

PROCESO DE SELECCION ABREVIADA - Invitación a ofertar. Se declara la validez del artículo 5 apartado a del Decreto 2025 de 2009 / PROCESO DE SELECCION ABREVIADA - Invitación a ofertar. Es proporcional y razonable la exigencia de invitar un mínimo de 3 personas / OFERTA - Aplicación del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009. Es proporcional y razonable la exigencia de invitar un mínimo de 3 personas

El Decreto 2025 de 2005 fue expedido por el Presidente de la República en virtud de su potestad reglamentaria y en desarrollo de la Ley 1150 de 2007 (...) la interpretación del mencionado decreto pasa por un proceso de subsunción amplia que permita determinar su verdadero contenido y alcance. (...) En este orden de ideas, carece de razón la demandante al afirmar que la disposición acusada viola los principios arriba señalados, pues no se puede olvidar que el parágrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, estableció una regla general en virtud de la cual las modalidades de contratación mediante el procedimiento de selección abreviada (sic) (sic) deberán someterse al principio de publicidad y, concretamente, a la convocatoria pública. (...) Por consiguiente, esta Subsección procederá a declarar la validez del apartado a) del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009, en los términos que acaban [de] (sic) señalarse, en tanto, la invitación a ofrecer a un mínimo de tres (3) personas naturales o jurídicas es una garantía de participación mínima dentro de los procesos de selección abreviada mencionados a lo largo de esta providencia, que busca evitar la declaratoria de desierto de los mismos y, bajo ningún supuesto, habilita a la Administración a vulnerar los principios de publicidad, transparencia y libre concurrencia, pues ésta está obligada a garantizar la convocatoria pública en los mismos. (...) En ese orden de ideas, la validez de la norma bajo examen se declara en el entendido de que, en todo caso, deberá existir una convocatoria pública de proponentes tal como lo dispone el parágrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, conforme a la normatividad reglamentaria expedida para el efecto.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 - PARAGRAFO SEGUNDO / DECRETO 2474 DE 2008 - ARTICULO 4 / DECRETO 2025 DE 2005 - ARTICULO 5 LITERAL A

CONTRATACION ESTATAL - Noción / CONTRATACION ESTATAL - Principios y fines

La contratación estatal, como actividad administrativa, constituye un instrumento facilitador del cumplimiento de los fines y funciones del Estado y la satisfacción de las necesidades e intereses colectivos, mediante el cual las diversas entidades que lo componen pueden recurrir a los particulares o a otras entidades estatales, que cuenten con los elementos o la idoneidad requerida para el cumplimiento de algunas de sus tareas, cuando éstas no puedan satisfacer tales necesidades de manera directa. (...). Por ello, la actividad contractual de la Administración debe sujetarse a una serie de directrices que logren mantenerla encausada hacia el cumplimiento de los fines y funciones señalados en la Constitución y en la ley y hacia la satisfacción del interés general, directrices que, por la magnitud y diversidad de las situaciones que han de cobijar, deben estar dotadas de un elevado nivel de abstracción y generalidad, constituyendo así verdaderos principios regentes de la actividad administrativa del Estado en materia contractual.

NOTA DE RELATORIA: Referente al tema de la definición de la Contratación Estatal ver sentencia de la Corte Constitucional, sentencia C 449 de 1992. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3

de diciembre de 2007, exp. 25206 (acumulados 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447)

PRINCIPIO DE IGUALDAD - Noción / PRINCIPIO DE IGUALDAD - Principio de la contratación estatal. Igualdad formal e igualdad material / CONTRATACION ESTATAL - Principio de igualdad y deber de administración

El contenido esencial de este principio implica la igualdad formal ante la ley, es decir, que la ley debe ser igual para todos, lo que significa que, en principio, todas las personas deben recibir el mismo trato, salvo aquellas que pertenezca a un grupo que presente ciertas condiciones especiales, caso en el cual, se aceptan tratos diferenciados, a fin de garantizar la igualdad material para quienes se encuentren en una situación de desventaja, trato éste que debe estar sujeto a un juicio de razonabilidad y proporcionalidad. (...) Así, sin duda, se advierte que se trata de un principio con un contenido bastante amplio. Es decir, se estaría haciendo referencia al deber de la Administración y al derecho de quienes pretenden contratar con el Estado a que: i) la adjudicación de los contratos de realice a la mejor propuesta; ii) el Estado garantice la mayor concurrencia de ofertas; iii) ninguno de los oferentes sufra una discriminación no justificada; iv) todos los participantes tengan el mismo plazo para presentar sus ofertas; v) las mismas se sometan por igual a los términos señalados por la Administración; vi) y el Estado justifique con criterios objetivos cuál fue la mejor propuesta; entre otros.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza jurídica de la igualdad y los tipos constitucionales, ver sentencia de la Corte Constitucional T 629 de 2010

PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CONCURRENCIA - Noción / PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CONCURRENCIA - Principio de la Contratación Estatal / CONTRATACION ESTATAL - Principio de selección contractual / PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CONCURRENCIA - Finalidad

El principio de libre concurrencia se manifiesta en la igualdad de oportunidades para quienes participan en un proceso de selección contractual y en la competencia que se pueda dar en el mismo, lo que sin duda beneficiará a la Administración, pues la libre concurrencia plural de interesados al mercado, busca ante todo determinar los procesos de contratación pública bajo senderos de competencia real con el fin de obtener a través de la presencia plural de oferentes interesados interactuando, una oferta adecuada al mercado y, por lo tanto, óptima para la Administración pública contratante. (...) Eventualmente, adjudicatario de un contrato estatal pueda asistir al proceso de formación del mismo, sin que se le impongan limitaciones irracionales e injustificadas a su participación.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto ver sentencia de 14 de febrero del 2012, exp. 38924

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - Noción / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - Principio de la Contratación Estatal / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - Dimensiones del principio de publicidad

El principio de publicidad se manifiesta de dos formas: como deber y como derecho. Por una parte, se trata del deber que tienen las entidades contratantes de comunicar a los administrados la totalidad de las actuaciones que realizan

dentro de los procesos de selección de sus contratistas. (...). Por otra parte, el principio de publicidad adquiere la dimensión de derecho, pues quienes estén interesados en contratar con el Estado tienen el derecho a conocer las actuaciones de la Administración.

NOTA DE RELATORIA: En relación con este tema se puede consultar los fallos 19 de julio de 2001, exp. 12037, 3 de diciembre de 2007, exp. 25206 (acumulados 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447)

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Noción / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Principio de la Contratación Estatal / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Finalidad / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Se constituye en garantía de la Actividad Contractual

Se trata entonces de un principio que busca dotar de una serie de garantías la actividad contractual estatal para que ésta se lleve a cabo con plena publicidad, con respeto de la igualdad de oportunidades de quienes pretenden contratar con el Estado, de manera imparcial, y con el fin de satisfacer el interés general, todo con el objeto de que la Administración elija la oferta más favorable a sus intereses.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto ver las decisiones 19 de julio de 2001, exp. 12037, 3 de diciembre de 2007, exp. 25206 (acumulados 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447)

CONTRATACION ESTATAL - Selección Abreviada / SELECCION ABREVIADA - Procedimientos y definición / SELECCION ABREVIADA Y LICITACION PUBLICA - Divergencia

Los procedimientos de selección abreviada se constituyen en mecanismos que propenden por la eficiencia y celeridad de la actividad contractual de los organismos del Estado en aquellos eventos en los que el objeto a contratar o las circunstancias que giran en torno a la necesidad de contratarlo tornan en engorroso, innecesario e ineficiente el mecanismo de la licitación pública, que se impone como regla general en el ámbito de la contratación estatal. (...). Lo anterior, por cuanto si bien conserva una estructura similar al proceso de licitación pública, la selección abreviada omite algunas etapas del mismo y reduce algunos términos, lo que lo convierte en un medio adecuado para satisfacer las necesidades de las entidades contratantes.

DESPLAZAMIENTO FORZOSO - Conflicto Armado / DESPLAZAMIENTO FORZOSO - Comisión de derechos Humanos de las Naciones Unidas / DECLARACION DE LAS NACIONES UNIDAS - Protección y garantía de los derechos reconocidos por el Derecho Internacional y el Derecho Interno

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó en 1998 una declaración de principios referidos a la situación de las personas en situación de desplazamiento forzoso, grupo que delimitó en los siguientes términos: (...). “(...) [S]e entiende por desplazados internos las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”. (...). Dentro de dichos principios se estableció la obligación de las autoridades nacionales de garantizar los mismos derechos reconocidos por el derecho

internacional y el derecho interno a los demás miembros de la Nación y de asistir humanitariamente a la población desplazada; y el derecho de ésta a solicitar del Estado dicha asistencia sin ser objeto de castigo o persecución por tal motivo.

DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL - Noción / DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL - Finalidad / DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL - Riesgo extraordinario

El derecho a la seguridad personal tiene por fin garantizar la protección de quienes se ubican en niveles de riesgo extraordinarios, los cuales se entenderán configurados cuando se presente una amenaza inminente, cierta y excepcional que se produzca como consecuencia de las labores públicas, políticas, humanitarias o sociales desempeñadas por la persona en peligro.

FUENTE FORMAL: COMISION DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS - DECLARACION DE PRINCIPIOS DE 1988 DESPLAZAMIENTO FORZADO

NOTA DE RELATORIA: Ver sentencia de la Corte Constitucional T 278 del 10 de septiembre de 2010

INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA - No Procede

No procede la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda alegada por el DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, pues se observa que la pte actora señaló que la norma acusada vulneraba el contenido de los artículos 209 de la Constitución Política, 1, 23 y 28 de la Ley 80 de 1993 y 2, numeral 2 y parágrafo 2, numeral 1 de la Ley 1150 de 2007; y que como concepto de tales violaciones expuso la supuesta limitación ilegal que, en su opinión, la disposición acusada produce respecto de los principios de igualdad, libertad de concurrencia y transparencia en materia contractual, al permitir la realización de los procesos de selección abreviada a los que se ha hecho referencia. A su juicio, la invitación a ofrecer a 3 personas naturales o jurídicas limita el acceso de otros oferentes interesados en tales procesos de selección objetiva.

DEMANDA - Cargo de ilegalidad. Violación al principio de igualdad y limitación ilegal / OFERTA - Facultad del Gobierno / OFERTA - exigencia de invitar a ofertar a tres personas es razonable y proporcional. Aplicación del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007

La Sala considera que dicha facultad otorgada a las entidades contratantes se justifica y, por tanto, resulta razonable y proporcionada, en la medida en que los procesos a los que se refiere la norma acusada buscan satisfacer las necesidades que aquellas presentan al momento de atender a algunos grupos poblacionales especialmente vulnerables, cuyos derechos fundamentales se verían en grave riesgo de desprotección en el evento de una declaratoria de desierto del proceso de contratación, situación que, claramente, la Administración buscó evitar con la disposición que se estudia (...). Por tal razón, la Sala considera que el argumento de la parte actora respecto de la ilegalidad de la disposición acusada no debe prosperar.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 - PARAGRAFO SEGUNDO / DECRETO 2474 DE 2008 - ARTICULO 4

NOTA DE RELATORIA: Esta decisión fue adoptada por la Sub Sección C de la Sección Tercera, con ausencia del consejero Enrique Gil Botero. Ver auto de 25 de noviembre de 2009, exp: 37083

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil trece (2013).

Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00037-00(39005)

Actor: LINA VANESSA NUÑEZ

Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA Y OTROS

Referencia: ACCION DE SIMPLE NULIDAD (SENTENCIA)

Se decide la acción de nulidad interpuesta por la demandante contra lo dispuesto en el apartado a) del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009, expedido por el Gobierno Nacional.

I. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

DIARIO OFICIAL No. 47369 DE 2009

**DECRETO NÚMERO 2025 DE 2009
(junio 3)**

por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008, y se dictan otras disposiciones.

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

DECRETA:

(...)

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

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

proyectos allí señalados, se celebrarán por parte de la entidad estatal competente observando el siguiente procedimiento:

a. La entidad formulará invitación a presentar oferta a un mínimo de tres (3) personas naturales o jurídicas.

b. La invitación a ofertar expresará los criterios de habilitación, selección y ponderación de las ofertas de conformidad con lo establecido en el artículo 12 del presente decreto.

c. Del informe de evaluación se dará traslado a los proponentes por el término establecido en la invitación, tiempo durante el cual podrán formular sus observaciones al mismo, las cuales serán resueltas por la entidad en el acto de adjudicación del proceso de selección.

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

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

1. Normas violadas

La actora señaló como normas violadas las siguientes: el artículo 209 de la Constitución Política, los artículos 1, 23 y 28 de la Ley 80 de 1993, el artículo 2, numeral 2 de la Ley 1150 de 2007 y el parágrafo 2, numeral 1 de la misma ley. Las referidas disposiciones establecen lo siguiente:

a) Constitución Política:

Artículo 209: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

b) Ley 80 DE 1993:

Artículo 1: “Del objeto. La presente Ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.

Artículo 23º: “De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Artículo 28º: “De la Interpretación de las Reglas Contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones

de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.

c) Ley 1150 DE 2007:

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

(...)

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

(...)

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

1. Se dará publicidad a todos los procedimientos y actos.

(...).”

2. Concepto de la violación

La accionante considera que la norma acusada va en contra de lo establecido en las disposiciones citadas, por cuanto, en su opinión, contraviene los principios que informan la contratación estatal y el ejercicio de la función administrativa, en especial, los de igualdad, libertad de concurrencia y transparencia.

La transgresión a las referidas disposiciones se presentaría cuando la norma acusada faculta a la entidad contratante, en uno de los procesos de selección abreviada previstos en el apartado h), numeral 2, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, para iniciar el correspondiente proceso de selección objetiva solamente con la invitación a participar en el mencionado proceso dirigida a tres personas naturales o jurídicas. Para la demandante, la disposición acusada limita el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los procesos de selección de posibles oferentes, distintos de aquellos a los que les fue enviada la invitación a ofrecer.

III. TRÁMITE DEL PROCESO

1. Antecedentes

El 3 de junio de 2009 el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades legales y reglamentarias, en especial las conferidas por el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política, y en desarrollo de la Ley 80 de 1993 y de la Ley 1150 de 2007, expidió el Decreto 2025 de 2009 por medio del cual se modificó parcialmente el Decreto 2474 de 2008.

2. La demanda

La demanda fue presentada el 9 de julio de 2010¹ y mediante auto del 9 de mayo de 2011 fue admitida por esta Corporación²; decidiéndose, además, negar la

¹ Folios 1 a 10 del cuaderno principal.

solicitud de suspensión provisional de la norma demandada, solicitada por la parte actora; y ordenándose, que fueran notificados personalmente de dicha providencia la Presidencia de la República, el Ministerio del Interior y de Justicia, el Ministerio de Hacienda y Crédito público, el Ministerio de Transporte y el Departamento Nacional de Planeación.

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República interpuso recurso de reposición en contra del auto antes mencionado, argumentando que a la luz del artículo 149 del C.C.A³ debía vincularse sólo a los Ministerios que participaron en la expedición del Decreto 2025 de 2009 en representación del Gobierno Nacional⁴.

Por medio de providencia del 18 de enero de 2012⁵, se resolvió el mencionado recurso y la Sala dispuso la modificación parcial del auto recurrido, en el sentido de entender que la notificación surtida respecto de la entidad recurrente sólo se hizo como comunicación de la providencia.

3. Contestación de la demanda

3.1. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público contestó la demanda y adujo que la disposición objeto de análisis no contraviene los principios que la demandante alega como desconocidos por aquella y que, por el contrario, se constituye en un desarrollo del principio de economía que informa la actividad contractual de las entidades públicas, pues imprimir un elemento simplificador de los procesos de selección abreviada a los que hace referencia, al buscar evitar que estos sean declarados desiertos⁶.

3.2. El Ministerio de Transporte, mediante escrito radicado el 19 de julio de 2011⁷, se opuso a las pretensiones de la demanda, pues, según su dicho, la disposición acusada no limita de manera alguna la posibilidad de concurrencia de oferentes distintos a los tres (3) que han sido invitados por la entidad contratante en cumplimiento de la misma, pues dicho número se estableció como mínimo y no como máximo de invitaciones permitidas para llevar a cabo los procesos de selección a los que hace referencia el apartado h), del numeral 2, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

3.3. El Ministerio de Justicia y del Derecho en su escrito de contestación de la demanda, defendió la legalidad de la norma bajo estudio⁸. Tras analizar el contenido de los principios reguladores de la actividad contractual del Estado y la estructura del sistema que éste ha organizado para el efecto, afirmó que el apartado a) del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009 no limitaba la concurrencia de oferentes al número de tres (3) en los procesos de selección objetiva cobijados por

² Folios 31 a 34 del cuaderno principal.

³ *“Representación de las personas de derecho público. “Las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos Contencioso Administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. Ellas podrán incoar todas las acciones previstas en este Código si las circunstancias lo ameritan.*

En los procesos Contencioso Administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho (...).”

⁴ Folios 45 a 37 del cuaderno principal.

⁵ Folios 73 a 75 del cuaderno principal.

⁶ Folios 51 a 54 del cuaderno principal.

⁷ Folios 59 a 61 del cuaderno principal.

⁸ Folios 81 a 87 del cuaderno principal.

ella y que dicha interpretación provenía del estudio aislado que sobre la disposición hizo la demandante.

3.4. Por su parte, el Departamento Nacional de Planeación, en su escrito de contestación de la demanda⁹, alegó la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, bajo el argumento de que la parte actora no expuso de manera clara, específica, pertinente y suficiente los cargos de ilegalidad que fundamentan la solicitud de nulidad. Para la entidad demandada, el hecho de que la acción de simple nulidad esté prevista como una acción pública de defensa del interés general en sede judicial no obsta para que al demandante se le exija un ejercicio argumentativo que permita entender con claridad la justificación de la pretensión que invoca.

A juicio de la entidad, el texto de la demanda no permite conocer la supuesta oposición objetiva entre los contenidos de la norma acusada y las que se señalaron como disposiciones violadas y su fundamento recae exclusivamente en puntos de vista subjetivos de la actora y en la enunciación de algunos de los principios de la contratación estatal, sin que se indique la manera en que estos han sido desconocidos.

Por otro lado, adujo la inexistencia de violación de las disposiciones señaladas por la parte actora, pues, desde su punto de vista, los principios de transparencia e igualdad no se ven vulnerados al incluir dentro de la normatividad reguladora de la actividad contractual de la Administración criterios diferenciadores con el fin de favorecer el ejercicio de acciones afirmativas en favor de los grupos a los que se hace referencia en el apartado h) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Igualmente, consideró que la norma acusada desarrolla el principio de economía en materia contractual, al constituirse en un elemento simplificador del proceso de contratación en los casos a los que se aplica.

4. Audiencia de la que trata el artículo 211-A del C.C.A.

Habiéndose vencido el término de fijación en lista sin que las partes solicitaran la práctica pruebas, se fijó el 23 de mayo de 2012 para la celebración de la audiencia de que trata el artículo 211-A del C.C.A.¹⁰.

Sin embargo, la diligencia fue objeto de aplazamiento y, finalmente, mediante providencia del 15 de julio de 2013, se dispuso como fecha para llevarla a cabo el 17 de julio de 2013 a las 3:30 p.m.

En la fecha y hora señaladas y con presencia del Ministerio Público, la demandante y los representantes de las entidades demandadas se celebró la audiencia antes mencionada¹¹.

4.1. La accionante reiteró la solicitud de nulidad respecto del apartado a) del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009 y expuso una argumentación similar a la utilizada en el libelo demandatorio¹². Adicionalmente, recordó la decisión tomada

⁹ Folios 94 a 103 del cuaderno principal.

¹⁰ Auto del 28 de marzo de 2012. Folio 112 del cuaderno principal.

¹¹ Folios 184 a 195 del cuaderno principal.

¹² DVD que contiene la grabación de la audiencia celebrada el 17 de julio de 2013 a partir de las 3:30 de la tarde que reposa en el cuaderno principal (Folio 196).

por esta Corporación respecto de la suspensión provisional del párrafo del mismo artículo, en la que se concedió la medida¹³.

4.2. El agente del Ministerio Público afirmó que la disposición demandada dentro del presente proceso se encuentra derogada por el Decreto 734 de 2012, lo cual no impide el estudio de su legalidad, teniendo en cuenta que la derogatoria de la disposición mencionada sólo tiene efectos hacia el futuro¹⁴.

Por otra parte, sostuvo que el apartado a) del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009 no transgrede la normatividad superior alegada por la demandante, teniendo en cuenta que su contenido armoniza con lo dispuesto por el artículo 2, párrafo segundo, numerales 1 y 3 de la Ley 1150 de 2007, en donde se disponen las reglas a seguir para la celebración de los procesos de selección abreviada. Así las cosas, la norma acusada no limita la publicidad respecto de la actuación administrativa tendiente a la celebración del contrato estatal, sino que busca fomentar el interés de los proponentes invitados a participar, asegurando una concurrencia plural de oferentes y evitando la declaratoria de desierto del proceso de selección.

Desde su punto de vista, la norma no obstaculiza la concurrencia de oferentes distintos a los invitados por la entidad contratante, pues en el evento de que asistan deben analizarse sus propuestas conforme a lo dispuesto en la norma señalada en el párrafo anterior. Igualmente, señala que no se afecta la selección objetiva dentro de los procesos de mencionados, pues siempre deberá tomarse como contratista a aquel oferente que ha presentado la mejor propuesta, sin que el hecho de la invitación altere las reglas de calificación y elección.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio Público solicitó que las pretensiones de la demanda sean denegadas, en el entendido de que la disposición demandada debe entenderse como una manera adicional de reglar la publicidad del proceso de contratación, a lo señalado por el numeral 1° del párrafo segundo del artículo 2° de la Ley 1150.

Por último, concluyó que el contenido de la interpretación dada a la norma armoniza con la decisión de suspensión provisional tomada dentro del proceso de nulidad surtido contra el párrafo del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009, disposición que exonera a los procesos contractuales de selección abreviada previstos en el apartado h) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de realizar convocatoria pública de oferentes.

4.3. La defensa del Ministerio de Justicia y del Derecho reiteró su oposición a las pretensiones de la demanda, por cuanto la disposición acusada respetó lo dispuesto en las normas legales y constitucionales a las que debía acogerse, en particular, a aquellas señaladas por la parte actora como violadas. De igual forma, afirmó que los argumentos utilizados por la parte actora son insuficientes para comprobar la contravención normativa aducida, por cuanto se limitan a afirmar que el apartado a) del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009 impone un límite a la participación de oferentes, lo cual no es cierto, teniendo en cuenta que la norma sólo obliga a la entidad contratante a enviar invitación a tres (3) oferentes, sin

¹³ Se hace referencia al auto del 25 de noviembre de 2009, proferido por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, Exp.: 37083, C.P: Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁴ DVD que contiene la grabación de la audiencia celebrada el 17 de julio de 2013 a partir de las 3:30 de la tarde que reposa en el cuaderno principal (Folio 196) y escrito de alegatos de conclusión (folios 202 a 213 del cuaderno principal).

perjuicio de la posibilidad de otros participantes de asistir al proceso de selección¹⁵.

4.4. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República respaldó los argumentos del Ministerio Público y del Ministerio de Justicia y del Derecho, respecto de la inexistencia de vicio de ilegalidad alguno por parte de la disposición demandada. Adicionalmente, alegó la ineptitud sustantiva de la demanda interpuesta por la actora, al considerar que ésta no expuso cargo alguno. De este modo, y teniendo en cuenta el carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la cita aislada e inconexa de pronunciamientos jurisprudenciales no configura un cargo concreto suficiente para el estudio de la legalidad de la disposición que se señala como nula¹⁶.

Por último, reiteró que la norma acusada impone sólo un mínimo de oferentes invitados sin limitar la posibilidad de concurrencia de otros participantes al proceso de selección abreviada.

4.5. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público reiteró lo dicho en su escrito de contestación a la demanda y adujo la ausencia absoluta de un estudio sistemático de la disposición demandada por parte de la actora¹⁷.

Por otro lado, puso de presente la relación existente entre la disposición acusada el principio de economía en materia contractual, en virtud de la cual las entidades contratantes no requieren realizar procedimientos prolongados y engorrosos con el fin de lograr el ejercicio de un proceso transparente de selección objetiva. Igualmente, señaló que el número de tres (3) oferentes como mínimo garantiza la posibilidad de estudiar una cantidad suficiente ofertas. Al respecto, señaló pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional como sustento de sus afirmaciones.

4.6. El representante del Departamento Nacional de Planeación, se acogió a lo dicho por el Ministerio Público con relación a la procedencia del estudio de la legalidad de la disposición acusada, pese haber sido derogada. Por otro lado, reiteró la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda alegada en la contestación de la demanda, por la precariedad de los argumentos expuestos como sustento de la solicitud de nulidad¹⁸.

Adicionalmente, se adhirió a lo dicho por las demás entidades demandadas y el Ministerio Público, y, por tanto, solicitó que las pretensiones de la demanda sean denegadas.

4.7. El Ministerio de Transporte reiteró lo expuesto en su escrito de contestación de la demanda y se acogió a lo alegado por los demás intervinientes que solicitaron una decisión negativa respecto de la solicitud de nulidad¹⁹.

4.8. Antes de finalizar la audiencia, la parte actora solicitó que se le permitiera adicionar a sus alegatos de conclusión una aclaración respecto del fundamento de la pretensión de nulidad, en la cual expuso que el vicio de inconstitucionalidad e ilegalidad que ha querido señalar se constituye en el deber de las entidades

¹⁵ DVD que contiene la grabación de la audiencia celebrada el 17 de julio de 2013 a partir de las 3:30 de la tarde que reposa en el cuaderno principal (Folio 196).

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

contratantes de formular invitación a algunos oferentes y no en la cantidad de proponentes que han de recibirla²⁰.

Durante el curso de la audiencia, la Sala decidió suspender la misma para que ésta continuara el 15 de agosto de 2013²¹. Posteriormente, mediante auto del 12 de agosto de 2013, la audiencia fue fijada para el 29 de agosto a las 9:30 de la mañana.

CONSIDERACIONES

Para adoptar una decisión de fondo, en primer lugar, la Sala examinará su competencia (punto 1); seguidamente, se pronunciará sobre la naturaleza jurídica del acto demandado y el control jurisdiccional de los actos administrativos derogados (punto 2); posteriormente, hará referencia a los principios de la contratación estatal invocados como vulnerados (punto 3); luego, se pronunciará sobre el contenido del apartado h) del numeral 2° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y el procedimiento de selección abreviada (punto 4). Finalmente, abordará el estudio del caso concreto (punto 5), para lo que estudiará la excepción propuesta de inepta demanda (punto 5.1); y por último, resolverá los cargos de nulidad planteados en la demanda (punto 5.2)

1. Competencia

Sin perjuicio del posterior análisis de la naturaleza jurídica del acto demandado, la Sala se pronunciará sobre su competencia en el proceso de la referencia.

Según lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política, el artículo 128.1 del C.C.A. y en el Acuerdo 55 del 5 de agosto 2003 (artículo 1), adoptado por la Sala Plena del Consejo de Estado, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer de las demandas interpuestas en ejercicio de la acción de nulidad, dirigidas contra actos administrativos que versen sobre asuntos contractuales, mineros, agrarios, y petroleros expedidos por autoridades del orden nacional.

En el caso concreto, el acto demandado fue proferido por una autoridad nacional²² que reglamenta asuntos contractuales²³. En consecuencia, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para conocer de la acción de nulidad *sub examine*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Folio 192 del cuaderno principal.

²² El Decreto 2025 de 2009 fue proferido por el Presidente de la República, los Ministros del Interior y Justicia, de Hacienda y Crédito Público, y Transporte; así como también, por el Director del Departamento Administrativo de Planeación Nacional, todas estas autoridades pertenecientes al sector central del orden nacional de la rama ejecutiva, según lo previsto en los artículos 38 y 39 de la Ley 489 de 1998.

²³ El Decreto 2025 de 2009 (norma parcialmente demandada) fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo de la Ley 80 de 1993 (por la cual se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública) y de la Ley 1150 de 2007 (por medio de la cual se introdujeron medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictaron otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos), con este Decreto se modificó parcialmente el Decreto 2474 de 2008 (por el que se reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva) y se dictaron otras disposiciones.

2. Naturaleza jurídica del acto demandado y el control jurisdiccional de los actos administrativos derogados

La revisión de la naturaleza del acto demandado es un asunto esencial; ya que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 84 del C.C.A. la acción de nulidad sólo procede frente a actos administrativos²⁴, para el caso, de un típico acto administrativo de contenido normativo y de carácter general, expedido por una entidad perteneciente a la rama ejecutiva del poder público.

Al señalar que lo demandado configura un verdadero acto administrativo de contenido general se está haciendo mención a una especial modalidad de expresión del poder público administrativo, que comprende todas aquellas manifestaciones normativas, sean reglamentarias o reguladoras, caracterizadas por su generalidad y que tienen como fundamento directo la Constitución Política o la ley, creador de situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas, diferentes a la ley o a los actos con fuerza de ley, pero coincidente con estos, en cuanto contiene reglas de derecho y no decisiones individuales o concretas²⁵.

Así, la disposición demandada está contenida en un acto administrativo de contenido general por el que el Gobierno Nacional reguló diferentes temas relacionados con la contratación estatal. Se trata entonces de una disposición que establece un procedimiento al cual se debe sujetar la Administración para realizar determinados contratos que están previstos en la Ley 1150 de 2007.

Respecto de los destinatarios de la disposición demandada, es decir, de a quienes están dirigidos sus efectos, a juicio de la Sala, la norma demandada tiene dos destinatarios, por una parte, el acto acusado está dirigido a la propia Administración, pues tiene como finalidad establecer un procedimiento reglado al que deberán someterse las entidades estatales que pretendan adelantar procesos de contratación cuyos objetos coincidan con lo previsto en el apartado h) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, hasta aquí entonces los efectos de los actos son sólo internos; y por otra parte, los posibles contratistas, se trata de aquellas personas naturales o jurídicas que pretendan contratar con la Administración, en consecuencia, los efectos del acto demandado también son externos.

Finalmente, en cuanto a la expedición de la disposición acusada, la Sala considera que las entidades demandadas en ejercicio de las facultades constitucionales²⁶ y legales²⁷ profirieron el acto demandado.

Por todo lo expuesto, a juicio de la Sala, el acto demandado debe ser calificado como acto administrativo de carácter general, susceptible de control judicial.

Ahora bien, el Decreto 2025 de 2009 fue derogado expresamente por el artículo 9.2 del Decreto 734 de 2012²⁸, que a su vez fue derogado por el artículo 163 del Decreto 1510 de 2013²⁹; sin embargo, pese a que haya operado el fenómeno de la

²⁴ C.C.A, artículo 84: “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos (...)”

²⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp.161 y 162. En este sentido véase también, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de marzo de 2012, Exp. 39477. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁶ Constitución Política, artículos 115 y 189.11.

²⁷ Ley 489 de 1998, artículo 59.

²⁸ Por el cual se reglamenta el estatuto general de la contratación y se dictan otras disposiciones.

²⁹ Por el cual se reglamentó el sistema de compras y contratación pública.

derogación respecto de la disposición demandada, la Sala, siguiendo la jurisprudencia de la Corporación, emitirá un pronunciamiento de fondo en atención a los posibles efectos que las citadas disposiciones pudieron producir durante su vigencia³⁰; en tanto *“la conclusión de legalidad o no de un acto administrativo no está condicionada a su vigencia, pues la legalidad de un acto no está ligada con la producción de sus efectos (eficacia jurídica); la legalidad está vinculada con el momento de su nacimiento o de existencia, para el cual el juez debe examinar si en la expedición del acto ésta estuvo acorde con el ordenamiento jurídico superior”*³¹.

3. Principios de la contratación estatal invocados como vulnerados

Con el fin de arrojar una mayor claridad sobre los cargos de ilegalidad e inconstitucionalidad que ha presentado la demandante respecto de la norma acusada, la Sala se pronunciará sobre el alcance y contenido de los principios de la contratación estatal cuya violación aduce la parte actora.

La contratación estatal, como actividad administrativa, constituye un instrumento facilitador del cumplimiento de los fines y funciones del Estado y la satisfacción de las necesidades e intereses colectivos, mediante el cual las diversas entidades que lo componen pueden recurrir a los particulares o a otras entidades estatales, que cuenten con los elementos o la idoneidad requerida para el cumplimiento de algunas de sus tareas, cuando éstas no puedan satisfacer tales necesidades de manera directa³².

Por ello, la actividad contractual de la Administración debe sujetarse a una serie de directrices que logren mantenerla encausada hacia el cumplimiento de los fines y funciones señalados en la Constitución y en la ley y hacia la satisfacción del interés general, directrices que, por la magnitud y diversidad de las situaciones que han de cobijar, deben estar dotadas de un elevado nivel de abstracción y generalidad, constituyendo así verdaderos principios regentes de la actividad administrativa del Estado en materia contractual.

Ahora bien, cabe señalar que los principios de la contratación estatal *“(...) no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice (...) son aplicables de manera estricta (...)”*³³.

En cuanto a la regulación de la contratación pública, el artículo 150.25 de la Constitución Política atribuyó al Congreso de la República la competencia para expedir el estatuto general de contratación de la Administración pública y en especial de la Administración nacional, estatuto éste que, a juicio de la Corte Constitucional, no puede ser integral o casuístico; pues de ser así, el legislador

³⁰ Esta posición fue adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación en Sentencia del 14 de enero de 1991, Exp.: S-157, C.P.: Gustavo Arrieta Padilla y ha sido reiterada en múltiples fallos, entre ellos, véase Sección Primera, Sentencia del 23 de febrero 1996, Exp.: 3366, C.P.: Libardo Rodríguez y Sentencia del 28 de enero de 2010, Exp.: 50301, C.P.: María Claudia Rojas Lasso.

³¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de Julio 3 de 2003, Expediente: 13433, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

³² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-449 de 1992, M.P.: Jorge Arango Mejía y CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

³³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-508 de 2002. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

vaciaría la competencia de la Administración para expedir una regulación que de forma ágil y expedita ejecute la ley en esta materia³⁴.

En desarrollo de dicha competencia, el Congreso de la República expidió la Ley 80 de 1993³⁵, mediante la cual adoptó el “*Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”, con el objeto de establecer las reglas y principios bajo los cuales deben regirse los contratos de las entidades públicas³⁶ a los que se refiere la propia ley³⁷, y a partir del ejercicio de esta potestad legislativa el Ejecutivo podría hacer uso de su facultad reglamentaria³⁸, la cual, en todo caso, se encuentra sujeta a límites establecidos en la Constitución y en la ley³⁹.

Así las cosas, se puede concluir que “(...) de acuerdo con la jurisprudencia, la Ley 80 de 1993 contiene los principios y reglas esenciales para la contratación pública, establece los parámetros generales para acometer esta actividad por parte de las entidades públicas y consagra los mecanismos de selección que les permiten la escogencia del mejor ofrecimiento para el cumplimiento de los fines que con ella se persiguen en procura de la obtención del bienestar general⁴⁰, cuya observancia resulta obligatoria para el adecuado funcionamiento del Estado en esta materia, pero no agota el tema de la contratación celebrada por las entidades del Estado, ni su vigencia impide el señalamiento, en otras leyes, de asuntos referentes a los contratos celebrados por los entes públicos⁴¹, o la existencia de reglamentaciones relacionadas con la actividad contractual, siempre que éstos respeten y desarrollen

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-949 de 2001. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

³⁵ La Ley 80 de 1993 ha sido modificada en varias oportunidades por las siguientes leyes: i) Ley 1150 de 2007 (por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos); ii) artículo 88 de Ley 1328 de 2009 (por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones); iii) artículo 73 de la Ley 1341 de 2009 (por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC–, se crea la Agencia Nacional del Espectro y se dictan otras disposiciones); iv) artículo 50 de la Ley 1369 de 2009 (por medio de la cual se establece el régimen de los servicios postales y se dictan otras disposiciones); v) Ley 1474 de 2011 (por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública); vi) Ley 1508 de 2012 (por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones); vii) Decreto Ley 19 de 2012 (por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública); viii) Ley 1563 de 2012 (por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones).

³⁶ Ley 80 de 1993, artículo 1.

³⁷ Ley 80 de 1993, artículo 2.

³⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 19 de febrero de 1996 (Demanda contra el art. 4 del Decreto 287 de 1996). En este sentido véase también, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 508 de 3 de julio de 2002, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra. En relación con los límites a la potestad reglamentaria del Presidente de la República en materia de contratación estatal véase: CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 19 de febrero de 1998, Exp. 9.825, C.P.: Luís Fernando Olarte Olarte; de 4 de julio de 1997, Exp. 9.523 C.P.: Ricardo Hoyos Duque; Sentencia de 5 de febrero de 1998, Exp. 11.795, C.P.: Luís Fernando Olarte Olarte; de 6 de julio de 2005, Exp. 11575. C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez y Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁰ El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, establece los fines de la contratación estatal, los derechos y deberes de las entidades estatales y de los contratistas, la capacidad y competencia para contratar, las inhabilidades e incompatibilidades, las cláusulas excepcionales, los principios de la contratación, las nulidades, la forma de liquidarlos y solucionar las controversias que se originen en un contrato estatal, y el control de la gestión contractual, entre otros aspectos.

⁴¹ Así lo sostuvo la Corte Constitucional, en la Sentencia C - 1262 de 20 de septiembre de 2000.

esas normas y principios contenidos en dicho Estatuto General de la Contratación Pública, las otras leyes y, obviamente, la Constitución Política⁴².

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993 enumera los principios que orientan la contratación estatal⁴³, incluyendo dentro de estos los de transparencia, economía y responsabilidad, al igual que aquellos que informan el ejercicio de la función administrativa⁴⁴. Así mismo, el artículo 28 de la misma ley dispone que las normas relativas a los contratos estatales deberán ser interpretadas conforme a los fines y principios previstos en el mismo estatuto normativo, esto es, en la Ley 80 de 1993⁴⁵.

En este orden de ideas se puede afirmar que la citada ley “(...) contiene en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado y, en rigor, a los cuales se encuentran sujetos los procesos de selección que adelanten las entidades públicas cuando deseen contratar (...)”⁴⁶.

Ahora bien, como ya se señaló, la actividad contractual del Estado también se encuentra sometida a la Constitución Política, lo que sin duda se ve reflejado en que uno de los propósitos de la Ley 80 de 1993 fue, precisamente, adaptar la normatividad en materia contractual a los mandatos y principios de la Constitución Política de 1991⁴⁷, entre los que se encuentran aquellos que en el *sub lite* fueron señalados como vulnerados por la norma acusada, esto es: los principios de igualdad, libertad de concurrencia, publicidad y transparencia.

a) Principio de igualdad

El principio de igualdad ha sido recogido por la casi totalidad de las Constituciones modernas y la colombiana no es una excepción. Este postulado se encuentra en el preámbulo de nuestra Constitución como eje fundamental del

⁴² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

⁴³ De los Principios en las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. “Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.

⁴⁴ Constitución Política, artículo 209: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

⁴⁵ De la interpretación de las reglas contractuales. “En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁷ “Y si lo precedente fue una verdad a los pocos días de haber sido expedido el Decreto-ley 222 de 1983, ha cobrado mayor relevancia con la nueva normatividad, con una nueva Constitución que ha modificado postulados y principios y requiere nuevos conceptos de administración y gobierno: de un estatuto que refleje una nueva Colombia acorde con las nuevas tendencias (...)”. BENDECK OLIVELLA, Jorge, Ministro de obras Públicas, exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992, en GACETA DEL CONGRESO, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992. Tomado de CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Estado⁴⁸; también está previsto en el artículo 13 como principio y derecho fundamental⁴⁹; y finalmente, está regulado en el artículo 209 como principio que debe regir el ejercicio de la función administrativa⁵⁰.

En primer término se puede afirmar que el contenido esencial de este principio implica la **igualdad formal** ante la ley, es decir, que la ley debe ser igual para todos, lo que significa que, en principio, todas las personas deben recibir el mismo trato, salvo aquellas que pertenezca a un grupo que presente ciertas condiciones especiales, caso en el cual, se aceptan tratos diferenciados, a fin de garantizar la **igual material** para quienes se encuentren en una situación de desventaja⁵¹, trato éste que debe estar sujeto a un juicio de razonabilidad y proporcionalidad⁵².

⁴⁸ “El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, **la igualdad**, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente: (...)”. (Negrilla propia). Respecto del efecto vinculante del preámbulo de la Constitución, la Corte Constitucional ha señalado que “No obstante su estructura propositiva y la apertura de muchas de sus expresiones, el preámbulo, se ha dicho por la jurisprudencia constitucional, forma parte de las normas jurídicas que consagra la Constitución y que deben ser respetadas en el desarrollo e interpretación del orden jurídico. Como se afirmó en la sentencia C-422 de 2005 sobre su efecto vinculante, “el Preámbulo de la Constitución Política de 1991 implica una referencia normativa expresa a un acto de poder político desplegado por el Pueblo de Colombia, de una manera específica y con unos propósitos determinados”. Es el acto soberano de poder ejercido a través la Asamblea Nacional Constituyente, con el cual se dicta una Constitución que establece el Estado social de derecho (...). Y aunque no incorpore un mandato específico, como se dijo en sentencia C-479 de 1992, el Preámbulo sí determina “los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al Constituyente (...); la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trasciende la pura literalidad de sus artículos (...) las metas hacia las cuales debe orientar su acción [el Estado]; el rumbo de las instituciones jurídicas”. Por ello, como se dijo otra vez en la sentencia C-422 de 2005, los principios y fines que se incluyen en el preámbulo tienen: i) “efecto vinculante sobre los actos de la legislación, la administración y la jurisdicción” y ii) “constituyen parámetro de control en los procesos de constitucionalidad”. Pues de no ser así, “carecería de sentido que una fórmula política y jurídica tan densa de contenidos como la advertida en el Preámbulo, no estuviera llamada a tener implicaciones en los ejercicios de poder subordinados a la teleología en ella señalada”. Sentencia C-633 de 24 de agosto de 2011, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

⁴⁹ “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

⁵⁰ “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”. Sobre la doble dimensión de la igualdad como derecho fundamental y como principio de la Administración, véase CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007. Exp: 15324. C.P: Mauricio Fajardo Gómez.

⁵¹ Sobre la naturaleza jurídica de la igualdad y los tipos constitucionales, la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples oportunidades y la doctrina del Alto Tribunal se puede ver recogida en la Sentencia T-629 de 2010, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez, así: “Como reiteradamente se ha dicho por la Corte Constitucional, la igualdad es uno de los pilares sobre los que se funda el Estado colombiano.

De un lado, se trata de un principio fundante del orden político que se proyecta en el carácter general y abstracto de las leyes, elemento esencial del Estado de Derecho; y en los deberes públicos para la satisfacción de los derechos constitucionales mediante la garantía de un mínimo de condiciones materiales que faciliten su ejercicio por parte de todas las personas, desde la perspectiva social del Estado. De otro lado, posee una relación inescindible con la dignidad humana, fuente y fin de los derechos fundamentales, como atributo de todos los seres humanos de donde deriva su derecho al goce pleno de los derechos humanos por igual (Artículos 2º y 5º de la Constitución Política).

(...)

7. Lo anterior se hace patente desde la propia construcción normativa del artículo 13 de la Carta, en la que

Al estudiar el principio de igualdad en materia de contratación estatal se observa que este encuentra varias manifestaciones en la Ley 80 de 1993 (artículos 24 y 30) y en la Ley 1150 de 2007 (artículo 5) toda vez que para la selección del contratista, cualquiera que sea el procedimiento que la Administración utilice para ello, todos los participantes deben estar en condiciones de igualdad⁵³.

Así, sin duda, se advierte que se trata de un principio con un contenido bastante amplio. Es decir, se estaría haciendo referencia al deber de la Administración y al derecho de quienes pretender contratar con el Estado a que: i) la adjudicación de los contratos de realice a la mejor propuesta; ii) el Estado garantice la mayor concurrencia de ofertas; iii) ninguno de los oferentes sufra una discriminación no justificada; iv) todos los participantes tengan el mismo plazo para presentar sus ofertas; v) las mismas se sometan por igual a los términos señalados por la Administración; vi) y el Estado justifique con criterios objetivos cuál fue la mejor propuesta; entre otros.

Como se observa, resulta imposible señalar mediante una lista cerrada el contenido del principio de igualdad en la contratación estatal y esto sólo puede hacerse de modo ejemplificativo; sin embargo, lo cierto es que este principio es de vital importancia pues los demás principios que rigen dicha actividad, como por

la igualdad se concreta a través de tres tipos de ordenación: en el inciso 1º como principio de igualdad formal o igualdad ante la ley, o en general ante el Derecho, al cual le es consustancial la prohibición de discriminación que veda el establecer un trato desigual frente a algunos sujetos en razón de ciertos rasgos de su identidad, tales como la raza, el sexo, la religión y la filiación política o ideológica. A su vez se establece en los incisos 2º y 3º, una dimensión promocional de la igualdad material o igualdad de trato, destinada a superar las desigualdades que, de hecho, enfrentan ciertos grupos tradicionalmente discriminados o marginados, o las personas que, por diversos motivos, se encuentran en situación de vulnerabilidad o debilidad manifiesta. Esta dimensión de la igualdad permite -y en determinados contextos obliga- al Estado a adoptar medidas positivas en favor de esos colectivos o personas, que pueden consistir en una compensación transitoria para lograr la igualdad de oportunidades, en la entrega de beneficios concretos, o en cambios políticamente determinados en la distribución de recursos dentro de la sociedad.

*8. En efecto, una de las expresiones de la cláusula de igualdad es la protección de grupos tradicionalmente discriminados o marginados, condición que en el Estado social de derecho determina a la vez un **mandato de abstención** o interdicción de tratos discriminatorios y un **mandato de intervención**, a través del reconocimiento de exigencias al Estado que le imponen realizar acciones tendentes a superar las condiciones de desigualdad material que enfrentan dichos grupos.*

*9. En cuanto a lo primero y como resultado de la aplicación de la cláusula de igualdad formal y la prohibición de la discriminación (art. 13, inc 1 CP), comporta el deber del Estado de abstenerse de concebir normas, diseñar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas, o adoptar decisiones e interpretaciones del Derecho, que conduzcan a agravar o perpetuar la situación de exclusión, marginamiento o discriminación de grupos tradicionalmente desventajados en la sociedad. Un mandato que en pos de la igualdad, proscribe tanto las **discriminaciones directas** y por las cuales se coarta o excluye a una persona o grupo de personas del ejercicio de un derecho o del acceso a un determinado beneficio, como las **discriminaciones indirectas** “que se derivan de la aplicación de normas aparentemente neutras, pero que en la práctica generan un impacto adverso y desproporcionado sobre un grupo tradicionalmente marginado o discriminado”.*

*En cuanto a lo segundo, se habla de un **mandato de intervención**, porque para alcanzar los ideales de igualdad, es también necesario que el Estado intervenga y despliegue **actuaciones positivas** para garantizar condiciones de **igualdad real y efectiva, la igualdad de trato por parte de la ley** (art. 13, inc. 2º y 3º CP)”.*

⁵² “(...) [L]a igualdad así concebida no significa que el legislador deba asignar a todas las personas idéntico tratamiento jurídico, porque no todas ellas se encuentran colocadas dentro de situaciones fácticas similares ni en iguales condiciones personales. En tal virtud, admite la generalidad de la doctrina de [sic] que el legislador no puede estar sometido a la exigencia de que, a fin de no desconocer el principio de igualdad, debe tratar de la misma manera o reconocer que todos son iguales por todos los aspectos. En este orden de ideas, para delimitar el alcance y aplicación del principio se ha acudido a la fórmula clásica de que “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-154 de 18 de abril de 1996. M.P.: Antonio Barrera Carbonel.

⁵³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007. Exp: 15324. C.P: Mauricio Fajardo Gómez.

ejemplo, la selección objetiva, la transparencia⁵⁴, la publicidad, la legalidad, la libre concurrencia, entre otros, buscan garantizarlo.

Así lo ha entendido esta Corporación, que al respecto ha señalado lo siguiente:

“El principio de igualdad implica el derecho del particular de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, por lo cual la administración no puede establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás. En consecuencia, en virtud de este principio los interesados y participantes en un proceso de selección deben encontrarse en igual situación, obtener las mismas facilidades y estar en posibilidad de efectuar sus ofertas sobre las mismas bases y condiciones. Por ende, este principio implica, entre otros aspectos⁵⁵, que las reglas deben ser generales e impersonales en el pliego de condiciones; otorgar un plazo razonable para que los interesados puedan preparar sus propuestas (No. 5 artículo 30 de la Ley 80 de 1993); la prohibición de modificar los pliegos de condiciones después del cierre de la licitación⁵⁶, y como contrapartida que los proponentes no puedan modificar, completar, adicionar o mejorar sus propuestas (No. 8 art. 30 ídem); dar a conocer a los interesados la información relacionada con el proceso (presupuesto oficial, criterios de selección, pliego de condiciones, etc.) de manera que estén en posibilidad real de ser tenidos en cuenta por la administración⁵⁷; aplicar y evaluar las propuestas bajo las mismas reglas y criterios, verificando que todas las propuestas cumplan con los requisitos y condiciones establecidas en los pliegos, sin que puedan rechazarse ofertas por elementos u omisiones no sustanciales e irrelevantes; y, obviamente, la de culminar el proceso de selección con el respectivo acto de adjudicación del contrato ofrecido a quien haya presentado la mejor propuesta, sobre las mismas condiciones que rigieron el proceso”⁵⁸.

⁵⁴ “(...) [E]l principio de igualdad en las actuaciones contractuales lleva implícitos elementos básicos de los principios de transparencia y de selección objetiva, postulados cuya efectividad depende de un trato igualitario a todos los oferentes tanto en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, como en la calificación de sus ofertas y, por supuesto, en la selección de aquella que resulte más favorable para los intereses de la Administración.” CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007. Exp: 15324. C.P: Mauricio Fajardo Gómez.

⁵⁵ Explica DROMI (José Roberto, La Licitación Pública, Edt. Astrea, 2002, págs. 99 y ss. 134 a 139) que el trato igualitario, se traduce en unos derechos a favor de los oferentes: “1) Consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes; 2) respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; 3) cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección de co - contratante; 4) inalterabilidad de los pliegos de condiciones; 5) respeto del secreto de su oferta hasta el acto de apertura de los sobres; 6) acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación; 7) tomar conocimiento de las demás ofertas luego del acto de apertura; 8) que se le indiquen las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta; 9) que se lo invite a participar en la licitación que se promueve ante el fracaso de otra anterior.” Es decir, en su criterio, la igualdad exige que desde el principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato o hasta la formalización del éste, todos los licitadores o oferentes se encuentran en la misma situación; contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas; y advierte, además, que la adjudicación o formalización del contrato debe hacerse exacta y precisamente sobre las bases que determinaron la adjudicación, no pudiendo después de ésta, modificar condición o modalidad alguna de la oferta aceptada ni el pliego de condiciones, sobre el que se efectuó la licitación, en dichas oportunidades.

⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 11 de marzo de 2004, Exp. 13355. C.P.: Alier Eduardo Hernández Enriquez.

⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2001. Exp. 12037. C.P.: Alier Eduardo Hernández Enriquez.

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Así las cosas, el principio de igualdad implica la garantía para las personas naturales y jurídicas que pretendan contratar con el Estado de que las oportunidades para todos serán las mismas y que el Estado, finalmente, elegirá la oferta más favorable para la Administración⁵⁹.

En conclusión, “(...) el principio de la igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, tiene una doble finalidad: de una parte, como garantía de imparcialidad para los administrados y de protección de sus intereses y derechos, que se traduce en la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas, irrazonables y desproporcionadas para participar, de suerte que los interesados cuenten con idénticas oportunidades en un proceso de contratación; y de otra parte, también como garantía para la administración, toda vez que su rigurosa observancia incrementa la posibilidad de obtención de una pluralidad de ofertas y, por ende, de una mejor selección del contratista y de la propuesta más favorable”⁶⁰.

b) Principio de libertad de concurrencia

El principio de libertad de concurrencia encuentra una relación directa con el principio de igualdad de oportunidades cuyo contenido se explicó en el apartado anterior⁶¹. Así, la libertad de concurrencia apunta a la posibilidad de que cualquier persona que cuente con la capacidad real de ser, eventualmente, adjudicatario de un contrato estatal pueda asistir al proceso de formación del mismo, sin que se le impongan limitaciones irracionales e injustificadas a su participación.

En este sentido se ha pronunciado esta Corporación:

“La libre concurrencia de los interesados implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes. Y es que de no ser así se conculcaría también el deber de selección objetiva porque al excluir posibles proponentes se estaría creando un universo restringido de oferentes en el que perfectamente puede no estar la mejor oferta”⁶².

⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2001, Exp. 12037, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enriquez.

y CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-887 de 22 de octubre de 2002, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

⁶¹ La Corte Constitucional ha precisado el alcance de este principio y su correlación con el de igualdad en los siguientes términos: “(...) El derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado en la contratación de la administración pública, como en el caso del contrato de concesión, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, por virtud del cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración (...) “Sin embargo, la libertad de concurrencia admite excepciones que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista. Dichas limitaciones deben ser fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, dentro del ámbito de regulación propio de la actividad que va a ser objeto de concesión (...)” Otra modalidad de limitación de la libertad de concurrencia se deriva de la posibilidad que, tal como se ha señalado en el apartado anterior, tiene el Estado para establecer inhabilidades e incompatibilidades en el ámbito de la contratación estatal (...)”, Sentencia C- 815 de 2001. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

⁶² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., Subsección C, Sentencia del 24 de marzo de 2012. Exp: 18118, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Ahora bien, el principio de libre competencia no es absoluto, pues la entidad pública contratante, en aras de garantizar el interés público, dentro de los límites de la Constitución y la ley, está facultada para imponer ciertas limitaciones, como por ejemplo, la exigencia de calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras que aseguren el cumplimiento de las prestaciones requeridas por la Administración pública. Sin embargo, dichas limitaciones deben ser razonables y proporcionadas, de tal forma que no impidan el acceso al procedimiento de selección; pues de lo contrario, también se afectarían los derechos económicos de la entidad contratante que no podría gozar de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato⁶³.

En definitiva, el principio de libre competencia se manifiesta en la igualdad de oportunidades para quienes participan en un proceso de selección contractual y en la competencia que se pueda dar en el mismo, lo que sin duda beneficiará a la Administración, pues la libre competencia plural de interesados al mercado, busca ante todo determinar los procesos de contratación pública bajo senderos de competencia real con el fin de obtener a través de la presencia plural de oferentes interesados interactuando, una oferta adecuada al mercado y, por lo tanto, óptima para la Administración pública contratante⁶⁴.

c) Principio de publicidad

La publicidad es uno de los principios rectores de la actividad administrativa y dado que la contratación pública se define como una actividad de esta naturaleza, sin duda alguna, la publicidad es uno de los principios que deben regirla.

Así, por una parte, según lo dispuesto en el artículo 209 de la Constitución⁶⁵ en el artículo 3 de la Ley 489 de 1998⁶⁶ el principio de publicidad debe orientar el ejercicio de la función administrativa. Igualmente, el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) establece que todas las actuaciones y procedimientos administrativos se deben llevar a cabo a la luz de varios principios, entre ellos, el de publicidad⁶⁷. Por

⁶³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sentencia de 19 de julio de 2001, Exp. 12.037. C.P.: Alier Eduardo Hernández Enriquez y Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

⁶⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de febrero del 2012, Exp.: 38924. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶⁵ “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y **publicidad**, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (...)”. (Negrilla propia).

⁶⁶ “La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, **publicidad**, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen”. (Negrilla propia).

⁶⁷ Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, **publicidad**, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

(...)

9. En virtud del principio de **publicidad**, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código.

su parte, el artículo 30.4 de la Ley 80 de 1993 (modificado por el artículo 220 del Decreto 19 de 2012), tratándose de licitaciones, señala la obligación de dar cumplimiento al principio de publicidad mediante la celebración de una audiencia⁶⁸ a fin de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones⁶⁹; y además, el artículo 223 del Decreto 19 de 2012 establece la obligación de la Administración de publicar en el SECOP⁷⁰ los contratos estatales⁷¹.

Así las cosas, el principio de publicidad se manifiesta de dos formas: como deber y como derecho⁷². Por una parte, se trata del deber que tienen las entidades contratantes de comunicar a los administrados la totalidad de las actuaciones que realizan dentro de los procesos de selección de sus contratistas. Ello no podría ser de otro modo, pues la publicación generalizada de la información referida a los procesos de contratación que adelantan las entidades del Estado es la que permite que a los mismos asistan todas aquellas personas interesadas en la ejecución de los proyectos allí tratados y que toda la ciudadanía tenga la posibilidad de conocer la actividad contractual de la Administración, como garantía de transparencia. En otras palabras, el principio de publicidad implica que todas las autoridades deben dar a conocer sus actuaciones y decisiones a través de los distintos mecanismos previstos en la ley, como comunicaciones, notificaciones o publicaciones, a fin de que sean vinculantes y puedan ser controvertidas por sus destinatarios⁷³.

Por otra parte, el principio de publicidad adquiere la dimensión de derecho, pues quienes estén interesados en contratar con el Estado tienen el derecho a conocer las actuaciones de la Administración. Así, estarían legitimados para conocer todas

Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma (...). (Negrilla propia).

⁶⁸ Sobre lo conveniente que puede resultar para la Administración realizar este tipo de audiencias en el proceso de contratación, véase a Gordillo, Agustín. "Principios fundamentales del Derecho Administrativo", en A.A.V.V. *El Derecho Administrativo en Latinoamérica II*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1986, pp. 18 y ss.

⁶⁹ "La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:

(...)

4. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas interesadas en el proceso se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. En la misma audiencia se revisará la asignación de riesgos que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación hasta por seis (6) días hábiles.

Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, la cual remitirá al interesado y publicará en el SECOP para conocimiento público.

(...)"

⁷⁰ Sistema Electrónico para la Contratación Pública.

⁷¹ "A partir del primero de junio de 2012, los contratos estatales sólo se publicaran en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP- que administra la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente. En consecuencia, a partir de dicha fecha los contratos estatales no requerirán de publicación en el Diario Único de Contratación y quedarán derogados el parágrafo 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los artículos 59, 60, 61 y 62 de la Ley 190 de 1995 y el parágrafo 2 del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007".

⁷² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2001, Exp. 12.037. C.P.: Alier Eduardo Hernández Enriquez y Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

⁷³ Sobre los objetivos del principio de publicidad en la contratación estatal, véase a Escobar Gil. *Teoría General de los contratos de la Administración Pública*, Bogotá, Legis, 2000, p. 154 y García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo* Tomo I, Madrid, Civitas, 1989, p. 653.

las reglas del proceso de selección, los actos y hechos que se produzcan durante el mismo, y, en general, todas las decisiones que tome la Administración durante el proceso de contratación. En definitiva, la actividad contractual de la Administración debe ser pública.

Por último, cabe señalar que el principio de publicidad y el principio de libre concurrencia, al que se hizo referencia en el apartado anterior, sin duda alguna, se deben estudiar juntos, ya que el primero es soporte del segundo, pues si la Administración da a conocer sus procesos de contratación está facilitando la participación en los mismos de un mayor número de oferentes, lo que para el Estado, en principio, significaría mayores y mejores opciones a la hora de contratar.

d) Principio de transparencia

“Referirse a la transparencia dentro del Estado social y democrático de derecho significa abordar uno de sus principales sustentos, que se caracteriza por proporcionar elementos suficientes para una verdadera convivencia, para el respecto a la igualdad de los asociados, y en especial para garantizar el ejercicio del poder sobre las bases de imparcialidad y publicidad, tendientes a evitar actuaciones oscuras, ocultas y, por lo tanto, arbitrarias de los servidores públicos en desarrollo de sus competencias o atribuciones. Desde el punto de vista de la ciencia política, implica referirse a un elemento consolidador de la institucionalidad y de la ruptura con el ejercicio personalizado o subjetivo del poder, que como es evidente atenta contra los postulados del interés público y general”⁷⁴.

La transparencia es uno de los principios en los que se fundamenta la Ley 80 de 1993⁷⁵ y está relacionado con la pulcritud y claridad con que han de realizarse las actuaciones de la Administración al momento de llevar a cabo el proceso de construcción de un contrato, con el fin, en otras cosas, de combatir los posibles eventos de corrupción que podrían asomar durante este proceso⁷⁶.

Como es apenas obvio, la máxima en comento reviste una especial importancia frente a la actividad contractual de la Administración pública, por cuanto el desconocimiento de la misma durante la formación de los contratos estatales

⁷⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Delitos de celebración indebida de contratos. Análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 190. En este sentido véase también CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de febrero de 2012, Exp.: 38.924, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁷⁵ *“En cuanto principio rector de la actividad pública, el legislador ha querido llevar la transparencia a los procedimientos y actuaciones del orden público relacionadas con los contratos estatales; con este fin lo incorpora como un principio imperativo, inderogable, inmodificable, vinculante, y por lo tanto requisito legal esencial para la escogencia de los contratistas por parte de las entidades estatales, que se concreta en la obligación de desarrollar procedimientos administrativos previos a la celebración del contrato tendientes a procurar, en un plano de igualdad, la participación de todos aquellos que puedan proponerle a la Administración bienes, servicios o el objeto que requiera para la satisfacción del interés general. De otra parte los procedimientos que se desarrollen para la escogencia de contratistas deben caracterizarse, si realmente se adecuan al contenido básico de la transparencia, por estar acompañados de principios inmediatos y consustanciales a la misma, tales como: debido proceso, publicidad, controversia, objetividad, motivación. En concreto, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 desarrolla estos presupuestos conceptuales de la transparencia, haciendo énfasis en su carácter imperativo para efectos de consolidarla realmente en los procesos contractuales que desarrollen las autoridades públicas”.* Ibid., pp. 191 a 192.

⁷⁶ Sobre el principio de transparencia como instrumentos para combatir la corrupción véase CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de 19 de diciembre de 2000, Exp.: 17088.

comporta inescindiblemente una violación al principio de selección objetiva⁷⁷ y, en consecuencia, la nulidad absoluta del contrato estatal surgido en tales condiciones por objeto ilícito, pues de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; y además, al celebrar un contrato sin observancia del principio de selección objetiva se presentaría un abuso o desviación de poder⁷⁸.

Se trata entonces de un principio que busca dotar de una serie de garantías la actividad contractual estatal para que ésta se lleve a cabo con plena publicidad, con respeto de la igualdad de oportunidades de quienes pretenden contratar con el Estado, de manera imparcial, y con el fin de satisfacer el interés general, todo con el objeto de que la Administración elija la oferta más favorable a sus intereses⁷⁹.

Así las cosas, en relación con el principio de transparencia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación ha señalado que:

“Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza y translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, lo nebuloso, la bruma maligna que puede dar sustento al actuar arbitrario de la administración. Así, la actuación administrativa, específicamente la relación contractual, debe ser ante todo cristalina”⁸⁰.

El artículo 24 del Estatuto General Contratación de la Administración Pública desarrolla el principio de transparencia, el cual se manifiesta de varias formas: i) en el deber de publicidad de los informes, conceptos y decisiones de la Administración; ii) en el derecho de contradicción que quienes participan en el

⁷⁷ “El principio de escogencia o selección objetiva de los contratistas fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en derecho colombiano, como es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, con independencia del procedimiento utilizado para estos efectos mediante la utilización de pluralidad de variables que eviten el abuso, desvío de poder, y en consecuencia el actuar arbitrario o corrupto de los servidores públicos.

De la manera más simple, selección objetiva es la que no está inspirada en razones subjetivas, personales, viscerales de los servidores públicos, sino en consideraciones de colectividad, de interés general y de respuestas a necesidades evidentes de la comunidad.

La objetividad en la selección de un contratista tiene relación sustancial con el concepto de interés público o general. Puede decirse que constituye el más importante de sus instrumentos, constitutivo de requisito legal esencial respecto de la escogencia del contratista; esto es, norma imperativa de aplicación ineludible, y vinculante. Referirse a la escogencia objetiva en materia contractual significa abordar de manera concreta y efectiva, en todos los procedimientos de escogencia de contratistas principios como los de igualdad, participación y, en especial, el de la libre competencia económica. Lo anterior en virtud de que el deseo del legislador, al romper con los privilegios para la selección de un contratista, es el de permitir que todos aquellos sujetos del mercado que puedan proponerle a la administración bienes, servicios y demás objetos para atender sus necesidades lo hagan de acuerdo con las exigencias de los correspondientes pliegos, compitiendo bajo condiciones de igualdad de acuerdo con sus capacidades, experiencia y conocimientos, para que de esta manera puedan las entidades estatales identificar la propuesta que más favorezca a la entidad”. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de febrero de 2012, Exp.: 38.924, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁷⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Exp.: 15324 C.P: Mauricio Fajardo Gómez. En este sentido véase también la Sentencia del 28 de marzo de 2012. Exp: 22471. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁷⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

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

proceso de contratación; iii) en la obligación de la Administración de fijar de forma clara los requisitos objetivos necesarios para participar, así como a definir reglas objetivas y, por supuesto, darlos a conocer según las formas establecidas en la ley para ello; iv) así mismo, señalar claramente las reglas de adjudicación del contrato; v) y finalmente, motivar los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual, salvo las excepciones legales⁸¹.

Ahora bien, el principio de transparencia mantiene estrechas relaciones con los demás principios a los que se ha hecho referencia en esta providencias, relaciones a las que se ha referido esta Subsección en oportunidades precedentes. Así:

⁸¹ Ley 80 de 1993, artículo 24. *Del Principio de Transparencia. En virtud de este principio:*

1. *Numeral derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007*

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

3. *Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.*

4. *Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.*

5. *En los pliegos de condiciones:*

a) *Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.*

b) *Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto de la licitación.*

c) *Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.*

d) *No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.*

e) *Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.*

f) *Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.*

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

6. *En los avisos de publicación de apertura de la licitación y en los pliegos de condiciones se señalarán las reglas de adjudicación del contrato*

7. *Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia.*

8. *Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.*

9. *Los avisos de cualquier clase a través de los cuales se informe o anuncie la celebración o ejecución de contratos por parte de las entidades estatales, no podrán incluir referencia alguna al nombre o cargo de ningún servidor público.*

Parágrafo 1 (Derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007).

Parágrafo 2. El Gobierno Nacional expedirá, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley, un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en ella.

Si el Gobierno no expidiera el reglamento respectivo, no podrá celebrarse directamente contrato alguno por ninguna entidad estatal, so pena de su nulidad.

Parágrafo 3. Cuando la venta de los bienes de las entidades estatales deba efectuarse por el sistema de martillo, se hará a través del procedimiento de subasta que realicen las entidades financieras debidamente autorizadas para el efecto y vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

La selección de la entidad vendedora la hará la respectiva entidad estatal, de acuerdo con los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva y teniendo en cuenta la capacidad administrativa que pueda emplear cada entidad financiera para realizar los remates”.

De acuerdo con el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal deben ceñirse a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, sin dejar de lado los postulados que rigen la función administrativa, esto es que esa función está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad.⁸²

El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general,⁸³ la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes,⁸⁴ la publicidad de todo el iter contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración, etc.⁸⁵

En definitiva, el principio de transparencia, actúa como garantía de otros principios de la contratación estatal, por ello su finalidad es, entre otras, asegurar que se lleven a cabo procesos de selección objetivos, que la Administración tome decisiones motivadas que se hagan públicas y que puedan ser controvertidas por los interesados.

4. Alcance del apartado h) del numeral 2° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007: acciones afirmativas y selección abreviada

Tras haber delimitado el objeto de protección de los principios mencionados, la Sala se pronunciará sobre el proceso de selección abreviada a que hace referencia el apartado h) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007.

La disposición cuya solicitud de anulación ocupa a la Sala, formó parte, durante su vigencia, de uno de los eventos en los cuales la Ley 1150 de 2007 permitía a las entidades del estatales, para la celebración de ciertos contratos, acudir al mecanismo objetivo de selección abreviada previsto en el numeral 2 del artículo 2° de la mencionada ley. El inciso primero de la referida norma dispone lo siguiente:

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

En relación con las características de este procedimiento de selección del contratista, esta Corporación ha señalado lo siguiente:

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

⁸² Artículo 209 de la Constitución Política.

⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-508 de 2002, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

⁸⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de julio de 2001, Exp.: 12037. C.P.: Alier Eduardo Hernández.

⁸⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Exp.: 18118. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

pretenden satisfacer. Por ello, las causales señaladas del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 se sustentan en las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio. b. En el mecanismo de selección abreviada, el legislador dispuso que los supuestos contemplados en el artículo 2.2. de la Ley 1150 de 2007 pueden adelantarse mediante “procesos simplificados”, ello quiere decir, que cada causal prevista puede tener sus propias especificaciones de carácter procedimental, siempre y cuando se respeten los principios de la función administrativa y de la contratación estatal previstos en los artículos 209 de la Constitución y 23 a 26 de la Ley 80 de 1993. c. Adicionalmente, en el parágrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 se trazan aquellas reglas que deben aplicarse en el procedimiento previsto para la ejecución de cada una de las causales del proceso de selección abreviada, constituyendo éstas un límite para la autoridad administrativa en su labor de precisar las especificidades procedimentales mediante normas de carácter reglamentario. d. La determinación de las especificaciones de carácter procedimental de cada una de las causales de selección abreviada fue confiada directamente por el legislador al ejecutivo, al estatuir dentro del artículo 2.2. de la Ley 1150 de 2007 que “...El Gobierno Nacional reglamentará la materia”⁸⁶.

Así las cosas, los procedimientos de selección abreviada se constituyen en mecanismos que propenden por la eficiencia y celeridad de la actividad contractual de los organismos del Estado en aquellos eventos en los que el objeto a contratar o las circunstancias que giran en torno a la necesidad de contratarlo tornan en engorroso, innecesario e ineficiente el mecanismo de la licitación pública, que se impone como regla general en el ámbito de la contratación estatal.

Lo anterior, por cuanto si bien conserva una estructura similar al proceso de licitación pública, la selección abreviada omite algunas etapas del mismo⁸⁷ y reduce algunos términos, lo que lo convierte en un medio adecuado para satisfacer las necesidades de las entidades contratantes.

Dentro del *sub lite*, presentan particular importancia los objetos contractuales mencionados en el apartado h) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, pues la norma acusada dispone una de las etapas a observar durante el proceso de contratación de los mismos. Así:

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

⁸⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010. Exp.: 36054. C.P.: Enrique Gil Botero.

⁸⁷ V.g. Audiencias públicas de discusión de riesgos, publicación en medios escritos que circulen en el ámbito territorial de competencias de la entidad contratante, entre otros.

Como se observa, el contenido de la disposición citada se refiere a aquellas medidas que las entidades públicas, dentro del ámbito de sus competencias y mediante la suscripción de un contrato estatal, pueden tomar para la atención de determinados sectores de la población que por diversas circunstancias se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad respecto del ejercicio de sus derechos fundamentales, es decir, acciones afirmativas⁸⁸.

Dentro de los grupos mencionados se encuentra la población desplazada, la cual ha sido reconocida por diversos organismos e instrumentos, tanto nacionales como internacionales, como un sector poblacional de alta susceptibilidad respecto de la violación de sus derechos inalienables.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó en 1998 una declaración de principios referidos a la situación de las personas en situación de desplazamiento forzoso, grupo que delimitó en los siguientes términos:

“(…) [S]e entiende por desplazados internos las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”⁸⁹.

⁸⁸ “La acción afirmativa es un concepto acuñado por el sistema jurídico de los Estados Unidos durante la segunda mitad del siglo pasado con el propósito de promover medidas encaminadas a superar la discriminación y los prejuicios que, más de cien años después de la abolición de la esclavitud, existían aún en contra de la población afrodescendiente, y comprende decisiones de carácter legislativo, ejecutivo, e incluso judiciales. Poco tiempo después este concepto fue acogido en Europa, en donde tuvo gran desarrollo, especialmente frente a la situación de las mujeres, y su entonces incipiente incursión en varios espacios hasta poco antes reservados a los hombres, entre ellos el ámbito profesional y laboral y el de la participación política. La doctrina y la jurisprudencia de esos países han reconocido varios tipos de acción afirmativa, destacándose entre ellas las acciones de promoción o facilitación, y las llamadas acciones de discriminación positiva, que si bien en algunos casos se confunden con el concepto mismo de acción afirmativa, son en realidad una especie de esta última.

Las acciones afirmativas, alude a todas aquellas medidas, políticas o decisiones públicas a través de las cuales se establece un trato ventajoso, y en cuanto tal formalmente desigual, que favorece a determinadas personas o grupos humanos que tradicionalmente han sido marginados o discriminados, con el único propósito de avanzar hacia la igualdad sustancial de todo el conglomerado social.

Las acciones de discriminación positiva tienen lugar en un contexto de distribución y provisión de bienes públicos escasos, tales como puestos de trabajo, cargos públicos de alto nivel, cupos educativos o incluso, selección de contratistas del Estado. En todos los casos la implementación de una acción afirmativa conlleva costos o cargas, que deben ser razonables, y que frecuentemente se diseminan y son asumidos por la sociedad como conjunto. Sin embargo, debe resaltarse que en el caso de las acciones de discriminación positiva, la carga puede recaer de manera exclusiva sobre personas determinadas. Si bien en nuestro país existen normas anteriores a 1991 que podrían ser entendidas como acciones afirmativas, este concepto gana especial notoriedad sobre todo a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución Política, cuyo artículo 13 resalta el deber del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas a favor de los grupos discriminados o marginados. El texto superior contiene además otras previsiones que de manera particular plantean el mismo principio respecto de colectividades específicas, entre ellas los artículos 43 a favor de las mujeres, 47 a favor de las personas que padecen discapacidad (precisamente el tema que en este caso ocupa a la Corte) y 171 y 176 sobre circunscripciones especiales para determinados grupos étnicos para la elección de Senado y Cámara de Representantes”. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-765 de 2012, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

⁸⁹ Organización de Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. *Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la comisión: Derechos Humanos en masa y personas desplazadas*. 1998. Pág. 5. Consultada en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0022>. Fecha de consulta: 25 de julio de 2013. 11:20 a.m.

Dentro de dichos principios se estableció la obligación de las autoridades nacionales de garantizar los mismos derechos reconocidos por el derecho internacional y el derecho interno a los demás miembros de la Nación y de asistir humanitariamente a la población desplazada; y el derecho de ésta a solicitar del Estado dicha asistencia sin ser objeto de castigo o persecución por tal motivo⁹⁰.

De manera análoga, la Ley 387 de 1997, que fue derogada parcialmente por el Decreto 790 de 2012⁹¹, definió el sector poblacional referido de la siguiente forma:

Artículo 1º.- Del desplazado. *Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones:*

Conflicto armado interno; disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar drásticamente el orden público

En el mismo cuerpo normativo, el legislador dispuso la configuración de un sistema para la atención de la población desplazada por la violencia dentro del territorio colombiano, el cual se fundó en unos principios⁹² similares a los establecidos en el instrumento internacional antes mencionado y en la obligación estatal de “formular las políticas y adoptar las medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección y consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia”⁹³.

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado la importancia que representa para el Estado colombiano la atención de las necesidades de la población en condición de desplazamiento forzado, hasta el punto de declarar, mediante la sentencia T-025 de 2004⁹⁴, el estado de cosas inconstitucional frente a sus condiciones de vida. En esa oportunidad el alto Tribunal señaló lo siguiente:

⁹⁰ Principios 1 y 3. Págs. 5 y 6. *Ibidem*.

⁹¹ La derogatoria a la que se hace referencia reemplazó en sus funciones al Sistema Nacional de Asistencia a la Población Desplazada por la Violencia y el Consejo Nacional de Asistencia a la Población Desplazada por la Violencia por el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas y el Consejo Ejecutivo de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, respectivamente.

⁹² **Artículo 2º.- De los Principios.** *La interpretación y aplicación de la presente ley se orienta por los siguientes principios:*

1. *Los desplazados forzados. tienen derecho a solicitar y recibir ayuda internacional y ello genera un derecho correlativo de la comunidad internacional para brindar la ayuda humanitaria.*
2. *El desplazado forzado de los derechos civiles fundamentales reconocidos Internacionalmente.*
3. *El desplazado y/o desplazados forzados tienen derecho a no ser discriminados por su condición social de desplazados, motivo de raza, religión, opinión pública, lugar de origen o incapacidad física.*
4. *La familia del desplazado forzado deberá beneficiarse del derecho fundamental de reunificación familiar.*
5. *El desplazado forzado tiene derecho a acceder a soluciones definitivas a su situación.*
6. *El desplazado forzado tiene derecho al regreso a su lugar de origen.*
7. *Los colombianos tienen derecho a no ser desplazados forzadamente.*
8. *El desplazado y/o los desplazados forzados tienen de derecho a que su libertad de movimiento no sea sujeta a más restricciones que las previstas en la ley.*
8. *Es deber del Estado propiciar las condiciones que faciliten la convivencia entre los colombianos, la equidad y la justicia.*

⁹³ Artículo 3 *ibidem*.

⁹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Tercera de Revisión, Sentencia del 22 de enero de 2004, M.P: Manuel José Cepeda.

Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada.

En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos⁹⁵.

(...)

En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas,⁹⁶ así como la constatación que se hace en algunos de los documentos de análisis de la política, de haber incorporado la acción de tutela al procedimiento administrativo como paso previo para la obtención de las ayudas.⁹⁷

Además de lo anterior, si bien ha habido una evolución en la política, también se observa que varios de los problemas que han sido abordados por la Corte, son de vieja data y que frente a ellos persiste la omisión de las autoridades para adoptar los correctivos necesarios (...).

Entre estos se destacan la insuficiencia de recursos destinados efectivamente para la atención de los distintos componentes de la política y los problemas de capacidad institucional que afectan el desarrollo, implementación y seguimiento de la política estatal (...).

En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos (ver apartado antecedentes de la presente sentencia). Tal como se señaló en el apartado 6 y en el Anexo 5, las distintas entidades encargadas de atender a la población desplazada han identificado varias de las omisiones y falencias de la política y de los programas desarrollados. Igualmente, las organizaciones de derechos humanos han identificado los problemas de coordinación, la insuficiente apropiación de recursos, los obstáculos administrativos, los trámites y procedimientos innecesarios, el diseño deficiente de algunos de los instrumentos de la política, así como la omisión prolongada de las autoridades para adoptar los correctivos considerados como necesarios. Tal situación ha agravado la condición de vulnerabilidad de esta población y de violación masiva de sus derechos (...).

En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En efecto, como se advirtió anteriormente varios órganos del Estado, por acción u omisión, han permitido que continúe la vulneración de los derechos fundamentales de los desplazados, especialmente las entidades nacionales y locales encargadas de asegurar la disponibilidad de recursos para asegurar que los distintos componentes de la política beneficien en igualdad de condiciones a la población desplazada (...).

⁹⁵ Ley 387 de 1997, Artículo 1.

⁹⁶ Este volumen se constata por el número de acciones de tutela interpuestas por los desplazados que han sido objeto de revisión por la Corte Constitucional hasta la fecha, por el número de expedientes acumulados al presente proceso que son representativos del tipo de problemas que enfrenta la población desplazada en todo el país, y por el total de acciones de tutela interpuestas por los desplazados contra la Red de Solidaridad desde 1999 hasta la fecha y que según el sistema de información de la Corte Constitucional supera las 1200.

⁹⁷ Es el caso de la asignación del auxilio de vivienda que hace el Inurbe, pues los recursos entregados corresponden exclusivamente a quienes interpusieron acciones de tutela. Ver Anexo 5 sobre las observaciones a la política pública respectiva.

En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él (...)

En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada, y adoptará los remedios judiciales correspondientes respetando la órbita de competencia y el experticio de las autoridades responsables de implementar las políticas correspondientes y ejecutar las leyes pertinentes. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas”.

Igualmente, el apartado h) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 menciona los contratos referidos a programas, políticas y estrategias de desmovilización y reinserción de las personas que abandonan las filas de los grupos armados al margen de la ley para reincorporarse a la vida civil, tema que presenta una especial relevancia para nuestro aparato estatal, teniendo en cuenta factores como la extensa prolongación del conflicto armado que sufre el país, los costos directos e indirectos que éste conlleva desde todos los puntos de vista y la vinculación forzada de menores en las filas de los grupos subversivos, entre otros.

Por ello, no resulta extraño que la reinserción de los combatientes provenientes de los movimientos alzados en armas a la vida civil se haya constituido en una política de estado a largo plazo, tal como se reconoce en el documento CONPES N° 3554 de 2008⁹⁸. Así, se establecen una serie de estrategias gubernamentales que tienen por finalidad “ (...) acoger el creciente número de personas que abandonan voluntariamente la vida armada, con planes y programas que permitan su inclusión social, económica y comunitaria, que estimulen la convivencia pacífica y eviten, particularmente, su retorno a la ilegalidad”⁹⁹.

Del mismo modo, dentro de los beneficiarios de las acciones a que hace referencia el apartado h) de la norma antes citada, se encuentran las personas que han recibido amenazas en contra de su integridad, población que debe ser objeto de protección por parte de los órganos del Estado en atención de su deber constitucional de proteger a los residentes en el país en de su vida, honra y bienes. Sobre este tema la Corte Constitucional señaló lo siguiente¹⁰⁰:

“4.1. La Constitución Política contempla múltiples referencias a la garantía del derecho a la seguridad personal. Así, por mandato del artículo 2° de la Constitución las autoridades públicas colombianas están instituidas para brindar protección a las personas, resguardando su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. Conforme a esta dimensión constitucional de la seguridad personal, ha señalado la jurisprudencia que el énfasis principal de la labor protectora de las autoridades ha sido la de

⁹⁸ Documento CONPES N° 3554 del 1° de diciembre de 2008. Obtenido de: <https://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=-tcp2y8QyBI%3D&tabid=752>. Fecha de consulta: 25 de julio de 2013, 3:30 P.m.

⁹⁹ *Ibidem*. Pág. 6.

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-728 del 10 de septiembre de 2010, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

proveer de manera efectiva las condiciones mínimas de seguridad que posibilitan la existencia de los individuos en sociedad, "sin estar expuestos a riesgos extraordinarios de recibir daños en su persona"¹⁰¹.

(...)

Con base en los mandatos constitucionales mencionados, en los instrumentos internacionales que vinculan al Estado colombiano, y en el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la protección de la seguridad de las personas en nuestro ordenamiento jurídico, la Corte ha concluido que "la seguridad personal, en el contexto colombiano, es un derecho fundamental de los individuos. Con base en él, pueden exigir, en determinadas condiciones, medidas específicas de protección de parte de las autoridades, con el objetivo de prevenir la materialización de cierto tipo de riesgos extraordinarios contra su vida o integridad personal, que no tienen el deber jurídico de soportar, y que las autoridades pueden conjurar o mitigar"¹⁰².

4.3. Al pronunciarse sobre el contenido, ámbito de aplicación y límites del derecho a la seguridad personal¹⁰³, la Corte lo definió como aquél que tienen las personas a recibir protección cuando enfrentan ciertos tipos de riesgo para su vida e integridad personal. Al caracterizar los tipos de riesgo frente a los cuales protege el derecho a la seguridad personal, y con el propósito de diferenciar su campo de aplicación de las órbitas de otros dos derechos fundamentales con los cuales está íntimamente relacionado, como la vida y la integridad personal, la Corte concluyó:

"Se tiene, en primer lugar, que dichos riesgos deben ser extraordinarios. Esto quiere decir que existe un nivel de riesgo ordinario, social y jurídicamente soportable, por estar implícito en la vida cotidiana dentro de cualquier sociedad. (...) (L)as personas no pueden exigir al Estado un nivel especial de protección frente a este tipo de riesgos elementales: soportarlos constituye una carga derivada de la condición misma de integrante de una comunidad de seres humanos, que se impone a todos los miembros de la sociedad por igual.

(...) En la medida en que la intensidad de dichos riesgos se incrementa, es decir, cuando se tornen extraordinarios y reúnen las demás características señaladas en esta providencia, las personas tendrán derecho a solicitar la intervención protectora de las autoridades para mitigarlos o evitar que se materialicen, cuando ello sea posible; tal intervención estatal podrá invocarse con distintos títulos, es decir, en virtud de distintos derechos fundamentales – la vida, la integridad personal o la seguridad personal –, dependiendo del nivel de intensidad del riesgo en cuestión y de sus características"¹⁰⁴.

De tal manera que el derecho a la seguridad personal sí comprende un nivel de protección básico de las personas contra ciertos riesgos o peligros que, al responder a determinadas características, "no resultan legítimos ni soportables dentro de la convivencia en sociedad, de acuerdo con la Constitución y los tratados internacionales; se trata de riesgos extraordinarios cuya imposición misma lesiona la igualdad en la que deben estar las personas frente a la carga de vivir en sociedad"¹⁰⁵.

Con el fin concretar el contenido del derecho a la seguridad personal, la alta Corporación definió una escala de riesgos, en la que se distingue entre "(i) un nivel

¹⁰¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-719 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Sentencia T-719 de 2003, fundamento jurídico 4.2.3.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

de riesgo mínimo¹⁰⁶; (ii) un nivel de riesgo ordinario, soportado por igual por quienes viven en sociedad¹⁰⁷; (iii) un nivel de riesgo extraordinario, que las personas no están obligadas a soportar; (iv) un nivel de riesgo extremo que amenaza la vida o la integridad personal¹⁰⁸; y (v) un nivel de riesgo consumado^{109, 110}”

Así las cosas, el derecho a la seguridad personal tiene por fin garantizar la protección de quienes se ubican en niveles de riesgo extraordinarios, los cuales se entenderán configurados cuando se presente una amenaza inminente, cierta y excepcional que se produzca como consecuencia de las labores públicas, políticas, humanitarias o sociales desempeñadas por la persona en peligro¹¹¹.

Con fundamento en todo lo anterior, resulta evidente que respecto de los eventos contenidos en el apartado h) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 150 de 2007, se presentan circunstancias que hacen urgente la actuación de la Administración pública dirigida a evitar las afectaciones que dichas personas puedan sufrir como consecuencia de su situación especial de vulnerabilidad o para asistirles en aquellos casos en que ya se ha presentado la concreción de las mismas.

Por tal razón, lo dispuesto en dicha norma constituye una excepción completamente razonable y justificada al régimen general de la contratación estatal por vía del proceso de licitación pública, por cuanto la complejidad del procedimiento y la prolongación de las distintas etapas que lo componen, lo convierten en una institución inadecuada para la satisfacción de las necesidades del Estado en los eventos a los que se ha hecho referencia.

Así las cosas, el procedimiento objetivo de selección abreviada se constituye en una herramienta razonable, proporcional y absolutamente funcional para el ejercicio de las competencias del Estado referidas a la suscripción de contratos que tengan por objeto la asistencia y protección de diversos grupos considerados como especialmente vulnerables, por cuanto su celeridad permite la suscripción oportuna de los instrumentos necesarios para el logro de tales fines, sin perjuicio del cumplimiento de los principios y garantías que deben informar en todo caso la actividad contractual de la Administración.

5. Caso concreto

En primer lugar, la Sala estudiará la excepción propuesta de inepta demanda; y por último, resolverá los cargos de nulidad planteados en la demanda.

5.1. Ineptitud sustantiva de la demanda

Para la Sala resulta relevante pronunciarse respecto de la ineptitud sustantiva de la demanda, atendiendo a que dicha excepción fue propuesta el DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, entidad que la adujo con base

¹⁰⁶ Se trata de un nivel en el cual la persona sólo se ve amenazada en su existencia e integridad por factores individuales y biológicos.

¹⁰⁷ Se trata de los riesgos ordinarios, implícitos en la vida social.

¹⁰⁸ Este es el nivel de los riesgos que, por su intensidad, entran bajo la órbita de protección directa de los derechos a la vida e integridad personal.

¹⁰⁹ Este es el nivel de las violaciones a los derechos, no ya de los riesgos, a la vida e integridad personal: la muerte, la tortura, el trato cruel, inhumano o degradante, representan riesgos que ya se han concretado y materializado en la persona del afectado.

¹¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-278 del 10 de septiembre de 2010, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹¹ *Ibidem*.

en la supuesta falta de claridad, especificidad, pertinencia y suficiencia en que habría incurrido la parte actora en la exposición de los cargos de ilegalidad e inconstitucionalidad en los que fundamentó la solicitud de nulidad que se analiza en el *sub judice*.

Para la entidad demandada, el fundamento jurídico de la demanda no resulta suficiente para el cumplimiento de los requisitos previstos por el numeral 4° del artículo 137 del C.C.A¹¹² para la presentación de la demanda de nulidad en debida forma. Ahora bien, aun cuando la Sala reconoce la precariedad y falta de precisión en la formulación del cargo al que se ha hecho referencia, se advierte que la acción de nulidad simple es un medio de defensa del interés general que se encuentra a disposición de cualquier ciudadano que considere que un determinado acto administrativo ha desconocido la normatividad superior a la que debía acogerse al momento de su expedición, y que además de objetivo, intemporal, general e indesistible, es de naturaleza pública y popular¹¹³, razón por la que resulta contraria a la propia esencia de la acción en comento una rigurosa exigencia respecto de la tecnicidad y el criterio jurídico en la fundamentación del cargo de ilegalidad, por cuanto constituiría una limitante completamente desproporcionada del derecho ciudadano de acceso a la administración de justicia.

Así las cosas, no procede la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda alegada por el DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, pues se observa que la parte actora señaló que la norma acusada vulneraba el contenido de los artículos 209 de la Constitución Política, 1, 23 y 28 de la Ley 80 de 1993 y 2, numeral 2 y parágrafo 2, numeral 1 de la Ley 1150 de 2007; y que como concepto de tales violaciones expuso la supuesta limitación ilegal que, en su opinión, la disposición acusada produce respecto de los principios de igualdad, libertad de concurrencia y transparencia en materia contractual, al permitir la realización de los procesos de selección abreviada a los que se ha hecho referencia. A su juicio, la invitación a ofrecer a 3 personas naturales o jurídicas limita el acceso de otros oferentes interesados en tales procesos de selección objetiva.

En consecuencia, la Sala encuentra la pese a las deficiencias de la demanda, el cargo de ilegalidad formulado por la parte actora es susceptible de un pronunciamiento de fondo por esta Subsección.

5.2. Estudio del cargo de ilegalidad

La Sala estudiará el cargo de ilegalidad aducido por la parte demandante en la demanda desde dos puntos de vista: i) la violación al principio de igualdad que supone llevar a cabo un trato diferenciado de algunos de los oferentes participantes en el procedimiento de selección abreviada; y ii) la supuesta limitación ilegal que impone la norma acusada respecto de los principios de libertad de concurrencia, de publicidad y de transparencia, al limitarse la

¹¹² Artículo 137. Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:

1. La designación de las partes y de sus representantes.
2. Lo que se demanda.
3. Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción.
4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.
5. La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer.
6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.

¹¹³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 134 y 135.

participación de aquellos posibles proponentes que no fueron invitados a ofertar por parte de la entidad contratante.

Frente al primero de los aspectos mencionados, esta Sala atribuye la interpretación dada al texto acusado por parte de la actora a una lectura aislada de la disposición en comento, teniendo en cuenta que lo señalado por el numeral 3 del párrafo 2° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, norma que establece que “*Sin excepción, las ofertas presentadas dentro de cada uno de los procesos de selección, deberán ser evaluadas de manera objetiva, aplicando en forma exclusiva las reglas contenidas en los pliegos de condiciones o sus equivalentes (...)*”.

De tal manera, la norma acusada no estableció de manera injustificada condiciones perjudiciales respecto de la participación de aquellos proponentes que asistiesen a los procesos de selección abreviada a los que se ha hecho referencia a lo largo de la providencia, por cuanto sus propuestas debían ser analizadas con base en los criterios objetivos señalados en el correspondiente pliego de condiciones sin que en ellos pudiese incluirse cláusula alguna que premiase o atribuyera favoritismo al hecho de haber sido invitado formalmente por la entidad contratante.

Ahora bien, puede pensarse que el sólo hecho del envío de una invitación formal a algunos de los oferentes participantes en la pugna contractual constituye un factor diferenciador que actúa en beneficio de aquellos proponentes convocados de manera particular. Sin embargo, la Sala considera que dicha facultad otorgada a las entidades contratantes se justifica y, por tanto, resulta razonable y proporcionada, en la medida en que los procesos a los que se refiere la norma acusada buscan satisfacer las necesidades que aquellas presentan al momento de atender a algunos grupos poblacionales especialmente vulnerables, cuyos derechos fundamentales se verían en grave riesgo de desprotección en el evento de una declaratoria de desierto del proceso de contratación, situación que, claramente, la Administración buscó evitar con la disposición que se estudia.

Por tal razón, la Sala considera que el argumento de la parte actora respecto de la ilegalidad de la disposición acusada no debe prosperar.

En relación con el segundo argumento, esto es, que la invitación a ofrecer dirigida sólo a tres (3) posibles oferentes viola los principios de libertad de concurrencia, de publicidad y de transparencia, al limitar la participación de aquellos posibles proponentes que no fueron invitados a ofertar por parte de la entidad contratante, la Subsección considera que este argumento tampoco debe prosperar.

En efecto, la parte actora olvidó que el operador jurídico no puede hacer una interpretación aislada de las disposiciones jurídicas; todo lo contrario, está llamado a hacer una interpretación sistemática de las mismas¹¹⁴. El intérprete debe entonces buscar el sentido razonable de la disposición que va a aplicar y para ello está en la obligación de consultar el contexto normativo en el que dicha disposición fue expedida, a fin de hacer una interpretación armónica y coherente que no distorsione el verdadero sentido del precepto jurídico.

¹¹⁴ “La interpretación sistemática es la lectura de la norma que se quiere interpretar, en conjunto con las demás que conforman el ordenamiento en el cual aquella está inserta”. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-649 de 2001, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Así las cosas, si el Decreto 2025 de 2005 fue expedido por el Presidente de la República en virtud de su potestad reglamentaria y en desarrollo de la Ley 1150 de 2007, resulta absolutamente imperioso para el intérprete hacer un enlace entre ambas normativas. En otras palabras, la interpretación del mencionado decreto pasa por un proceso de subsunción amplia que permita determinar su verdadero contenido y alcance.

En este orden de ideas, carece de razón la demandante al afirmar que la disposición acusada viola los principios arriba señalados, pues no se puede olvidar que el párrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, estableció una regla general en virtud de la cual las modalidades de contratación mediante el procedimiento de selección abreviada deberán someterse al principio de publicidad y, concretamente, a la convocatoria pública¹¹⁵.

Por lo tanto, no es posible afirmar que a los contratos de entidades a cargo de ejecución de programas de protección de personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada, protección de Derechos Humanos y población con alto grado de exclusión, no se les aplique la regla general aludida, más aún cuando el párrafo del artículo 52 del Decreto 2474 de 2008 introducido por el artículo 5 del Decreto 2025 de 2009 (que en esta oportunidad no fue demandado), que estableció que los procesos de selección a que se refiere la letra h del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 no se someterían a la convocatoria pública prevista en el artículo 4 del Decreto 2474 de 2008¹¹⁶, fue suspendido por esta Corporación, al advertir de forma manifiesta un exceso en la potestad reglamentaria del ejecutivo nacional¹¹⁷.

El definitiva en virtud de lo establecido en la disposición acusada las entidades contratantes deben enviar invitación a ofrecer a un número mínimo de tres (3) proponentes con el fin de iniciar el proceso de selección abreviada en los casos previstos en la letra h) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, lo que bajo ningún supuesto puede entenderse como una autorización a la entidad contratante a desconocer los principios de libertad de concurrencia, transparencia y publicidad, cuyo contenido se precisó páginas atrás, y mucho menos a desconocer una regla general prevista en la ley reglamentada, esto es, la Ley 1150 de 2007.

¹¹⁵ Ley 1150 de 2007, párrafo segundo: “El procedimiento aplicable para la ejecución de cada una de las causales a que se refiere el numeral 2o del presente artículo, deberá observar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y las siguientes reglas:

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

¹¹⁶ Dicho artículo 4 del Decreto 2474 de 2008, es del siguiente tenor: “Artículo 4°. Convocatoria pública. En los procesos de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos se hará convocatoria pública./ El aviso de convocatoria para la contratación se publicará de conformidad con las reglas señaladas en el artículo 8° del presente decreto, y contendrá la información necesaria para dar a conocer el objeto a contratar, la modalidad de selección que se utilizará, el presupuesto oficial del contrato, así como el lugar físico o electrónico donde puede consultarse el proyecto de pliego de condiciones y los estudios y documentos previos.”

¹¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 25 de noviembre de 2009, Exp.: 37.083, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Por consiguiente, esta Subsección procederá a **declarar la validez** del apartado a) del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009, en los términos que acaban de señalarse, en tanto, la invitación a ofrecer a un mínimo de tres (3) personas naturales o jurídicas es una garantía de participación mínima dentro de los procesos de selección abreviada mencionados a lo largo de esta providencia, que busca evitar la declaratoria de desierto de los mismos y, bajo ningún supuesto, habilita a la Administración a vulnerar los principios de publicidad, transparencia y libre concurrencia, pues ésta está obligada a garantizar la convocatoria pública en los mismos.

En ese orden de ideas, la validez de la norma bajo examen se declara en el entendido de que, en todo caso, deberá existir una convocatoria pública de proponentes tal como lo dispone el parágrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, conforme a la normatividad reglamentaria expedida para el efecto.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de inepta demanda.

SEGUNDO: DECLARAR la validez del apartado a) del artículo 5 del Decreto 2025 del 2009, en los términos de la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala
Consejero Ponente

ENRIQUE GIL BOTERO
Consejero
Ausente

OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ
Consejera