

GOBIERNO NACIONAL - Potestad reglamentaria. Cambios a reglamentación de contratación estatal ha generado inseguridad jurídica / CONTRATACION ESTATAL - Cambios en su regulación generan inseguridad jurídica

El Decreto 2474 de 2008 derogó el Decreto 066 del mismo año, salvo su artículo 83. Posteriormente, el Decreto 734 del 13 de abril de 2012 derogó, en su integridad, los decretos 066 y 2474 de 2008, así como el 127 de 2009. El Decreto 734 de 2012, por su parte, fue derogado por el Decreto 1510 del 17 de julio de 2013. En relación con lo anterior, no puede dejar la Sala de advertir la volatilidad normativa a la que el Ejecutivo ha sometido la actividad contractual del Estado. Sin duda, los propósitos de las reglamentaciones son los más encomiables, pero dejan entrever una débil estructuración de la política pública en materia contractual, lo cual, por contera, incrementa los riesgos de corrupción en una actividad que es particularmente sensible a este corrosivo fenómeno. En menos de 5 años las entidades públicas y los proveedores del Estado han contado con 4 actos reglamentarios que pretenden compilar la mayor parte de aspectos relacionados con la gestión contractual de la administración pública y también han visto cómo tales reglamentaciones han sido modificadas y derogadas, incrementado la inseguridad jurídica en detrimento de los intereses del conglomerado y de la satisfacción de sus necesidades. (...) Análogamente, la rápida mutación de la normatividad ha impedido la decantación de los preceptos en las prácticas administrativas y truncado los estudios de la doctrina que permitan guiar a los operadores jurídicos en la aplicación de las disposiciones. La falta de planeación de la política pública, además, ha generado reglamentaciones que, en algunos casos, han soslayado la sindéresis necesaria para estos efectos, lo cual ha llevado a la expedición de normas que no superan el control de legalidad de la Jurisdicción Contencioso Administración.

FUENTE FORMAL: DECRETO 066 DE 2008 / DECRETO 2474 DE 2008 / DECRETO 127 DE 2009 / DECRETO 734 DE 2012 / DECRETO 1510 DE 2013

NOTA DE RELATORIA: En relación con este tema ver las sentencias de 14 de enero de 1991, exp. S-157 y 7 de marzo de 2007, exp. 11542

ACCION DE SIMPLE NULIDAD - Normas derogadas. Control de legalidad sobre su validez / ACCION DE SIMPLE NULIDAD - Jurisdicción Contencioso Administrativa. Control de legalidad de normas derogadas / ACCION DE SIMPLE NULIDAD - Desaparición de la vida jurídica de normas no impide un pronunciamiento judicial sobre su validez / DEROGACION - Efecto ex nunc, efectos hacia futuro / ANULACION DE NORMAS - Efecto ex tunc

Respecto al pronunciamiento que ahora corresponde a esta Sala, ha de señalarse que la desaparición de la vida jurídica de las normas atacadas, sin embargo, no impide un pronunciamiento judicial sobre su validez, puesto que el mismo no está condicionado a su vigencia, lo cual se ajusta a la finalidad del medio de control previsto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, en tanto que, con el mismo, se pretende garantizar la incolumidad de la legalidad objetiva dentro del ordenamiento jurídico colombiano. (...) En relación con lo anterior, conviene destacar que mientras la derogación de las normas comporta una limitación relativa de la eficacia de la disposición derogada hacia el futuro (ex nunc), en la anulación se afecta la validez de la norma desde su origen (ex tunc). Son pues

dos fenómenos diferentes, de suerte que por la existencia de la derogatoria no resulta garantizada la incolumidad del ordenamiento jurídico, pues persistirían, bajo el manto de legalidad, los efectos torticeramente producidos por la norma viciada de nulidad.

GOBIERNO NACIONAL - Potestad reglamentaria del Presidente de la República / POTESTAD REGLAMENTARIA - En materia de contratación / POTESTAD REGLAMENTARIA - Presidente de la República. Competencia inalienable, intransferible e inagotable

La potestad reglamentaria reconocida al Presidente de la República puede entenderse como una atribución constitucional de carácter permanente, correlato de la función principal que tiene el Ejecutivo de asegurar el cumplimiento del derecho contenido en disposiciones de superior jerarquía, para expedir normas de carácter general, impersonal y abstracto que desarrollen los principios y reglas previstos en aquéllas y encauzarlos hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real, sin que ello pueda comportar la modificación, ampliación o restricción de su contenido o alcance. (...) Por otra parte, la Potestad Reglamentaria se caracteriza por ser ejercida por el Presidente de la República en su calidad de primera autoridad administrativa, por derecho propio de raigambre constitucional, sin que resulte necesario, para cada caso particular, que se precise su reconocimiento por parte del Legislador, de suerte que se ejerce de manera permanente, y no puede ser limitada, *ratione materiae* o *ratione temporis*, salvo reserva constitucional a propósito. Es una competencia inalienable, intransferible e inagotable de carácter meramente instrumental, pues con ella se permite al Ejecutivo desarrollar su función esencial de darle operatividad a las disposiciones legales, por manera que se garantice la cumplida ejecución de las leyes. (...) La potestad reglamentaria se trata, pues, de una actividad cuyo presupuesto básico es un mínimo de materialidad legislativa, a partir del cual el Gobierno puede ejercerla para asegurar la ejecución de dicho contenido, bajo los dictados explícitos e implícitos de la ley, de suerte que la misma se acople a las variantes y complicaciones que comporta la realidad. No se trata, por lo tanto, de una reiteración textual de la ley, pues tal sería un ejercicio inane del Ejecutivo que contrariaría principios superiores del ordenamiento; el ejercicio reglamentario debe estar dirigido a "...dar vida práctica a la ley para ponerla en ejecución, supliendo aquellos detalles que sería exótico consignar en la propia ley (...). El decreto reglamentario debe estar contenido implícitamente dentro de la ley reglamentada."

POTESTAD REGLAMENTARIA - En materia de contratación. Límites: Constitución y Ley

En relación con los límites del Gobierno Nacional respecto de su atribución reglamentaria, esta Corporación goza de una reitera posición que (...) se traduce en que la potestad otorgada al Ejecutivo encuentra su límite en la forma en que el Congreso ejerza su poder de producción normativa, de suerte que a más detalle legislativo menor competencia ejecutiva para reglamentar y, contrario sensu: a menor ejercicio legislativo, mayor amplitud reglamentaria. Se trata de la llana aplicación de una regla de proporcionalidad inversa que permite superar apreciaciones puramente subjetivas que terminen afectado la órbita competencial del órgano legislativo y, consecuentemente, las condiciones de validez que deben ostentar las normas reglamentarias. (...) Así las cosas, es claro que la potestad reglamentaria no es absoluta y tiene por límites la Constitución Política y la ley que en cada caso se reglamente, reconociendo la estructura jerarquizada del ordenamiento jurídico y su nivel de segundo orden dentro de las fuentes del derecho, por manera que con su ejercicio el Gobierno Nacional no puede suprimir,

restringir, alterar, ampliar, adicionar o, en fin, modificar el contenido del orden normativo superior, pues ello comportaría la extralimitación de su marco competencial.

CONTRATACION ESTATAL - Potestad reglamentaria. Gobierno Nacional cuenta con un amplio margen para la reglamentación / GOBIERNO NACIONAL - Potestad reglamentaria en materia de contratación estatal. Cuenta con un amplio margen para la reglamentación

En este sentido y considerando el desarrollo legislativo que a la fecha se ha procurado para la regulación de los asuntos contractuales del Estado, puede advertirse que el Gobierno Nacional cuenta con un amplio margen para la reglamentación, pues las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 han fijado contenidos normativos generales, al punto que, gran parte de las disposiciones se concentran en la configuración de principios que deben guiar la actividad contractual. No sin razón se ha sostenido recurrentemente que Ley 80 de 1993 es una ley de principios más que de reglas detalladas de la actividad contractual de la administración pública. La Ley 1150 de 2007, por su parte, en una gran cantidad de asuntos se limitó a establecer unas condiciones básicas mínimas y defirió expresamente al Gobierno Nacional su reglamentación. (...) Al respecto debe indicarse, por una parte, que la remisión del Legislativo al Gobierno Nacional no resultaba menester, pues, como se dejó anotado la Potestad Reglamentaria se ejerce por derecho propio y por reconocimiento constitucional, de suerte que, aún ante el silencio de la ley, puede ser adelantada. Por otra parte, la amplia facultad reconocida al Gobierno Nacional no implica superar los estrictos límites de su poder reglamentario, por manera que su actividad normativa debe sujetarse a los parámetros constitucionales y legales correspondientes, sin que le sea dable sustituir al legislador creando proposiciones normativas que superen el marco establecido por las leyes correspondientes o que restrinjan impropriamente los dictados legislativos. (...) Al Gobierno Nacional, tampoco le es dable, tal como se indicó al momento de caracterizar la figura (...) transferir su potestad reglamentaria, pues ello supone una renuncia a su facultad constitucional inalienable que invalidaría su comportamiento, de suerte que no podría dejar en manos de las entidades públicas la definición de aspectos relativos a su gestión contractual, cuya reglamentación le corresponde de acuerdo con la Constitución y la Ley.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007

NOTA DE RELATORIA: Al respecto ver los fallos: 25 de abril de 1970, exp. 1087; 24 de mayo de 1973, exp. 2226; sentencia del 5 de diciembre de 2005, exp. 14759

POTESTAD REGLAMENTARIA - Contratación estatal. Evaluación de las propuestas / CONTRATACION ESTATAL - Evaluación de las propuestas. Reglamentación, potestad reglamentaria

En materia de regulación contractual, resulta también oportuno considerar lo dispuesto por el artículo 273 superior, (...) De conformidad con la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, “[l]a Constitución Política reservó a la ley la potestad de establecer los casos en los que se debe utilizar el mecanismo de las audiencias públicas y la forma en que se efectuará la evaluación de las propuestas”. (...) Así las cosas, la Corporación ha entendido que “(...) la mencionada disposición constitucional no introdujo distinción alguna en cuanto a la remisión del legislador para que regulara la manera en que debe efectuarse la evaluación de las propuestas, razón por la cual

no resulta acertado el argumento de los recurrentes tendiente a limitar el alcance y los efectos de esta norma sólo para aquellos eventos en los cuales se pretenda evaluar las propuestas en una audiencia pública”. (...) Debe reiterarse, además, en esta oportunidad, que como lo ha manifestado esta Corporación, la interpretación de la Corte Constitucional sobre el artículo 273 de la Constitución Política, referida en las sentencias C-400 de 1999 y C-380 de 2008, según la cual dicha disposición defiere al legislador la regulación de la forma en que debe efectuarse la evaluación de las propuestas, únicamente, en los casos en que se aplique el mecanismo de la audiencia pública para la adjudicación del contrato, no resultan vinculantes, pues constituyen, dentro de tales pronunciamientos, un obiter dicta que no comprometen las definiciones con carácter vinculante adoptadas. (...) En conclusión, para la Sala el artículo 273 constitucional asigna expresamente al Legislador la función de regular la forma en que deben evaluarse las propuestas en todos los eventos en los cuales las entidades inicien un proceso de selección, sin que pueda limitarse, únicamente, a aquellos casos en los cuales se aplique el mecanismo de audiencia pública.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 273

NOTA DE RELATORIA: En relación con este tema ver las providencias 24 de marzo de 2011, exp. 36601, 13 de mayo de 2004, exp. 24524

ACCION DE SIMPLE NULIDAD - Contratación estatal. Decreto 066 de 2008 artículo 54 inciso 4 / SENTENCIA DE NULIDAD - Contratación directa. Contrato de obra

Para el actor el inciso 4º del artículo 54 del Decreto 066 de 2008, que permite la contratación, dentro de un mismo proceso, de los diseños de una obra y su construcción, resulta violatorio del ordinal 12º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, toda vez que los mencionados diseños deberían ser elaborados con la debida antelación a la apertura del proceso de contratación que tenga por objeto la construcción de la obra. (...) Sobre este particular, advierte la Sala que el Decreto 2474 de 2008 (derogatorio del Decreto 066 del mismo año), replicó sustancialmente la norma demandada en su artículo 54 y frente a la misma se presentó idéntico ataque que fue resuelto en providencia del 14 de abril de 2010. (...) “e. En ejercicio de la autonomía de la voluntad, nada impide en el ordenamiento jurídico que, como lo señaló el Ministerio Público, se puedan celebrar contratos cuyo objeto sea el diseño para posteriormente contratar una obra, o que para la realización de ésta se deba contar con un diseño propio. En el segundo evento, de hecho, la entidad puede considerar que así se generan menores costos y que ésta es la mejor manera de viabilizar el principio de economía. (...) La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido repetidamente que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable, antes de asumir compromisos específicos en relación con los términos de lo que podrá llegar a ser un contrato y por supuesto mucho antes de su adjudicación y consiguiente celebración, la elaboración previa de estudios y análisis serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los

diseños, planos y análisis técnicos; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de los contratos, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras y servicios que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores y constructores profesionales que estén en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar'. (...) La Sala, en consecuencia, negará la pretensión anulatoria que, por este aspecto, formuló el actor.

FUENTE FORMAL: DECRETO 066 DE 2008 - ARTICULO 54 INCISO 4 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25 ORDINAL 12 / DECRETO 2474 DE 2008

NOTA DE RELATORIA: Al respecto ver decisión del 14 de abril de 2010, exp. 36054B

ACCION DE SIMPLE NULIDAD - Contratación estatal. Decreto 066 de 2008 artículo 54 parágrafo 2 / SENTENCIA DE NULIDAD - Contratación directa. Contratos de consultoría / SENTENCIA DE NULIDAD - Efecto erga omnes absoluto / SENTENCIA DE NULIDAD - Efecto erga omnes relativo

El actor también consideró ilegal la primera parte del parágrafo 2º del artículo 54, de acuerdo con la cual cuando los contratos interadministrativos sean de consultoría, los mismos deberán someterse a las reglas previstas para el concurso de méritos. (...) En relación con lo anterior, encuentra la Sala que mediante sentencia del 11 de noviembre de 2009, esta Corporación se pronunció frente a una demanda de nulidad interpuesta contra la misma disposición, motivo por el cual resulta menester precisar los efectos de tal decisión respecto del presente trámite. (...) debe indicarse, preliminarmente, que la cosa juzgada en materia contencioso administrativo comporta una regulación específica y diferencial atendiendo al tipo de acción que le dio origen a la sentencia (artículo 175 del Código Contencioso Administrativo) y opera cuando se ha adoptado, en proceso anterior, una decisión de fondo, debidamente ejecutoriada, sobre una causa petendi específica, en salvaguarda de la seguridad jurídica. (...) Para el caso de las sentencias proferidas en desarrollo de la acción de nulidad, sus efectos de cosa juzgada serán erga omnes absolutos cuando quiera que se declare la nulidad de un acto administrativo. En el evento en que la sentencia no acoja las súplicas de la demanda, es decir, no encuentre fundados los cargos de invalidez de las disposiciones atacadas y niegue la nulidad impetrada, la sentencia tendrá efectos erga omnes relativos, pues sólo se predicarán de la causa petendi juzgada, lo cual se acompasa con el principio dispositivo de la justicia contencioso administrativo, en tanto que no se realiza un control integral de legalidad, pues los análisis se concentran en las normas violadas y el concepto de la violación contenidos en el escrito generatriz de la controversia judicial, tal como lo previene el número 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo. (...) En punto de los efectos erga omnes relativos a los que se hizo referencia precedentemente, esta Corporación señaló que de acuerdo con el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo "(...) si la decisión jurisdiccional es negativa, es decir si el acto demandado continúa vigente, la cosa juzgada se predica, únicamente de las

causales de nulidad alegadas y del contenido del petitum que no prosperó. En consecuencia la norma puede ser demandada por otra causa y puede prosperar la pretensión, lo que quiere decir, que en tales aspectos la sentencia es inmutable, y por tanto, debe estarse a lo resuelto en la misma". (...) Ahora bien, descendiendo al caso en concreto, se advierte que mediante la providencia del 11 de noviembre de 2009 antes referida fue declarada la nulidad del parágrafo 2º del artículo 54 Decreto 066 de 2008, lo cual evidencia la existencia de unidad de objeto con el presente trámite, de suerte que la nulidad declarada respecto de la disposición aludida tiene carácter vinculante e incidencia directa y determinante en la presente providencia, por lo cual la Sala reconoce la existencia de cosa juzgada absoluta en relación con la norma referida, lo cual se reflejará en la parte resolutive de esta sentencia.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 137 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 175

NOTA DE RELATORIA: Frente a este tema ver el fallo de 11 de noviembre de 2009, exp. 35177

ACCION DE SIMPLE NULIDAD - Contratación estatal. Decreto 066 de 2008 artículo 66 ordinal 3 / SENTENCIA DE NULIDAD - Evaluación de propuestas. Condiciones de experiencia

En relación con el ordinal 3º, tal como se señaló precedentemente (cfr. supra, numeral 1.2.2.3) el demandante cifra su cuestionamiento de legalidad bajo dos supuestos de violación de normativa. Según el primero, la mentada disposición es contraria al artículo 273 de la Constitución Política, pues mientras ésta permite, únicamente, la evaluación de propuestas, aquella habilita la evaluación de los proponentes. De acuerdo con el segundo supuesto, el demandante considera que se transgrede el artículo 14 del Decreto 092 de 1998. (...) Frente al último de los argumentos enunciados, la Sala no puede menos que rechazarlo, al tiempo que subraya el grave desconocimiento que del medio de control utilizado evidencia el apoderado del demandante. (...) En efecto, el Decreto 092 de 1998 "por el cual se reglamenta la clasificación y calificación en el registro único de proponentes y se dictan otras disposiciones", es expedido, tal como se señala en su texto de manera explícita, en ejercicio de la potestad reglamentaria reconocida al Presidencia de la República en el ordinal 11º del artículo 189 de la Constitución Política, para reglamentar, no huelga reiterar, la clasificación y calificación en el registro único de proponentes. Esta simple circunstancia resulta suficiente para desechar, por impertinente, el cargo. (...) Además de lo indicado en su oportunidad sobre la potestad reglamentaria (cfr. supra numeral 1.3.), baste agregar la vigencia y prevalencia, dentro de la estructura de nuestro ordenamiento jurídico, del principio de la jerarquía normativa que no sólo se traduce en un ejercicio de verticalizar la importancia de las proposiciones normativas dentro del sistema dado su contenido, finalidad y efectos, sino que comporta una condición esencial en punto de la producción de tales proposiciones y, específicamente, de su validez en términos de capacidad para generar los efectos queridos o deseados por el órgano productor. (...) En nuestro ordenamiento, sin embargo, el principio aludido no se encuentra establecido de manera expresa en disposición alguna, pero puede ser deducido de un cúmulo de ellas de manera llana y evidente (...) De todo lo anterior concluye la Sala que no resultaba ajeno a la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional y, de hecho, sugerida expresamente por la Ley, la indicación de las condiciones en las que se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo en tratándose de la realización de concursos de méritos. En este punto entendió el Legislador, como lo

hace esta Sala, que la disposición constitucional cuya vulneración alega el demandante no limita la posibilidad de valorar, en sede de los procesos de contratación del Estado, las condiciones de experiencia del oferente y del personal que se propone para la ejecución del contrato, en tanto tal evaluación resulte relevante para el cumplimiento del objeto a contratar o, en cualquier caso, resulten permitentes conforme los juicios de razonabilidad y conveniencia que agoten tanto el Legislador como el Gobierno Nacional, cada uno dentro de su espectro competencial, al momento de definir las vías para garantizar el cumplimiento de los altos fines del Estado mediante la gestión contractual pública. (...) En consecuencia de lo indicado esta Sala considera infundado el cargo formulado contra el ordinal 3º del artículo 66 del Decreto 066 de 2008.

FUENTE FORMAL: DECRETO 066 DE 2008 - ARTICULO 66 ORDINAL 3 / DECRETO 092 DE 1998 - ARTICULO 14

ACCION DE SIMPLE NULIDAD - Contratación estatal. Decreto 066 de 2008 artículo 66 ordinal 4 / SENTENCIA DE NULIDAD - Contrato de consultoría. Actividades profesionales

Señaló el actor que el ordinal 4º del artículo 66 del Decreto 066 de 2008 incurre en violación de la Ley pues establece que se consideran servicios de consultoría de origen nacional las propuestas en las que al menos un cincuenta por ciento (50%) del personal principal de la oferta sea de nacionalidad colombiana, lo cual contradice el artículo 22 de la Ley 842 de 2003 (cfr. supra, numeral 1.2.2.3). (...) Sobre el particular, advierte que la Sala que con lo regulado por el artículo demandado pretendió el Ejecutivo reglamentar lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 80 de 1993, (...) De la norma cuya transcripción antecede se deriva la intención clara del legislador de privilegiar, bajo condiciones reguladas, las ofertas de origen nacional dentro de los procesos contractuales de la administración pública, con evidentes propósitos de fortalecimiento de la industria nacional y con la necesidad subsecuente, declarada explícitamente en la norma, de una definición puntual por el Gobierno Nacional de qué debe entenderse por bienes y servicios nacionales, en ejercicio de su potestad reglamentaria y con miras a la cumplida ejecución de la Ley. (...) Por otra parte, con La Ley 842 de 2003, “por la cual se modifica la reglamentación del ejercicio de la ingeniería, de sus profesiones afines y de sus profesiones auxiliares, se adopta el Código de Ética Profesional y se dictan otras disposiciones”, (...) Con la mencionada Ley, en concreto, se buscó, de manera específica, la regulación estatal del ejercicio de la ingeniería y de sus profesiones afines y auxiliares dada la trascendencia e impacto de las mismas en la sociedad. Sin duda, con el cuerpo normativo aludido no sólo se controla su ejercicio sino que se procura por su fortalecimiento y protección, reflejo de lo cual es la norma cuya infracción sugiere el libelista y que por su virtud se limita la participación de profesionales extranjeros a un máximo de 20% del total de personal incorporado para la realización de construcciones, consultorías, estudios, proyectos, cálculos, diseños, instalaciones, montajes, interventorías, asesorías y demás trabajos relacionados con el ejercicio de las profesiones a las que se refiere la mencionada ley, sin perjuicio de que tal porcentaje pueda incrementarse previa autorización del Ministerio de Trabajo. (...) Ahora bien, no puede desconocer la Sala que ambas normas, esto es, el artículo 21 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 22 de la Ley 842 de 2003 tienen por propósito proteger la industria nacional, pero también es evidente que tal finalidad se encuentra en espectros disímiles del ordenamiento jurídico, pues mientras la primera refiere a evaluación de propuestas en desarrollo de procesos de selección adelantados por la administración pública, la segunda refiere a la vinculación de ingenieros y profesionales afines proyectos relacionados con tales disciplinas. (...) De lo

anterior se desprende, entonces, que bajo un criterio de conveniencia, que escapa al análisis de esta Corporación, el Gobierno Nacional consideró que ante el ofrecimiento de mínimo el 50% del personal principal colombiano dentro de una propuesta de consultoría ella debía considerarse de origen nacional, sin que por ello pueda afirmarse la violación de la norma aludida por el accionante pues, como se indicó, esta última tiene un campo de regulación diferente al de aquella. Por lo demás, si el objeto del contrato de consultoría de que se trate contempla actividades relacionadas con las profesiones reguladas en la Ley 842 de 2003, al margen del proceso de evaluación, el proponente y futuro contratista cargará con la obligación de dar estricto cumplimiento a lo señalado en su artículo 22, de suerte que el personal que ocupe en ellas deberá considerar los porcentajes fijados en el ley. En consecuencia, la Sala desestimaré el cargo formulado.

FUENTE FORMAL: DECRETO 066 DE 2008 - ARTICULO 66 ORDINAL 4 / LEY 842 DE 2003 - ARTICULO 21 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 22 / LEY 842 DE 2003

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00040-00(35362)

Actor: CONSEJO PROFESIONAL DE INGENIERIA DE TRANSPORTES Y VIAS DE COLOMBIA

Demandado: NACION - MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA Y OTROS

Referencia: ACCION DE SIMPLE NULIDAD

Decide la Sala, en única instancia, la demanda instaurada por el Consejo Profesional de Ingeniería de Transportes y Vías de Colombia, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A. en la que impugna varias disposiciones del Decreto 066 del 16 de enero de 2008.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda

El 28 de abril de 2008, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el Consejo Profesional de Ingeniería de Transportes y Vías de Colombia, presentó demanda en contra del Ministerio del Interior y de Justicia, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Transporte y el Departamento Nacional de Planeación, para que se declare la nulidad de algunas de las disposiciones contenidas en el Decreto 066 de 2008¹.

2. Disposiciones acusadas y concepto de la violación

El actor solicitó declarar la nulidad parcial de los artículos 54 y 66 del Decreto 066 de 2008 *“por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva, y se dictan otras disposiciones”*².

2.1. Inciso 4º y párrafo 2º del artículo 54

2.1.1. Transcripción de la disposición

A continuación se transcribe la disposición parcialmente demandada; los apartes destacados corresponden a aquellos en los que se concentran las glosas de ilegalidad formulados por parte del libelista.

“Artículo 54. Aplicabilidad del Concurso de Méritos. Para la selección de consultores o proyectos a que se refiere el numeral 3º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 las entidades estatales utilizarán sistemas de precalificación, salvo que se trate de selección de proyectos de arquitectura, en cuyo caso utilizarán sistemas de concurso abierto por medio de jurados.

“Son objeto de selección mediante concurso de meritos (sic) con precalificación los servicios de consultoría a que se refiere el numeral 2º del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

“En ningún caso el precio de la propuesta constituirá factor de escogencia en la selección.

“Si el objeto contractual a adquirir es de tipo complejo, de manera que involucre además de servicios de consultoría, otras prestaciones, como por ejemplo en el caso de ejecución de proyectos que incluyen diseño y

¹ Folios 1 a 10 del cuaderno principal.

² Publicado en el Diario Oficial 46.873 del 16 de enero de 2008.

construcción de la obra, la selección deberá adelantarse mediante licitación pública o selección abreviada, según corresponda, de conformidad con lo señalado en la ley.

“Parágrafo 1. Por labores de asesoría, y de asesoría técnica de coordinación, control y supervisión a que se refiere el numeral 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 entiéndase las llevadas a cabo con ocasión de la construcción, el mantenimiento y la administración de construcciones de edificios y viviendas de toda índole, de puentes, presas, muelles, canales, puertos, carreteras, vías urbanas y rurales, aeropuertos, ferrocarriles, teleféricos, acueductos, alcantarillados, riesgos, drenajes y pavimentos; oleoductos, gasoductos, poliductos, líneas de conducción y transporte de hidrocarburos; líneas de transmisión eléctrica, y en general todas aquellas actividades relacionadas la ingeniería a que se refiere el artículo 2 de la Ley 842 de 2003.

“Parágrafo 2. Cuando el objeto de los contratos a que se refiere el literal c. del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 sea de consultoría, los mismos deberán someterse a las reglas previstas en el presente capítulo. La disposición contenida en el presente parágrafo, no se aplicará a los contratos interadministrativos celebrados por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE”.

2.1.2. Normas violadas

Para el accionante, conforme con los argumentos que se expondrán a continuación, los apartes antes destacados del artículo 54 del Decreto 066 de 2008 violan el ordinal 12° del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y la letra c), ordinal 4°, del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007.

2.1.3. Concepto de la violación

En concepto del libelista, el inciso 4° del artículo 54 del Decreto 066 de 2008 vulnera el ordinal 12° del artículo 25 de la Ley 80 de 1993³, pues excede lo en ella dispuesto al autorizar *“...que se celebren contratos de construcción en los que se incluyan los diseños, aún cuando repítese (sic), la Ley estableció que los diseños deberían ser elaborados con la debida antelación y no dentro del mismo proceso contractual que tengan por objeto la construcción de la obras”.*

Advirtió, también, que el aparte demandado del parágrafo 2° del artículo 54 trasgrede lo dispuesto en la letra c), ordinal 4°, del artículo 2° de la Ley 1150 de

³ Ley 80 de 1993, artículo 25. *“Del principio de economía. En virtud de este principio:*

“(...

“12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia”.

2007⁴, pues el legislador no restringió la celebración de contratos de consultoría a través de contratos interadministrativos.

2.2. Ordinales 3º y 4º del artículo 66

A continuación se transcribe la disposición parcialmente demandada; los apartes destacados corresponden a aquellos en los que se concentran las glosas de ilegalidad formulados por parte del libelista.

2.2.1. Transcripción de la disposición

“Artículo 66. Criterios de evaluación de las propuestas técnicas. Para la evaluación de la propuesta técnica la entidad tendrá en cuenta los criterios de evaluación previamente señalados en los pliegos de condiciones, de acuerdo con las siguientes reglas:

“1. Experiencia específica del proponente en relación directa con los servicios previstos en los requerimientos técnicos, y proporcional al alcance y tipo de los mismos, cuya exigencia se valorará cualitativamente en relación con la realización de proyectos de naturaleza e impacto similares. La entidad podrá asignarle una ponderación entre el veinte (20%) y hasta el cuarenta por ciento (40%) del total de la puntuación de la propuesta técnica.

“2. Propuesta metodológica y plan y cargas de trabajo que deberá reflejar la idoneidad y calidad de la propuesta, la cual se evaluará teniendo en cuenta los

⁴ 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:*

“(...

“4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

“(...

“c. Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículo.

“En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de Instituciones de Educación Superior Públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política.

“En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

“Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales (...).”

siguientes subcriterios:

“a. *Aproximación técnica y metodología propuesta: calificará el entendimiento que el proponente tiene del problema planteado en los pliegos de condiciones y la pertinencia de la metodología sugerida, de manera que permita alcanzar los objetivos señalados en los requerimientos técnicos.*

“b. *Plan de trabajo: calificará una detallada, correcta y pertinente organización de actividades en relación al tiempo necesario para alcanzar los objetivos planteados en los pliegos de condiciones así como la coherencia del plan respecto de la aproximación técnica y la metodología propuesta.*

“c. *Organización, coordinación y distribución de cargas de trabajo: calificará la distribución y asignación de funciones y responsabilidades propuesta, en búsqueda de optimización de los recursos humanos, eficiencia y economía en la realización de la tarea planteada en los pliegos de condiciones.*

“La entidad podrá asignarle a este criterio una ponderación entre el diez (10%) y hasta el treinta por ciento (40%) (sic) del total de la puntuación de la propuesta técnica.

“3. Calificaciones de los profesionales y expertos integrantes del equipo de trabajo. Los requerimientos técnicos indicarán la lista del personal principal de expertos que será objeto de evaluación. Las calificaciones y competencia de este personal clave se valorará teniendo en cuenta:

“a. Calificaciones profesionales: corresponderán a niveles de formación académica y especialización.

“b. Experiencia específica en trabajos semejantes.

“La entidad podrá asignar una ponderación de entre el cuarenta (40%) hasta el sesenta por ciento (60%) del total de la puntuación de la propuesta técnica al equipo de trabajo. La asignación de los puntajes a los miembros principales de este equipo deberá reflejar las responsabilidades asignadas a cada uno de ellos, según la información consignada en las hojas de vida y sus soportes.

“4. Participación del proveedor nacional. Para este efecto se consideran servicios de consultoría de origen nacional aquellas (sic) que ofrezcan al menos un cincuenta por ciento (50%) del personal principal de la propuesta, requerido en los pliegos de condiciones, de nacionalidad colombiana.

“Parágrafo. Para la evaluación de Propuestas Técnicas Simplificadas (PTS) el comité no tendrá en cuenta el criterio de evaluación a que se refiere el literal a del numeral 2 del presente artículo. Para la evaluación de los criterios b y c del numeral 2 se asignará un porcentaje de hasta el veinte por ciento (20%) a cada uno”.

2.2.2. Normas violadas

El actor estimó que los apartes destacados de la disposición transcrita infringen los artículos 273 de la Constitución Política, 14, ordinal 4º, del Decreto 92 de 1998 y 22 de la Ley 842 de 2003.

2.2.3. Concepto de la violación

La violación del artículo 273 superior⁵ es sustentada por el libelista en los siguientes términos:

“El precepto constitucional es claro al manifestar que la evaluación será de la propuesta más no de los proponentes, y el Decreto demandado en acción de nulidad establece en el numeral 3 del artículo 66 la calificación de los profesionales con lo que a su vez revive una disposición contraria al Decreto 092 de 1998, la cual no fue derogada expresamente, como se expondrá en el acápite correspondiente a ese cargo”.

Consideró, además, que la norma demandada vulneró el ordinal 4º del artículo 14 del Decreto 092 de 1998⁶ pues, sin que fuese derogada expresamente la norma reglamentaria señalada, revive una práctica contraria al Decreto 092 que prohibía evaluar la capacidad técnica relacionada con el personal al servicio del consultor. Adicionalmente, señaló el actor, lo dispuesto en la norma demandada implica una doble evaluación del personal al servicio del consultor, pues inicialmente ello fue realizado para acceder al Registro Único de Proponentes.

Finalmente, el libelista indicó que el ordinal 4º del artículo 66 demandado, infringió lo establecido en el artículo 22 de la Ley 842 de 2003⁷, en tanto la

⁵ Constitución Política, artículo 273. “A solicitud de cualquiera de los proponentes, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública.

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

⁶ Decreto 92 de 1998, artículo 14. “*Procedimiento para la calificación de constructores. Los constructores se autocalificarán mediante la evaluación de los factores de Experiencia (E) Capacidad financiera (Cf) Capacidad técnica (Ct) y Capacidad de organización (Co) con base en los cuales se establecerá el monto máximo de Contratación (K) para un año en términos de S.M.M.L.V.*

“(…)

“4. La Capacidad técnica (Ct) se determinará teniendo en cuenta a los socios, personal profesional universitario, personal administrativo, tecnólogo y operativo, vinculado mediante una relación contractual en la cual desarrollen actividades referentes estrictamente con la construcción, los cuales se contarán y promediarán con base en los dos mejores años de los últimos cinco años.

“Para efectos de asignar puntaje a la Capacidad Técnica, las Entidades Estatales se abstendrán de exigir trámites adicionales a los previstos en la Ley 80 de 1993 y en sus decretos reglamentarios.

“Los proponentes que se clasifiquen en más de una actividad, determinarán el personal que utilizan en cada actividad para asignarse puntaje. El único personal que se podrá tener en cuenta para varias actividades será exclusivamente el administrativo”.

⁷ Ley 842 de 2003, artículo 22. “En las construcciones, consultorías, estudios, proyectos, cálculos, diseños, instalaciones, montajes, interventorías, asesorías y demás trabajos relacionados con el ejercicio de las

norma reglamentaria excede el porcentaje de participación de profesionales extranjeros previsto en el 20% y, en consecuencia, permite que sean consideradas como nacionales empresas extranjeras por “...*el mero hecho de vincular el 50% de profesionales colombianos*”.

3. Solicitud de suspensión provisional

En escrito separado de la demanda⁸, el actor solicitó, expresamente, la suspensión provisional de los efectos de la totalidad de las normas acusadas, pues consideró que las mismas infringen en forma manifiesta las disposiciones superiores invocadas, lo cual se aprecia, en su sentir, con la sola comparación de las mismas.

4. Trámite de instancia

4.1. Admisión de la demanda y decisión sobre la suspensión provisional de los actos demandados

Mediante auto del 3 de septiembre de 2008⁹ la demanda fue admitida y se decidió negar la medida cautelar de suspensión provisional, por improcedente, toda vez que el Decreto 2474 de 2008 derogó integralmente las disposiciones contenidas en el Decreto 066 del mismo año, salvo su artículo 83.

4.2. Contestación de la demanda

En la oportunidad procesal correspondiente, mediante escritos del 27 de mayo de 2009 el Departamento Nacional de Planeación¹⁰, 1º de junio de 2009 el Ministerio de Transporte¹¹ y 3 de junio de 2009 el Ministerio del Interior y de Justicia y del

profesiones a las que se refiere la presente ley, la participación de los profesionales extranjeros no podrá ser superior a un veinte por ciento (20%) de su personal de ingenieros o profesionales auxiliares o afines colombianos, sin perjuicio de la aplicación de las normas laborales vigentes.

“Parágrafo. Cuando previa autorización del Ministerio de Trabajo y tratándose de personal estrictamente técnico o científico indispensable, fuere necesaria una mayor participación de profesionales extranjeros que la establecida anteriormente, el patrono o la firma o entidad que requiera tal labor, dispondrá de un (1) año contado a partir de la fecha de la iniciación de labores, para suministrar adecuada capacitación a los profesionales nacionales, con el fin de reemplazar a los extranjeros, hasta completar el mínimo de ochenta por ciento (80%) de nacionales”.

⁸ Folios 11 a 14 *loc. cit.*

⁹ Folios 21 y 22 *loc. cit.*

¹⁰ Folios 63 a 78 *loc. cit.*

¹¹ Folios 83 a 90 *loc. cit.*

Interior¹² contestaron la demanda formulada, oponiéndose a las pretensiones de nulidad incoadas. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público guardó silencio.

4.2.1. Departamento Nacional de Planeación

En su escrito de contestación a la demanda, el Departamento Nacional de Planeación se opuso a las pretensiones anulatorias del actor y, para el efecto, formuló las excepciones que pasa la Sala a sintetizar:

- Ineptitud de la demanda: Afirmó el demandado que el actor incumplió la obligación expresa contenida en el ordinal 4º del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, pues la demanda carece de cargos concretos de ilegalidad. Según el demandado “...*la apoderada de la parte demandante se conforma con señalar y transcribir la norma supuestamente vulnerada y a enunciar la acusación. Sin embargo, el raciocinio no es completo, por cuanto no se concreta el cargo*”.

- Interpretación errada del artículo 273 de la Constitución Política e ignora la existencia del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007: Para el demandado la interpretación que realiza el actor de la norma citada no se acompasa con su contenido. En efecto, mientras advierte que según el demandante el artículo 273 superior resulta aplicable para la evaluación de propuestas en todos los procesos de contratación pública, en su concepto, para lo cual deja en cita la providencia C-308 de 2008 de la Corte Constitucional, la disposición constitucional comporta una reserva legal, exclusivamente, para definir la forma de evaluar propuestas cuando la adjudicación de la licitación correspondiente se realice en audiencia pública, lo cual le permite concluir que “...*nada tiene que ver lo señalado por el artículo 273 de la Constitución con el contenido del numeral 3 del artículo 66 del decreto 066*”.

- No existe prohibición legal que le impida a una entidad estatal contratar el diseño y la construcción en un mismo proceso: De acuerdo con el demandado, el ordinal 12º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 cuya infracción afirma el actor, sujeta la obligación previa a la apertura de los procesos de contratación de contar con estudios, diseños y proyectos, a que los mismos sean “*requeridos*”, lo cual resulta concordante con lo dispuesto en el número 1 del artículo 30 *ejusdem*, conforme con el cual:

¹² Folios 112 a 129 *loc. cit.*

“1. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado.

*“De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta Ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. **Cuando sea necesario**, el estudio deberá estar acompañado, además de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad”.*

Para el demandado, la norma transcrita previó que no resultaba necesario, en todos los casos, la elaboración de diseños, por cuanto la exigencia de los mismos depende del objeto a contratar. Agregó, además, que la derogatoria de inciso 2º del ordinal 12º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993¹³ obedeció a que tal disposición era innecesaria, por manera que *“...ni antes ni después de la Ley 1150 de 2007 tal norma afectaba la posibilidad de que las entidades contraten los diseños de una obra pública de manera independiente o concomitante con la misma obra. Concluir lo contrario llevaría a un absurdo: “¡la imposibilidad de contratar diseños independientemente, porque siempre se requeriría previamente de otros diseño!”.*

Señaló el accionado que de acuerdo con los dictados de la Ley 80 de 1993, es de la esencia del proceso contractual contar con los estudios y justificación previa, pero su alcance depende del objeto principal a contratar, lo cual determinará la necesidad o no de contar con un diseño.

Finalmente, indicó que al no existir una prohibición expresa en la legislación, prima el principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el estatuto contractual, por lo cual la administración pública, dependiendo de la necesidad a satisfacer, podrá establecer el alcance de la contratación y, en tal virtud, definir si en un mismo proceso contrata el diseño de una obra y su construcción.

- No existe violación del literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2006: La norma que se estima violada, al establecer la posibilidad de efectuar una contratación directa acudiendo a la figura del contrato interadministrativo, no excluyó expresamente la posibilidad de que se hiciese un concurso entre aquellas

¹³ El inciso mencionado fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y establecía: *“La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseño de los proponentes”.*

entidades estatales que estuviesen en igualdad de condiciones para celebrarlo. La norma, en concepto del accionado, sí excluyó la posibilidad de la licitación o de la selección abreviada, con lo que debe entenderse que al no mencionar el concurso de méritos, él se encuentra habilitado.

- El juicio de legalidad no puede efectuarse en frente de otra norma reglamentaria: En relación con el cargo formulado en contra del ordinal 3º del artículo 66, conforme con el cual se vulneró el ordinal 4º del artículo 14 del Decreto 092 de 1998, en tanto se revive una práctica contraria al Decreto 092 que prohibía evaluar la capacidad técnica relacionada con el personal al servicio del consultor, el accionado advierte que “[r]esulta muy complejo construir un argumento de defensa frente a un cargo inexistente, que adicionalmente no tienen lógica jurídica alguna. En ese sentido se reitera la solicitud al H. Consejo de Estado de proferir fallo inhibitorio...”.

- Las normas que se pretende comparar tienen ámbitos diferentes de aplicación: En relación con la violación del artículo 22 de la Ley 842 de 2003, advierte el demandado que la misma hace referencia exclusiva a la ingeniería y profesiones afines, en tanto que la disposición demandada establece una regla común para todo tipo de consultorías, “...lo que hace que deba tenerse en cuenta que los preceptos que se pretende comparar tienen ámbitos de aplicación diferentes...”. Lo que se buscó con la norma demandada, afirmó, era determinar la aplicación o no de los puntajes establecidos para el efecto en la Ley 816 de 2003 y en nada interfería con la aplicación de la norma de orden público contra la que se le pretende comparar.

4.2.2. Ministerios del Interior y de Justicia, y de Transporte

En el escrito de contestación a la demanda formulada, las entidades ministeriales indicadas se limitaron a reiterar, integralmente, los argumentos de defensa expuesto por el Departamento Nacional de Planeación.

4.3. Apertura a pruebas

Mediante auto del 18 de agosto de 2009 se abrió el proceso a pruebas y en la misma providencia se indicó que la presentación del escrito de contestación de la

demanda del Ministerio de Transporte se efectuó luego de la fijación en lista de la demanda presentada¹⁴.

No obstante lo anterior, advierte la Sala que, tal como consta en el expediente procesal, el término de fijación en lista corrió desde el 20 de mayo y hasta el 3 de junio de 2009, y que el escrito de contestación del Ministerio de Transporte fue presentado el 1º de junio de la misma anualidad. Por tal motivo, se considerará presentado en término.

Por lo demás, observa la Sala que el yerro mencionado no vulneró el derecho de contradicción del Ministerio de Transporte pues, entre otros aspectos, como se señaló en inmediata precedencia (*cfr. supra* numeral I.4.2.2.), los argumentos presentados fueron reiteración de aquellos otros que hicieron parte de la contestación a la demandada del Departamento Nacional de Planeación.

4.4. Alegatos de conclusión y vista fiscal

Por auto del 15 de septiembre de 2009 se ordenó correr traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto de fondo¹⁵. De este término procesal hicieron uso los Ministerios de Transporte¹⁶, Hacienda y Crédito Público¹⁷, e Interior y de Justicia¹⁸, y el Departamento Nacional de Planeación¹⁹ para reiterar sus pronunciamientos en torno de la legalidad de las normas demandadas. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público reiteró los argumentos presentados por las otras entidades demandadas.

El Ministerio Público solicitó traslado especial el 6 de octubre de 2009²⁰ y rindió su concepto el 27 de octubre de la misma anualidad²¹, en el que concluyó en la ilegalidad del parágrafo 2º del artículo 54 y del ordinal 4º del artículo 66 del Decreto 066 de 2008. Los demás cargos los consideró infundados.

II. CONSIDERACIONES

¹⁴ Folio 135 del cuaderno principal.

¹⁵ Folio 137 *loc. cit.*

¹⁶ Folios 139 a 142 *loc. cit.*

¹⁷ Folios 149 a 154 *loc. cit.*

¹⁸ Folios 157 a 170 *loc. cit.*

¹⁹ Folios 143 a 148 *loc. cit.*

²⁰ Folio 138 *loc. cit.*

²¹ Folios 174 a 181 *loc. cit.*

En primer lugar, la Sala establecerá su competencia para conocer del asunto sometido en esta oportunidad a su consideración **(1)**, posteriormente, hará referencia a la derogatoria de las normas demandadas **(2)**, estudiará el fenómeno de la potestad reglamentaria atribuido al Presidente de la República **(3)** y, finalmente, pasará a estudiar los cargos formulados por el actor **(4)**.

1. Competencia

Se afirmará la competencia de esta Corporación para conocer de la demanda impetrada contra el Decreto 066 de 2008, para lo cual se reiteran los pronunciamientos que en relación con el mismo ha efectuado esta Sala.

En efecto, tal como lo tiene sentado la Corporación²², las disposiciones atacadas son de naturaleza puramente reglamentaria, de carácter general y administrativo, y expedidas por el Presidente de la República en desarrollo de lo dispuesto en el número 11 del artículo 189 de la Constitución Política. Por tal motivo, de conformidad con lo dispuesto en el número 1 del artículo 237 de la Constitución Política, y los artículos 84 y 128 del Código Contencioso Administrativo, corresponde al Consejo de Estado conocer, en única instancia, de las demandas de nulidad que contra tales disposiciones se interpongan.

Debe indicarse, por otra parte, que teniendo en cuenta que algunos de los cargos formulados por el actor se soportan en la contrariedad de las disposiciones reglamentarias respecto de preceptos constitucionales, resulta menester precisar si el análisis de los mismos, encaminados a demostrar la nulidad por inconstitucionalidad de actos expedidos por el Gobierno Nacional, pueden ser conocidos y decididos por esta Sala o deben agotar tal trámite ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

El marco normativo que permite definir el asunto planteado se encuentra guiado por lo previsto en el número 2 del artículo 237 de la Constitución Política, conforme con el cual corresponde del Consejo de Estado “[c]onocer de las

²² V. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009, expediente 35177, C.P. Enrique Gil Botero; auto del 3 de septiembre de 2008, expediente 35362, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36054, C.P. Enrique Gil Botero; autos del 1º de abril de 2009, expedientes 36312 y 36476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 24 de marzo de 2011, expediente 36601, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia del 7 de marzo de 2011, expediente 37044, C.P. Enrique Gil Botero.

acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional". A su vez, por medio del número 9 del artículo 37 y del artículo 49 de la Ley Estatutaria 270 de 1996, se asigna a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. El número 7 del artículo 97 de Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998, además de reiterar la competencia aludida de la Sala Plena, estableció el procedimiento específico que cursaría la acción interpuesta, advirtiendo que los actos acusados de inconstitucionalidad a cargo de la mencionada Corporación no podían ser de aquellos que obedecieran a una función propiamente administrativa²³.

La competencia indicada en cabeza de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se concentra, entonces, en la verificación de la existencia de un acto de contenido general (i), expedido por el Gobierno Nacional (ii), cuya competencia no esté asignada a la Corte Constitucional (iii), y que no obedezca al desarrollo de una función propiamente administrativa (iv).

Considerando lo anterior, al descender al caso concreto, se advierte que en el presente evento se trata del desarrollo de funciones propiamente administrativas – en confrontación con funciones de orden puramente político-, lo cual permite descartar, sin duda, la competencia de la Sala Plena respecto del *sub lite*.

En efecto, el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria (número 11 del artículo 189 *superior*) y como suprema autoridad administrativa (artículo 115 *eiusdem*), por medio de las normas atacadas, reglamentó parte de la gestión contractual de la administración pública, la cual, por su misma mesmedad, se enmarca dentro de las funciones de contenido esencialmente administrativo, en

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de noviembre de 2009, Expediente 20691, C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Ver, también, Sección Primera, sentencia del 6 de agosto de 2004, Expediente 1001-03-15-000-2001-0110-01(AI), C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En sentencia del 23 de julio de 1996, la Sala Plena de esta Corporación (expediente 3367), en relación con este asunto indicó, además, que “[e]l control jurisdiccional sobre estos decretos de índole eminentemente administrativa, se ejerce mediante la “acción de nulidad”, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., por motivos tanto de inconstitucionalidad como de ilegalidad. En ese orden de ideas, y por exclusión, las ‘acciones de nulidad’ atribuidas a la Sala Plena del Consejo de Estado por el numeral segundo del artículo 237 de la Constitución, son aquellas cuya conformidad con el ordenamiento jurídico se establece mediante su confrontación directa de la Constitución Política. En cualquier otro caso, en la medida en que el parangón deba realizarse en forma inmediata frente o a través de normas de rango meramente legal, así pueda predicarse una posible inconstitucionalidad, que será mediata, la vía para el control no puede ser otra que la acción de nulidad que por antonomasia es propia de la jurisdicción de lo contencioso administrativa”.

tanto que con ellas se busca la adecuada organización de las estructuras administrativas del poder público para la celebración de negocios jurídicos (*rectius*: contratos) que tengan por objeto la satisfacción del interés público²⁴, y se funden y guíen por los principios propios de la función administrativa (artículo 209 *superior*). Con el cuerpo normativo contentivo de las disposiciones demandadas, el Ejecutivo dijo reglamentar el quehacer de la administración pública en materia contractual, lo cual comporta, necesariamente, definiciones que, dentro del exclusivo marco de la ley y sujetas a los límites de la potestad reglamentaria, hagan alusión al espectro general de la regulación, las autoridades responsables y los demás actores involucrados, los procedimientos específicos y la oportunidad para adelantar cada una de las gestiones reguladas, todo lo cual revela, sin dubitación, el desarrollo de una función de naturaleza exclusivamente administrativa tendiente a organizar la gestión de la administración pública en un asunto de la mayor importancia para el logro de los objetivos del Estado: la contratación estatal.

Finalmente, advierte la Sala que el conocimiento de la presente demanda corresponde a esta Sección de la Corporación, dado que el artículo 12 del Acuerdo 58 de 1992, modificado por el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, por el cual se adoptó el Reglamento del Consejo de Estado, radicó en la Sección Tercera la competencia para conocer de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que, entre otros temas, versen sobre asuntos contractuales.

2. Derogatoria de las normas demandadas

El Decreto 2474 de 2008 derogó el Decreto 066 del mismo año, salvo su artículo 83. Posteriormente, el Decreto 734 del 13 de abril de 2012 derogó, en su integridad, los decretos 066 y 2474 de 2008, así como el 127 de 2009. El Decreto 734 de 2012, por su parte, fue derogado por el Decreto 1510 del 17 de julio de 2013.

En relación con lo anterior, no puede dejar la Sala de advertir la volatilidad normativa a la que el Ejecutivo ha sometido la actividad contractual del Estado. Sin duda, los propósitos de las reglamentaciones son los más encomiables, pero dejan entrever una débil estructuración de la política pública en materia contractual, lo cual, por contera, incrementa los riesgos de corrupción en una actividad que es particularmente sensible a este corrosivo fenómeno. En menos

²⁴ *Cfr.* con los artículos 1 de las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y del Decreto 066 de 2008.

de 5 años las entidades públicas y los proveedores del Estado han contado con 4 actos reglamentarios que pretenden compilar la mayor parte de aspectos relacionados con la gestión contractual de la administración pública y también han visto cómo tales reglamentaciones han sido modificadas y derogadas, incrementado la inseguridad jurídica en detrimento de los intereses del conglomerado y de la satisfacción de sus necesidades.

Análogamente, la rápida mutación de la normatividad ha impedido la decantación de los preceptos en las prácticas administrativas y truncado los estudios de la doctrina que permitan guiar a los operadores jurídicos en la aplicación de las disposiciones. La falta de planeación de la política pública, además, ha generado reglamentaciones que, en algunos casos, han soslayado la sindéresis necesaria para estos efectos, lo cual ha llevado a la expedición de normas que no superan el control de legalidad de la Jurisdicción Contencioso Administración.

Respecto al pronunciamiento que ahora corresponde a esta Sala, ha de señalarse que la desaparición de la vida jurídica de las normas atacadas, sin embargo, no impide un pronunciamiento judicial sobre su validez, puesto que el mismo no está condicionado a su vigencia, lo cual se ajusta a la finalidad del medio de control previsto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, en tanto que, con el mismo, se pretende garantizar la incolumidad de la legalidad objetiva dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

En efecto, tal como ya lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, la circunstancia que un acto demandado haya sido modificado, derogado o subrogado por otro, ocasiona la cesación de sus efectos hacia el futuro, en tanto que, como el análisis de la legalidad del acto administrativo comprende la evaluación de sus requisitos esenciales a efecto de definir si nació o no válido a la vida jurídica, su nulidad produce efectos invalidantes desde su nacimiento²⁵. Con esto se reitera la posición que esta Corporación ha mantenido desde la providencia del 14 de enero de 1991, en la que se advierte:

“Observa la Sala que la posición de esta Corporación en lo referente a la sustracción de materia no ha sido del todo constante, pues en diversas oportunidades se ha pronunciado en forma diferente sobre la materia. Así, ha dicho que, en tratándose de acciones de nulidad, cuyo propósito “no es otro

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de marzo de 2007. Expediente 11542, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

que el de mantener la legalidad afectada por el ordenamiento enjuiciado, el fallo de fondo es inoperante y superfluo en aquellos casos en que la misma administración haya revocado o sustituido en su integridad la decisión en litigio, ya que el orden jurídico ha quedado restablecido en virtud de la segunda providencia. El pronunciamiento jurisdiccional en este evento, carecería de objeto". (Sentencia de 11 de julio de 1962, Expediente 929, Sala de lo Contencioso Administrativo).

"La posición anterior ha sido reiterada en varias oportunidades, dentro de las cuales se destacan los pronunciamientos de 14 de febrero de 1979 (Expediente 994), 18 de julio de 1975, marzo 13 de 1979 (Expediente 518), 12 de julio de 1988 (Expediente 387 - 10861), octubre 12 de 1989 (Exp. 522) y 24 de noviembre de 1989 (Expediente 1062).

"Sin embargo en algunas ocasiones la posición de la Corporación se ha distanciado de la postura mencionada, afirmando que:

"Basta que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso de tiempo para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo deba pronunciarse ante una demanda de nulidad que se presenta contra ella, pues en ese lapso de tiempo pueden haberse efectuado (sic) situaciones jurídicas particulares o puede haber efectos de la misma que ameriten reparación del daño y restauración del derecho que eventualmente se haya ocasionado" (Sentencia de agosto 17 de 1984, Sección Cuarta, Expediente 9524).

"Tesis que, al igual que la primera, ha sido sostenida en ciertas oportunidades (Sentencias de 9 de julio de 1987, Expediente E - 102, 11 de octubre de 1968) y en la cual subyace la preocupación por la burla a la ley que pudiese resultar de la estricta interpretación de la primera de las posiciones planteadas, ya que de hecho se sustraerían del control jurisdiccional aquellas disposiciones derogadas por la administración al momento en que se fuera a decidir sobre su legalidad.

"Estima la Sala que, ante la confusión generada por las dos tesis expuestas, lo procedente será inclinarse por la segunda de ellas, pero no es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma, como ocurriría si se mantiene la posición que sostiene que sería inoperante y superfluo pronunciarse en los eventos en que la misma administración ha revocado su acto, así éste sea de carácter general e impersonal. Pues, contrario a lo que se había afirmado, opina la Sala que la derogatoria de una norma no restablece per se el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que de un acto administrativo, aun si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que solo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, lo declara ajustado a derecho. Ello, además, se ve confirmado por los efectos que se suceden en cada evento. La derogatoria surte efecto hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado; la anulación lo hace ab - initio, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad.

“Y por ello mismo es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción pública de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legalidad no podría controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo.

“Así, las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una norma ilegal, seguramente serán también ilegales, independientemente de la vigencia de esta última, o, a contrario sensu, serán legales si ella lo es también. Pero, como en uno u otro evento ambas están amparadas por la presunción de legalidad, la cual no podría ser controvertida en el evento de una norma derogada, el resultado de lo anterior será necesariamente el de imposibilitar el juzgamiento objetivo del acto particular de que se trate.

“Por ello la Sala opina que, aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aun si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia”²⁶.

En relación con lo anterior, conviene destacar que mientras la derogación de las normas comporta una limitación relativa de la eficacia de la disposición derogada hacia el futuro (*ex nunc*), en la anulación se afecta la validez de la norma desde su origen (*ex tunc*). Son pues dos fenómenos diferentes, de suerte que por la existencia de la derogatoria no resulta garantizada la incolumidad del ordenamiento jurídico, pues persistirían, bajo el manto de legalidad, los efectos torticeramente producidos por la norma viciada de nulidad.

3. Potestad reglamentaria del Presidente de la República

Teniendo en cuenta que el fundamento transversal de los vicios anulatorios alegados por el accionante gravita en torno del ejercicio de la potestad

²⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de enero de 1991, expediente S-157, C.P. Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

reglamentaria por parte del Presidente de la República, delantamente la Sala pondrá de presente las consideraciones que sobre el particular ha edificado la Corporación.

3.1. La potestad reglamentaria, contenida en el número 11 del artículo 189 de la Constitución Política de 1991, que corresponde casi a una reproducción textual de lo que en el mismo sentido prevenía el número 3 del artículo 120 de la Constitución Política de 1886²⁷, es uno de los más insignes reflejos del constitucionalismo moderno, y de la concepción y estructuración del Estado de Derecho a partir de la fórmula de la división de poderes y de la teoría de los pesos y contrapesos.

El reconocimiento de la potestad reglamentaria procura superar el *brocardo* “*princeps legibus solutus est*” ampliamente difundido en el derecho medieval, conforme con el cual el monarca era el productor natural y exclusivo del derecho pero no lo sometía a él, básicamente por concesión divina y por imposición forzada e, incluso, violenta, lo cual, como resulta evidente, transgrede los presupuestos básicos del Estado democrático de Derecho implantado en la mayor parte de los países occidentales y, en cualquier caso, rebasa el concepto democrático y pluralista del Estado.

El poder normativo así reconocido constitucionalmente, pone de presente la jerarquización del ordenamiento jurídico, con preeminencia de las normas constitucionales y legales, somete al imperio de la Ley la actuación que en este sentido despliega el Poder Ejecutivo, y evidencia la necesidad de la existencia de varias fuentes formales productoras de normas jurídicas que garanticen el imperio del derecho y una más ajustada y perspicua regulación legal de los comportamientos sociales.

Debe precisarse de lo anterior, tal como ha tenido oportunidad de indicarlo esta Corporación²⁸, que el reconocimiento del poder de producción normativa a cargo

²⁷ Disponía la norma en mención: “Artículo 120. Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: (...). 3. Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos v resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes (...)”. V. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 1994, expediente 6361, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 20 de mayo de 1994, expediente 5185, C.P. Guillermo Chahín Lizcano. Ver, también, Sección Tercera, sentencia del 14 de agosto de 2008, expediente 16230, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, en donde la Corporación advierte una tipología reglamentaria en el ordenamiento jurídico constitucional del siguiente tenor: (i) Reglamentos

del Presidente de la República consagrado en el número 11 del artículo 189 no es el único que la Carta Política establece para él y para otros organismos públicos, por manera que la reserva legal para la producción misma del derecho –e incluso la prevalencia de la ley– ha venido morigerándose desde la prístina posición de la Revolución Francesa, en la que el imperio de la ley soslayaba cualquier otro medio de producción formal de proposiciones jurídicas²⁹. Por esta última circunstancia, la tensión entre el espectro competencial de los diferentes órganos productores de normas se ha resuelto, en nuestro medio, mediante los criterios de jerarquía y de distribución de competencias normativas, los cuales buscan impedir un desquiciamiento del sistema y la erosión de presupuestos básicos del Estado de Derecho, tales como la preeminencia de la soberanía popular y el pluralismo³⁰.

expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria constitucionalmente atribuida al Presidente de la República, la cual se deriva claramente el número 11 del artículo 189 superior; (ii) Reglamentos constitucionales autónomos entre los que se destacan los establecidos en los artículos 355, 189.17, 131, 224, 268.12, 246, 235.6, 237.6 y 244.11, *ejusdem*; (iii) Reglamentos que desarrollan leyes marco, de acuerdo con lo establecido en el número 19 del artículo 150 *ibídem*; (iv) Reglamentos que desarrollan leyes habilitantes, los cuales se presentan cuando quiera que la Constitución utiliza la fórmula “*de conformidad con la ley*”, al asignar potestades normativas al Gobierno, a organismos autónomos o a otras autoridades -verbigracia, a las asambleas departamentales o a los concejos municipales-; (v) Reglamentos residuales, los cuales se presentan, *e.g.* en las hipótesis previstas en los artículos 41 y 42 transitorios constitucionales; y (vi) Reglamentos expedidos por otras autoridades administrativas, en asuntos especializados relativos a la órbita de sus competencias, caso en el cual se está ante “*los productos normativos emanados de cualquier autoridad administrativa en ejercicio de la facultad que le asiste en el sentido de regular la ejecución de las funciones o la prestación de los servicios a su cargo, mediante reglamentaciones que estarán subordinadas a la Constitución, a la ley, a los reglamentos expedidos por el Presidente de la República.*”

²⁹ Sobre este particular la Corte Constitucional, en sentencia C-805 de 2001, sostuvo: “*El Constituyente de 1991 introdujo respecto de ciertas materias y para determinados órganos un sistema de reglamentación especial. Se trata de ámbitos de regulación, que por expreso mandato de la Constitución se asignan a otros órganos constitucionales, al margen de la potestad reglamentaria del Presidente. Tal es el caso del Consejo Superior de la Judicatura, órgano al cual, de acuerdo con el artículo 257 de la Constitución, le corresponde, con sujeción a la ley ‘Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador’. Del mismo modo, el Consejo Nacional Electoral, de acuerdo con el artículo 265 de la Constitución, tiene, de conformidad con la ley, entre sus atribuciones especiales, la de ‘reglamentar la participación de los partidos y movimientos políticos en los medios de comunicación social del Estado’. El Contralor General de la República, por su parte, tiene entre sus atribuciones, de acuerdo con el artículo 268 de la Constitución, las de ‘Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse’ (Numeral 1º) y ‘Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial’ (Numeral 12). Al Contador General, funcionario de la Rama Ejecutiva, corresponde, a su vez, de acuerdo con el artículo 354 de la Constitución, ‘... determinar las normas contables que deben regir en el país, conforme a la ley’. Del mismo modo, la Junta Directiva del Banco de la República ejerce las competencias de regulación que le corresponden de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 371 y 372 de la Constitución. Sin embargo tales competencias para expedir reglamentos, distintas de la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República, tienen un régimen en la propia Constitución. Por fuera de los casos especiales previstos en la Carta, la competencia primaria para la reglamentación de la ley orientada a garantizar su cumplida ejecución corresponde al Presidente de la República. Lo anterior no obsta para que, de manera general, se pueda afirmar la existencia de ciertas competencias de regulación para órganos administrativos diferentes, y para el caso concreto, para los Ministros del Despacho. Pero tales competencias para la expedición de normas generales por los ministros sólo pueden ejercerse, frente a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, con criterio residual y subordinado”.*

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-234 del 2 de abril de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett: “*Este reparto general de competencias normativas entre la ley y el reglamento no es casual ni caprichoso sino que responde a finalidades profundas. Por ello, la sentencia C-710 de 2001 indicó que esa estructura de*

Para el caso particular de la potestad reglamentaria a la que se ha hecho referencia y es la que, específicamente, goza de relevancia en el *sub lite*, el criterio por el cual se resuelven las tensiones entre la ley y el reglamento es el jerárquico, de suerte que, tal como se indicó, el Gobierno Nacional se encuentra plenamente sometido al imperio de la ley, la cual determinará, como se verá, el contenido, alcance y límites de la mencionada potestad. En punto de la atribución reglamentaria, entonces, se mantiene con pleno vigor la cláusula general de competencia normativa del Congreso de la República, por cuya virtud goza de la facultad de regular cualquier asunto, salvo disposición constitucional en contrario. La producción de normas por el ejecutivo, en este evento, sólo resultará legítima y, consecuentemente, sus disposiciones sólo gozarán de validez, en la medida en que se someta con estrictez a los procedimientos constitucionales preestablecidos y a los dictados de la ley que pretende reglamentar.

3.2. Ahora bien, a partir del contexto antes indicado, la potestad reglamentaria reconocida al Presidente de la República puede entenderse como una atribución constitucional de carácter permanente, correlato de la función principal que tiene el Ejecutivo de asegurar el cumplimiento del derecho contenido en disposiciones de superior jerarquía, para expedir normas de carácter general, impersonal y abstracto que desarrollen los principios y reglas previstos en aquéllas y encauzarlos hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real, sin que ello pueda comportar la modificación, ampliación o restricción de su contenido o alcance³¹.

3.3. Por otra parte, la Potestad Reglamentaria se caracteriza por ser ejercida por el Presidente de la República en su calidad de primera autoridad administrativa, por derecho propio de raigambre constitucional, sin que resulte necesario, para cada caso particular, que se precise su reconocimiento por parte del Legislador, de suerte que se ejerce de manera permanente, y no puede ser limitada, *ratione*

competencias atiende al desarrollo del principio de división de poderes y a la necesidad de que el derecho, además de ser legal, sea legítimo. La legitimidad del derecho se encuentra vinculada al principio democrático de elaboración de las leyes. Las normas que rigen una sociedad deben ser el resultado de un procedimiento en el que se garanticen en especial dos principios: el principio de soberanía popular, en virtud del cual los límites al ejercicio de las facultades de las personas que hacen parte de una colectividad tienen como único origen legítimo la voluntad popular. Y el principio del pluralismo, como una garantía de participación de la diversidad de los individuos y grupos que componen una sociedad" (se resalta).

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencias del 25 de abril de 1970, expediente 1087, C.P. Hernando Gómez Mejía y del 24 de mayo de 1973, expediente 2226, C.P. Miguel Lleras Pizarro; Sección Tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2005, expediente 14759, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-228 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

materiae o *ratione temporis*, salvo reserva constitucional a propósito³². Es una competencia inalienable, intransferible e inagotable de carácter meramente instrumental, pues con ella se permite al Ejecutivo desarrollar su función esencial de darle operatividad a las disposiciones legales, por manera que se garantice la *cumplida ejecución de las leyes*.

3.4. En cuanto al contenido y alcance de la potestad, ha advertido esta Corporación:

*“La función reglamentaria no es una actividad mecánica de reproducción de textos. En su ejercicio hay un proceso previo de análisis y evaluación de la ley, de indagación de sus fines, y de investigación sobre su contenido general y sus alcances parciales. Como producto de ese estudio, el reglamento debe ser el reflejo fiel del estatuto desarrollado y de cada uno de sus preceptos. En él puede desenvolverse, no sólo lo que aparezca explícitamente regulado en la ley, sino también lo que se encuentra implícito en ella”*³³.

Posteriormente indicó:

*“[E]n la tarea reglamentaria el Gobierno debe desarrollar no sólo lo que hay expreso en la Ley sino lo que hay implícito en ella, lo que está en la entraña misma de la norma reglamentada aunque las palabras no lo expresen, en forma tal que el reglamento no debe atenerse únicamente a la expresión literal de la norma porque si así fuera su función se limitaría a una mera reproducción de ella; es necesario entonces que el poder reglamentario desentrañe el contenido implícito, la finalidad específica de la Ley sustantiva con lo cual podrá moverse con mayor desenvoltura y agilidad teniendo en cuenta desde luego siempre el principio de no rebasar ni la letra, ni la intención ni la materia intrínseca y si se quiere finalista del precepto sustantivo. Porque nadie duda que una copia servil, literal de la Ley que se reglamenta sería la negación misma de la facultad reglamentaria y su utilidad práctica sería también totalmente negativa”*³⁴.

La potestad reglamentaria se trata, pues, de una actividad cuyo presupuesto básico es un mínimo de materialidad legislativa, a partir del cual el Gobierno

³² Corte Constitucional, sentencia C-028 del 30 de enero 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero: *“La potestad reglamentaria, o el poder reglamentario, es un derecho propio constitucionalmente otorgado al Presidente de la República como autoridad administrativa, para dictar las normas de carácter general que son necesarias para la correcta ejecución de la ley. Por consiguiente, esta atribución no necesita de norma legal expresa que la conceda, pero su ejercicio se amplía o restringe en la medida en que el Congreso utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos”*. En palabras de la Corte, la facultad reglamentaria a es *“...inalienable, intransferible, inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo y es irrenunciable, por cuanto es un atributo indispensable para que la Administración cumpla con su función de ejecución de la ley.”*

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de marzo de 1963, C.P. Carlos Gustavo Arrieta.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 25 de abril de 1970, expediente 1087, C.P. Hernando Gómez Mejía.

puede ejercerla para asegurar la ejecución de dicho contenido, bajo los dictados explícitos e implícitos de la ley³⁵, de suerte que la misma se *acople a las variantes y complicaciones que comporta la realidad*³⁶. No se trata, por lo tanto, de una reiteración textual de la ley, pues tal sería un ejercicio inane del Ejecutivo que contrariaría principios superiores del ordenamiento; el ejercicio reglamentario debe estar dirigido a “...*dar vida práctica a la ley para ponerla en ejecución, supliendo aquellos detalles que sería exótico consignar en la propia ley (...). El decreto reglamentario debe estar contenido implícitamente dentro de la ley reglamentada.*”³⁷

3.5. Finalmente, en relación con los límites del Gobierno Nacional respecto de su atribución reglamentaria, esta Corporación goza de una reitera posición que a continuación se transcribe y que, en últimas, se traduce en que la potestad otorgada al Ejecutivo encuentra su límite en la forma en que el Congreso ejerza su poder de producción normativa, de suerte que a más detalle legislativo menor competencia ejecutiva para reglamentar y, *contrario sensu*: a menor ejercicio legislativo, mayor amplitud reglamentaria. Se trata de la llana aplicación de una regla de proporcionalidad inversa que permite superar apreciaciones puramente subjetivas que terminen afectado la órbita competencial del órgano legislativo y, consecuentemente, las condiciones de validez que deben ostentar las normas reglamentarias.

“Para fijar los límites del poder reglamentario es preciso acudir a los propios textos constitucionales. En ellos se establecen dos criterios a seguir: el de la necesidad y el de la competencia.

“a) Necesidad. Así como el legislador sólo puede desarrollar los mandatos de la Carta Política que realmente requieran un desenvolvimiento para su adecuada aplicación, pero no aquellos otros que por sí mismos constituyen ordenamientos claros e incondicionados que no necesitan de regulaciones adicionales para su inmediata ejecución, así también el Órgano Administrativo únicamente podrá reglamentar los textos legales que exijan desarrollo para su cabal realización como normas de derecho. Si así no fuera, el legislador y el Ejecutivo forzosamente se colocarían en uno de estos dos extremos: o repiten exactamente lo que ya está expresado por el mandato superior, caso en el

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 15 de abril de 1977, expediente 2034, C.P. Jorge Valencia Arango; 5 de mayo de 2005, expediente 13562, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Ver, también, Corte Constitucional, sentencias C-508 del 3 de julio de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-290 del 16 de junio de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía; C-852 del 17 de agosto de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 2 de diciembre de 1982, C.P. Samuel Buitrago Hurtado.

³⁷ Consejo de Estado, sentencia del 22 de agosto de 1944, C.P. Gonzalo Gaitán.

cual el nuevo precepto sería superfluo; o adicionan o recortan el alcance de la regla constitucional o legal, incurriendo en ostensible violación de las disposiciones superiores de derecho. Estas apreciaciones fluyen espontánea y naturalmente del principio de la jerarquía de la legalidad que informa todo nuestro sistema constitucional (...). Allí se da la medida exacta de los poderes jurídicos de la Administración Pública en estas materias: si el decreto reglamentario es necesario para que la ley se ejecute debidamente, el Gobierno puede dictarlo. Pero si no es necesario para su adecuada ejecución, la facultad desaparece en razón de que no existe el supuesto básico de su ejercicio. Hay sustracción de materia reglamentable, porque el estatuto superior se realiza en su plenitud sin necesidad de ordenamientos adicionales.

“b) Competencia. La función esencial del órgano administrativo es la de ejecutar las leyes, e igual cosa podría predicarse del órgano jurisdiccional. Desde el punto de vista de la técnica jurídica, las funciones parecen confundirse. Pero es evidente que cada una de esas ramas tiene su propio campo de actividad señalado por el derecho, dentro del cual sus poderes jurídicos se manifiestan de manera diferente. Hay leyes cuya ejecución cae dentro de la esfera de competencia de la administración y, de consiguiente, ellas deben aplicarse directa y preferentemente por ésta. Esos ordenamientos pueden y deben reglamentarse, cuando ello sea necesario, a pesar de que estén incorporados en cualquier clase de Códigos y aunque las decisiones concretas que se adopten con base en tales estatutos, estén sometidas a la revisión eventual de los jueces. Pero hay otras leyes, como las civiles, comerciales, penales y procesales propiamente dichas, cuya aplicación directa corresponde preferentemente al órgano jurisdiccional. Son éstas las que algunos doctrinantes denominan leyes judiciales, destinadas a la aplicación de los tribunales. Tales ordenamientos no dan lugar a la reglamentación, sino a la interpretación por vía jurisprudencial³⁸.

Así las cosas, es claro que la potestad reglamentaria no es absoluta y tiene por límites la Constitución Política y la ley que en cada caso se reglamente, reconociendo la estructura jerarquizada del ordenamiento jurídico y su nivel de segundo orden dentro de las fuentes del derecho, por manera que con su ejercicio el Gobierno Nacional no puede suprimir, restringir, alterar, ampliar, adicionar o, en fin, modificar el contenido del orden normativo superior, pues ello comportaría la extralimitación de su marco competencial³⁹.

En suma, la Corporación ha señalado como parámetros para el ejercicio de la función reglamentaria, los siguientes:

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 17 de febrero de 1962, C.P. Carlos Gustavo Arrieta, reiterada, entre otras, en las siguientes providencias de esta Corporación: sentencias del 24 de mayo de 1973, expediente 2226, C.P. Miguel Lleras Pizarro; 7 de diciembre de 1982, expediente 10559, C.P. Eduardo Suescún; 11 de marzo de 1994, expediente 2432, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez; sentencia del 14 de agosto de 2008, expediente 16230, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 1º de abril de 2009, expediente 36476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, reiterado en sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36054B, C.P. Enrique Gil Botero.

“- Entre mayor sea el detalle con que el legislador haya regulado la materia, menos resulta necesaria la reglamentación de la ley. Al contrario, habría una competencia material más amplia en poder del gobierno, cuando la ley omite establecer todas o las suficientes disposiciones para su ejecución.

“- El reglamento debe sumisión a la ley reglamentada, tanto que no podrá restringir o extender su alcance, ni crear situaciones, u ordenamientos no previstos en ésta.

“- El reglamento no puede contradecir la norma reglamentada, sino hacerla más entendible y de fácil aplicación.”⁴⁰.

3.6. En punto de la gestión contractual del Estado, conviene señalar algunos asuntos relativos a su regulación constitucional y a las consecuencias que ello comporta en materia de asignación de competencias, así como las definiciones que, previamente, ha adoptado esta Corporación respecto de la facultad reglamentaria en materia contractual pública.

3.6.1. A propósito de la competencia constitucional asignada de manera expresa al Congreso de la República para la expedición del estatuto general de contratación de la administración pública y, en especial, de la administración nacional (artículo 150, *in fine*, C.N.), la Corte Constitucional, se pronunció en los siguientes términos:

“(...) tampoco es válido considerar que el precepto constitucional obliga al legislador a dictar un estatuto contractual que desarrolle la materia en forma integral y casuística, por cuanto una concepción de esa naturaleza significa que el constituyente quiso desconocer el campo de acción que le corresponde a la administración respecto de los contenidos normativos, que al estar expuestos a las cambiantes circunstancias, demandan una regulación ágil y expedita que permita lograr la debida ejecución de la ley.

“Menos aún del precepto superior puede inferirse la obligación para el legislador de incorporar en un solo cuerpo normativo toda la legislación existente en materia contractual, pues si esta hubiera sido la voluntad del constituyente, en el artículo 150 Fundamental se habría autorizado al Congreso de la República para expedir un estatuto único de contratación para el Estado y no un estatuto general como finalmente quedó redactada la aludida competencia legislativa”⁴¹.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de febrero de 1998, expediente 9825, C.P. Luis Fernando Olarte Olarte.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-949 del 5 de septiembre 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

En este sentido y considerando el desarrollo legislativo que a la fecha se ha procurado para la regulación de los asuntos contractuales del Estado, puede advertirse que el Gobierno Nacional cuenta con un amplio margen para la reglamentación, pues las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 han fijado contenidos normativos generales, al punto que, gran parte de las disposiciones se concentran en la configuración de principios que deben guiar la actividad contractual. No sin razón se ha sostenido recurrentemente que Ley 80 de 1993 es una ley de principios más que de reglas detalladas de la actividad contractual de la administración pública⁴². La Ley 1150 de 2007, por su parte, en una gran cantidad de asuntos se limitó a establecer unas condiciones básicas mínimas y defirió expresamente al Gobierno Nacional su reglamentación⁴³.

Al respecto debe indicarse, por una parte, que la remisión del Legislativo al Gobierno Nacional no resultaba menester, pues, como se dejó anotado la Potestad Reglamentaria se ejerce por derecho propio y por reconocimiento constitucional, de suerte que, aún ante el silencio de la ley, puede ser adelantada. Por otra parte, la amplia facultad reconocida al Gobierno Nacional no implica superar los estrictos límites de su poder reglamentario, por manera que su actividad normativa debe sujetarse a los parámetros constitucionales y legales correspondientes, sin que le sea dable sustituir al legislador creando proposiciones normativas que superen el marco establecido por las leyes correspondientes o que restrinjan impropiaemente los dictados legislativos.

“La potestad reglamentaria aún en el marco de una ley de ‘principios’ como es el estatuto de contratación estatal –so pretexto de aportar los detalles y pormenores de la ley- no puede ir más allá de su ámbito estrictamente administrativo para pretender entrar en los predios de acción de la ley. Lo contrario sería tanto como afirmar que el ámbito de la ley y el del reglamento son idénticos. De modo que aunque la jurisprudencia constitucional⁴⁴, a partir de lo prescrito en el artículo 150 superior in fine, sostiene que por medio de reglamento administrativo es posible regular las modalidades de selección, ello no comporta que esté habilitado a invadir el ámbito propio del legislador para desnaturalizar uno de esos mecanismos y extender hipótesis a casos que

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 19 de febrero de 1996, en el que se indica que “...la Ley 80 de 1993 señaló principios y reglas generales para adelantar la actividad contractual del estado, lo que generaría una necesidad mayor de reglamentación por parte del Ejecutivo”.

⁴³ En materia de presentación dinámica de ofertas en procesos licitatorios (artículo 2, número 1), selección abreviada (artículo 2º, número 2), concurso de mérito (artículo 2º, número 3, modificado por el artículo 219 del Decreto –Ley 019 de 2012), acuerdos marco (artículo 2º, parágrafo 5º), utilización de tecnología en materia de gestión contractual (artículo 3º), requisitos habilitantes y registro único de proponentes (artículo 6º), garantías en la contratación (artículo 7º), publicidad de procesos de contratación (artículo 8º), promoción del desarrollo local y departamental (artículo 12).

⁴⁴ Nota original del texto transcrito: “Corte Constitucional, sentencias C 949 de 2001 y C 508 de 2002”.

*francamente fueron excluidos por la ley, habida cuenta que: ‘la potestad reglamentaria que el Presidente de la República ejercite para la cumplida ejecución y aplicación de la Ley 80 de 1993 [y la de las normas que la modifiquen o adicionen], se encuentra específicamente restringida por la Constitución en primer término, por las leyes como normas de jerarquía superior y necesariamente ha de ejercerse tomando en consideración como un todo jurídico la propia ley mencionada, que fija los parámetros dentro de los cuales debe circunscribirse la reglamentación que se dicte por el Ejecutivo, no para sustituir al legislador, ni como legislador paralelo, sino dentro de un ámbito estrictamente administrativo para no exceder las funciones y atribuciones que al Presidente de la República le señala el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política*⁴⁵.

*“Si bien es perfectamente posible el desarrollo de los principios legales mediante normas reglamentarias, ello no significa que por esta vía se terminen adoptando textos normativos abiertos, cargados de un nivel de abstracción y generalidad de tal magnitud, cuyos enunciados terminen convirtiéndose de esta suerte en cláusulas genuinamente principialísticas, cuyo contenido termine a su vez siendo definido por la autoridad administrativa, autora y destinataria primera de este tipo de preceptos. De ahí que el núcleo esencial de un principio, cuando éste ha sido positivizado, debe ser determinado por el legislador y no dejado a su determinación y aplicación sin límite alguno por parte de la administración”*⁴⁶.

Al Gobierno Nacional, tampoco le es dable, tal como se indicó al momento de caracterizar la figura (cfr. *supra* numeral 3.3.) transferir su potestad reglamentaria, pues ello supone una renuncia a su facultad constitucional inalienable que invalidaría su comportamiento, de suerte que no podría dejar en manos de las entidades públicas la definición de aspectos relativos a su gestión contractual, cuya reglamentación le corresponde de acuerdo con la Constitución y la Ley⁴⁷.

“[H]a subrayado el Consejo de Estado que al Gobierno Nacional en ejercicio de esta potestad en el ámbito de la contratación pública no le es permitido desbordar los mandamientos del Legislador y extender sus efectos a supuestos no previstos en la norma legal reglamentada,⁴⁸ o expedir una reglamentación que no haga más expedita o facilite la aplicación de la ley⁴⁹; o tipificar negocios jurídicos civiles, comerciales o administrativos, cuyos elementos esenciales y naturales corresponde a la ley y nunca al

⁴⁵ Nota original del texto transcrito: “*Corte Constitucional, sentencia C 508 de 2002*”.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de octubre de 2012, expediente 39093, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 1º de abril de 2009, expediente 36476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, reiterado en sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36054B, C.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁸ Nota original del texto transcrito: “*CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 19 de febrero de 1998, Exp. 9825, en la cual se declaró la nulidad del parágrafo del artículo 27 del Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993*”.

⁴⁹ Nota original del texto transcrito: “*CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 4 de julio de 1997, Exp. 9523, en la cual se declaró la nulidad del artículo 3 del Decreto 2251 de 1993 que reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993*”.

reglamento⁵⁰; o fijar restricciones que cercenen las opciones legales, como aquella según la cual las partes pueden acordar el modo de costear la publicación del contrato⁵¹; o conferir facultades de índole judicial, como cuando en el artículo 17 del Decreto 856 de 1994 se sugirió que las cámaras de comercio tenían competencia para determinar los perjuicios y costas causados relacionados con la impugnación en materia de registro de proponentes⁵², entre otros eventos.

“(…)

“Además, ha indicado que el Gobierno Nacional al reglamentar la Ley 80 de 1993, dentro del margen de determinación y espacio de configuración de ese poder normativo, debe obrar con razonabilidad y proporcionalidad y precisar los conceptos que permitan en forma adecuada aplicarlo, con subordinación a la Constitución y a la ley^{53,54}.

3.6.2. En materia de regulación contractual, resulta también oportuno considerar lo dispuesto por el artículo 273 superior⁵⁵, conforme con el cual:

“ARTICULO 273. A solicitud de cualquiera de los proponentes, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública.

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

De conformidad con la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, “[l]a Constitución Política reservó a la ley la potestad de establecer los casos en los que se debe utilizar el mecanismo de las audiencias públicas y la forma en que se efectuará la evaluación de las propuestas”⁵⁶.

⁵⁰ Nota original del texto transcrito: “CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 3 de febrero de 1994”.

⁵¹ Nota original del texto transcrito: “CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 5 de febrero de 1998, Exp.11.795”.

⁵² Nota original del texto transcrito: “Disposición que anuló junto con el aparte del inciso final del artículo 20 de la misma normativa por consagrar un supuesto no previsto en la Ley 80 de 1993. Vid. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 23 de marzo de 2000, Exp.10.077”.

⁵³ Nota original del texto transcrito: “CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 6 de julio de 2005, Exp. 11575, en la cual se negó la nulidad del artículo 21, inciso 3, del Decreto 679 de 28 de marzo de 1994, proferido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993, en materia de contratación estatal”.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, expediente 24715 y acumulados, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011, expediente 36601, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, auto del 13 de mayo de 2004, expediente 24524, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Así las cosas, la Corporación ha entendido que “(...) *la mencionada disposición constitucional no introdujo distinción alguna en cuanto a la remisión del legislador para que regulara la manera en que debe efectuarse la evaluación de las propuestas, razón por la cual no resulta acertado el argumento de los recurrentes tendiente a limitar el alcance y los efectos de esta norma sólo para aquellos eventos en los cuales se pretenda evaluar las propuestas en una audiencia pública*”⁵⁷.

Debe reiterarse, además, en esta oportunidad, que como lo ha manifestado esta Corporación, la interpretación de la Corte Constitucional sobre el artículo 273 de la Constitución Política, referida en las sentencias C-400 de 1999 y C-380 de 2008, según la cual dicha disposición defiere al legislador la regulación de la forma en que debe efectuarse la evaluación de las propuestas, únicamente, en los casos en que se aplique el mecanismo de la audiencia pública para la adjudicación del contrato, no resultan vinculantes, pues constituyen, dentro de tales pronunciamientos, un *obiter dicta* que no comprometen las definiciones con carácter vinculante adoptadas.

En conclusión, para la Sala el artículo 273 constitucional asigna expresamente al Legislador la función de regular la forma en que deben evaluarse las propuestas en todos los eventos en los cuales las entidades inicien un proceso de selección, sin que pueda limitarse, únicamente, a aquellos casos en los cuales se aplique el mecanismo de audiencia pública.

4. Análisis de los cargos formulados

Previo al análisis de cada uno de los cargos formulados por el libelista, corresponde a la Sala analizar la solicitud de las demandadas para que se profiera un fallo inhibitorio, teniendo en cuenta que, en su concepto, el actor desatendió la carga procesal de que da cuenta el ordinal 4º del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, en cuya virtud en las demandas que tengan por propósito la declaratoria de nulidad un de acto administrativo se deberán indicar las normas violadas y el concepto de la violación.

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, auto del 6 de agosto de 2009, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Delanteramente, debe señalar la Sala que el libelista formuló los cargos contra las disposiciones demandadas atendiendo formal y materialmente la carga procesal antes referida. En efecto, en cada uno de los cargos identificó con precisión la disposición que consideraba infringida y señaló los motivos que lo llevaban a considerar tal infracción, por manera que se cuenta con los elementos mínimos requeridos para adelantar el juicio de legalidad.

Si bien podría resultar deseable una mayor perspicuidad argumentativa al momento de formular juicios de validez normativa, la Sala debe considerar, también, la naturaleza pública de la acción, la finalidad del medio de control en garantía de la legalidad abstracta del ordenamiento jurídico y la labor del juez de conocimiento que, en lo posible, debe evitar arribar a fallos inhibitorios.

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que no se exijan unos mínimos esenciales de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, pues ante su ausencia, cualquier intento del fallador por decidir de fondo solo socavaría el debido proceso, confrontara el principio de congruencia, y terminará supliendo la inactividad del actor formulando un *petitum* diferente o construyendo la *causa petendi* de la demanda, lo cual no puede estar más alejado del principio dispositivo que orienta a la justicia administrativa.

4.1. Inciso 4º y párrafo 2º del artículo 54

4.1.1. Tal como se precisó en la primera parte de esta providencia (*cf. supra* numeral I.2.1) para el actor el inciso 4º del artículo 54 del Decreto 066 de 2008, que permite la contratación, dentro de un mismo proceso, de los diseños de una obra y su construcción, resulta violatorio del ordinal 12º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, toda vez que los mencionados diseños deberían ser elaborados con la debida antelación a la apertura del proceso de contratación que tenga por objeto la construcción de la obra.

Sobre este particular, advierte la Sala que el Decreto 2474 de 2008 (derogatorio del Decreto 066 del mismo año), replicó sustancialmente la norma demandada en su artículo 54 y frente a la misma se presentó idéntico ataque que fue resuelto en providencia del 14 de abril de 2010⁵⁸.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36054 B, C.P. Enrique Gil Botero.

Así las cosas, dada la pertinencia temática sobre el asunto, la Sala reiterará los argumentos expuestos en esa oportunidad y, para el efecto, procederá a transcribir, *in extenso*, lo señalado por la Corporación:

“De acuerdo con el demandante, la ejecución de proyectos que impliquen la realización simultánea, a cargo del contratista, de labores de diseño y de construcción de obra no pueden realizarse a través del mismo procedimiento de selección –licitación pública – como quiera que, de acuerdo con el principio de planeación, previo a la contratación de la obra, la entidad pública debe tener claras las condiciones para ejecutar el contrato, la cual se alcanza definiendo los diseños respectivos; de lo contrario se vulneran los artículos 25.12 y 26.3 de la Ley 80 de 1993.

“En aras de dar una respuesta al cargo formulado, es necesario precisar que en la contratación realizada por las entidades estatales rige el principio de la autonomía de la voluntad; ello significa que el ordenamiento jurídico otorga verdadera libertad para especificar el contenido y determinar las estipulaciones del negocio jurídico, las cuales deben enmarcarse dentro de las normas civiles y comerciales y aquellas previstas en el Estatuto de Contratación estatal. Por tanto, existe libertad en la determinación de la tipología contractual, porque como dispone el inciso 4 del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, las partes pueden incluir ‘...las modalidades, condiciones y en general, las cláusulas o estipulaciones que consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración’. Por tanto, como señala la jurisprudencia, ‘las actuaciones contractuales de la administración y las obligaciones surgidas de las estipulaciones del contrato, están definidas por los términos pactados, los cuales constituyen ley para las partes’⁵⁹.

“Así, el principio de la autonomía de la voluntad conlleva un reconocimiento de autodeterminación por parte de los sujetos contratantes, a los cuales se reconoce capacidad para regular aquellos intereses que le son propios. Es necesario hacer una salvedad, los intereses de los que aquí se habla tienen el alcance que el ordenamiento jurídico les permita, como quiera que la actividad de la Administración debe siempre estar enmarcada por el principio de legalidad. Por ello, no puede pensarse en el otorgamiento de un poder ilimitado, ello redundaría en arbitrariedad. ‘En ese sentido, en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes interesadas definen el alcance contractual dentro de un determinado ambiente normativo, para precisar en últimas, cuál es el ámbito propio de disponibilidad de los intereses objeto de regulación por la vía del negocio jurídico’⁶⁰.

“De lo dicho hasta el momento se puede inferir:

⁵⁹ Cita original del texto transcrito: “Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 14 de diciembre de 2000. M. P. Luis Camilo Osorio Isaza. Rad. 1293”.

⁶⁰ Cita original del texto transcrito: “Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de mayo de 2000. M. P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 13073”.

“a. El principio de la autonomía de la voluntad rige en la contratación Estatal, en virtud del mismo los contratos celebrados crean obligaciones entre las partes.

“b. Las obligaciones que pueden llegar a pactarse en un negocio jurídico estatal no se circunscriben a las consignadas en el estatuto de contratación estatal, en las normas civiles o comerciales, sino que pueden obedecer al libre querer de las partes.

“c. Aún cuando se reconozca libertad en la determinación de las obligaciones, tratándose de contratos administrativos, éstos siempre deben responder a la satisfacción de intereses generales, respetar el patrimonio público y ser acordes con el derecho colectivo a la moralidad administrativa. Esta circunstancia pone de presente que la libertad negocial reconocida a las autoridades administrativas no es equivalente a aquella reconocida a los particulares y por ello siempre está sometida a principios de derecho público⁶¹.

“d. El Estatuto General de Contratación Estatal, reconoce el poder a las partes de estipular obligaciones que den contenido a negocios jurídicos que no son nominados o típicos, posibilidad enmarcada obviamente dentro de las necesidades del servicio, sin que ello implique un desconocimiento de las limitaciones que puedan llegar a desprenderse del ordenamiento jurídico. Por ello en el artículo 32 se señala que ‘son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...’.

“e. En ejercicio de la autonomía de la voluntad, nada impide en el ordenamiento jurídico que, como lo señaló el Ministerio Público, se puedan celebrar contratos cuyo objeto sea el diseño para posteriormente contratar una obra, o que para la realización de ésta se deba contar con un diseño propio. En el segundo evento, de hecho, la entidad puede considerar que así se generan menores costos y que ésta es la mejor manera de viabilizar el principio de economía.

“Lo expuesto hasta el momento no es contrario con el principio de planeación, de hecho una vulneración al mismo en el supuesto descrito implica un análisis caso por caso en el que se demuestre que efectivamente aquel negocio jurídico que tiene por objeto la elaboración de diseños, planos, proyectos y anteproyectos y la posterior elaboración de la obra pública es producto de la improvisación, toda vez que, no se ha tenido en cuenta el presupuesto de la entidad, no se han elaborado los trámites previos para su puesta en marcha, no se ha valorado la oportunidad y necesidad del negocio jurídico, etc. En palabras de la corporación:

‘La planeación constituye una fase previa y preparatoria del contrato, que determina su legitimidad y oportunidad para la consecución de los fines del Estado y permite políticamente su incorporación al presupuesto por cuanto la racionalidad de los recursos públicos implica que todo proyecto que pretenda emprender la Administración Pública debe estar precedido de un conjunto de

⁶¹ Cita original del texto transcrito: “Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 6 de abril de 2000. M. P. Flavio Augusto Rodríguez Arce. Rad. 1263”.

estudios dirigidos a establecer su viabilidad técnica y económica, así como el impacto social que ésta tenga en la satisfacción de las necesidades públicas. Se trata de obtener una sólida justificación del gasto público con el objeto de lograr un manejo óptimo de los recursos financieros del Estado. La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido repetidamente⁶² que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable, antes de asumir compromisos específicos en relación con los términos de lo que podrá llegar a ser un contrato y por supuesto mucho antes de su adjudicación y consiguiente celebración, la elaboración previa de estudios y análisis serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos y análisis técnicos; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de los contratos, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras y servicios que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores y constructores profesionales que estén en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar⁶².

La Sala, en consecuencia, negará la pretensión anulatoria que, por este aspecto, formuló el actor.

4.1.2. El actor también consideró ilegal la primera parte del parágrafo 2º del artículo 54, de acuerdo con la cual cuando los contratos interadministrativos sean de consultoría, los mismos deberán someterse a las reglas previstas para el concurso de méritos.

⁶² Cita original del texto transcrito: “Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 25 de 2009. M. P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 16103”.

En relación con lo anterior, encuentra la Sala que mediante sentencia del 11 de noviembre de 2009⁶³, esta Corporación se pronunció frente a una demanda de nulidad interpuesta contra la misma disposición, motivo por el cual resulta menester precisar los efectos de tal decisión respecto del presente trámite.

Sobre el particular, debe indicarse, preliminarmente, que la cosa juzgada en materia contencioso administrativo comporta una regulación específica y diferencial atendiendo al tipo de acción que le dio origen a la sentencia (artículo 175 del Código Contencioso Administrativo)⁶⁴ y opera cuando se ha adoptado, en proceso anterior, una decisión de fondo, debidamente ejecutoriada, sobre una *causa petendi* específica, en salvaguarda de la seguridad jurídica.

Para el caso de las sentencias proferidas en desarrollo de la acción de nulidad, sus efectos de cosa juzgada serán *erga omnes* absolutos cuando quiera que se declare la nulidad de un acto administrativo. En el evento en que la sentencia no acoja las súplicas de la demanda, es decir, no encuentre fundados los cargos de invalidez de las disposiciones atacadas y niegue la nulidad impetrada, la sentencia tendrá efectos *erga omnes* relativos, pues sólo se predicarán de la *causa petendi* juzgada, lo cual se acompasa con el principio dispositivo de la justicia contencioso administrativo, en tanto que no se realiza un control integral de legalidad, pues los análisis se concentran en las normas violadas y el concepto de la violación contenidos en el escrito generatriz de la controversia judicial, tal como lo previene el número 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

En relación con este asunto, ha sostenido la Corporación:

“El concepto de cosa juzgada que se predica de las sentencias judiciales se refiere a los atributos de imperatividad, coercibilidad e inmutabilidad de que están revestidas las sentencias ejecutoriadas. Así las cosas, cuando las decisiones de los funcionarios judiciales hacen tránsito a cosa juzgada, significa, por una parte, que las mismas son susceptibles de cumplirse coercitivamente, y por otra parte, que las mismas no pueden ser modificadas por una decisión posterior, salvo las excepciones expresamente reguladas por la ley en tal sentido.

“De conformidad con lo dispuesto por el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, para que opere el fenómeno de la cosa juzgada es

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009, expediente 35177, C.P. Enrique Gil Botero.

⁶⁴ La cosa juzgada se encuentra regulada en los artículos 180 número 6 (excepciones previas), 189 (efectos de la sentencia) y 250 (causales de revisión) de la Ley 1437 de 2011.

preciso que se reúnan los siguientes elementos: a) Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto; b) Que se funde en la misma causa anterior y c) Que en los procesos haya identidad jurídica de parte. No obstante lo anterior, es del caso señalar que el requisito referido a la 'identidad jurídica de las partes', no tiene aplicación en los procesos contencioso administrativos de nulidad, pues las sentencias que sobre ellos recaigan producen efectos erga omnes, tal cual lo predica el artículo 175 del C.C.A. cuyo texto más adelante se transcribe, lo cual implica que son oponibles a cualquier demandante que pretenda, por los mismos motivos, iniciar nuevamente el debate judicial. Adicionalmente, en estos procesos la acción es promovida no en interés particular sino, en defensa del orden jurídico.

"(...)

"De conformidad con lo prescrito por el inciso 1° del artículo 175 del C. C. A., en tratándose de sentencias estimatorias dictadas en procesos de simple nulidad, el fenómeno de la cosa juzgada produce efectos 'erga omnes', lo cual significa que la decisión judicial en firme que haya declarado la nulidad de un acto administrativo, se hace extensiva a aquellos procesos en los cuales el acto demandado sea exactamente el mismo, independientemente de cuál sea la causa invocada para sustentar la nulidad deprecada"⁶⁵.

En punto de los efectos *erga omnes* relativos a los que se hizo referencia precedentemente, esta Corporación señaló que de acuerdo con el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo "*(...) si la decisión jurisdiccional es negativa, es decir si el acto demandado continúa vigente, la cosa juzgada se predica, únicamente de las causales de nulidad alegadas y del contenido del petitum que no prosperó. En consecuencia la norma puede ser demandada por otra causa y puede prosperar la pretensión, lo que quiere decir, que en tales aspectos la sentencia es inmutable, y por tanto, debe estarse a lo resuelto en la misma"*⁶⁶.

Ahora bien, descendiendo al caso en concreto, se advierte que mediante la providencia del 11 de noviembre de 2009⁶⁷ antes referida fue declarada la nulidad del párrafo 2° del artículo 54 Decreto 066 de 2008⁶⁸, lo cual evidencia la existencia de unidad de objeto con el presente trámite, de suerte que la nulidad declarada respecto de la disposición aludida tiene carácter vinculante e incidencia directa y determinante en la presente providencia, por lo cual la Sala reconoce la

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 21 de octubre de 2010, expediente 11001-03-25-000-2006-00388-00, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 22 de abril de 2004, expediente 2500-23-27-000-2000-1034-01 (13274). C.P. Germán Ayala Mantilla.

⁶⁷ La providencia fue notificada mediante edicto publicado el 11 de noviembre de 2009, cuyo término corrió entre el 3 y el 7 de diciembre de 2009.

⁶⁸ Dispuso, en efecto, la providencia mencionada: "*Primero. DECLARÁSE la nulidad del párrafo 2 del artículo 54 del decreto 066 de 2008, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia*".

existencia de cosa juzgada absoluta en relación con la norma referida, lo cual se reflejará en la parte resolutive de esta sentencia.

4.2. Cargo frente los ordinales 3º y 4º del artículo 66

4.2.1. En relación con el ordinal 3º, tal como se señaló precedentemente (*cfr. supra*, numeral 1.2.2.3) el demandante cifra su cuestionamiento de legalidad bajo dos supuestos de violación de normativa. Según el primero, la mentada disposición es contraria al artículo 273 de la Constitución Política, pues mientras ésta permite, únicamente, la evaluación de propuestas, aquella habilita la evaluación de los proponentes. De acuerdo con el segundo supuesto, el demandante considera que se transgrede el artículo 14 del Decreto 092 de 1998.

Frente al último de los argumentos enunciados, la Sala no puede menos que rechazarlo, al tiempo que subraya el grave desconocimiento que del medio de control utilizado evidencia el apoderado del demandante. En efecto, el Decreto 092 de 1998 “*por el cual se reglamenta la clasificación y calificación en el registro único de proponentes y se dictan otras disposiciones*”, es expedido, tal como se señala en su texto de manera explícita, en ejercicio de la potestad reglamentaria reconocida al Presidencia de la República en el ordinal 11º del artículo 189 de la Constitución Política, para reglamentar, no huelga reiterar, la clasificación y calificación en el registro único de proponentes. Esta simple circunstancia resulta suficiente para desechar, por impertinente, el cargo.

Además de lo indicado en su oportunidad sobre la potestad reglamentaria (*cfr. supra* numeral 1.3.), baste agregar la vigencia y prevalencia, dentro de la estructura de nuestro ordenamiento jurídico, del principio de la jerarquía normativa que no sólo se traduce en un ejercicio de verticalizar la importancia de las proposiciones normativas dentro del sistema dado su contenido, finalidad y efectos, sino que comporta una condición esencial en punto de la producción de tales proposiciones y, específicamente, de su validez en términos de capacidad para generar los efectos queridos o deseados por el órgano productor.

“Dado que, atento al carácter dinámico del derecho, una norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma; esta última configura el fundamento inmediato de validez de la primera. La relación entre la norma que regula la producción de otra norma, y la norma producida conforme a esa determinación, puede representarse mediante la

*imagen especial de la supra y subordinación. La norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es la norma inferior. El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta*⁶⁹.

En nuestro ordenamiento, sin embargo, el principio aludido no se encuentra establecido de manera expresa en disposición alguna, pero puede ser deducido de un cúmulo de ellas de manera llana y evidente. Así, de la Constitución Política adquiere significativa relevancia la declaración de la República como un Estado Social de Derecho (art. 1), en la que el Estado mismo se compromete a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2), la cual, para cualquier efecto, es norma de normas y la incompatibilidad entre sus disposiciones y otras de cualquier otro nivel, harán primar los designios trazados en aquéllas (art. 4). En los términos de la norma superior, además, corresponde al Congreso de la República expedir las leyes y al Gobierno Nacional ejercer la potestad reglamentaria para su cumplida ejecución (art. 189, núm. 11), lo cual supone una evidente sujeción de ésta facultad respecto de aquella otra reflejada en el quehacer legislativo. Por su parte la Ley 153 de 1887 reconoce la naturaleza reformativa de la Constitución, en tanto goza de la prevalencia suficiente para derogar la legislación a ella preexistente en tanto le sea contraria (art. 9) y advierte que la producción normativa del ejecutivo, en desarrollo de su potestad reglamentaria, goza de plena vigencia siempre que no contradiga los dictados constitucionales y legales (art. 12).

En punto del medio de control que motiva el asunto *sub examine*, lo indicado en precedencia, se refleja de manera prístina en lo señalado por el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, en tanto que la acción de nulidad procederá, entre otros eventos, cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, por manera que resulta abiertamente contrario al contenido y alcance de la acción de nulidad pretender sustentar un vicio de ilegalidad de una disposición por su contradicción con otra norma de su mismo nivel jerárquico.

⁶⁹ Kelsen, Hans. “Teoría Pura del Derecho”. Trad. Roberto Vernengo. Universidad Nacional Autónoma de México. 1ª Edición, México D.F., 1982. Pp. 232.

En cuanto al segundo supuesto alegado por el demandante con miras a la anulación de la disposición en comento, esto es, la infracción del artículo 273 de la carta política, resulta para la Sala necesario advertir, delantadamente, que la valoración de asuntos relativos a la experiencia del proponente o de los profesionales que se ocuparán de las actividades contratadas, cuando quiera que se esté ante un contrato de consultoría no es, de ninguna manera, tal como lo pusieron de presente las demandadas en sus excepciones, una definición adoptada por el Gobierno Nacional al momento de reglamentar el mentado tipo contractual ni la modalidad de contratación que permite, por regla general, su celebración, esto es, el concurso de méritos.

Para soportar lo señalado, resulta de la mayor pertinencia poner de presente lo indicado en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 20 de 2005 (Senado) y que luego se convirtió en la Ley 1150 de 2007, reformativa de la Ley 80 de 1993.

En primera instancia, al presentar las modalidades de contratación que se pretendían introducir con la reforma, las cuales, según lo indicado en la exposición⁷⁰, privilegiaban el objeto a contratar más que su cuantía, se señaló:

*“Se crea una nueva modalidad de selección denominada ‘Selección de Consultores’, pensada para aquellos casos en que la entidad requiere de la contratación de servicios especializados con alto contenido de trabajo intelectual y **en la que se busca crear las bases para que las entidades contraten las mejores ofertas privilegiando las condiciones técnicas de la propuesta y de experiencia y formación del oferente. Con este enfoque se pretende superar la tendencia que tanto daño ha hecho a la industria de la consultoría nacional, de evaluar las ofertas de "materia gris" con base en el precio, situación esta que lleva a pauperizar el ejercicio de las disciplinas intelectuales y a deteriorar la calidad del servicio que reciben las entidades estatales a este respecto, dentro de los cuales la labor de interventoría de obra sería un buen ejemplo**”.* (Resalta la Sala)

Posteriormente, en punto de los criterios de valoración de los ofrecimientos, se indicó en el texto en cita:

“En el artículo 5º y como complemento al rediseño de las modalidades de selección, se propone una nueva redacción y contenido para el deber de selección objetiva que tiene como objetivo principal la depuración de los factores de escogencia en los procesos de selección, de tal manera que se privilegien las condiciones técnicas y económicas de la oferta, y la valoración de las ofertas se concentre en dichos aspectos.

⁷⁰ Gaceta del Congreso 458 del 1º de agosto de 2005.

*“Las condiciones del oferente referidas a su capacidad administrativa y financiera, así como a su experiencia, no podrán ser utilizadas para darle un mayor puntaje. Serán simplemente factores habilitadores para la participación en un determinado proceso de selección, con lo cual se limitará la posibilidad de diseñar procesos ‘a la medida’ de proponentes determinados. **La única excepción a este criterio está constituida por la selección de consultores, en la que se reconoce la posibilidad de valorar la formación y experiencia del proponente, en razón al alto contenido intelectual que requiere el desarrollo de tales contratos**”.* (Resalta la Sala)

La Ley 1150 de 2007, terminó por disponer, en cuanto al cargo en estudio interesa, lo siguiente:

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

“(...

*“4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. **De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.***

“En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores”. (Resalta la Sala).

De todo lo anterior concluye la Sala que no resultaba ajeno a la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional y, de hecho, sugerida expresamente por la Ley, la indicación de las condiciones en las que se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo en tratándose de la realización de concursos de méritos. En este punto entendió el Legislador, como lo hace esta Sala, que la disposición constitucional cuya vulneración alega el demandante no limita la posibilidad de valorar, en sede de los procesos de contratación del Estado, las condiciones de experiencia del oferente y del personal que se propone para la ejecución del contrato, en tanto tal evaluación resulte relevante para el cumplimiento del objeto a contratar o, en cualquier caso, resulten permitentes conforme los juicios de razonabilidad y conveniencia que agoten tanto el Legislador como el Gobierno Nacional, cada uno dentro de su espectro

competencial, al momento de definir las vías para garantizar el cumplimiento de los altos fines del Estado mediante la gestión contractual pública.

En consecuencia de lo indicado esta Sala considera infundado el cargo formulado contra el ordinal 3º del artículo 66 del Decreto 066 de 2008

4.2.2. Señaló el actor que el ordinal 4º del artículo 66 del Decreto 066 de 2008 incurre en violación de la Ley pues establece que se consideran servicios de consultoría de origen nacional las propuestas en las que al menos un cincuenta por ciento (50%) del personal principal de la oferta sea de nacionalidad colombiana, lo cual contradice el artículo 22 de la Ley 842 de 2003 (*cfr. supra*, numeral 1.2.2.3).

Sobre el particular, advierte que la Sala que con lo regulado por el artículo demandado pretendió el Ejecutivo reglamentar lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 80 de 1993, en el que se señala:

“Artículo 21.- Del Tratamiento y Preferencia de las Ofertas Nacionales. Las entidades estatales garantizarán la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva que se utilice y siempre y cuando exista oferta de origen nacional.

“Cuando se trate de la ejecución de proyectos de inversión se dispondrá la desagregación tecnológica.

“En los contratos de empréstito y demás formas de financiamiento, distintos de los créditos de proveedores, se buscará que no se exija el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica, o que a ello se condicione el otorgamiento. Así mismo, se buscará incorporar condiciones que garanticen la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional.

“En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional.

“Para los oferentes extranjeros que se encuentren en igualdad de condiciones, se preferirá aquel que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica.

“El Consejo Superior de Comercio Exterior determinará el régimen vigente para las importaciones de las entidades estatales.

“Parágrafo 1º.- El Gobierno Nacional determinará que debe entenderse

por bienes y servicios de origen Nacional y de origen Extranjero y por desagregación tecnológica. *Corresponde también al Gobierno Nacional diseñar mecanismos que faciliten el conocimiento oportuno tanto de la oferta de bienes y servicios de origen nacional, como de la demanda de las entidades estatales.*

“Parágrafo 2º.- El Gobierno Nacional reglamentará el componente nacional al que deben someterse las entidades estatales, para garantizar la participación de las ofertas de bienes y servicios de origen nacional”. (Resalta la Sala).

De la norma cuya transcripción antecede se deriva la intención clara del legislador de privilegiar, bajo condiciones reguladas, las ofertas de origen nacional dentro de los procesos contractuales de la administración pública, con evidentes propósitos de fortalecimiento de la industria nacional y con la necesidad subsecuente, declarada explícitamente en la norma, de una definición puntual por el Gobierno Nacional de qué debe entenderse por bienes y servicios nacionales, en ejercicio de su potestad reglamentaria y con miras a la cumplida ejecución de la Ley.

Por otra parte, con La Ley 842 de 2003, *“por la cual se modifica la reglamentación del ejercicio de la ingeniería, de sus profesiones afines y de sus profesiones auxiliares, se adopta el Código de Ética Profesional y se dictan otras disposiciones”*, se tuvo por propósito establecer

“...los requisitos mínimos que se deben cumplir para ejercer una profesión, que por las implicaciones que desarrolla su eventual mal ejercicio, conlleva un riesgo social del cual se debe preservar a la ciudadanía, con la vigilancia e inspección que el Estado debe ejercer sobre los individuos que han optado por el ejercicio profesional de dichas actividades, sin que se infrinja el núcleo esencial del derecho al trabajo. Erige a rango legal el Código de Ética Profesional del ingeniero y de sus profesionales afines y auxiliares y el correspondiente Régimen Disciplinario. Define el ejercicio ilegal de la profesión y establece el control sobre los profesionales extranjeros que pretendan ejercer temporalmente en el país”⁷¹.

Con la mencionada Ley, en concreto, se buscó, de manera específica, la regulación estatal del ejercicio de la ingeniería y de sus profesiones afines y auxiliares dada la trascendencia e impacto de las mismas en la sociedad. Sin duda, con el cuerpo normativo aludido no sólo se controla su ejercicio sino que se procura por su fortalecimiento y protección, reflejo de lo cual es la norma cuya infracción sugiere el libelista y que por su virtud se limita la participación de profesionales extranjeros a un máximo de 20% del total de personal incorporado

⁷¹ Exposición de motivos, Gaceta del Congreso 361 del 2 de agosto de 2001.

para la realización de construcciones, consultorías, estudios, proyectos, cálculos, diseños, instalaciones, montajes, interventorías, asesorías y demás trabajos relacionados con el ejercicio de las profesiones a las que se refiere la mencionada ley, sin perjuicio de que tal porcentaje pueda incrementarse previa autorización del Ministerio de Trabajo.

Ahora bien, no puede desconocer la Sala que ambas normas, esto es, el artículo 21 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 22 de la Ley 842 de 2003 tienen por propósito proteger la industria nacional, pero también es evidente que tal finalidad se encuentra en espectros disímiles del ordenamiento jurídico, pues mientras la primera refiere a evaluación de propuestas en desarrollo de procesos de selección adelantados por la administración pública, la segunda refiere a la vinculación de ingenieros y profesionales afines proyectos relacionados con tales disciplinas.

De lo anterior se desprende, entonces, que bajo un criterio de conveniencia, que escapa al análisis de esta Corporación, el Gobierno Nacional consideró que ante el ofrecimiento de mínimo el 50% del personal principal colombiano dentro de una propuesta de consultoría ella debía considerarse de origen nacional, sin que por ello pueda afirmarse la violación de la norma aludida por el accionante pues, como se indicó, esta última tiene un campo de regulación diferente al de aquella. Por lo demás, si el objeto del contrato de consultoría de que se trate contempla actividades relacionadas con las profesiones reguladas en la Ley 842 de 2003, al margen del proceso de evaluación, el proponente y futuro contratista cargará con la obligación de dar estricto cumplimiento a lo señalado en su artículo 22, de suerte que el personal que ocupe en ellas deberá considerar los porcentajes fijados en el ley.

En consecuencia, la Sala desestimaré el cargo formulado.

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

F A L L A

PRIMERO.- DECLÁRASE la existencia de cosa juzgada en el presente asunto respecto del artículo parágrafo 2º del artículo 54 del Decreto 066 de 2008, de conformidad con lo dispuesto en el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2009 dentro del proceso radicado bajo el número 11001-03-26-000-2008-00018-00(35177).

SEGUNDO.- NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN
Magistrado

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA
Magistrado