad destinataria de estas disposiciones, denota la verificación de los elementos propios del acto administrativo como son: (1) manifestación unilateral de la voluntad de la administración o de la entidad pública o el particular en ejercicio de la función administrativa, (2) capaz de producir efectos jurídicos frente a otros sujetos de derecho (3) sin necesidad de contar con su anuencia para ello.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2473 DE 2010 (9 de julio) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA – ARTICULO 2. NUMERAL 3 (No anulado)

ACCION DE NULIDAD - Decreto reglamentario / COMPETENCIA DE LA SECCION TERCERA CONSEJO DE ESTADO - Acción de nulidad de un decreto reglamentario

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

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 128 / ACUERDO 58 DE 1999 - ARTICULO 13

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2473 DE 2010 (9 de julio) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 2. NUMERAL 3 (No anulado)

DECRETO DEROGADO - Posibilidad de pronunciamiento judicial

La Sala debe pronunciarse sobre la procedencia de la acción de nulidad contra normas administrativas que ya no tienen vigencia, como quiera que en el transcurso del proceso el Decreto 2473 de 2010 fue derogado por el Decreto 734 de 2012. El artículo 9.2. del último de los cuerpos normativos referenciados preceptúa: (...) En lo que concierne a este aspecto se reitera la línea jurisprudencial que se ha ido consolidando desde el año 1991, según la cual es suficiente que un acto administrativo haya tenido vigencia aunque sea por un pequeño lapso para que la jurisdicción contenciosa administrativa deba pronunciarse sobre su legalidad frente a una demanda de nulidad. En efecto, no obstante la norma cuestionada no se encuentre vigente, durante el tiempo que hizo parte del ordenamiento jurídico pudo incidir sobre situaciones jurídicas. De este modo, la vigencia de una disposición administrativa se diferencia de su legalidad, y por ello, la derogatoria no tiene la virtualidad de restablecer el orden jurídico si éste se ha visto vulnerado. Adicionalmente, aún cuando el acto administrativo ha sido derogado, no se ha desvirtuado su presunción de legalidad, la cual sólo puede verse afectada por una decisión de carácter judicial. De otro lado, los efectos de la derogatoria son hacia el futuro, de forma tal que su declaratoria no afecta lo acaecido durante el tiempo en que la norma estuvo vigente; en cambio, los efectos de la nulidad son retroactivos porque buscan precisamente restablecer la legalidad alterada. Vistas las anteriores consideraciones, es procedente un pronunciamiento de fondo respecto de las disposiciones acusadas del Decreto 2473 de 2010, sin importar si ellas han sido posteriormente modificadas o derogadas porque, su retiro del ordenamiento jurídico no afecta su presunción de validez, toda vez que ésta sólo puede ser confirmada o desvirtuada mediante pronunciamiento judicial.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2473 DE 2010 / DECRETO 734 DE 2012 - ARTICULO 9.2

NOTA DE RELATORIA: Al respecto consultar sentencia del 22 de enero de 1988, exp. 5064, Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente Hernán Guillermo Aldana Duque; sentencia del 16 de febrero de 2001, exp. 3531, Consejo de Estado, Sección Primera, Consejera Ponente Olga Inés Navarrete Barrero. Sentencia del 14 de octubre de 1999, exp. 3531, Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente Manuel Urueta Ayola. Sentencia del 14 de enero de 1991, exp. S-157; Consejo de Estado, Sala Plena, Consejero Ponente Carlos Gustavo Arrieta Padilla. Sentencia del 8 de octubre de 2007, exp. 5242-02,

Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 23 de julio de 2009, exp. 15311, Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 4 de junio de 2009, exp. 16086, Consejo de Estado, Sección Cuarta. Consejero Ponente William Giraldo Giraldo. Sentencia del 4 de junio de 2009, exp. 16085, Consejo de Estado, Sección Cuarta. Consejero Ponente Héctor Romero Díaz. Sentencia del 17 de abril de 2008, exp. 0166-01, Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente Camilo Arciniegas Andrade y sentencia del 11 de diciembre de 2008, exp. 15875, Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente Héctor Romero Díaz

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2473 DE 2010 (9 de julio) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 2. NUMERAL 3 (No anulado)

GENERACION DE MICRO, PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA - Intervención del Estado / MICRO, PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA - Mipymes

La Constitución política en el artículo 333 reconoce los derechos a la libertad económica y a la iniciativa privada siempre y cuando su ejercicio no contravenga el bien común. De esta forma, sólo al legislador le es posible condicionar la actividad económica con la expedición de permisos o autorizaciones, existiendo una clara reserva legal y un evidente límite para la actividad de la rama administrativa del poder público. Así mismo, la posibilidad de hacer uso de las garantías reconocidas supone la asunción de responsabilidades, no sólo frente a otros individuos sino ante la colectividad. De allí, que al igual que la propiedad, estos derechos tengan una función social y ecológica que les es consustancial y que se traduce en el cumplimiento de las obligaciones que la ley fija para hacer compatible los intereses privados con los públicos siendo, en caso de contradicción, prevalentes sólo los últimos (...) La anterior disposición sólo puede entenderse si se lee conjuntamente con lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución, toda vez que la regulación de la denominada libertad económica es una concreción de la función de dirección general de la economía confiada al Estado. Se reconoce así una habilitación constitucional para que los poderes públicos intervengan en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios. La intervención económica entonces se manifiesta en el ejercicio de competencias que son a su vez instrumentos mediante los cuales se consigue el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la distribución equitativa de las oportunidades.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 333 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 334

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2473 DE 2010 (9 de julio) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 2. NUMERAL 3 (No anulado)

LEY 590 DE 2000 - Promoción del desarrollo de Mipymes / MIPYMES - Noción. Definición. Concepto / UNIDAD DE EXPLOTACION ECONOMICA O MIPYME - Parámetros / MEDIANA EMPRESA - Noción. Definición. Concepto / PEQUEÑA EMPRESA - Noción. Definición. Concepto / MICROEMPRESA - Noción. Definición. Concepto

Ley 590 de 2000, por la cual se dictan disposiciones para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas, mejor conocidas como Mipymes. Estas son las protagonistas de la regulación, pues son básicas para materializar la finalidad de mejorar el crecimiento económico del país, por esto se definen como "...toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica,

en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios. Para que una unidad de explotación económica tenga la connotación de Mipyme, es necesario que responda a dos parámetros: el número de trabajadores que hacen parte de su planta de personal y los activos totales con los que cuenta. Así, la ley señala: 1. La mediana empresa es aquella que tiene una planta de personal entre 51 y 200 trabajadores o que tenga unos activos totales por un valor entre 100.000 y 610.000 Unidades de valor Tributaria; 2. La pequeña empresa es aquella que tiene una planta de personal entre 11 y 50 trabajadores o que tenga activos totales por un valor entre 501 y 5000 salarios mínimos legales vigentes, y; 3. La microempresa es aquella que no tiene una planta de personal superior a 10 trabajadores o activos totales por un valor inferior a 500 salarios mínimos legales mensuales.

FUENTE FORMAL: LEY 590 DE 2000 - ARTICULO 1 / LEY 590 DE 2000 - ARTICULO 2 / LEY 905 DE 2004 - ARTICULO 2

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2473 DE 2010 (9 de julio) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 2. NUMERAL 3 (No anulado)

LEY 590 DE 2000 - Fundamento / LEY 590 DE 2000 - Competitividad de las mipymes / CREACION Y FUNCIONAMIENTO DE MIPYMES - Elaboración de políticas públicas / DESARROLLO DE MIPYMES - Promoción por parte del Estado y el sector privado

Pretende el fomento de empresas que por su tamaño o capacidad económica no podrían competir en condiciones de igualdad con aquellas industrias que se caracterizan por tener a su disposición amplios recursos tanto materiales como humanos. Por este motivo, el legislador fija parámetros para que pequeñas unidades de explotación económica sean viables dentro de un esquema de libre competencia, ya que del desarrollo de las mismas depende el mejoramiento de la calidad de vida de la población no sólo de sus propietarios sino de la sociedad en general al contar con mayores oportunidades de empleo. Así mismo, se potencializan las regiones, se integran nuevos sectores económicos, se genera crecimiento económico al existir una pluralidad de iniciativas y se aprovechan capitales que aunque modestos son significativos. Así las cosas, aun cuando se precisen elementos para la elaboración de políticas públicas que beneficien la creación de Mipymes, los criterios de diferenciación establecidos en la ley no desconocen que estas deben participar en el mercado en un escenario de libre competencia, cosa distinta es que para competir primero sea necesario asegurar su viabilidad. Para ello, debe inducirse el establecimiento de mejores condiciones de entorno institucional para su creación y puesta en funcionamiento; la promoción de una mas favorable dotación de factores que permitan el acceso al mercado de bienes y servicios, tanto para la adquisición de materias primas, insumos, bienes de capital y equipos, como para la realización de sus productos a nivel nacional e internacional, la formación de capital humano, la asistencia para el desarrollo tecnológico y el acceso al sistema financiero; el señalamiento de criterios que orienten la acción de del Estado y fortalezcan la coordinación entre sus organismos, así como entre éstos y el sector privado, en la promoción del desarrollo de las Mipymes; la coadyuvancia en el desarrollo de organizaciones empresariales, en la generación de esquemas de asociatividad empresarial y en alianzas estratégicas entre las entidades públicas y privadas, y; el apoyo a los micro, pequeños y medianos productores asentados en áreas de economía campesina, estimulando la creación y fortalecimiento de Mipymes rurales.

FUENTE FORMAL: LEY 590 DE 2000 - ARTICULO 1 / LEY 905 DE 2004 - ARTIUCLO 1 / LEY 1151 DE 2007 - ARTICULO 74

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2473 DE 2010 (9 de julio) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 2. NUMERAL 3 (No anulado)

CREACION Y OPERACION DE MIPYMES - Mecanismos legales / MERCADOS DE BIENES - Acceso de las mipymes

La ley establece mecanismos indispensables para permitir la creación y operación de las Mipymes en un escenario de competitividad. Así, se abordan los siguientes frentes: 1. El acceso a mercados y bienes y servicios; 2. El desarrollo tecnológico y talento humano; 3. El acceso a mercados financieros, y; 4. La creación de unidades empresariales (...). Para garantizar el acceso de las Mipymes a los mercados de bienes y servicios cuando éstos son creados por el funcionamiento del Estado y promover la concurrencia, las entidades estatales (definidas en el artículo 2 de la ley 80 de 1993) deben: 1. Desarrollar programas de aplicación de las normas sobre contratación administrativa y las concordantes de ciencia y tecnología en lo atinente a la preferencia de normas nacionales, desagregación tecnológica y componente nacional en la adquisición de bienes y servicios; 2. Promocionar e incrementar, conforme con su presupuesto, la participación de las Mipymes como proveedoras de bienes y servicios que demanden; 3. Establecer procedimientos administrativos que faciliten que las Mipymes cumplan con los requisitos y trámites relativos a pedidos, recepción de bienes o servicios, condiciones de pago y acceso a la información sobre sus programas de inversión y gasto, y; 4. Preferir en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministro y servicios a las Mipymes nacionales.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 2 / LEY 590 DE 2000 - ARTICULO 12 / LEY 905 DE 2004 - ARTICULO 9

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2473 DE 2010 (9 de julio) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA – ARTICULO 2. NUMERAL 3 (No anulado)

POTESTAD REGLAMENTARIA - Alcance

La potestad reglamentaria encuentra su sustento directo en el artículo 189.11 de la Constitución, y puede definirse como la posibilidad que se reconoce en cabeza del Gobierno Nacional para la expedición de disposiciones que gozan de un valor normativo y que se caracterizan por las notas de generalidad, obligatoriedad e impersonalidad. Las normas que se producen en ejercicio de la potestad se denominan reglamentos y su objeto no es otro distinto que servir de instrumento y complemento de la norma superior que justifica su existencia. Puede sostenerse entonces que se trata de normas de ejecución puesto que la razón de su presencia en el ordenamiento jurídico se halla en la necesidad de hacer más precisas y detalladas las disposiciones que tienen fuerza material de ley. Tal como señala la doctrina, las razones políticas que fundamentan el ejercicio de la potestad reglamentaria pueden resumirse en dos: 1. La necesidad de asegurar la organización y funcionamiento del aparato administrativo, y; 2. El aumento de aquellos sectores en los que el Estado puede intervenir, limitando derechos o actividades de los particulares para garantizar condiciones de bienestar e interés colectivo, requiriendo la presencia constante de autoridades administrativas mediante el reconocimiento legal de competencias. Así, la norma de carácter reglamentario tiene una relación de subordinación con la ley, su obligatoriedad está en un ámbito inferior al regirse por el principio de jerarquía normativa. El

carácter secundario del reglamento respecto de la ley constituye su principal presupuesto de validez, por ello, la primacía de la norma legal no sólo es formal sino también material, de contenido; ésta se torna invulnerable frente a las disposiciones que emanan del ejecutivo, al poder optar por agotar la materia objeto de regulación no dejando ningún posible espacio a la administración o poder también hacer un desarrollo más general para su correcta aplicación.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189.11

NOTA DE RELATORIA: Al respecto consultar sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. 31447, Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio y sentencia del 21 de agosto de 2008, exp. 0235-04, Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2473 DE 2010 (9 de julio) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 2. NUMERAL 3 (No anulado)

POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites / REGLAMENTO - Necesidad

Pueden inferirse los dos límites que enmarcan la potestad reglamentaria: de un lado se encuentra un criterio de competencia; del otro, un criterio de necesidad. El primero se refiere al alcance de la atribución que se entrega al ejecutivo, de tal manera que le está prohibido, so pretexto de reglamentar la ley, adicionar nuevas disposiciones, por lo que debe entonces, para asegurar la legalidad de su actuación, limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo. La necesidad de reglamento se desprende de la ley que le sirve de soporte, pues solo tendrá lugar el ejercicio de la potestad cuando la norma emanada del poder legislativo sea genérica, imprecisa, oscura y ello obligue a su mayor desarrollo y precisión. Si la ley es en demasía clara o, como ya se tuvo ocasión de mencionar, agota el objeto o materia regulado, la intervención del ejecutivo no encuentra razón de ser puesto que las posibilidades se reducen a la repetición de lo dispuesto en la norma reglamentaria (lo cual resulta inoficioso), la exigencia de requisitos adicionales o la supresión de condicionamientos exigidos en la ley (lo cual supone una extralimitación en la competencia); en estos dos últimos supuestos, se presentaría una ampliación o restricción de las disposiciones que emanan del legislador a través de una competencia de carácter instrumental, lo cual en un Estado sustentado en un principio de jerarquía normativa es impensable.

NOTA DE RELATORIA: En relación con los límites de la potestad reglamentaria, consultar sentencia del 21 de agosto de 2008, exp. 0235-04, Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sobre la necesidad del reglamento, ver sentencia del 22 de noviembre de 2007, exp. 0476-04, Consejo de Estado, Sección Cuarta, Consejero Ponente Germán Ayala Mantilla

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2473 DE 2010 (9 de julio) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 2. NUMERAL 3 (No anulado)

COMPETENCIA PARA EMITIR NORMAS DE NATURALEZA REGLAMENTARIA - Potestad de los Ministerios y Departamentos Administrativos

Los ministerios y departamentos administrativos también tiene la competencia para emitir normas de naturaleza reglamentaria porque en el ordenamiento jurídico colombiano no se hace la diferenciación que se lleva a cabo en otros

modelos jurídico administrativos entre actos administrativos generales y reglamentos, los dos son comprensivos del mismo fenómeno, aluden a manifestaciones normativas de carácter general que pueden llegar a originar situaciones de índole subjetivo tanto para la administración como para los administrados. Desde esta óptica, los preceptos de índole reglamentaria no emanan únicamente del Presidente de la república, la Constitución avala “un sistema difuso de producción normativa general o actos administrativos de efectos generales de carácter reglamentario. Estamos por lo tanto en presencia del principal instrumento mediante el cual se manifiesta y confirma el papel preponderante de la función administrativa del Estado en el proceso del cumplimiento de las finalidades señaladas constitucionalmente.” Cosa diferente es, que a él corresponda de manera exclusiva y excluyente la competencia derivada del artículo 189.11, puesto que de acuerdo con el principio de jerarquía administrativa la potestad normativa confiada a otros entes y organismos administrativos (por regla general) es derivada y subordinada a aquella que ejerce como suprema autoridad administrativa y mediante la cual se desarrolla y hace operativo un precepto de carácter legal.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189.11

NOTA DE RELATORIA: Consultar Corte Constitucional sentencia C-350 de 1997

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2473 DE 2010 (9 de julio) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 2. NUMERAL 3 (No anulado)

ARTICULO 2.3 DEL DECRETO 2473 DE 2010 - Desarrollo directo de normas legales / NORMA REGLAMENTARIA - Criterios de competencia y necesidad

La disposición contenida en el artículo 2.3 del Decreto 2473 de 2010 es un desarrollo directo de las normas legales referenciadas en el aparte precedente de forma tal que el criterio de competencia ha sido respetado por el Ejecutivo nacional en el momento de su expedición. En cuanto al criterio de necesidad, en principio, tampoco ha sido vulnerado como quiera que de la lectura de la disposición demandada y de la argumentación ofrecida por el actor no se desprende que el Gobierno Nacional se haya extralimitado en sus funciones, ya que no agregó nada nuevo y no restringió el alcance de aquello que está regulado en la ley. A esta conclusión se llega de manera simple con solo cotejar la norma acusada con lo dispuesto en el artículo 12.4 de la Ley 590, modificado por la Ley 905 de 2004, pues se trata de un criterio de desempate que se establece precisamente para dar viabilidad a lo dispuesto por el legislador.(...) Como puede observarse, en el presente caso, el límite basado en el criterio de la competencia no ha sido sobrepasado, por las razones explicitadas con anterioridad; resta entonces por analizar si de acuerdo con los restantes cargos formulados el criterio de necesidad fue vulnerado o no por la disposición acusadas.

FUENTE FORMAL: LEY 590 DE 2000 - ARTICULO 12.4 / LEY 905 DE 2004 / DECRETO 2473 DE 2010 - ARTICULO 2.3

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2473 DE 2010 (9 de julio) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 2. NUMERAL 3 (No anulado)

CRITERIOS DE DESEMPATE - Si uno o más oferentes ostentan la calidad de Mipymes, no se quebranta el principio de igualdad material / ARTICULO 2.3 DEL DECRETO 2473 DE 2010 - No existe contradicción entre la norma demandada y el artículo 13 de la Constitución Política

El actor señala que el precepto cuestionado quebranta el derecho de igualdad porque la norma preve que en el evento de empate entre dos o mas oferentes, únicamente tendrán la posibilidad de ser adjudicatarios del proceso aquellos que ostenten la calidad de Mipymes, otorgando de manera injustificada una preferencia sobre los proponentes que no ostenten tal condición (...) La disposición acusada contiene un criterio de desempate, lo cual conlleva indefectiblemente a que dos o más individuos se encuentran dentro del proceso selectivo exactamente en el mismo supuesto fáctico exigido por la ley; circunstancia que viabiliza la determinación de criterios para establecer a quién corresponde el derecho reconocido. Por tanto, la posibilidad de que sea el reglamento el que fije una solución, se encuentra supeditada a la necesidad de no cambiar lo dispuesto por el legislador; en el caso que nos ocupa, se puede generar duda respecto a quién corresponde la adjudicación de un contrato si dos o más propuestas obtienen el mismo puntaje. Por esta razón, el inciso primero del artículo transcrito difiere a las entidades públicas la determinación en los pliegos de condiciones de los aspectos que se tendrán en cuenta para desigualar, para lo cual deben atender las reglas que el reglamento establece de manera sucesiva y excluyente. (...) no existe una contradicción entre la norma demandada y el artículo 13 de la Constitución, toda vez que es diáfano que el reglamento no se aparta del supuesto traído por la ley para determinar cuál es la primera propuesta y por ende quien tiene el derecho a ser el adjudicatario del contrato; el legislador es claro al disponer que las entidades deben determinar en los pliegos de condiciones las reglas para que en caso de empate determinar con quien se debe celebrar el contrato, sin desconocer dos criterios de prelación: la preferencia por las ofertas nacionales y la necesidad de viabilizar el desarrollo de las Mipymes. (...) la norma acusada no desconoce ninguna de las dos manifestaciones del derecho de igualdad enunciadas por las siguientes razones. (...) 1. No impone un trato discriminatorio directo que implique una exclusión de los procesos selectivos de aquellos proponentes que no tengan la condición de Mipyme. (...) no se realiza una discriminación indirecta, o lo que es igual, la norma no oculta bajo una apariencia de neutralidad una exclusión de aquellos oferentes que no tengan la condición de Mipymes. En efecto, en el caso de empate existen dos criterios anteriores al ataque por el actor los cuales como quedó dicho deben aplicarse de manera sucesiva y excluyente. De hecho, las dos primeras hipótesis a aplicar no hacen referencia a la calidad de micro, pequeña o mediana empresa sino a la utilización de aquellos criterios de priorización de los factores de escogencia que se encuentren en el pliego de condiciones. (...) en tercer lugar se llega a la posibilidad de preferir a las Mipymes. Aun cuando es cierto que se ofrece un trato diferencial, el criterio utilizado es una concreción de la igualdad material y de una acción afirmativa, como quiera que, de acuerdo con las razones ya expuestas, las denominadas Mipymes no se encuentran en una misma posición que empresas e industrias con un gran capital financiero y humano. Por este motivo, ante una situación en la cual se de paridad en la calificación se preferirá a la micro, pequeña y mediana unidad empresarial como una forma de viabilizar su participación en el suministro de bienes y servicios generados por el funcionamiento del Estado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13 / DECRETO 2473 DE 2010 - ARTICULO 2. 3

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2473 DE 2010 (9 de julio) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 2. NUMERAL 3 (No anulado)

ARTICULO 2.3 DEL DECRETO 2473 DE 2010 - No contraría el derecho de asociación. Artículo 38 de la Constitución Política

El actor afirma, que la disposición cuestionada limita la conformación de consorcios y uniones temporales al tener que ser integradas por personas que únicamente ostenten la calidad de Mipymes, pues sólo de esta manera pueden participar de la posibilidad de adjudicación preferente, lo que constituye en inocuas a estas formas organizativas. El cargo formulado no está llamado a prosperar porque la norma contenida en el artículo 2.3 del Decreto 2473 de 2010 no desconoce ninguna de las manifestaciones del derecho de asociación. En primer término, no afecta la esfera positiva o la posibilidad que tienen los individuos de intervenir en la creación de nuevos Consorcios o Uniones Temporales para participar dentro de los procesos de selección, de igual modo tampoco se impide que una vez ya conformados otras personas o empresas se vinculen a ellos. Así mismo, tampoco desconoce la vertiente negativa porque al tratarse de un criterio de desempate no obliga o impone la utilización de una forma organizativa determinada, ni como afirma el actor, condiciona la calidad de sus integrantes en el sentido de que sólo se admita la agrupación de Mipymes. De igual manera, no se coacta el derecho de retirarse de estas formas de asociación ni conlleva el ser forzado a pertenecer a las mismas. Al contrario, la norma favorece la asociación entre micro, pequeñas y medianas empresas o entre éstas y grandes unidades empresariales, porque como ya se dijo, lo que se pretende es precisamente su viabilización, fomento y desarrollo en la economía nacional. El razonamiento del actor, vincula de manera principal el cargo formulado al tratamiento desigual, de forma tal que la Sala en este punto hace un remisión a aquello que se desarrolló en el numeral precedente sobre la no vulneración del artículo 13 de la Constitución.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 38 / DECRETO 2473 DE 2010 - ARTICULO 2.3

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2473 DE 2010 (9 de julio) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 2. NUMERAL 3 (No anulado)

ARTICULO 2.3 DEL DECRETO 2473 DE 2010 - No vulnera los principios que rigen las actuaciones administrativas

En primer lugar, el cargo formulado por el actor hace nuevamente referencia a la selección objetiva y el principio de igualdad, reiterando que la norma demandada disminuye el espectro de proponentes que no ostenten la calidad de Mipymes, porque en el evento de empate, los contratos sólo serán adjudicados a quienes detenten tal condición. Como puede observarse, no se aporta un argumento nuevo a la discusión, de hecho las razones dadas no se diferencian de aquellas ofrecidas respecto del artículo 13 constitucional, razón por la cual nuevamente es necesario realizar una remisión a lo sostenido en líneas precedentes. Por otro lado, aún cuando se enuncian los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, el actor no formula cargo de violación alguna, pues no precisa en que consiste la vulneración de la transparencia, eficiencia, eficacia, moralidad administrativa, economía, celeridad y publicidad como parámetros de actuación de la autoridad administrativa. Por tanto, el demandante no formuló en debida forma el cargo, ya que cuando se pretende la nulidad de un acto administrativo, no sólo basta con mencionar que éste vulnera los principios del artículo 209 de la Constitución, adicionalmente debe explicarse el cómo se materializa este vicio invalidante. Tal como ya ha reiterado la jurisprudencia de

esta corporación en varias oportunidades, el control de legalidad que el juez contencioso administrativo realiza no es general sino particular y concreto.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / DECRETO 2473 DE 2010 - ARTICULO 2.3

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2473 DE 2010 (9 de julio) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 2. NUMERAL 3 (No anulado)

ARTICULO 2.3 DEL DECRETO 2473 DE 2010 - No es contraria a la libertad de empresa ni al deber del Estado de distribuir las oportunidades equitativamente / MYPYMES - Se debe facilitar el acceso a los mercados / LIBERTAD DE EMPRESA - No es un derecho de carácter absoluto

Con independencia de los argumentos que reiteran el cargo sustentado en la igualdad, la acusación formulada se puede sintetizar en que el criterio de desempate restringe el derecho a la libertad de empresa consagrado constitucionalmente, toda vez que desinsentivan su participación en el tráfico económico. De acuerdo con el artículo 333 de la Carta Política se reconoce a todos los individuos la facultad de realizar actividades de carácter económico según sus preferencias o habilidades, con el propósito de mantener o incrementar su patrimonio. Esta libertad como todo derecho reconocido en el ordenamiento jurídico no es absoluta y puede ser limitada por el Estado cuando ello sea indispensable para remediar las fallas que presente el mercado y promover el desarrollo con equidad. Por ende, es perfectamente admisible la imposición de restricciones si se respeta el principio de proporcionalidad y razonabilidad, los cuales se manifiestan en la pertinencia de la medida asumida para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. (...) la norma acusada no contraría al artículo 333 de la constitución política, porque como ya se dijo constituye una forma válida de facilitar el acceso a los mercados a las Mipymes, las cuales tienen mayores dificultades en el momento de ingresar a un escenario de competencia en el que las grandes unidades empresariales tienen ventajas que imposibilitarían la entrada de agentes económicos nuevos que posean pequeños capitales y plantas de personal reducidas. Adicionalmente, el artículo cuestionado no restringe ninguna de las manifestaciones propias del núcleo esencial de la libertad de empresa, como quiera que no impide que aquellos que no tienen la condición de Mipyme celebren contratos con entidades estatales, decidan en que momento ingresan o se retiran del mercado, participen en los procedimientos de selección de contratistas de forma singularizada o adoptando las fórmulas organizativas consagradas en el estatuto de contratación (consorcios, uniones temporales y promesas de sociedad), tomen decisiones empresariales sin injerencia alguna y adopten los modelos de gestión que consideren convenientes, desarrollen su iniciativa privada en sectores o actividades lícitos y reciban los dividendos que se generen. Al estar condicionada la selección de los contratistas del Estado a la escogencia de la oferta más favorable el criterio establecido por el ejecutivo no constituye una discriminación pues no conlleva a que la decisión de la entidad se fundamente solo en el carácter de micro, pequeña y mediana empresa sino que además ésta tiene que haber demostrado en la actuación administrativa que tiene exactamente las mismas condiciones que otros oferentes nacionales para ejecutar el contrato y al tener que desempatar, aplicar los criterios consagrados en el artículo 2 del Decreto 2473 de 2010 (...) la disposición acusada tampoco desconoce el artículo 334 de la constitución, ya que al no ser la libertad de empresa un derecho de carácter absoluto el Estado puede intervenir de forma legítima en la economía mediante la implementación de políticas públicas

enderezadas al fomento económico en cumplimiento de disposiciones legales y reglamentarias. Por consiguiente, es válida la inclusión de criterios de diferenciación positiva en desarrollo de normas legales cuando con ellas se pretende fortalecer la competitividad de las empresas nacionales ampliando las posibilidades de participación en los mercados de las Mipymes, tratándose precisamente de asegurar una distribución equitativa de oportunidades.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 333 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 334 / DECRETO 2473 DE 2010 – ARTICULO 2

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2473 DE 2010 (9 de julio) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA – ARTICULO 2. NUMERAL 3 (No anulado)

ARTICULO 2.3 DEL DECRETO 2473 DE 2010 - No contravino el párrafo 2 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007

El demandante señaló que el supuesto que era susceptible de reglamentación por parte del ejecutivo era el contenido en el párrafo 2 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, en el que se fija la obligación del Gobierno Nacional de adoptar en los pliegos de condiciones las medidas que permitan la subcontratación preferente de las Mipymes cuando a ello hubiere lugar. Al apartarse el reglamento de este precepto y fijar criterios de desempate en los que se favorecen a las Mypimes se sustrajo una competencia propia del legislador. La sala ya abordó esta cuestión cuando se ocupó del alcance de la potestad reglamentaria y llegó a la conclusión de que el ejecutivo no había contrariado los principios de competencia y necesidad que orientan la potestad reglamentaria. Sólo resta señalar que nuevamente el actor hace una lectura parcial del ordenamiento jurídico porque, si bien es cierto que la ley 1150 en el párrafo 2 del artículo 12 señala un supuesto de hecho del que no se puede predicar un desarrollo mediante norma administrativa que conlleve a la determinación de criterios de desempate en el que se favorezcan a las Mypimes, no puede decirse lo mismo del artículo 12.4 de la ley 590 de 2000 (modificado por la Ley 905 de 2004) en el que expresamente se dispone que las entidades del orden nacional, departamental y municipal deben preferir en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministros y servicios a las micro, pequeñas y medianas empresas nacionales, pues en este caso, como ya quedó explicado, si se admite un desarrollo por parte del ejecutivo de factores que permitan definir criterios de diferenciación cuando dos o mas oferentes obtengan idéntica calificación, reiterando dentro de los mismos el supuesto de acción afirmativa delimitado previamente por el legislador.

FUENTE FORMAL: LEY 590 DE 2000 - ARTICULO 12.4 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 12.2 / DECRETO 2473 DE 2010 - ARTICULO 2.3

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2473 DE 2010 (9 de julio) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 2. NUMERAL 3 (No anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-26-000-2011-00018-00(40743)

Actor: JAIME ARMANDO TABARES

Demandado: MINISTERIO DE COMERCIO Y PLANEACION

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Se decide la acción de nulidad interpuesta por los actores contra el numeral 3 del artículo 2 del Decreto 2473 del 9 de julio de 2010, *“Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993, la Ley 590 de 2000, la ley 816 de 2003 y la Ley 1150 de 2007.”*

I. EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

Sin perjuicio de la naturaleza de acto administrativo de la disposición demandada, la cual será analizada más adelante, se discute la legalidad del numeral 3 del artículo 2 del Decreto 2473 de 2010. Se transcribe a continuación el precepto aludido cuya legalidad es cuestionada por el actor¹:

“DECRETO NÚMERO 2473 DE 2010²

(Julio 9)

“Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993, la Ley 590 de 2000, la Ley 816 de 2003 y la Ley 1150 de 2007.”

“EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

“en ejercicio de sus facultades legales constitucionales y legales y en especial de las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, en el artículo 12 de la Ley 590 de 2000 modificado por el artículo 9º de la Ley 905 de 2004, en la Ley 816 de 2003 y en la Ley 1150 de 2007 y,

“CONSIDERANDO:

“Que el Congreso de la República expidió la ley 590 de 2000, modificada por medio de la Ley 905 de 2004, por medio de la cual se dictan disposiciones de promoción y el desarrollo de las micro, pequeña y mediana empresa.

“Que el artículo 12 de la Ley 590 de 2000 establece la obligación de las entidades públicas de desarrollar programas de aplicación de normas sobre contratación; promover e incrementar la participación de las Mipymes como proveedoras de los bienes y servicios; establecer procedimientos administrativos que faciliten el cumplimiento de los requisitos y trámites relativos a pedidos, recepción de bienes o

¹ Copia simple folio 2 a 4.

² Derogado por el Decreto Reglamentario 734 de 2012.

servicios, condiciones de pago y acceso a la información; y de preferir en igualdad de condiciones de precio, calidad y capacidad de suministros a las Mypimes nacionales.

“Que el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece los criterios con base en los cuales se deben estructurar los factores de escogencia y calificación de las ofertas con base en selección objetiva.

“Que se hace necesaria la adopción de criterios objetivos que permitan apoyar a la industria nacional en los procesos de contratación, así como la regulación y el tratamiento que debe darse a los factores de desempate que deban incluirse en los pliegos de condiciones:

“DECRETA

“(…) **Artículo 2º. FACTORES DE DESEMPATE.** Salvo lo previsto para la adjudicación de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización en el Decreto 2474 de 2008, o de las normas que lo modifiquen, subroguen o deroguen, y de conformidad con el artículo 21 de la Ley 80 de 1993, el artículo 12 de la Ley 590 de 2000 modificado por el artículo 9 de la Ley 909 de 2004, los artículos 1 y 2 de la Ley 816 de 2003 y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en los pliegos de condiciones las entidades Estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública determinarán los criterios de desempate de conformidad con las siguientes reglas sucesivas y excluyentes:

“(…) 3. Si se presenta empate o éste persiste y entre los empatados se encuentran Mypimes, se preferirá a la Mypime nacional, sea proponente singular, o consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, conformada únicamente por Mypimes nacionales.

II. LAS NORMAS INVOCADAS COMO VIOLADAS POR LOS DEMANDANTES Y SU CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como normas violadas, indicó:

Constitución Política: Artículos 13, 38, 189 numeral 11, 209, 333 y 334.

Ley 1150 de 2007: Parágrafo 2 del artículo 12.

Los argumentos expuestos en los escritos de demanda que constituyen sustento de la violación alegada se pueden sintetizar así:³

1. La norma demandada desconoce el derecho de igualdad consagrado en el artículo 13 de la constitución.

Se quebranta el derecho de igualdad porque la norma preve que en el evento de empate entre dos o mas oferentes, únicamente tendrán la posibilidad de ser adjudicatarios del proceso aquellos que ostenten la calidad de Mipymes, otorgando de manera injustificada una preferencia sobre aquellos proponentes que no ostenten tal condición.

³ Folios 5 a 15

2. Las norma acusada es contraria al derecho de asociación consagrado en el artículo 38 de la Constitución.

La disposición demandada es violatoria del derecho de asociación porque limita la conformación de consorcios y uniones temporales al tener que ser integradas por personas que únicamente ostenten la calidad de Mipymes, para que puedan participar de la posibilidad de adjudicación preferente, lo que constituye en inocuas a estas formas organizativas. Se desconoce así la posibilidad que tiene todo sujeto unir esfuerzos y recursos para celebrar contratos estatales para la ejecución de obras, prestación de servicios o suministro de servicios.

3. La norma demandada es contraria a los principios que rigen la actuación administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución.

La disposición cuestionada impide el desarrollo de la función administrativa, ya que omite la aplicación de los principios de interés general, igualdad, eficacia y el deber que tienen las autoridades administrativas de coordinar actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, al establecer preferencias para la adjudicación de los procesos de selección incluyendo en los pliegos de condiciones que favorecen exclusivamente a los proponentes que ostentan la condición de Mypime.

En contratación administrativa la función pública se desarrolla bajo el principio de selección objetiva que le impone a la entidad estatal, la obligación de adelantar los procedimientos selectivos con base en la escogencia del ofrecimiento más favorable, lo cual no puede realizarse cuando se disminuye el espectro de proponentes que no ostenten la calidad de Mipymes, ya que en el evento de empate, los contratos serán adjudicados exclusivamente a los proponentes individuales o grupales que detenten tal condición.

4. La norma demandada es contraria al artículo 189.11 al constituir una extralimitación de la potestad reglamentaria.

Con la expedición del precepto contenido en el numeral 3 del artículo 2 Decreto 2473 de 2010 el gobierno desbordó su potestad reglamentaria, como quiera que no es una potestad del Ejecutivo la de modificar, adicionar o interpretar la leyes; su tarea es eminentemente administrativa para la efectiva aplicación de los preceptos legales. Se contraria la constitución política por que la norma cuestionada adiciona la Ley 1150 de 2007.

5. La disposición cuestionada contraria el derecho a la libre competencia consagrado en el artículo 333 de la Constitución.

La Constitución impone al Estado la obligación de estimular el desarrollo empresarial e impedir la obstrucción y la restricción de la libertad económica. Por este motivo el precepto objeto de la presente acción desconoce el anterior postulado al castigar a aquellos proponentes que superan los requisitos mínimos para ser calificados como Mipymes establecidos en el artículo 2 de la ley 905 de 2004, bien porque desde su constitución han surgido como sociedades con un volumen importante de activos y una amplia planta de personal, o porque como resultado de una adecuada gestión empresarial han crecido aumentando estos aspectos.

6. La norma acusada es contraria al principio de distribución equitativa de oportunidades que debe tener en cuenta el Estado cuando interviene en la economía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 334 de la Constitución Política.

La norma impugnada desconoce de manera flagrante el artículo 334 de la Constitución, específicamente el deber que tiene el Estado de garantizar la distribución equitativa de oportunidades en los procesos de contratación estatal, toda vez que al establecer criterios de desempate que favorecen la adjudicación a proponentes que ostente la condición de Mipymes desconoce la posición de igualdad con los mismos derechos y expectativas que deben tener los proponentes en los procesos de selección que se adelanten.

7. El ejecutivo al proferir la norma cuestionada contravino el parágrafo 2 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007.

De acuerdo con lo señalado en el parágrafo 2 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, la obligación del Gobierno Nacional se encamina a la adopción en los pliegos de condiciones de medidas que permitan la subcontratación preferente de las Mipymes cuando a ello hubiere lugar. Es esta situación la que debió ser objeto de reglamentación, y por ello la norma demandada se aparta de este precepto porque de lo que se ocupa es de fijar criterios de desempate que favorecen a esta clase de empresas, situación que sólo puede ser establecida por el legislador.

III. EL TRÁMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada a esta Corporación el 22 de marzo de 2010⁴; en el escrito correspondiente se solicitó también la suspensión provisional de la norma, por considerar que existía una contradicción directa de la misma con las disposiciones constitucionales y legales alegadas como violadas.

En auto de 4 de mayo de 2011, la demanda fue admitida y se negó la solicitud de suspensión provisional porque el actor sólo se limitó a transcribir los artículos que en su criterio se vulneraron sin indicar en que consiste la transgresión en que fundamenta su petición⁵.

La demanda fue contestada por el apoderado de la Nación, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en los términos que se resumen a continuación⁶:

Se sostuvo en primer lugar que el Decreto 2473 de 2010 se fundamenta en la competencia reglamentaria reconocida al ejecutivo en el 189.11 de la Constitución. A su vez, el fundamento legal se halla en la ley 80 de 1993, en particular el artículo 21 que se refiere al tratamiento y preferencia de las ofertas nacionales; en el artículo 12 ley 590 de 2000, modificado por el artículo 9 de la ley 905 de 2004, que regula las acciones a realizar por los servidores públicos y las entidades estatales para promover la concurrencia de las Mipymes en los mercados de

⁴ Folios 5 a 15.

⁵ Folios 19 a 25.

⁶ Folios 37 a 45.

bienes y servicios que genera el funcionamiento del Estado; en la Ley 816 de 2003, en la que se propende por el apoyo a la industria nacional mediante las compras públicas, y; el artículo 5 Ley 1150 de 2007, modificatoria del Estatuto de Contratación Estatal.

Sostuvo, también, que el artículo 2º de la Decreto 2473 de 2010 tiene por objetivo hacer efectivo el cumplimiento del principio de selección objetiva, al fijar las reglas sucesivas y excluyentes que deben aplicar las entidades sometidas al Estatuto de Contratación Estatal para determinar en los pliegos de condiciones los criterios de desempate, cuando exista igualdad en el total de las ofertadas evaluadas, o igualdad de condiciones e idéntico puntaje entre los proponentes.

Por lo anterior, la norma demandada promueve la concurrencia de las micro, pequeñas y medianas empresas en los mercados de bienes y servicios que crea el funcionamiento del Estado. La disposición cuestionada es legal porque el ejecutivo a través del reglamento viabiliza el criterio contenido en el numeral 4 del artículo 12 de la Ley 590 de 2000 (modificado por la ley 905 de 2004), toda vez que precisamente promueve la concurrencia de los agentes económicos mencionados y se cumplen los objetivos señalados en el artículo 1 del mismo cuerpo normativo.

Propone la excepción de inepta demanda, porque en su concepto el actor no señaló las normas legales que el Gobierno Nacional violó con la disposición que se demanda, así como tampoco explicó el concepto de la violación, siendo esta actitud contraria al principio de justicia rogada que caracteriza la actividad del juez contencioso administrativo.

En el escrito de contestación de demanda también se da una oposición a la supuesta vulneración del parágrafo 2 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, como quiera que este se refiere a la subcontratación preferente de mipymes en la ejecución de los contratos, por parte del contratista seleccionado. Se trata de una forma distinta de promover el desarrollo de esta clase de empresa.

De otra parte, no se vulnera e derecho de asociación porque la norma acusada permite el trato especial de aquellas asociaciones entre Mipymes en el contexto desarrollado por la Ley 590 de 2000. Del mismo modo, no se contraría el artículo 209 de la Constitución, porque el legislador puede intervenir en la economía con el propósito de mejorar la calidad de vida de los habitantes y promover la competitividad, productividad y desarrollo armónico de las regiones.

Por su parte, también contestó la demanda el Departamento Administrativo de Planeación⁷, proponiendo como excepción la ineptitud sustantiva de la demanda, toda vez que no expone de forma clara, específica y pertinente las razones que fundamentan la solicitud de nulidad, así como tampoco presenta una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la norma y el texto de las disposiciones superiores que supuestamente vulnera. En realidad, se expresan puntos de vista subjetivos que no constituyen una acusación, desconociendo las finalidades perseguidas por el Gobierno Nacional, especialmente la consecución del interés general y la dirección de la economía.

Así las cosas, el actor se limita a enunciar la distinción jurídica que hace el Decreto, sin sustentar que ello implique una prohibición, desconociendo que el

⁷ Folios 66 a 81.

principio de igualdad no se vulnera por hacer una diferenciación sino sólo en el caso en que ésta sea una discriminación prohibida por la ley, es decir que falte a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Tampoco se vulnera el derecho de asociación, ni se omite la aplicación de los principios de interés general, igualdad, eficacia y el deber que tienen las autoridades de coordinar las actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, cuando justamente y contrario a lo afirmado por el demandante, el decreto es acorde con tales principios.

No se excede la potestad reglamentaria al no definir procedimientos, ni sus elementos compositivos, ni las consecuencias que se derivan de las premisas o situaciones que se presenten en la estructuración de un proceso de contratación. Simplemente el Gobierno tenía el deber y la necesidad de delimitar el alcance del precepto legal para concretar su campo de acción y así obrar en todo dentro del marco de legalidad bajo el cual debe actuar la administración pública y de esta forma, evitar el desbordamiento de la acción estatal.

El artículo 2º del Decreto 2473 de 2010 no vulnera el derecho de igualdad, porque en primer lugar indica que es la Entidad la que hace la priorización de los factores de escogencia y calificación, vale decir, aquellos que dan puntaje, incluidos en el pliego de condiciones aquellos que van a utilizarse como criterio de desempate de acuerdo con los aspectos que se consideran mas importantes para definir la oferta mas favorable para la administración.

Luego, bajo el entendimiento de que las ofertas aún se mantengan en empate, es decir, que se encuentren en igualdad de condiciones, se deben atender los criterios a que hace referencia la ley 80 de 1993 y la ley 590 de 2000, en donde se privilegia en primer término la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros y, si aun así persiste el empate, se privilegia a la Mipyme nacional que sea proponente singular o al proponente plural conformado únicamente por Mipymes.

Por este motivo, no se da un trato discriminatorio sino un trato diferenciado que opera únicamente en aquellos casos en los que se hayan agotado los demás factores de desempate. Se trata de una lectura correcta del principio de igualdad que responde a una intervención del Estado en la Economía para favorecer a los pequeños empresarios y propender por la generación de empleo.

A su vez, el demandante no señala como la norma cuestionada vulnera el derecho de asociación, puesto que no se obliga a ser Mipyme para contratar con el Estado, ya que esta condición es relevante sólo para el caso de empate.

La Procuraduría Primera Delegada ante esta Corporación rindió concepto en el término de traslado y expuso los argumentos que se resumen a continuación⁸:

Las pretensiones no tienen vocación de prosperidad, porque con la norma demandada el ejecutivo no se extralimitó en el ejercicio de la potestad reglamentaria, como quiera que no contradice, modifica o adiciona lo previsto por

⁸ Folios 100 a 111.

el legislador en materia de selección objetiva. El Gobierno Nacional actuó dentro de los límites que le otorgó al legislador toda vez que en el marco legal promueve el desarrollo de la micro, pequeña y median empresa. La ley 590 de 2000 facultó a las entidades estatales para facilitar la concurrencia de las Mipymes a los mercados de bienes y servicios que crea el funcionamiento del Estado.

No se favorece a las Mipymes en la adjudicación de los procesos de contratación, pues el criterio de desempate resulta aplicable como una medida extrema y extraordinaria y con fundamento en un criterio de diferenciación expresamente previsto por el legislador.

De igual modo, no se puede decir que la norma vulnere y limite el derecho de asociación, ya que la norma no exige como requisito indispensable que los interesados en participar en los procesos contractuales que adelante el Estado acrediten la calidad de Mipymes. Carece de fundamento imputar el desconocimiento tanto del derecho a la libre competencia, como a la distribución equitativa de oportunidades, pues no hay razón alguna que permita inferir que el criterio de desempate restrinja el acceso a los mercados de bienes y servicios que crea el funcionamiento del Estado.

De manera adicional, a la intervención del Ministerio Público, de su derecho a alegar de conclusión hizo uso el Ministerio de Comercio, Industria y Comercio reiterando los argumentos expuestos en el escrito de contestación⁹.

IV. CONSIDERACIONES

Para adoptar una decisión de fondo, se revisará, en primer lugar, la naturaleza del instrumento normativo en que se inserta la disposición demandada, a efectos de constatar la procedencia de la acción de nulidad (punto 1); luego, se aludirá a la competencia de esta Sección (punto 2); posteriormente, se hará un pronunciamiento sobre la posibilidad de pronunciamiento judicial respecto de actos administrativos derogados, y (punto 3); finalmente, se resolverán los cargos presentados por el actor (punto 4).

1. La naturaleza del Decreto No. 2473 del 9 de Julio de 2010.

La revisión de la naturaleza del Decreto demandado es un aspecto fundamental, toda vez que la normativa vigente concibe a la acción de nulidad sólo frente a actos administrativos¹⁰, es decir, manifestaciones de la voluntad, en ejercicio de la autoridad propia de las entidades administrativas, de otras entidades públicas o de los particulares en ejercicio de la función administrativa, con capacidad de producir efectos frente a un

⁹ Folios 94 a 100.

¹⁰ En efecto, prescribe el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo: "Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos..." Más adelante señala la misma disposición que ésta acción puede también interponerse contra "circulares de servicio" y contra "actos de certificación y registro"; la jurisprudencia de esta Corporación, ha señalado, sin embargo, que en estos casos, estas manifestaciones deben producir también efectos jurídicos frente a terceros, es decir deben detentar los elementos propios de los actos administrativos. Sobre este punto pueden consultarse las siguientes providencias de esta Corporación: Sección cuarta, Sentencia de enero 22 de 1988, Consejero Ponente: Hernán Guillermo Aldana Duque; Sección Primera. Sentencia de 14 de octubre de 1.999 expediente No. 5064, Consejero Ponente: Manuel Urueta Ayola; Sección Primera, Sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente No. 3531 Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero.

sujeto de derecho o ante un grupo determinado o indeterminado de ellos, de manera indiferente a la anuencia de estos.

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Departamento Nacional de Planeación como organismos de carácter administrativo tienen su fundamento en lo dispuesto en los artículos 206 de la Constitución Política y 58 de la Ley 489 de 1998; la primera disposición referenciada se enmarca en la regulación que a nivel constitucional se realiza de la rama ejecutiva y confía al legislador la tarea de determinar el número, denominación y orden de precedencia de los Ministerios y Departamentos Administrativos; por su parte, el legislador señala que el objetivo de estas instituciones de carácter administrativo consiste en la formulación y adopción de políticas, planes generales y proyectos del sector administrativo que dirigen.

Se trata por tanto, de organismos de dirección en los cuales residen no sólo funciones de carácter político sino también administrativo. Por ello, al ser parte de la rama ejecutiva del poder público se integran a la Administración pública de acuerdo con el criterio funcional consagrado en el artículo 39 de la ley 489 de 1998:

“Integración de la Administración Pública. La administración pública se integra por los organismos que conforman la rama ejecutiva del poder público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado. La Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos, en lo nacional, son los organismos principales de la administración.” (Subraya la sala)

Como se señala en la doctrina, el Ministerio y el Departamento Administrativo son estructuras administrativas complejas, dotadas de medios tanto materiales como humanos, los cuales son utilizados para incidir e intervenir en sectores de actividad homogénea. Su número y dimensión depende de cada realidad jurídica concreta y de la necesidad que se tenga de la especialización de la actividad administrativa.¹¹ Se trata entonces de organismos bifrontes; de un lado integran el Gobierno; del otro, constituyen el vértice de la Administración.¹² Se puede sostener que dentro del diseño constitucional y legal son los organismos destinados a cumplir una función de integración de todas aquellas piezas en que se descompone el aparato administrativo al fragmentarse funcionalmente mediante criterios de territorialidad, de especialidad o de reconocimiento de espacios de autonomía, lo cual hace necesario buscar la unidad mediante la identificación de un *“centro supremo de dirección y ordenación.”*¹³

Así, ministerios y departamentos administrativos comparten unas características comunes pero la existencia de estas dos categorías se debe a la necesidad de que el ordenamiento jurídico colombiano requiere, en algunos sectores administrativos, estructuras que tengan una vocación eminentemente técnica y no una naturaleza política. Los llamados Departamentos Administrativos son la cabeza visible de la administración y constituyen parte del Gobierno Nacional, no obstante, la razón de ser su existencia es

¹¹ Cfr. FRANCHINI, Claudio. *“La organizzazione”* En: Trattato di Diritto Amministrativo. Tomo I Milán, Giuffrè Editore. 2000. Pág. 131 Y ss.

¹² Cfr. SANTAMERIA PASTOR, Juan Alfonso. Principios Generales del Derecho Administrativo. Madrid, Iustel. 2004.

¹³ OVIEDO GARCÍA, Carlos. Derecho Administrativo. Volumen 1. Introducción – Doctrina General – Organización Administrativa. Madrid, Librería General del Victoriano Suárez. 1943.

precisamente la necesidad de coordinar y dirigir actividades que por su naturaleza requieren de la aplicación estricta de saberes profesionales, la implementación de avances técnicos o de procedimientos de medición que escapen de la lógica de la toma de decisiones basada en criterios de oportunidad o conveniencia política.

Del anterior razonamiento se puede deducir fácilmente que entre las competencias encomendadas a estos organismos, muchas de ellas constituyen verdadera función de carácter administrativo. Se puede constatar, sin dificultad, ejemplo de ello en el ordenamiento jurídico cuando se establece entre los objetivos principales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo participar en la formulación de la política, los planes y programas de desarrollo económico y social relacionada con la competitividad, integración y desarrollo de los sectores productivos de bienes, servicios entre ellos el turismo y tecnología para la micro, pequeña y mediana empresa, el comercio interno y el comercio exterior.¹⁴ A su vez, dicho objetivo se traduce en funciones tales como: la preparación en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación y el sometimiento a consideración del Consejo Superior de Comercio Exterior y del Consejo Superior de Micro, Pequeña y Mediana Empresa, de los aspectos de desarrollo empresarial y de comercio exterior que deba contener el Plan Nacional de Desarrollo;¹⁵ el registro de producción nacional de la declaración escrita sobre los contratos de exportación de servicios, de contratos de importación de tecnología, de turismo y expedir las certificaciones pertinentes;¹⁶ entre otras.

Por su parte, al Departamento Nacional de Planeación tiene como objetivos principales: la preparación, el seguimiento de la ejecución y la evaluación de resultados de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector público, así como realizar en forma permanente el seguimiento de la economía nacional e internacional y proponer los planes y programas para el desarrollo económico, social y ambiental del país y para el diseño de las políticas en materia de macro estructura del Estado¹⁷. A su vez, estas finalidades se traducen en las siguientes competencias: Diseñar, reglamentar, sistematizar y operar el Banco de Programas y Proyectos de Inversión Nacional, BPIN, que deberá incluir los proyectos financiables total o parcialmente con recursos del Presupuesto General de la Nación; Reglamentar el Sistema de Registro Descentralizado de Programas y Proyectos y su viabilidad, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; Priorizar, de acuerdo con los objetivos y metas del Plan Nacional de Desarrollo, los programas y proyectos del Plan Operativo Anual de Inversiones (POAI) para su incorporación en la Ley Anual del Presupuesto, asegurando su relación con los resultados de su evaluación, en coordinación con los Ministerios y Departamentos Administrativos; Llevar el registro de los proyectos que hayan sido declarados por los respectivos Ministerios como viables, para ser financiados con recursos del Fondo Nacional de Regalías y recomendar la priorización de la asignación de recursos a estos proyectos; Apoyar a los organismos y entidades competentes en la formulación de políticas, planes, programas y proyectos relacionados con el estímulo a la actividad productiva, la inversión privada, la competitividad y la atención integral a la población desplazada, en coordinación con los Ministerios y los Departamentos Administrativos¹⁸; entre otras.

De la naturaleza misma del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y del Departamento Nacional de Planeación se concluye que muchas de las competencias a ellos asignadas se materializan por medio de la expedición de

¹⁴ Artículo 2 Decreto ley 210 del 2003.

¹⁵ *Ibíd*

¹⁶ *Ibíd*.

¹⁷ Artículo 2 del Decreto 3517 de 2009.

¹⁸ Artículo 3 del Decreto 3517 de 2009.

verdaderos actos administrativos. En este supuesto se encuentran el decreto cuestionado al reglamentar “parcialmente la Ley 80 de 1993, la Ley 590 de 2000, la ley 816 de 2003 y en la Ley 1150 de 2007.” En la norma demandada se establece los factores para determinar en los pliegos de condiciones los criterios de desempate aplicando unas reglas de carácter sucesivo y excluyente; esto sin duda, evidencia no sólo una manifestación de la voluntad de una autoridad de carácter administrativo sino también la producción de efectos directos que afectan situaciones jurídicas. Como consecuencia de ello, no existe incertidumbre o duda alguna respecto de la procedencia en el proceso de la acción de nulidad simple consagrada en el artículo 84 del C.C.A.

De las consideraciones y de la suscripción del Decreto demandado, se deriva de manera inequívoca que se trata de una reglamentación de la ley. En lo que respecta a este tipo de normas, vale la pena señalar que éstas constituyen típica expresión de la función administrativa y, desde una perspectiva formal, hacen parte de la categoría de actos administrativos de carácter general.

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

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

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

3. Posibilidad de pronunciamiento judicial respecto de un Decreto que ha sido Derogado.

La Sala debe pronunciarse sobre la procedencia de la acción de nulidad contra normas administrativas que ya no tienen vigencia, como quiera que en el transcurso del proceso el Decreto 2473 de 2010 fue derogado por el Decreto 734 de 2012. El artículo 9.2. del último de los cuerpos normativos referenciados preceptúa:

*“Vigencia, Subrogatorias y Derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y **deroga en su integridad** las disposiciones vigentes de los decretos 679 de 1994, 287 de 1996, 2170 de 2002, 1896 de 2004, 2166 de 2004, 066 de 2008, 1170 de 2008, 2474 de 2008, 3460 de 2008, 4828 de 2008, 4444 de 2008, 4533 de 2008, 127 de 2009, 490 de 2009 931 de 2009, 931 de 2009, 2025 de 2009, 2493 de 2009, 3806 de 2009, 3576 de 2009, 1039 de 2009, 1430 de 2010, 1464 de 2010, **2473 de 2010**, 3844 de 2010,*

4266 de 2010, 2516 de 2011, 3485 de 2011 así como las demás normas que le sean contrarias, y subroga aquellas reproducidas expresamente en el presente decreto.” (subraya fuera de texto)

En lo que concierne a este aspecto se reitera la línea jurisprudencial que se ha ido consolidando desde el año 1991,¹⁹ según la cual es suficiente que un acto administrativo haya tenido vigencia aunque sea por un pequeño lapso para que la jurisdicción contenciosa administrativa deba pronunciarse sobre su legalidad frente a una demanda de nulidad. En efecto, no obstante la norma cuestionada no se encuentre vigente, durante el tiempo que hizo parte del ordenamiento jurídico pudo incidir sobre situaciones jurídicas²⁰. De este modo, la vigencia de una disposición administrativa se diferencia de su legalidad, y por ello, la derogatoria no tiene la virtualidad de restablecer el orden jurídico si éste se ha visto vulnerado²¹.

Adicionalmente, aún cuando el acto administrativo ha sido derogado, no se ha desvirtuado su presunción de legalidad, la cual sólo puede verse afectada por una decisión de carácter judicial.²² De otro lado, los efectos de la derogatoria son hacia el futuro, de forma tal que su declaratoria no afecta lo acaecido durante el tiempo en que la norma estuvo vigente; en cambio, los efectos de la nulidad son retroactivos porque buscan precisamente restablecer la legalidad alterada.

Vistas las anteriores consideraciones, es procedente un pronunciamiento de fondo respecto de las disposiciones acusadas del Decreto 2473 de 2010, sin importar si ellas han sido posteriormente modificadas o derogadas porque, su retiro del ordenamiento jurídico no afecta su presunción de validez, toda vez que ésta sólo puede ser confirmada o desvirtuada mediante pronunciamiento judicial²³.

4. Análisis de los cargos presentados por el actor

Para tomar una decisión respecto de los cargos formulados, la sala se ocupará de los siguientes puntos: La intervención del Estado en la generación de pequeña y mediana empresa (4.1); el alcance de la potestad reglamentaria, y (4.2); La igualdad en los procesos de selección de contratistas y la determinación de factores de desempate (4.3.); El alcance del derecho de asociación y su relación con la disposición demandada (4.4.); La materialización de los principios que rigen la actuación administrativa mediante la fijación de criterios de desempate (4.5); La ponderación entre libertad económica y los criterios de diferenciación positiva para asegurar la creación del Mipymes y el deber de distribución equitativa que se desprende de la competencia del Estado de intervenir en la economía, y (4.6); La obligación de subcontratación de Mipymes como instrumento de diferenciación positiva (4.7.).

¹⁹ Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de enero 14 de 1991. M.P. Carlos Gustavo Arrieta Padilla. Exp. S – 157; Sección Segunda. Sentencia de Octubre 8 de 2007. Exp. 5242-02.

²⁰ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de Julio 23 de 2009. M.P. Héctor J. Romero Díaz. Exp. 15311.

²¹ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de junio 4 de 2009. M.P. William Giraldo Giraldo. Exp. 16086; Sección Cuarta. Sentencia de 4 de Junio de 2009. M.P. Héctor J. Romero Díaz. Exp. 16085.

²² Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de abril 17 de 2008. M.P. Camilo Arciniegas Andrade. Exp. 0166-01.

²³ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de Diciembre 11 de 2008. M. P. Héctor J. Romero Díaz. Exp. 15875.

La mayoría de los conceptos de la violación formulados por el demandante se encaminan a sostener una contradicción entre la norma cuestionada y el derecho a la igualdad y a demostrar que el ejecutivo se extralimitó cuando hizo uso de la potestad reglamentaria. Por esta razón, la Sala se ocupará en primer lugar de estas dos acusaciones, pues de la respuesta que se de a ellas depende en gran medida la solución a la que se llegue respecto de los restantes argumentos esgrimidos por el actor.

4.1. La intervención del Estado en la generación de micro, pequeña y mediana empresa.

La Constitución política en el artículo 333 reconoce los derechos a la libertad económica y a la iniciativa privada siempre y cuando su ejercicio no contravenga el bien común. De esta forma, sólo al legislador le es posible condicionar la actividad económica con la expedición de permisos o autorizaciones, existiendo una clara reserva legal y un evidente límite para la actividad de la rama administrativa del poder público. Así mismo, la posibilidad de hacer uso de las garantías reconocidas supone la asunción de responsabilidades, no sólo frente a otros individuos sino ante la colectividad. De allí, que al igual que la propiedad, estos derechos tengan una función social y ecológica que les es consustancial y que se traduce en el cumplimiento de las obligaciones que la ley fija para hacer compatible los intereses privados con los públicos siendo, en caso de contradicción, prevalentes sólo los últimos.

Para hacer uso de los derechos consagrados, la norma fundamental reconoce un papel protagónico a la empresa como realidad estructural y como forma de organización del trabajo, pues a ella se confía el ser la base del desarrollo. De igual modo, se establece un mandato en cabeza del Estado, quien tiene que fortalecer y estimular las organizaciones solidarias y ser un promotor constante del crecimiento empresarial. Para la consecución de esta tarea, al legislador le corresponde remover aquellos obstáculos que obstruyan la libertad económica y evitar que algunas empresas y personas abusen de la posición dominante en que se encuentran dentro del mercado nacional.

La anterior disposición sólo puede entenderse si se lee conjuntamente con lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución, toda vez que la regulación de la denominada libertad económica es una concreción de la función de dirección general de la economía confiada al Estado. Se reconoce así una habilitación constitucional para que los poderes públicos intervengan en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios. La intervención económica entonces se manifiesta en el ejercicio de competencias que son a su vez instrumentos mediante los cuales se consigue el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la distribución equitativa de las oportunidades.

Fue en cumplimiento de estas dos normas que se expidió la Ley 590 de 2000, por la cual se dictan disposiciones para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas, mejor conocidas como Mipymes. Estas son las protagonistas de la regulación, pues son básicas para materializar la finalidad de mejorar el crecimiento económico del país, por esto se definen como "...toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios²⁴.

²⁴ Artículo 2 de la ley 590 de 2000, modificado por el artículo 2 de la Ley 905 de 2004.

Para que una unidad de explotación económica tenga la connotación de Mipyme, es necesario que responda a dos parámetros: el número de trabajadores que hacen parte de su planta de personal y los activos totales con los que cuenta. Así, la ley señala: 1. La mediana empresa es aquella que tiene una planta de personal entre 51 y 200 trabajadores o que tenga unos activos totales por un valor entre 100.000 y 610.000 Unidades de valor Tributaria; 2. La pequeña empresa es aquella que tiene una planta de personal entre 11 y 50 trabajadores o que tenga activos totales por un valor entre 501 y 5000 salarios mínimos legales vigentes, y; 3. La microempresa es aquella que no tiene una planta de personal superior a 10 trabajadores o activos totales por un valor inferior a 500 salarios mínimos legales mensuales²⁵.

Se trata entonces de una ley que pretende el fomento de empresas que por su tamaño o capacidad económica no podrían competir en condiciones de igualdad con aquellas industrias que se caracterizan por tener a su disposición amplios recursos tanto materiales como humanos. Por este motivo, el legislador fija parámetros para que pequeñas unidades de explotación económica sean viables dentro de un esquema de libre competencia, ya que del desarrollo de las mismas depende el mejoramiento de la calidad de vida de la población no sólo de sus propietarios sino de la sociedad en general al contar con mayores oportunidades de empleo. Así mismo, se potencializan las regiones, se integran nuevos sectores económicos, se genera crecimiento económico al existir una pluralidad de iniciativas y se aprovechan capitales que aunque modestos son significativos²⁶.

Así las cosas, aun cuando se precisen elementos para la elaboración de políticas públicas que beneficien la creación de Mipymes, los criterios de diferenciación establecidos en la ley no desconocen que estas deben participar en el mercado en un escenario de libre competencia, cosa distinta es que para competir primero sea necesario asegurar su viabilidad²⁷. Para ello, debe inducirse el establecimiento de mejores condiciones de entorno institucional para su creación y puesta en funcionamiento²⁸; la promoción de una mas favorable dotación de factores que permitan el acceso al mercado de bienes y servicios, tanto para la adquisición de materias primas, insumos, bienes de capital y equipos, como para la realización de sus productos a nivel nacional e internacional, la formación de capital humano, la asistencia para el desarrollo tecnológico y el acceso al sistema financiero²⁹; el señalamiento de criterios que orienten la acción de del Estado y fortalezcan la coordinación entre sus organismos, así como entre éstos y el sector privado, en la promoción del desarrollo de las Mipymes³⁰; la coadyuvancia en el desarrollo de organizaciones empresariales, en la generación de esquemas de asociatividad empresarial y en alianzas estratégicas entre las entidades públicas y privadas³¹, y; el apoyo a los micro, pequeños y medianos productores asentados en áreas de economía campesina, estimulando la creación y fortalecimiento de Mipymes rurales³².

²⁵ Artículo 2 de la ley 590 de 2000, modificado por el artículo 2 de la Ley 905 de 2004.

²⁶ Artículo 1.a de la Ley 590 de 2000.

²⁷ Artículo 1.b. de la Ley 590 de 2000, modificado por el artículo 1 de la Ley 905 de 2004. El artículo 74 de la Ley 1151 de 2007 preceptúa: “ Los literales b) y e) del artículo 1 de la Ley 590 de 1990 quedaran así: e) Promover la permanente formulación, ejecución y evaluación de políticas públicas favorables al desarrollo de la competitividad de las micro, pequeñas y medianas empresas, así como incentivar la promoción y desarrollo de proyectos que garanticen el acceso a los bienes y servicios que respondan a las necesidades básicas de la población.”

²⁸ Artículo 1.c de la Ley 590 de 2000.

²⁹ Artículo 1.d. de la ley 590 de 2000

³⁰ Artículo 1.f de la ley 590 de 2000.

³¹ Artículo 1.g de la ley 590 de 2000.

³² Artículo 1.h. de la Ley 590 de 2000.

La ley establece mecanismos indispensables para permitir la creación y operación de las Mipymes en un escenario de competitividad. Así, se abordan los siguientes frentes: 1. El acceso a mercados y bienes y servicios³³; 2. El desarrollo tecnológico y talento humano³⁴; 3. El acceso a mercados financieros³⁵, y; 4. La creación de unidades empresariales³⁶. A efectos de dar una respuesta adecuada a los conceptos de la violación formulados por el actor, basta para la Sala ocuparse del aspecto delimitado en el primer numeral, por lo que no resulta necesario entrar en el estudio de los restantes.

Para garantizar el acceso de las Mipymes a los mercados de bienes y servicios cuando éstos son creados por el funcionamiento del Estado y promover la concurrencia, las entidades estatales (definidas en el artículo 2 de la ley 80 de 1993) deben: 1. Desarrollar programas de aplicación de las normas sobre contratación administrativa y las concordantes de ciencia y tecnología en lo atinente **a la preferencia de normas nacionales**, desagregación tecnológica y componente nacional en la adquisición de bienes y servicios; 2. Promocionar e incrementar, conforme con su presupuesto, la participación de las Mipymes como proveedoras de bienes y servicios que demanden; 3. Establecer procedimientos administrativos que faciliten que las Mipymes cumplan con los requisitos y trámites relativos a pedidos, recepción de bienes o servicios, condiciones de pago y acceso a la información sobre sus programas de inversión y gasto, y; 4. **Preferir en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministro y servicios a las Mipymes nacionales**³⁷.

Como puede observarse, se reitera lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 80 de 1993 que impone a las entidades estatales garantizar la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin que esto conlleve el desconocimiento del procedimiento de selección objetiva. Por ende, en cumplimiento de esta regla cuando varios proponentes se encuentren en un plano de igualdad para contratar, debe preferirse a aquel que oferte bienes y servicios de origen nacional. La disposición en comento se complementa a su vez con lo contenido en el artículo 12 de la ley 1150 de 2007, referente a la promoción al desarrollo. En esta norma se señala que en los pliegos de condiciones se debe disponer de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de obras, bienes y servicios y mano de obra locales o departamentales, siempre y cuando se aseguren los estándares de calidad y cumplimiento contractual exigidos.

De igual modo, confía al Gobierno nacional la definición de las condiciones para que en desarrollo de los procesos de selección cuyo valor se encuentre por debajo de 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes las entidades adopten en beneficio de las Mipymes y de los grupos marginados o discriminados que se asocien bajo esta modalidad, convocatorias limitadas a estas unidades empresariales departamentales, locales o regionales cuyo domicilio principal corresponda al lugar de ejecución de los contratos, siempre que se garantice la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas para la contratación y que previo a la apertura del proceso respectivo se haya manifestado el interés del número plural de Mipymes (éstas deben acreditar un año mínimo de existencia).

³³ Artículos 12 a 16 de la Ley 590 de 2000.

³⁴ Artículos 17 a 33 de la Ley 590 de 2000.

³⁵ Artículos 34 a 40 de la Ley 590 de 2000.

³⁶ Artículos 41 a 46 de la ley 590 de 2000.

³⁷ Artículo 12 de la ley 590 de 2000, modificado por el artículo 9 de la ley 905 de 2004.

Por último, el parágrafo 2º del mismo artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, establece una medida adicional de diferenciación positiva a favor de las Mipymes, al imponer al Gobierno Nacional la adopción de medidas que obliguen a incluir en los pliegos de condiciones, la subcontratación preferente de estas unidades empresariales en la ejecución de los contratos, estableciendo líneas de crédito blando para la generación de su capacidad financiera y de organización.

4.2. El alcance de la potestad reglamentaria.

La potestad reglamentaria encuentra su sustento directo en el artículo 189.11 de la Constitución, y puede definirse como la posibilidad que se reconoce en cabeza del Gobierno Nacional para la expedición de disposiciones que gozan de un valor normativo y que se caracterizan por las notas de generalidad, obligatoriedad e impersonalidad. Las normas que se producen en ejercicio de la potestad se denominan reglamentos y su objeto no es otro distinto que servir de instrumento y complemento de la norma superior que justifica su existencia.³⁸ Puede sostenerse entonces que se trata de normas de ejecución puesto que la razón de su presencia en el ordenamiento jurídico se halla en la necesidad de hacer más precisas y detalladas las disposiciones que tienen fuerza material de ley. Tal como señala la doctrina, las razones políticas que fundamentan el ejercicio de la potestad reglamentaria pueden resumirse en dos: 1. La necesidad de asegurar la organización y funcionamiento del aparato administrativo, y; 2. El aumento de aquellos sectores en los que el Estado puede intervenir, limitando derechos o actividades de los particulares para garantizar condiciones de bienestar e interés colectivo, requiriendo la presencia constante de autoridades administrativas mediante el reconocimiento legal de competencias.³⁹

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

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

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

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

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

⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de agosto 21 de 2008. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Exp.01(0295-04) La doctrina

De lo dicho pueden inferirse los dos límites que enmarcan la potestad reglamentaria: de un lado se encuentra un criterio de competencia; del otro, un criterio de necesidad. El primero se refiere al alcance de la atribución que se entrega al ejecutivo, de tal manera que le está prohibido, so pretexto de reglamentar la ley, adicionar nuevas disposiciones, por lo que debe entonces, para asegurar la legalidad de su actuación, limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo.⁴²

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

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

Por otra parte, los ministerios y departamentos administrativos también tiene la competencia para emitir normas de naturaleza reglamentaria porque en el ordenamiento jurídico colombiano no se hace la diferenciación que se lleva a cabo en otros modelos jurídicos administrativos entre actos administrativos generales y reglamentos,⁴⁵ los dos son

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

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

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

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

⁴⁵ El derecho administrativo español diferencia entre reglamento y acto administrativo general, para entender mejor las razones que sustentan esta distinción podemos recurrir a lo sostenido por Santamaría Pastor: *“La tesis que podríamos calificar de tradicional fija el rasgo distintivo de los*

comprensivos del mismo fenómeno, aluden a manifestaciones normativas de carácter general que pueden llegar a originar situaciones de índole subjetivo tanto para la administración como para los administrados.⁴⁶ Desde esta óptica, los preceptos de índole reglamentaria no emanan únicamente del Presidente de la república, la Constitución avala “*un sistema difuso de producción normativa general o actos administrativos de efectos generales de carácter reglamentario. Estamos por lo tanto en presencia del principal instrumento mediante el cual se manifiesta y confirma el papel preponderante de la función administrativa del Estado en el proceso del cumplimiento de las finalidades señaladas constitucionalmente.*”⁴⁷ Cosa diferente es, que a él corresponda de manera exclusiva y excluyente la competencia derivada del artículo 189.11, puesto que de acuerdo con el principio de jerarquía administrativa la potestad normativa confiada a otros entes y organismos administrativos (por regla general) es derivada y subordinada a aquella que ejerce como suprema autoridad administrativa y mediante la cual se desarrolla y hace operativo un precepto de carácter legal.

Por consiguiente, la disposición contenida en el artículo 2.3 del Decreto 2473 de 2010 es un desarrollo directo de las normas legales referenciadas en el aparte precedente de forma tal que el criterio de competencia ha sido respetado por el Ejecutivo nacional en el momento de su expedición. En cuanto al criterio de necesidad, en principio, tampoco ha sido vulnerado como quiera que de la lectura de la disposición demandada y de la argumentación ofrecida por el actor no se desprende que el Gobierno Nacional se haya extralimitado en sus funciones, ya que no agregó nada nuevo y no restringió el alcance de aquello que está regulado en la ley. A esta conclusión se llega de manera simple con solo cotejar la norma acusada con lo dispuesto en el artículo 12.4 de la Ley 590, modificado por la Ley 905 de 2004, pues se trata de un criterio de desempate que se establece precisamente para dar viabilidad a lo dispuesto por el legislador.

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

⁴⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo I. Introducción a los conceptos de Administración Pública y de Derecho Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2002. Pág. 434. La Corte Constitucional hizo se refirió, en la sentencia C – 350 de 1997, al carácter difuso de la producción normativa reglamentaria en los siguientes términos: “**La potestad reglamentaria que se puede definir como la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley para encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real, en el paradigma del Estado Social de Derecho no es exclusiva del Presidente de la República, cosa distinta es que éste, dado su carácter de suprema autoridad administrativa del Estado, le corresponda por regla general esta atribución. A este respecto la jurisprudencia y la doctrina han coincidido en aceptar que la constitución política de 1991 consagro un ‘sistema difuso’ de producción normativa general o actos administrativos de efectos generales de carácter reglamentario. En algunas ocasiones y así lo entendió el constituyente, es necesario extender esa potestad a autoridades y organismos administrativos diferentes al ejecutivo, a los cuales es posible atribuirlos inclusive por vía legal, pues sólo así es posible garantizar la efectividad de la norma jurídica que produce el legislador.**” Corte Constitucional. Sentencia C – 350 de julio 29 de 1997. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

⁴⁷ *Ibidem.*

DECRETO 2473 DE 2010.	LEY 590 DE 2000.
ARTÍCULO 2. “(...) 3. Si se presenta empate o éste persiste y entre los empatados se encuentran Mypimes, se preferirá a la Mypime nacional, sea proponente singular, o consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, conformada únicamente por Mypimes nacionales.”	ARTÍCULO 12. “(...) 4. Las entidades públicas del orden nacional, departamental y municipal, preferirán en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministros y servicios a las Mipymes nacionales.”

Como puede observarse, en el presente caso, el límite basado en el criterio de la competencia no ha sido sobrepasado, por las razones explicitadas con anterioridad; resta entonces por analizar si de acuerdo con los restantes cargos formulados el criterio de necesidad fue vulnerado o no por la disposición acusadas.

4.3. La determinación de criterios de desempate como un modo de asegurar la igualdad material consagrada en el artículo 13 de la Constitución.

El actor señala que el precepto cuestionado quebranta el derecho de igualdad porque la norma preve que en el evento de empate entre dos o mas oferentes, únicamente tendrán la posibilidad de ser adjudicatarios del proceso aquellos que ostenten la calidad de Mipymes, otorgando de manera injustificada una preferencia sobre los proponentes que no ostenten tal condición.

Sea lo primero señalar que constitucionalmente Colombia se erige como un Estado social de derecho, inscribiéndose así en la evolución propia de los ordenamientos jurídicos occidentales que otorgan un valor material a la igualdad y que consagran en las cartas políticas un amplio catálogo de derechos fundamentales. Así, la capacidad de autodeterminación del individuo sólo es posible en un contexto en el que se aseguren unas condiciones reales mínimas que faciliten su inclusión y que viabilice una potencialización de las oportunidades en ámbitos no sólo económicos sino sociales y en el culturales⁴⁸.

En el modelo descrito no es admisible concebir una separación entre Sociedad y Estado, de allí que a los derechos propios de las revoluciones liberales caracterizados por un discurso universalista, en los que importaba la defensa de un espacio en el que se asegurara la libertad, se suman unos derechos que se fundamentan en un proceso de especificación caracterizado por identificar los diferentes roles que ocupa una persona en el conglomerado social. La igualdad como valor deja de ser formal y se materializa, pues ya no es suficiente con el cumplimiento de la regla según la cual todos deben ser tratados de manera idéntica frente a los supuestos de hecho fijados en la ley, ahora es indispensable la implementación de criterios de diferenciación que hagan posible la equiparación, toda vez que la realidad desborda el discurso dogmático propio de las sociedades liberales y conduce al reconocimiento de que no es posible dar un tratamiento idéntico a quienes se encuentran en situaciones fácticas disímiles⁴⁹.

⁴⁸ RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. Las Generaciones de Derechos Fundamentales y la Acción de la Administración Pública. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2004.

⁴⁹ Ibídem.

En consecuencia, la igualdad constituye una finalidad que se quiere alcanzar y a la vez un instrumento de equiparación. El objetivo de que todos los individuos tengan unas condiciones de vida homogéneas sólo se logra por medio del trato diferenciado, que conlleva reconocer que no todos los individuos cuentan con las mismas oportunidades, que es indispensable asegurar un punto de partida común para poder alcanzar idéntico punto de llegada. Por ende, el Estado debe identificar las circunstancias en que se encuentran aquellas personas titulares del derecho y elaborar políticas públicas (mediante la regulación legal y la implementación de competencias administrativas) que permitan que aquellos que están en condiciones de inferioridad superen las barreras existentes⁵⁰.

Esta materialización de la igualdad se concreta a través de actuaciones materiales y la erogación de prestaciones mediante la organización de servicios públicos, el otorgamiento de subvenciones públicas, la inclusión preferencial en actividades que faciliten la equiparación, etc. No obstante, es indispensable que previamente se haya realizado una regulación normativa en la que se haga una diferenciación de carácter positivo. Esta competencia corresponde principalmente al legislador sin que ello implique una exclusión de la norma reglamentaria, como quiera que en muchas ocasiones este es indispensable como regulación secundaria para viabilizar y hacer operativo aquello que se ha dispuesto en la ley, de acuerdo con los parámetros determinados en el aparte precedente.

Cuando el reglamento desarrolla un criterio de diferenciación positiva previsto por el legislador lo hace en aplicación del artículo 13 de la Constitución, es decir que no *“...prescribe siempre un trato igual para todos los sujetos o destinatarios de las normas, siendo posible anudar a situaciones distintas diferentes consecuencias jurídicas. Al ser el derecho a la igualdad un derecho que conlleva un factor de diferenciación y igualación, opera mediante la definición de supuestos de hecho a los que se atribuyen consecuencias jurídicas, derechos, obligaciones, competencias, sanciones, etc.”*⁵¹ Por este motivo, para ofrecer una respuesta al cargo formulado por el actor, es necesario verificar si la diferenciación realizada por la norma cuestionada constituye una discriminación positiva admitida constitucionalmente. No obstante, es necesario aclarar un aspecto trascendental: aun cuando mediante la acción de nulidad simple se puedan elevar juicios de constitucionalidad, si el aspecto que cuestiona el demandante ha sido desarrollado por el legislador, la tarea del juez debe tener en cuenta en su análisis la norma legal y verificar si la disposición administrativa respeta o no el criterio de necesidad. En este supuesto, debe partirse de la premisa según la cual el juez competente para determinar la constitucionalidad de las leyes es la Corte Constitucional, el juez contencioso administrativo sólo en caso de que denote una inconstitucionalidad protuberante que incida en la decisión a tomar, puede pronunciarse mediante la técnica de la excepción inaplicando la disposición legal.

Como ya se hizo mención sobre las normas legales desarrolladas y no se vislumbran razones que denoten una inexequibilidad grosera, no procede la posibilidad de la denominada excepción de inconstitucionalidad y por ende el análisis a realizar debe condicionarse: la constitucionalidad de la norma reglamentaria se supeditará a que el alcance dado al principio de igualdad no desborde la regulación hecha por el legislador, pues esta autoridad ya ha realizado en el ejercicio de sus competencias una valoración sobre la validez de

⁵⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T – 823 del 21 de Octubre de 1999. M- P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 532 del 10 de mayo de 2000. M. P. Fabio Morón Díaz.

las normas que profiere y mientras no haya un pronunciamiento judicial en contrario éstas gozan de la “presunción de constitucionalidad.”

Dicho lo anterior, el artículo 13 consagra dos facetas del derecho de igualdad: de un lado, la prohibición de realizar actuaciones discriminatorias. En primer lugar, la dimensión objetiva y subjetiva del derecho impone sobre la autoridad de carácter administrativo “*un deber genérico de abstención*” que se materializa, en palabras del juez constitucional, en la prohibición de utilizar criterios que tradicional e históricamente se consideran sospechosos, diferenciaciones sustentadas en el género, pensamiento político, raza, origen nacional, etc. para dar un trato diferente en supuestos de hecho idénticos o similares⁵². Del otro, la autoridad está obligada a asumir un comportamiento activo que conlleva la introducción de tratos distintos a favor de sujetos que por razones históricas, sociales o económicas se encuentran en un punto de partida disparado al del resto del conglomerado social por estar en situaciones de desventaja o debilidad, en este caso se trata de las llamadas “*acciones afirmativas para otorgar a todos los individuos las mismas oportunidades y ventajas*”⁵³.

La corte constitucional también ha señalado que el “deber genérico de abstención” como manifestación de la igualdad formal admite una división: 1. La prohibición de realizar discriminaciones directas en los términos explicitados en el párrafo anterior y que implica que la norma niegue a un sujeto el acceso a un determinado beneficio, y; 2. La prohibición de realizar indiscriminaciones indirectas que se presentan cuando las normas aun teniendo una apariencia neutra generan en su aplicación un efecto adverso y desproporcionado sobre un determinado grupo o sujeto⁵⁴.

Cada una de las manifestaciones del principio de igualdad deben ser analizadas para ofrecer una respuesta adecuada al cargo formulado por el actor. Lo primero que debe señalarse es que la norma cuestionada es una manifestación de igualdad material, pues es claro que constituye un desarrollo de un precepto legal que consagra una diferenciación o acción afirmativa que beneficia a las Mipymes, al disponer que en un proceso de selección de contratistas del Estado se deben preferir en igualdad de condiciones (de precio, calidad y capacidad de suministros). Con esta norma se pretende, como ya tuvo oportunidad de señalarse, hacer viable a las micro, pequeñas y medianas unidades empresariales y generar su participación en el mercado de bienes y servicios que genera el funcionamiento de las diferentes entidades públicas.

Ahora bien, a diferencia de lo sugerido por el actor, para determinar si la disposición contenida en el numeral 3º del artículo 2 del Decreto 2473 de 2010 es contraria al derecho a la igualdad es necesario entrar en el estudio de toda la disposición, pues detenerse sólo en el aparte demandado conduciría a una lectura descontextualizada de la norma reglamentaria, máxime cuando de lo que se ocupa es de delimitar factores o criterios de desempate. El precepto en cuestión señala:

“FACTORES DE DESEMPATE. Salvo lo previsto para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización en el Decreto 2474 de 2008, o de las normas que lo modifiquen, subroguen o deroguen, y de conformidad con el artículo 21 de la Ley 80 de 1993, el artículo 12 de la Ley 590 de 2000 modificado por el artículo 9 de la Ley 905 de 2004,

⁵² Corte Constitucional. Auto 335 del 4 de Noviembre de 2010. M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ *Ibíd.*

los artículos 1 y 2 de la Ley 816 de 2003 y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en los pliegos de condiciones las Entidades Estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública determinarán los criterios de desempate de conformidad con las siguientes reglas sucesivas y excluyentes:

“1. En caso de que se presente igualdad en el puntaje total de las ofertas evaluadas, se aplicarán los criterios de desempate previstos en los pliegos de condiciones, mediante la priorización de los factores de escogencia y calificación que hayan sido utilizados en el proceso de selección, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Si después de aplicar esta regla persiste el empate, se entenderá que las ofertas se encuentran en igualdad de condiciones.

“2. En caso de igualdad de condiciones, se preferirá la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.

“3. Si se presenta empate o éste persiste y entre los empatados se encuentren Mipymes, se preferirá a la Mipyme nacional, sea proponente singular, o consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, conformada únicamente por Mipymes nacionales.

“4. Si no hay lugar a la hipótesis prevista en el numeral anterior y entre los empatados se encuentran consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura en los que tenga participación al menos una Mipyme, éste se preferirá.

“5. Si el empate se mantiene, se procederá como dispongan los pliegos, pudiendo utilizar métodos aleatorios”

La disposición acusada contiene un criterio de desempate, lo cual conlleva indefectiblemente a que dos o más individuos se encuentran dentro del proceso selectivo exactamente en el mismo supuesto fáctico exigido por la ley; circunstancia que viabiliza la determinación de criterios para establecer a quién corresponde el derecho reconocido. Por tanto, la posibilidad de que sea el reglamento el que fije una solución, se encuentra supeditada a la necesidad de no cambiar lo dispuesto por el legislador; en el caso que nos ocupa, se puede generar duda respecto a quién corresponde la adjudicación de un contrato si dos o más propuestas obtienen el mismo puntaje. Por esta razón, el inciso primero del artículo transcrito difiere a las entidades públicas la determinación en los pliegos de condiciones de los aspectos que se tendrán en cuenta para desigualar, para lo cual deben atender las reglas que el reglamento establece de manera sucesiva y excluyente.

El diccionario de la real academia de la lengua señala que debe entenderse por sucesivo “una cosa que sucede o se sigue a otra” o aquello que se dice del “tiempo que ha de seguir al momento en que se está⁵⁵”. A su vez, define excluyente como el “dejar por fuera o rechazar algo⁵⁶.” Por consiguiente, los criterios delimitados en el artículo 2º del decreto 2473 de 2010 no pueden aplicarse por parte de las Entidades Estatales de manera discrecional, aleatoria o caprichosa, ya que sólo pueden hacer uso de los mismos en el estricto orden en que fueron establecidos, de forma tal que la preferencia por la Mipymes es procedente cuando luego de analizados otros supuestos no se ha podido generar el desempate entre las propuestas presentadas.

⁵⁵ <http://www.rae.es/rae.html>

⁵⁶ *Ibíd.*

En efecto, en caso de igualdad en el puntaje total de las ofertas evaluadas se debe acudir en primer lugar a los criterios de desempate fijados en los pliegos de condiciones, a través de la priorización de los factores de escogencia y calificación que se hayan utilizado en el proceso de selección. Si luego de aplicar esta regla aún los proponentes ocupan la misma posición se debe escoger a la oferta de bienes y servicios nacionales sobre la oferta de bienes y servicios extranjeros. Sin embargo, si aún persiste el empate, y entre los empatados se encuentra una Mipyme nacional, la entidad debe preferirla con independencia de que sea proponente singular, consorcio o unión temporal conformada únicamente por Mipymes nacionales.

No es difícil entonces que la Sala concluya, que no existe una contradicción entre la norma demandada y el artículo 13 de la Constitución, toda vez que es diáfano que el reglamento no se aparta del supuesto traído por la ley para determinar cuál es la primera propuesta y por ende quien tiene el derecho a ser el adjudicatario del contrato; el legislador es claro al disponer que las entidades deben determinar en los pliegos de condiciones las reglas para que en caso de empate determinar con quien se debe celebrar el contrato, sin desconocer dos criterios de prelación: la preferencia por las ofertas nacionales y la necesidad de viabilizar el desarrollo de las Mipymes. El dispensar un trato no discriminatorio a todas aquellas personas que participen en un procedimiento de carácter selectivo es otra manifestación más del principio de igualdad, porque éste no sólo se materializa en la toma de decisiones sustentadas en exclusivos criterios de objetividad sino también de fijar *ab initio* requisitos y condiciones nítidas e inescrutables que permitan, en caso de que varias ofertas obtengan la misma calificación, decidir a cual de ellas se debe escoger.

En consecuencia, la norma acusada no desconoce ninguna de las dos manifestaciones del derecho de igualdad enunciadas por las siguientes razones:

1. No impone un trato discriminatorio directo que implique una exclusión de los procesos selectivos de aquellos proponentes que no tengan la condición de Mipyme. De hecho, no desconoce la regla de la selección objetiva, de forma tal que si quien no detenta tal condición es el que presenta la mejor oferta en cuanto a calidad, precio y capacidad tiene derecho a ser el adjudicatario. La regla consagrada sólo se aplica en un supuesto concreto: cuando existe empate.
2. De igual modo, no se realiza una discriminación indirecta, o lo que es igual, la norma no oculta bajo una apariencia de neutralidad una exclusión de aquellos oferentes que no tengan la condición de Mipymes. En efecto, en el caso de empate existen dos criterios anteriores al atacado por el actor los cuales como quedó dicho deben aplicarse de manera sucesiva y excluyente. De hecho, las dos primeras hipótesis a aplicar no hacen referencia a la calidad de micro, pequeña o mediana empresa sino a la utilización de aquellos criterios de priorización de los factores de escogencia que se encuentren en el pliego de condiciones. En este supuesto, no se puede hablar de situaciones diferenciadas, porque al ser los términos de referencia la norma que rige el proceso selectivo fija las reglas de juego desde un inicio y ello implica determinar aquellos aspectos a los que se les dará mas relevancia en caso de que dos o mas oferentes obtengan idéntica calificación. Por otro lado, el segundo criterio beneficia de manera genérica a la industria nacional sobre la extranjera sin tener en cuenta el tamaño de la misma.
3. Solo en tercer lugar se llega a la posibilidad de preferir a las Mipymes. Aun cuando es cierto que se ofrece un trato diferencial, el criterio utilizado es una

concreción de la igualdad material y de una acción afirmativa, como quiera que, de acuerdo con las razones ya expuestas, las denominadas Mipymes no se encuentran en una misma posición que empresas e industrias con un gran capital financiero y humano. Por este motivo, ante una situación en la cual se de paridad en la calificación se preferirá a la micro, pequeña y mediana unidad empresarial como una forma de viabilizar su participación en el suministro de bienes y servicios generados por el funcionamiento del Estado. De este modo, se facilita un punto de partida a aquellos que se hallan en un supuesto de hecho disímil al consagrarse un criterio que propende claramente por una distribución equitativa de las oportunidades.

Por las razones expuestas, el cargo formulado por el actor no está llamado a prosperar.

4.4. La norma demandada no contraría el derecho de asociación consagrado en el artículo 38 de la Constitución.

El actor afirma, que la disposición cuestionada limita la conformación de consorcios y uniones temporales al tener que ser integradas por personas que únicamente ostenten la calidad de Mipymes, pues sólo de esta manera pueden participar de la posibilidad de adjudicación preferente, lo que constituye en inocuas a estas formas organizativas.

El cargo formulado no está llamado a prosperar porque la norma contenida en el artículo 2.3 del Decreto 2473 de 2010 no desconoce ninguna de las manifestaciones del derecho de asociación. En primer término, no afecta la esfera positiva o la posibilidad que tienen los individuos de intervenir en la creación de nuevos Consorcios o Uniones Temporales para participar dentro de los procesos de selección, de igual modo tampoco se impide que una vez ya conformados otras personas o empresas se vinculen a ellos. Así mismo, tampoco desconoce la vertiente negativa porque al tratarse de un criterio de desempate no obliga o impone la utilización de una forma organizativa determinada, ni como afirma el actor, condiciona la calidad de sus integrantes en el sentido de que sólo se admita la agrupación de Mipymes. De igual manera, no se coacta el derecho de retirarse de estas formas de asociación ni conlleva el ser forzado a pertenecer a las mismas⁵⁷.

Al contrario, la norma favorece la asociación entre micro, pequeñas y medianas empresas o entre éstas y grandes unidades empresariales, porque como ya se dijo, lo que se pretende es precisamente su viabilización, fomento y desarrollo en la economía nacional. El razonamiento del actor, vincula de manera principal el cargo formulado al tratamiento desigual, de forma tal que la Sala en este punto hace un rennvio a aquello que se desarrolló en el numeral precedente sobre la no vulneración del artículo 13 de la Constitución.

Por las razones expuestas, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

4.5. La dispoción cuestionada no vulnera los principios que rigen las actuaciones administrativas.

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C – 803 de Noviembre 10 de 2009. M. P. Nilsón Pinilla Pinilla.

En primer lugar, el cargo formulado por el actor hace nuevamente referencia a la selección objetiva y el principio de igualdad, reiterando que la norma demandada disminuye el espectro de proponentes que no ostenten la calidad de Mipymes, porque en el evento de empate, los contratos sólo serán adjudicados a quienes detenten tal condición. Como puede observarse, no se aporta un argumento nuevo a la discusión, de hecho las razones dadas no se diferencian de aquellas ofrecidas respecto del artículo 13 constitucional, razón por la cual nuevamente es necesario realizar una remisión a lo sostenido en líneas precedentes.

Por otro lado, aún cuando se enuncian los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, el actor no formula cargo de violación alguna, pues no precisa en que consiste la vulneración de la transparencia, eficiencia, eficacia, moralidad administrativa, economía, celeridad y publicidad como parámetros de actuación de la autoridad administrativa.

Por tanto, el demandante no formuló en debida forma el cargo, ya que cuando se pretende la nulidad de un acto administrativo, no sólo basta con mencionar que éste vulnera los principios del artículo 209 de la Constitución, adicionalmente debe explicarse el cómo se materializa este vicio invalidante. Tal como ya ha reiterado la jurisprudencia de esta corporación en varias oportunidades, el control de legalidad que el juez contencioso administrativo realiza no es general sino particular y concreto. Es decir, el análisis que haga el operador jurídico sólo puede circunscribirse a los motivos de violación que se alegan en el proceso. La jurisdicción contencioso administrativa es esencialmente rogada, por ello, puede afirmarse que quien decide, no puede de oficio señalar razones de contradicción entre la norma demandada y la supuestamente infringida; esta posibilidad sólo es permitida por el ordenamiento jurídico cuando se constata la afectación de un derecho fundamental.⁵⁸

Así, el concepto de la violación constituye la *causa petendi* en el proceso, motivo por el cual sí esta Sala intentará desentrañar las razones por las que el artículo cuestionado es defectuoso, estaría modificando dicha *causa petendi* al incorporar en el proceso razones no alegadas; en otras palabras, se estaría decidiendo por fuera de lo pedido (*“extra petita”*), porque son precisamente los argumentos traídos por el demandante al proceso los que *“determinan el marco de juzgamiento.”*⁵⁹

Por estas motivos este cargo tampoco está llamado a prosperar.

4.6. La norma cuestionada no es contraria a la libertad de empresa ni al deber del Estado de distribuir las oportunidades equitativamente.

El actor señala que la disposición acusada es contraria a la libertad de empresa porque impide que en los procesos de selección de contratistas participen aquellas sociedades

⁵⁸ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Sub-sección A. Sentencia de noviembre 16 de 2006. C. P. Ana Margarita Olaya Forero. Exp. 5688. C. P. Respecto de la posibilidad de flexibilización de la obligación de señalar el concepto de la violación en los casos en los que se comprometan derechos fundamentales se puede consultar: Corte Constitucional. Sentencia de Abril 7 de 1999. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

⁵⁹ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de Abril 18 de 2002. C. P. Olga Inés Navarrete Barrero. Exp. 6536.

que desde su constitución han surgido con un volumen importante de activos o porque como resultado de la gestión empresarial han crecido aumentando estos aspectos.

Con independencia de los argumentos que reiteran el cargo sustentado en la igualdad, la acusación formulada se puede sintetizar en que el criterio de desempate restringe el derecho a la libertad de empresa consagrado constitucionalmente, toda vez que desinsentivan su participación en el tráfico económico.

De acuerdo con el artículo 333 de la Carta Política se reconoce a todos los individuos la facultad de realizar actividades de carácter económico según sus preferencias o habilidades, con el propósito de mantener o incrementar su patrimonio. Esta libertad como todo derecho reconocido en el ordenamiento jurídico no es absoluta y puede ser limitada por el Estado cuando ello sea indispensable para remediar las fallas que presente el mercado y promover el desarrollo con equidad. Por ende, es perfectamente admisible la imposición de restricciones si se respeta el principio de proporcionalidad y razonabilidad, los cuales se manifiestan en la pertinencia de la medida asumida para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. Aún así, es indispensable que el legislador respete el principio de igualdad, en los términos que ya se han desarrollado, y no se desconozca el núcleo esencial. Estos criterios delimitados por el juez constitucional para analizar la validez de las normas legales es perfectamente aplicable por el juez administrativo cuando el cuestionamiento recae sobre un precepto de carácter reglamentario⁶⁰.

Por consiguiente, la validez de una norma administrativa que en virtud del principio de jerarquía normativa desarrolle una disposición legal que se ocupe de un aspecto que incida sobre la libertad de empresa no debe afectar el núcleo esencial de este derecho, es decir no debe imposibilitar que los individuos destinen bienes o capital a la producción e intercambio de bienes y servicios, mediante la utilización de las fórmulas organizativas propias del mundo económico (empresas, sociedades, consorcios, uniones temporales, etc.) con el objetivo de obtener ganancias o beneficios. Las restricciones que desarrolle la disposición administrativa no pueden entonces: 1. Conllevar un trato discriminatorio entre empresarios y competidores que se encuentren en la misma situación fáctica; 2. Afectar el derecho a decidir si concurre al mercado o se retira del mismo; 3. Impedir que la unidad empresarial se auto-organice y a que no se incida en la toma de decisiones internas y en los modelos de gestión que se escojan; 4. Generar la imposibilidad de iniciativa privada; 5. Prohibir la creación de establecimientos de comercio, y; 6. Impedir la recepción de los dividendos que se generan⁶¹.

Frente a este derecho, el Estado no sólo tiene un “deber genérico de abstención”, sino que además tiene la responsabilidad mediante actuaciones positivas de eliminar las barreras de acceso al mercado y censurar las prácticas restrictivas de la competencia, como el abuso de posición dominante o la creación de monopolios⁶². Por consiguiente, la norma acusada no contraría al artículo 333 de la constitución política, porque como ya se dijo constituye una forma válida de facilitar el acceso a los mercados a las Mipymes, las cuales tienen mayores dificultades en el momento de ingresar a un escenario de competencia en el que las grandes unidades empresariales tienen ventajas que imposibilitarían la entrada de agentes económicos nuevos que posean pequeños capitales y plantas de personal reducidas.

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia C – 263 de abril 6 de 2011. M. P. José Ignacio Pretel Chaljub.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*.

Adicionalmente, el artículo cuestionado no restringe ninguna de las manifestaciones propias del núcleo esencial de la libertad de empresa, como quiera que no impide que aquellos que no tienen la condición de Mipyme celebren contratos con entidades estatales, decidan en que momento ingresan o se retiran del mercado, participen en los procedimientos de selección de contratistas de forma singularizada o adoptando las fórmulas organizativas consagradas en el estatuto de contratación (consorcios, uniones temporales y promesas de sociedad), tomen decisiones empresariales sin injerencia alguna y adopten los modelos de gestión que consideren convenientes, desarrollen su iniciativa privada en sectores o actividades lícitos y reciban los dividendos que se generen.

Al estar condicionada la selección de los contratistas del Estado a la escogencia de la oferta más favorable el criterio establecido por el ejecutivo no constituye una discriminación pues no conlleva a que la decisión de la entidad se fundamente solo en el carácter de micro, pequeña y mediana empresa sino que además ésta tiene que haber demostrado en la actuación administrativa que tiene exactamente las mismas condiciones que otros oferentes nacionales para ejecutar el contrato y al tener que desempatar, aplicar los criterios consagrados en el artículo 2 del Decreto 2473 de 2010, en los términos ya explicados.

Por esta razón, la disposición acusada tampoco desconoce el artículo 334 de la constitución, ya que al no ser la libertad de empresa un derecho de carácter absoluto el Estado puede intervenir de forma legítima en la economía mediante la implementación de políticas públicas enderezadas al fomento económico en cumplimiento de disposiciones legales y reglamentarias. Por consiguiente, es válida la inclusión de criterios de diferenciación positiva en desarrollo de normas legales cuando con ellas se pretende fortalecer la competitividad de las empresas nacionales ampliando las posibilidades de participación en los mercados de las Mipymes, tratándose precisamente de asegurar una distribución equitativa de oportunidades⁶³.

Por los motivos expuestos, los cargos formulados no están llamados a prosperar.

4.7. *El ejecutivo al proferir la norma cuestionada no contravino el parágrafo 2 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007.*

El demandante señaló que el supuesto que era susceptible de reglamentación por parte del ejecutivo era el contenido en el parágrafo 2 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, en el que se fija la obligación del Gobierno Nacional de adoptar en los pliegos de condiciones las medidas que permitan la subcontratación preferente de las Mipymes cuando a ello hubiere lugar. Al apartarse el reglamento de este precepto y fijar criterios de desempate en los que se favorecen a las Mipymes se sustrajo una competencia propia del legislador.

La sala ya abordó esta cuestión cuando se ocupó del alcance de la potestad reglamentaria y llegó a la conclusión de que el ejecutivo no había contrariado los principios de competencia y necesidad que orientan la potestad reglamentaria. Sólo resta

⁶³ Cfr. Corte Constitucional. C – 254 de Junio 6 de 1996. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

señalar que nuevamente el actor hace una lectura parcial del ordenamiento jurídico porque, si bien es cierto que la ley 1150 en el parágrafo 2 del artículo 12 señala un supuesto de hecho del que no se puede predicar un desarrollo mediante norma administrativa que conlleve a la determinación de criterios de desempate en el que se favorezcan a las Mypimes, no puede decirse lo mismo del artículo 12.4 de la ley 590 de 2000 (modificado por la Ley 905 de 2004) en el que expresamente se dispone que las entidades del orden nacional, departamental y municipal deben preferir en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministros y servicios a las micro, pequeñas y medianas empresas nacionales, pues en este caso, como ya quedó explicado, si se admite un desarrollo por parte del ejecutivo de factores que permitan definir criterios de diferenciación cuando dos o mas oferentes obtengan idéntica calificación, reiterando dentro de los mismos el supuesto de acción afirmativa delimitado previamente por el legislador.

Así las cosas, por las razones ofrecidas, el último cargo tampoco puede prosperar.

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

FALLA:

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

PRESIDENTA

