

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / REGLAMENTO DEL CONSEJO DE ESTADO

La Sala es competente para conocer en única instancia de la presente demanda de nulidad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en concordancia con lo señalado en el artículo 13 del Acuerdo 80 de 2019 adoptado por la Sala Plena de esta Corporación

FUENTE FORMAL: C.P.A.C.A – ARTÍCULO 149 NUMERAL 1 / ACUERDO 80 DE 2019 – ARTÍCULO 13

PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA / APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO / APLICACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA LEY EN EL TIEMPO / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / CONTROL DE LEGALIDAD / ACTO ADMINISTRATIVO / VIGENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Vale precisar que, aunque los numerales 3, 4, 5 y 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015 enjuiciados bajo el sub lite, con posterioridad a la demanda fueron removidos del ordenamiento jurídico al entrar en vigencia el Decreto 399 del 13 de abril de 2021, cuyo artículo segundo modificó dicha disposición, ello no impide adelantar el examen de legalidad de que trata el medio de control de nulidad promovido, pues éste no está condicionado a la vigencia del acto, sino que se remonta a verificar sus elementos de origen en contraste con el ordenamiento jurídico, en un examen de legalidad objetiva.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1082 DE 2015 - ARTÍCULO 2.2.1.2.1.3.2 NUMERALES 3, 4, 5 Y 6 / DECRETO 399 DE 2021

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2007, exp. 11542, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de enero de 1991, exp. S-157, C.P. Gustavo Arrieta Padilla y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de abril de 2019, exp. 11001-03-26-000-2014-00135-00(52055), C.P. María Adriana Marín.

CONTROL DE LEGALIDAD / PRECIO / MEJOR OFERTA ECONÓMICA / DOCUMENTO / PROPUESTA DEL PROPONENTE / REQUISITOS HABILITANTES DEL PROPONENTE / ENTIDAD PÚBLICA / CONCURSO DE MÉRITOS / CONCURSO ABIERTO DE MÉRITOS / LISTA EN EL CONCURSO DE MÉRITOS CON PRECALIFICACIÓN / PUNTAJE DE CALIFICACIÓN EN CONCURSO DE MÉRITOS / FACTORES DE EVALUACIÓN DE PROPUESTAS/ CONSULTOR / MEJOR PROPUESTA / ENTIDAD ESTATAL / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA / PRINCIPIO DE ECONOMÍA DEL CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN PRECONTRACTUAL / PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN DEL GASTO PÚBLICO / RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD PÚBLICA / PRECIO / PRESENTACIÓN DE PROPUESTAS / PLIEGO DE CONDICIONES / FACTORES DE EVALUACIÓN DE PROPUESTAS / PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL EN MATERIA ECONÓMICA / PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD /

IMPROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD

[En relación con la ilegalidad del numeral 3 del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015] El actor cuestiona la legalidad de la disposición (...) pues de acuerdo con el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 en ningún caso el precio podrá ser factor de escogencia y, no obstante, tal prohibición, aduce que, al exigir la comparación entre la oferta económica y el valor estimado en los documentos previos, se termina involucrando el precio como factor de escogencia. Igualmente, señala que no se expresa qué sucede si la propuesta no está dentro del presupuesto, lo que, a su juicio, denota la ilegalidad de la norma en los apartes reprochados. (...) Más allá de los requisitos mínimos habilitantes que la entidad pública determine en orden a la habilitación de los proponentes, lo cierto es que en el concurso de méritos tanto en el sistema de concurso abierto como en el de las listas de precalificación la selección debe hacerse al proponente que acredite las capacidades intelectuales, de experiencia, e idoneidad del equipo, de manera que la evaluación final que se haga, refleje la puntuación de tales criterios, estableciendo así la mejor propuesta entre todas las calificadas. (...) [E]s ostensible que la evaluación de las propuestas en manera alguna considera el precio como un factor que otorgue puntaje, ya sea como criterio directo o indirecto de selección, máxime si se tiene en cuenta que las propuestas económicas son desconocidas en la fase de evaluación en tanto son entregadas en sobre aparte, justamente por ser ajenas a los factores de escogencia del consultor (...) [E]l actor reprocha que luego de definir la mejor propuesta, la norma acusada impusiera cotejar la oferta económica frente al valor estimado en los estudios previos, pues de esa manera el precio se terminaba convirtiendo en factor de escogencia. Para la Sala este análisis no es de recibo, pues lo que ordenaba el numeral 3 demandado era que la entidad estatal, frente a la propuesta seleccionada, procediera a, [revisar la oferta económica y verificar que está en el rango del valor estimado consignado en los documentos y estudios previos y del presupuesto asignado para el contrato]; mandato que no rebasó la prohibición de descartar el precio como factor de escogencia y, sí, por el contrario, es conforme con el ordenamiento jurídico. (...) A esta conclusión se arriba, al repasar con más detenimiento el procedimiento establecido para el concurso de méritos, el cual, no obstante, su especialidad, está sujeto a los principios que disciplinan la contratación estatal, entre ellos el de transparencia, economía y responsabilidad, por cuya virtud se afianza, a su turno, el principio de planeación. Estos postulados, imponen que previo a la apertura de un proceso de selección, incluido el concurso de méritos, la entidad pública haya tenido que adelantar todos los análisis y estudios relacionados con el objeto a contratar, su conveniencia, necesidad, análisis de mercado, modalidad de selección a utilizar y recursos públicos disponibles, entre otros aspectos. Todos ellos, determinan las bases, en este caso, del concurso, y marcan el interés general que envuelve la contratación, del que es parte fundamental la determinación del presupuesto oficial como medida de concreción del gasto público (...) [P]or esta vía, se da cumplimiento al principio de planeación presupuestal que la ley impone a las autoridades, en función de determinar la existencia de recursos y la afectación preliminar del presupuesto público, ante la eventual materialización del compromiso. (...) En efecto (...) de las normas en materia de contratación estatal, [se] advierte una importante distinción entre dos elementos, pues uno es el precio como factor de escogencia en los casos en que es posible considerarlo para calificar la mejor propuesta y otro, corresponde a la regla presupuestal que determina el marco de disponibilidad y afectación de recursos públicos, requisito autónomo que debe ser atendido bajo cualquier modalidad de selección. (...) [En el caso concreto] [D]esde los documentos y estudios previos la entidad puso en conocimiento del público el valor del presupuesto oficial estimado para el contrato, de forma que los

interesados saben desde el inicio el marco presupuestal en el que la entidad recibirá propuestas.(...) Ello no obsta para que, una vez sea publicado el proyecto de pliegos se presenten a la entidad observaciones de cualquier tipo, incluidos aspectos relacionados con una inadecuada estimación presupuestal que revelen una eventual insuficiencia en los estudios de mercado o del sector adelantados, y puedan llevar a requerir una nueva consideración. (...) [S]ubraya la Sala la importancia y responsabilidad de las entidades estatales de llevar a cabo una adecuada estimación de sus presupuestos en la etapa de planeación, en la que deben considerar las particularidades del objeto a contratar de acuerdo con el sector al que éste pertenece, y se haga su debida valoración a precios de mercado pues, de esta manera, se realiza el interés general a través de la colaboración de particulares expertos en la materia (...) [L]a estimación del presupuesto oficial (...) responde a los principios de la contratación estatal, y atiende el marco legal en materia de presupuesto público y sus afectaciones; de manera que las entidades estaban obligadas, y aún lo están, a publicar en los documentos previos el presupuesto oficial estimado, con el propósito de que los interesados pudieran conocer todas las reglas, requerimientos y aspectos necesarios para formular sus manifestaciones de interés, en función de la regla presupuestal. Así, conforme al numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.1.1 (...) cuando la modalidad de selección fuera el concurso de méritos procedía la publicación del presupuesto oficial del procedimiento, más no de las variables utilizadas para efectuar su cálculo. A partir de allí se daba continuidad a las etapas siguientes. (...) De esta forma, una vez presentadas las propuestas, éstas son objeto de verificación de los requisitos habilitantes en el caso del concurso abierto de méritos ya que cuando el concurso es con precalificación ya se ha surtido esta etapa en la fase de planeación. Luego se avanza a la etapa de calificación de ofertas, donde se evalúan todas ellas, asignando el puntaje que a cada una corresponda de conformidad con los criterios indicados en el respectivo pliego; esta fase concluye con la elaboración del informe final de evaluación a través del cual, después de surtir el periodo de contradicción, la entidad da a conocer la mejor propuesta.(...) En ese momento, habiendo sido objeto de calificación únicamente los factores señalados en la ley experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes corresponde a la entidad abrir la propuesta económica del mejor calificado, con el fin de efectuar su revisión y verificar que ésta no supere el presupuesto oficial, según lo consignado en los documentos y estudios previos. Lo anterior es concordante con el ordenamiento jurídico pues, en efecto, si antes no se podía considerar, ni siquiera abrir, la oferta económica, esta es la fase prevista para constatar su presentación y para verificar que no se vulnere el marco presupuestal disponible. (...) Para la Sala, la actividad de verificación que contenía el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 demandado, hace parte del adecuado ejercicio de la gestión pública contractual, pues allí (...) no solo se realizan los principios rectores de la contratación estatal y de la función administrativa, sino que, bajo el modelo de Estado Social de Derecho, que establece la intervención del Estado en la economía fundado en la realización del interés general, es un imperativo la aplicación del principio de sostenibilidad fiscal con el fin de alcanzar de manera progresiva los objetivos públicos de bienestar general, como lo prevé el marco constitucional en el artículo 334 superior, modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo 3 de 2011. (...) En perspectiva inversa, ignorar la existencia de las reglas de presupuesto y simplemente adjudicar a la propuesta mejor calificada sin considerar la adecuación de la oferta con el presupuesto oficial, redundaría, sin duda, en una violación de los mandatos legales y constitucionales indicados, de modo que, mal haría la Administración en comprometerse contractualmente frente a una propuesta que, aunque sea la mejor en términos de factores de escogencia, desborde los límites presupuestales y rompa así el principio de sostenibilidad fiscal. (...) Concluye la Sala que, conforme

a la estructura de esta modalidad de selección y la razonable secuencia de sus etapas habilitación y luego evaluación el adelantamiento de la actividad de verificación de la oferta frente al presupuesto oficial, no desconoce la prohibición legal contenida en el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pues no se trata de un factor de escogencia, como lo sugiere el demandante, sino que es expresión de la regla de presupuesto, aplicable conforme a la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico; razón por la cual el cargo de nulidad será negado.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 5 NUMERAL 4 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 25 NUMERALES 7.12 Y 13 / DECRETO 111 DE 1996 / LEY 38 DE 1989 / LEY 179 DE 1994 / LEY 225 DE 1995 – ARTÍCULO 71 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 30 / DECRETO 1082 DE 2015 - ARTÍCULO 2.2.1.1.2.1 NUMERAL 3 / DECRETO 1082 DE 2015 - ARTÍCULO 2.2.1.1.2.1 NUMERAL 4 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 334 / ACTO LEGISLATIVO 3 DE 2011 – ARTÍCULO 1

SOLICITUD DE NULIDAD / NULIDAD / PRECIO / PROPUESTA DEL PROPONENTE / EVALUACIÓN DE PROPUESTAS / FACTORES DE EVALUACIÓN DE PROPUESTAS / NEGOCIACIONES / CONCURSO DE MÉRITOS / LISTA EN EL CONCURSO DE MÉRITOS CON PRECALIFICACIÓN / PUNTAJE DE CALIFICACIÓN EN CONCURSO DE MÉRITOS / PROPUESTA DEL PROPONENTE / OFERTA / MEJOR PROPUESTA / MEJOR OFERTA ECONÓMICA / LICITACIÓN PÚBLICA / SELECCIÓN DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE / PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA / CONTRATO DE CONSULTORÍA / POTESTAD REGLAMENTARIA / EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / RAMA EJECUTIVA / PROPUESTA TÉCNICA DE LA OFERTA / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD

[Sobre la ilegalidad de los numerales 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015] (...) El reproche que formula el actor en ambos casos, se fundamenta, nuevamente, en la violación de la prohibición contenida en el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 al involucrar el precio como principal factor de escogencia, pues señala que, habiéndose realizado una evaluación de los factores de escogencia no existe motivo alguno para llevar a las partes a una negociación y a la suscripción de un acuerdo sobre el precio, porque ya se ha seleccionado un ganador que es el proponente que ocupó el primer orden de elegibilidad, lo que implica, a su vez, la vulneración del numeral 2 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 (...) De conformidad con el marco normativo que disciplina el concurso de méritos (...) se tiene que, la evaluación final que se obtiene al calificar los factores de escogencia determina el orden de elegibilidad de los proponentes; de manera que, la entidad, junto con el concursante mejor calificado, proceden a dar apertura a la propuesta económica respectiva, para determinar su existencia y conformidad con los parámetros señalados por la entidad, en orden a constatar que la misma no supere el presupuesto oficial. (...) Esta secuencia de pasos (...) es consistente y no contraviene el ordenamiento jurídico en los aspectos reprochados por el actor. (...) A primera vista, el artículo 4 luce como una prolongación del numeral 3 (...) que se habría ocupado de detallar cuál era el alcance que debía tener la revisión o verificación de la propuesta económica entre la entidad y el oferente calificado en primer lugar, lo que llevaría ab initio a validar, por la misma vía, la legalidad de esta disposición en los términos del numeral 3° ya analizado. Sin embargo, al efectuar el análisis que relaciona el contenido y la finalidad que se extrae de la norma, es posible advertir que las actividades de verificación que allí son determinadas sub numerales (i) al (iii) no son en sí

mismas objetivo de la revisión, como debieran ser, sino que se vinculan directamente a una fase negocial, posterior a la constatación de que la oferta económica esté en el rango del presupuesto oficial. (...) La distinción que se indica es relevante pues, al verificar la existencia de la oferta económica y que ésta no supere el rango de la regla presupuestal, no habría mayor controversia en sede de legalidad (...) [E]llo es, en efecto, lo que la Administración debe constatar a partir de su deber de revisar integralmente la propuesta considerada, es decir, en cumplimiento de las reglas de la licitación que determinan, entre otros, los aspectos centrales que debe contener la propuesta económica; actividad que, además, encuentra respaldo en el literal b), del artículo 24 de Ley 80 de 1993 donde el legislador establece que la Administración debe definir reglas objetivas, justas, claras y completas, y correlativamente exige que los ofrecimientos sean de la misma índole.(...) Sin embargo, llama la atención que las actividades descritas en el numeral 4 se planteen como un escenario de negociación del precio que, de una parte, desemboca en una etapa no prevista por el legislador alterando el procedimiento de selección; y por otra, termina convirtiendo al precio en factor definitorio de la decisión, en la medida que depende de la voluntad de las partes acordar un precio que se entienda conforme, cuando bastaba la constatación de que la oferta económica estuviera en el rango del presupuesto oficial para materializar la escogencia. (...) Así (...) el numeral 4 (...) revela el desconocimiento de los aspectos que fueron objeto del procedimiento de selección objetiva, comoquiera que desde los documentos previos y hasta los pliegos definitivos, el alcance del contrato de consultoría debe estar plenamente determinado, más allá de la naturaleza misma del concurso de méritos donde la creatividad y los créditos intelectuales y de experiencia, son definitorios. De allí la relevancia de una adecuada planeación contractual. (...) Por manera que, la subjetividad que agregó el reglamento al incorporar una fase de negociación respecto al alcance y el precio del contrato, expresada en los numerales 4 y 5 sub examen, es ajena a los factores de escogencia autorizados por la ley en el procedimiento del concurso de méritos, y contraría la prohibición contenida en el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 al involucrar el precio, finalmente, como variable de negociación y escogencia, lo que hace evidente el exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, que debe ser objeto de enmienda por vía de la nulidad. (...) La incorrección en que incurrió el ejecutivo condujo a una regresión en el tratamiento del concurso de méritos, puesto que el Decreto 1522 del 26 de mayo de 1983, reglamentario del Decreto Ley 222 de 1983, sí establecía una etapa de negociación con la propuesta técnica seleccionada (...) con el fin de determinar el valor del contrato y, en caso de no llegarse a un acuerdo, se seguiría tal negociación sucesivamente, según el orden de elegibilidad con que se hubiesen calificado las demás propuestas. Vale aclarar que esta pauta, posteriormente, se limitó a la verificación de consistencia entre los elementos de la propuesta técnica y su correspondencia con la propuesta económica, por cuya virtud se podían hacer clarificaciones y ajustes necesarios con estos puntuales fines (...) En este estado de cosas, teniendo en cuenta que el artículo 4 como el 5 que se analizan, desarrollan una fase de negociación y acuerdos –por demás cargada de subjetividad, a la que se oponen las reglas de la selección objetiva– y siendo tal etapa carente de soporte en la ley que disciplina el concurso de méritos, ambas disposiciones deben ser retiradas del ordenamiento jurídico por desconocer la prohibición del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y por establecer un procedimiento distinto al fijado en la ley en oposición a lo previsto en el numeral 2 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993. (...) Interesa aclarar a la Sala que, el numeral 4 será objeto de sanción de nulidad de forma completa.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 5 NUMERAL 4 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 25 NUMERAL 2 / DECRETO 1082 DE 2015 - ARTÍCULO

2.2.1.2.1.3.2. NUMERAL 4 Y 5 / LEY 80 DE 1993 -ARTÍCULO 25 NUMERAL 2 / DECRETO 1082 DE 2015 - ARTÍCULO 2.2.1.2.1.3.2. NUMERAL 3 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 24 LITERAL B / DECRETO 1522 DE 1983 / DECRETO LEY 222 DE 1983 / DECRETO 2474 DE 2008 – ARTÍCULO 71 / DECRETO 734 DE 2012 – ARTÍCULO 3.3.4.6

LICITACIÓN PÚBLICA / DECLARACIÓN DESIERTA DE LA LICITACIÓN / PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA / PROPUESTA DEL PROPONENTE / ADJUDICACIÓN DE CONTRATO / POTESTAD REGLAMENTARIA / EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / FACULTADES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN PRECONTRACTUAL / PLIEGO DE CONDICIONES / CONCURSO DE MÉRITOS / PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA / PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL / PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA / PLIEGO DE CONDICIONES / MEDIDAS CAUTELARES / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / SUSTRACCIÓN DE MATERIA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

[Atinente a la ilegalidad del numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2.del Decreto 1082 de 2015] Sostiene el actor que esta disposición infringe el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el cual, sólo autoriza la declaratoria de desierta de la licitación por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva; de manera que, existiendo otros proponentes en la lista de elegibles, el reglamento no puede cercenar la posibilidad de adjudicar el contrato al agotar el segundo orden de elegibilidad.(...) Sobre la potestad reglamentaria, de cuyo exceso se queja el actor, hay que señalar que ésta, entendida como la facultad conferida al Presidente de la República de expedir normas de origen administrativo con carácter general, tiene por finalidad posibilitar el efectivo cumplimiento de la ley, tal como lo establece el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política. Resulta entonces que los actos reglamentarios, como normas jurídicas en sentido formal y material, se encuentran subordinados al marco legal que desarrollan, de modo que la voluntad administrativa así expedida no puede más que garantizar la cumplida y estricta ejecución de la ley, en tanto esta última expresa la voluntad general objeto de representación popular, de cara a la supremacía normativa que impera en nuestro ordenamiento jurídico. (...) Es así como, la actividad reglamentaria carece de aptitud para derogar, modificar, subrogar, o limitar el alcance o sentido del precepto legal que desarrolla, de modo que los linderos constitucionales que definen esta potestad se sobrepasan cuando se contradice la ley o se intenta suplir la voluntad del legislador, pues esto se opone a su desarrollo; por tanto, no puede el Gobierno Nacional, sin incurrir en extralimitación, restringir o hacer parcial el mandato legal, pues le está vedado cercenar lo expresamente establecido en la ley, o el efecto que de ella se desprenda. (...) Dicho lo anterior, la declaratoria de desierto de un proceso de selección se encuentra prevista en el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el cual atribuye un carácter excepcional a esta figura dentro del itinerario precontractual, pues, como lo relata el texto normativo, tal evento únicamente procede ante la imposibilidad de efectuar una escogencia objetiva (...) Viene bien señalar que, esta forma de terminar el procedimiento de selección, obra como excepción al propósito de adjudicación en que las modalidades de escogencia se fundan, comoquiera que, en una secuencia lógica, el despliegue de la actividad de planeación –esto es, el análisis de la necesidad a suplir, los estudios del sector, la valoración de mercado, la determinación del presupuesto y su disponibilidad, las autorizaciones requeridas para adelantar la escogencia, la definición de los

elementos y alcance del pretendido contrato, entre otros aspectos— son los eslabones de orden técnico, jurídico y financiero en la cadena de la gestión pública contractual, que apuntan a la celebración del contrato como instrumento de realización del interés general. La fidelidad de tales propósitos encuentra, precisamente, en el acto de adjudicación, la materialización del principio de selección objetiva y, por lo mismo, la declaratoria de desierta se erige en una excepción de ultima ratio autorizada por el legislador solo ante los eventos en que se hace imposible seguir el rumbo de la adjudicación —punto óptimo de culminación del procedimiento de escogencia, en orden a la selección objetiva (...) Cierto como es, que las reglas de los pliegos de condiciones apuntan a la adjudicación del contrato, se torna forzoso que los criterios establecidos por la entidad se orienten a la escogencia objetiva del contratista y, por esta misma vía, a evitar la declaratoria de desierto del procedimiento; objetivo que encuentra respaldo en los literales d) y e) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que establece que las reglas de adjudicación deben ser posibles de cumplir. En otras palabras, los requerimientos precontractuales deben ser diseñados para adelantar procesos cuya información clara, suficiente y real posibilite su cumplimiento y, así, la satisfacción de la necesidad pública a ser atendida. Evidentemente, ningún sentido tendría que la Administración llenara de imposibles los pliegos y sus requerimientos, y para ello avanzara en una gestión ineficiente que se ocupara más de las formas de declaratoria de desierta que de los requisitos para llegar al propósito contractual. (...) La Sala destaca que la arquitectura de los presupuestos de selección — en función de su alcance y contenido— traza la línea que define la procedencia o no de la selección objetiva, esto es, la aplicación de la regla (adjudicación) o la configuración de la excepción (declaratoria de desierto del procedimiento). (...) [E]l numeral 6 acusado, al establecer una causal específica de declaratoria de desierta para el concurso de méritos, estableció una distinción que el legislador no hizo; de hecho, trajo al reglamento una posición que fue abandonada con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 que, como se acaba de señalar, descartó como hilo de la construcción normativa la elaboración de causales puntuales de declaratoria de desierta y, en su lugar, señaló que la Administración quedaba atada a un único criterio, el de la selección objetiva, sin eventos particulares asociados; de esta forma, se previno que se abrieran compuertas de interpretación a propósito de la definición de causales que, a la postre, podían conducir a cercenar la finalidad de la adjudicación. (...) Este contexto revela que la norma acusada desbordó los límites fijados en el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, lo cual sería criterio de razón suficiente para declarar la nulidad del mencionado precepto, de cara a la contravención del reglamento frente a la norma que le sirve de base. No obstante, la Sala no puede dejar de advertir que la norma reprochada, además, es enteramente contraria a las finalidades inherentes al procedimiento de selección de contratistas pues, el escueto límite fijado para la escogencia del mejor proponente en el concurso de méritos, en función exclusiva del orden de elegibilidad, que agota la posibilidad de realizar la función pública precontractual en el segundo lugar de escogencia, nada dice en relación con los principios de transparencia, economía y selección objetiva, y sí, por el contrario, se antoja caprichosa y desprovista de contenido legal. (...) A propósito de lo anterior, y siendo como es que la Administración debe establecer reglas objetivas, justas, claras y completas al confeccionar las reglas de participación y escogencia, serán tales requisitos los que definen la procedencia o no de la selección objetiva del concursante. De modo que, si conforme a tales requerimientos, la lista y el orden de elegibilidad queda conformada por más de dos proponentes que cumplen con tales condicionamientos, se impone la adjudicación en dicho orden, y no la declaratoria de desierta pues, esta última consecuencia, haría incongruente la hipótesis legal en que se autoriza excepcionalmente tal declaratoria (núm. 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993),

con el efecto que desata el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015, al clausurar como desierto un proceso de selección, aun cuando sus partícipes cumplen los requisitos que la misma Administración dispuso, según los rangos máximos y mínimos definidos en los pliegos. De esta manera, la Sala ratifica las consideraciones bajo las cuales fue decretada la medida cautelar de suspensión del numeral que ahora se analiza (...) Concluye la Sala, entonces, que le asiste razón al actor respecto de la infracción de la norma legal invocada, de manera que, por las razones expuestas, se declarará la nulidad del numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015 y, por sustracción de materia, la Sala se releva de avanzar frente a la segunda norma en que se fundó el cargo de nulidad (art. 5, numeral 4 de la ley 1150 de 2007) por carecer de materialidad sobre la cual fallar.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 222 DE 1983 – ARTÍCULO 42 / LEY 80 DE 1993 / Decreto 1082 de 2015 - artículo 2.2.1.2.1.3.2 NUMERAL 6 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 25 NUMERAL 18 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 189 NUMERAL 11 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 24 LITERAL D Y E / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 5 NUMERAL 4

NOTA DE RELATORÍA: Con relación al tema, ver, Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 23 de noviembre de 2020, exp. 11001-03-26-000-2016-00015-00 (56165) C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de mayo de 2016, exp. 25000-23-26-000-1999-01852-02(33126), C.P. Ramiro Pazos Guerrero y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2013, exp. 24059, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1082 DE 2015 (25 de mayo) DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN - ARTÍCULO 2.2.1.2.1.3.2 NUMERALES 4, 5 Y 6 (Decreta nulidad) / DECRETO 1082 DE 2015 (25 de mayo) DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN - ARTÍCULO 2.2.1.2.1.3.2 NUMERAL 3 (Niega la solicitud de nulidad)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00061-00(61463)

Actor: DANIEL PÉREZ CABRA Y OTRO

Demandado: NACIÓN – DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD (APELACIÓN SENTENCIA)

Asunto Sentencia de única instancia

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado a decidir, en única instancia, el medio de control de nulidad promovido contra el artículo 2.2.1.2.1.3.2, parcial, del Decreto 1082 de 2015

“por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”.

Como fundamento de ilegalidad, el demandante expuso que el Gobierno excedió la potestad reglamentaria al incluir en la norma acusada, el precio como factor de escogencia en la modalidad de selección por concurso de méritos, en contravía de una prohibición expresa de la ley; y, en tanto, introdujo una regla que conlleva a la declaratoria de desierto del proceso, en oposición al principio de selección objetiva y sin base legal que lo sustente.

I. **ANTECEDENTES**

La demanda

1. El 30 de abril de 2018¹, los ciudadanos Daniel Pérez Cabra y Nicolle Valentina Sáenz, presentaron demanda en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 137 del CPACA, contra la Nación – Departamento Nacional de Planeación con el fin de que se accediera a la siguiente pretensión: *“Declárese la nulidad del artículo 2.2.1.2.1.3.2 en sus numerales 3°, 4°, 5°, 6° del Decreto 1082 de 2015”*

2. La norma demandada es del siguiente tenor –se subrayan los numerales acusados–:

“Artículo 2.2.1.2.1.3.2. Procedimiento del concurso de méritos. Además de las reglas generales previstas en la ley y en el presente título, las siguientes reglas son aplicables al concurso de méritos abierto o con precalificación:

(...)

3. La entidad estatal debe revisar la oferta económica y verificar que está en el rango del valor estimado consignado en los documentos y estudios previos y del presupuesto asignado para el contrato.

4. La entidad estatal debe revisar con el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad la coherencia y consistencia entre: i) la necesidad identificada por la

¹ Fl. 1 al 10 c. ppal.

entidad estatal y el alcance de la oferta; ii) la consultoría ofrecida y el precio ofrecido, y iii) el precio ofrecido y la disponibilidad presupuestal del respectivo proceso de contratación. Si la entidad estatal y el oferente llegan a un acuerdo sobre el alcance y el valor del contrato, dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato.

5. Si la entidad estatal y el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo dejarán constancia de ello y la entidad estatal revisará con el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad los aspectos a los que se refiere el numeral anterior. Si la entidad estatal y el oferente llegan a un acuerdo dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato.

6. Si la entidad estatal y el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo, la entidad estatal debe declarar desierto el proceso de contratación”.

3. Al sustentar el concepto de la violación, los demandantes plantearon, en síntesis, los siguientes argumentos –los cuales, por fines metodológicos, serán profundizados en el análisis relacionado con cada cargo formulado–. Señalaron que el Gobierno se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria en cada uno de los apartes demandados, así:

3.1. Respecto de los numerales 3°, 4° y 5°, aducen que se viola el numeral 4° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 al haber incluido como factor de escogencia el precio, cuando la ley dispone que “[e]n ningún caso se podrá incluir el precio como factor de escogencia para la selección de consultores”; lo cual, además, transgrede las reglas del pliego y la selección objetiva al promoverse una segunda evaluación donde el factor relacionado con el precio es determinante.

Sostienen que con esta regulación se vulnera, además, el numeral 2 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que expresa que “*las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos (...)*”

3.2. En relación con el numeral 6° de la norma acusada, indican que infringe el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que sólo autoriza la declaratoria de desierto de la licitación por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva; de manera que, existiendo otros proponentes en la lista de elegibles, el reglamento no puede cercenar la posibilidad de adjudicar el contrato al agotar el segundo orden de elegibilidad.

Suspensión provisional

4. La parte demandante solicitó que se decretara la medida cautelar de suspensión provisional de las normas demandadas.

En auto del 20 de febrero de 2019², proferido por el entonces ponente del proceso, fueron suspendidos de manera provisional los numerales 3, 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015, con fundamento en que la naturaleza y

² Fl. 22 a 29 –ambas caras– del cuaderno de medidas cautelares.

fines del concurso de méritos, al estar orientada al desarrollo de una actividad intelectual o creativa, premia los atributos intelectuales y la experiencia del proponente sin que el precio de la oferta pueda ser factor determinante para su escogencia. Frente al numeral 6 de dicha norma, dispuso estarse a lo resuelto en auto del 25 de julio de 2018, expediente 56165³, en el cual ya se había ordenado su suspensión provisional.

Contestación de la demanda

5. Admitida la demanda⁴ y surtida la etapa de notificaciones⁵, el Departamento Nacional de Planeación contestó la demanda⁶ y, en su defensa, esgrimió, en síntesis, los siguientes planteamientos:

5.1. Las normas acusadas relacionadas con el precio no consagran una condición de prevalencia, ni se introdujo un factor de selección por la oferta económica, sino que es apenas natural verificar que las propuestas presentadas se encuentren dentro del presupuesto asignado. Agrega que no existe una segunda evaluación, sino que se valida la información con el proponente situado en el primer orden de elegibilidad y se coordinan todos los aspectos de la oferta y su ejecución, llegando así a un acuerdo en el que constan las consideraciones de las partes. Subraya que la selección objetiva en el concurso de méritos depende exclusivamente de factores técnicos y de experiencia, de modo que no resulta razonable escoger proponentes situados más allá del segundo orden de elegibilidad, pues ellos no serían los mejores calificados.

5.2. Por otro lado, afirma que el Gobierno nacional no creó una causal de declaratoria de desierta en el numeral 6 de la norma acusada, sino que precisó uno de los eventos en que no es posible realizar la selección objetiva en el marco de un proceso de contratación bajo la modalidad de concurso de méritos, pues conforme al núm. 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 la declaratoria de desierta únicamente procederá *por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva* y, en este caso, fue el reglamento el que definió una de tales causas.

Audiencia inicial

6. Siendo el objeto de la controversia un asunto de puro derecho –en tanto se cuestiona el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno nacional– el Despacho, mediante auto proferido el 22 de octubre de 2020, en aplicación del artículo 13 del Decreto 806 de 2020, prescindió de la audiencia inicial en este asunto y corrió traslado para alegar de conclusión en los términos del inciso final del artículo 181 del CPACA.

Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

³ Auto proferido bajo el Exp. 11001-03-26-000-2016-00015-00 (56165) A, Magistrada Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.

⁴ Fl. 19 del c. ppal. Admisión del 11 de octubre de 2018.

⁵ Fl. 19 –reverso– a folio 22 c. ppal.

⁶ Fl. 23 a 26 –ambas caras– c. ppal.

7. Tanto el actor⁷ como la demandada⁸ hicieron uso de esta etapa procesal de manera oportuna, y reiteraron los planteamientos esgrimidos en el libelo introductorio y en su contestación.

8. El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

Competencia de la Sala

9. La Sala es competente para conocer en única instancia de la presente demanda de nulidad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁹ en concordancia con lo señalado en el artículo 13 del Acuerdo 80 de 2019 adoptado por la Sala Plena de esta Corporación¹⁰.

10. Vale precisar que, aunque los numerales 3, 4, 5 y 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015 enjuiciados bajo el *sub lite*, con posterioridad a la demanda fueron removidos del ordenamiento jurídico al entrar en vigencia el Decreto 399 del 13 de abril de 2021, cuyo artículo segundo modificó dicha disposición, ello no impide adelantar el examen de legalidad de que trata el medio de control de nulidad promovido, pues éste no está condicionado a la vigencia del acto, sino que se remonta a verificar sus elementos de origen en contraste con el ordenamiento jurídico, en un examen de legalidad objetiva, tal como lo ha reiterado en múltiples ocasiones esta Corporación, al afirmar:

“La circunstancia de 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 nacimiento¹¹, tal como lo ha reiterado la Corporación desde la providencia del 14 de enero de 1991¹²”¹³.

⁷ Conforme al aplicativo SAMAI, se registra alegatos del demandante 01/12/2020, en 5 folios.

⁸ Se registra alegatos del demandado el 03/12/2020, en 7 folios, vía correo electrónico de la Secretaría.

⁹ “ARTÍCULO 149. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA.

El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden. (...).”

¹⁰ ARTÍCULO 13.- DISTRIBUCIÓN DE LOS PROCESOS ENTRE LAS SECCIONES. Para efectos de repartimiento, los asuntos de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así: (...)

Sección Tercera: 1. Los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros (...)

¹¹ Nota original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2007, expediente 11542, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹² Nota original: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de enero de 1991, expediente S-157, C.P. Gustavo Arrieta Padilla.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de abril de 2019, radicación 11001-03-26-000-2014-00135-00(52055), Consejera Ponente: María Adriana Marín.

Motivación de la sentencia

11. Teniendo en cuenta que el reproche que plantea el actor está dirigido a cuestionar la legalidad de los numerales 3, 4, 5 y 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015, como parte del “*procedimiento del concurso de méritos*”, corresponde a la Sala determinar si dichas disposiciones son contrarias al marco legal que disciplina dicha modalidad de selección, o si ellas se ajustan al ordenamiento jurídico en su alcance y contenido, y son producto del adecuado ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno nacional.

12. Para avanzar en el examen propuesto, la Sala examinará los cargos formulados por el actor en dos capítulos principales, en el primero abordará el origen, naturaleza y finalidades de la modalidad de selección por concurso de méritos, para luego, en segundo lugar, pronunciarse sobre los reproches de ilegalidad formulados por el actor respecto de tales disposiciones.

El concurso de méritos

- *Antecedentes y marco legal*

13. En la evolución de la sociedad y las diversas formas de suplir sus necesidades, se han puesto en marcha diversos modelos económicos que, con la pretensión de hacer compatibles las fuentes generadoras de riqueza en conjunto con el desarrollo social, han llevado a determinar un mayor o menor grado de injerencia del Estado en las actividades productivas, en función de conciliar la iniciativa privada con los intereses de la sociedad.

14. Esta balanza, que determina el papel que asume el Estado en la economía y, a su turno, se proyecta en las diferentes formas en que se suplen las necesidades y se garantizan los derechos de los individuos, encuentra su punto de equilibrio en el concepto del *interés general*, el cual fue plantado en la Carta Política de 1991 como criterio fundante del Estado Social de Derecho¹⁴, en tanto se constituye como medida de concreción del bien común en la sociedad.

15. Así, las diferentes manifestaciones del poder público, vinculadas a las bases del modelo adoptado, denotan que éste —el *Estado social de derecho*— lejos de ser un concepto estático referido al sistema jurídico y político adoptado por el Constituyente, lo que hace, en una dinámica de principios, es explicar la relación que se construye entre el Estado y los asociados.

Tal relacionamiento pone en evidencia, por una parte, el reconocimiento de un sistema normativo ceñido a *derecho*, predicable de las autoridades públicas y de los individuos, que se halla edificado sobre valores fundamentales como son, entre otros, la libertad, la igualdad, la dignidad humana y la solidaridad; y, por otra parte, bajo el concepto *social* del Estado, se afirma la prevalencia del interés general en

¹⁴ El artículo 1° de la Carta Política, establece: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

la actividad pública, en procura de ofrecer garantías básicas a todos los administrados para el mejor disfrute de sus derechos –por supuesto, en conjunto con las obligaciones y deberes que correlativamente surgen a su cargo–.

16. Así acontece con el ejercicio de la función administrativa, la cual, traída al marco de la actividad contractual, se presenta como una de las formas de gestión pública para la realización del interés general, en orden a la atención de múltiples y diversas necesidades de la colectividad que se encuentran a cargo del Estado; todo con apego al ordenamiento jurídico y, en éste, a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad que prevé el artículo 209 Constitucional como parámetros que determinan el ejercicio de esta función.

17. Por ello, en línea del interés general, el Estado ha determinado las necesidades y sectores destinatarios del gasto público –v. gr. educación, salud, vivienda, infraestructura–; de manera que, bajo el modelo acogido, si bien se promueve el desarrollo económico a través de la generación de bienes y la prestación de servicios de iniciativa privada, también se reconoce la existencia de un catálogo de bienes, obras y servicios que el Estado debe proveer, en los casos en que es titular de esa obligación; siendo este último escenario donde los mecanismos de contratación estatal resultan ser los protagonistas.

18. De este modo, la versatilidad que entraña el contrato estatal para la atención de las múltiples y variadas tareas que tiene a su cargo la Administración, encuentra en la colaboración de los particulares la fórmula de una gestión eficiente –tanto en términos financieros como de ejecución estratégica– al obtener de aquellos la experiencia, conocimiento, ventajas de negociación y posicionamiento en un sector o mercado específico, en una relación comercial de recíproco beneficio, bajo la cual se realiza el interés general.

19. Para alcanzar tales propósitos, el estatuto de contratación pública tiene establecidas unas modalidades de selección de contratistas que permiten determinar la ruta de escogencia de la propuesta más favorable a los intereses del Estado que, en términos generales, se define según (i) las características del objeto, (ii) la función y el fin perseguido con la futura contratación, o (iii) por la cuantía, constituyéndose estos mecanismos en una forma o procedimiento que admite múltiples contenidos, según la necesidad que se pretende suplir.

Al lado de lo anterior, se resalta el carácter inmodificable que reviste cada una de tales modalidades, pues según lo preceptúa el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, está “*prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva*”; mandato que afirma la relación de medio a fin, insoluble, entre el proceso de selección y el respectivo contrato.

20. En este contexto, el legislador asignó a la licitación pública el carácter de regla general para la escogencia de la mejor propuesta, al igual que halló necesaria la determinación de unas subreglas en las que incorporó otros mecanismos con los cuales completó, en cinco, las modalidades de selección de

contratistas disponibles en el ordenamiento jurídico, a saber: (i) la licitación pública; (ii) la selección abreviada; (iii) el concurso de méritos, (iv) la contratación directa; y (v) la mínima cuantía –todo de conformidad con el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011–.

Vale destacar que esta categorización, materializa, entre otros, el principio que prevé el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que señala que “[e]s objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca”; lo anterior, en la medida que, a través de cada uno de los mecanismos de selección se perfilan los criterios que conducen a la elección de la mejor propuesta según la necesidad a ser atendida, sin que su utilización quede a discreción de la Administración, debido al contenido de legalidad que ata el procedimiento de selección a los principios de la contratación estatal; así, en unos casos, lo determinante es el precio, en otros, la calidad y, en otros más, se acudirá a la ponderación de variables.

21. Como atrás se indicó, de estos procedimientos hace parte el concurso de méritos, el cual, de conformidad con el numeral 3° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 es la modalidad prevista para la selección de *consultores o proyectos*. Al respecto, dispone la norma en cita lo siguiente:

“Artículo 2o. 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: (...)

3. Concurso de méritos. *Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes mediante resolución motivada, que se entenderá notificada en estrados a los interesados, en la audiencia pública de conformación de la lista, utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.*

De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, en desarrollo de estos procesos de selección, las propuestas técnicas o de proyectos podrán ser presentadas en forma anónima ante un jurado plural, impar deliberante y calificado.”

22. En estos términos, el procedimiento de selección quedó asociado a un tipo contractual, consultoría, lo que explica que en estos casos la propuesta más favorable sea aquella que se defina en consideración a las calidades técnicas e intelectuales del concursante pues, por las finalidades públicas de tales encargos –estudios, diseños, proyectos, entre otros– el componente intelectual se constituye en el factor decisivo de la selección.

23. Precisamente, al analizar el alcance del contrato de consultoría como objeto del concurso de méritos, la Ley 80 de 1993 en el numeral 2° del artículo 32 definió las actividades a las que se refiere este tipo de contrato:

“Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos”.

24. De manera que la especialidad de estas actividades, se replica y tiene eco en la singularidad que, así mismo, tiene atribuido el concurso de méritos, pues este procedimiento recoge los elementos centrales que orientan la elección del proponente con las calidades profesionales, de experiencia, académicas, técnicas, y demás relevantes a los fines de la contratación, en procura de obtener los mejores y más confiables estudios, proyectos, asesorías y diseños, en los cuales se soporta el obrar de la Administración y se hace más eficiente la inversión del gasto público.

25. Ya de tiempo atrás se había considerado al concurso de méritos como el mecanismo idóneo para la escogencia de consultores, tal como se registra en el Decreto 150 del 27 de enero de 1976¹⁵, en cuyo artículo 71 se estableció este procedimiento para la adjudicación de las actividades inherentes a la consultoría, pues allí se estableció que *“(l)os contratos que se refieran a la ejecución de estudios, planos, anteproyectos, proyectos, asesoría, coordinación o dirección técnica, localización de obras, programación y ejercicio de la interventoría de cuantía igual o superior a quinientos mil pesos (\$500.000.00), deberán adjudicarse mediante concurso de méritos. Este consistirá en la invitación pública o privada, según lo determine el reglamento, para formular propuestas y deberá ser adjudicado al proponente inscrito que demuestre estar mejor calificado, ponderando además su capacidad técnica, experiencia y organización para el servicio profesional de que se trate y teniendo en cuenta la equitativa distribución de los negocios (...)”* (resaltado añadido).

26. Respecto al valor de tales actividades, dicha norma previó, como regla general, el pacto de honorarios conforme a las tarifas de las asociaciones profesionales que tuvieran el carácter de cuerpo consultivo del Gobierno; en su defecto señaló que las partes podrían acordar una suma global fija, o definir un porcentaje sobre el costo final de la obra o del estudio; o *“cualquier otro sistema técnico que sobre bases ciertas permita determinar su valor”.*

27. Posteriormente, el artículo 39 del Decreto – Ley 222 de 1983 incorporó, en las normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas, al concurso de méritos, precisando que éste era el mecanismo bajo el cual debían adjudicarse los contratos de consultoría; y definió a aquel como *“la invitación*

¹⁵ *“Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas*

pública o privada, según lo determine el reglamento, para formular propuestas y deberá ser adjudicado al proponente inscrito que demuestre estar mejor calificado, ponderando además su capacidad técnica, experiencia y organización para el servicio profesional de que se trate y teniendo en cuenta la equitativa distribución de los negocios. Cuando su cuantía fuere inferior a cinco millones de pesos (\$5.000.000.00) o el Consejo de Ministros lo considere conveniente, estos contratos podrán adjudicarse directamente. (...)

Como se observa, bajo esta normativa se mantuvieron los elementos cardinales de escogencia de las actividades de consultoría, y se replicó la forma en que se debían pactar los honorarios tal como lo preveía el Decreto 150 de 1976¹⁶.

28. Con el Decreto 1522 del 26 de mayo de 1983, se reglamentó, entre otras materias, el concurso de méritos, norma que con detalle se refirió a las bases, coordinación, plazo del concurso público y privado de méritos, jurados, premios (arts. 16 al 27). A la par, se definieron reglas relacionadas con la *evaluación de las propuestas técnicas*, cuyo contenido determinó, respecto de la calificación y orden de elegibilidad, lo siguiente:

“Artículo 30. Evaluación de las propuestas técnicas.

Las propuestas técnicas serán calificadas por un Comité Técnico designado por el jefe de la entidad contratante (...)

El Comité Calificador evaluará las propuestas, calificará los aspectos técnicos contenidos en ellas y establecerá un orden de elegibilidad que refleje las condiciones también técnicas de las propuestas. Se consideran equivalentes las propuestas que difieran máximo en un cinco por ciento (5%) del máximo puntaje obtenido.

El jefe de la entidad aprobará mediante resolución motivada el orden de elegibilidad técnica presentado por los calificadores. (...)”

29. El citado reglamento estableció que se llegaría a una etapa de negociación con la propuesta técnica seleccionada, con el propósito de determinar el valor del contrato y, en caso de no llegarse a un acuerdo se seguiría tal negociación sucesivamente, según el orden de elegibilidad con que se hubiesen calificado las demás propuestas. Al respecto establecía la norma:

“Artículo 31. Determinación del valor del contrato.

Para la determinación del valor del contrato, el jefe de la entidad procederá a abrir, en presencia del proponente, la propuesta económica correspondiente a la propuesta técnica seleccionada e iniciará la negociación económica.

¹⁶ El Decreto Ley 222 de 1983, al respecto dispuso: “Los honorarios se fijarán de acuerdo con las tarifas que, con aprobación previa del Gobierno Nacional, establezcan las asociaciones profesionales que tengan el carácter de cuerpo consultivo del Gobierno y, en su defecto, las partes acordarán una suma global fija, un porcentaje sobre el costo final de la obra o del estudio o cualquier otro sistema técnico que sobre bases ciertas permita determinar su valor”.

En caso de no llegarse a un acuerdo, se continuará la negociación siguiendo el orden de elegibilidad establecido en el concurso.

En todo caso de desacuerdo en cuanto al valor del contrato, se dejará constancia de ello mediante acta que suscribirán las partes intervinientes.”

“Artículo 32. Deserción del concurso.

Si no fuere posible el acuerdo económico con alguno de los proponentes elegibles, el jefe del organismo declarará desierto el concurso mediante resolución motivada que debe dictarse dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de la última acta de desacuerdo, so pena de incurrir en causal de mala conducta. (...)”

30. con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, que derogó entre otros el Decreto Ley 222 de 1983, según dispuso el artículo 81 de ese estatuto¹⁷, el legislador definió a la *“licitación pública o concurso”* como el mecanismo de preferencia para llegar al contrato estatal, es decir, como procedimiento general de toda contratación de la Administración pública. Y, al lado de esta regla, el numeral 1 del artículo 24 ídem previó como excepción a dicho procedimiento, aquellos eventos en los cuales la norma autorizaba la contratación directa –tal como lo registra su texto original–.

31. Precisamente la expresión *–licitación pública o concurso–* utilizada por el legislador a lo largo de este estatuto, partía de la mencionada regla estableciendo una relación de género a especie, en la cual, el procedimiento de selección para la contratación era la licitación pública, pero, *“[c]uando el objeto consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública”*, todo de conformidad con el párrafo del artículo 30 de la citada normatividad que desarrolló *“la estructura de los procedimientos de selección”*. Así, aunque la ley no tipificó el denominado *“concurso de méritos”*, como lo hacían las normas que lo antecedieron, previó esta modalidad en punto a la distinción del objeto a contratar; de tal forma que, en una interpretación sistemática de dicho estatuto, esa tipificación quedó vinculada al contrato de consultoría –numeral 2° del artículo 32 ídem– llenando de contenido la subregla referida al concurso.

32. Conforme a esta particularidad, las calidades personales, intelectuales y de experiencia seguían siendo aspecto medular en la escogencia de consultores; sin embargo, bajo la estructura general de la licitación a la que estaba plegado el concurso, no se excluyó al precio como factor de selección, de manera que la industria de la consultoría nacional, como lo revela la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007, resintió que se evaluaran propuestas de consultores con base en el precio, el cual terminó siendo el criterio determinante de la escogencia, en detrimento de la calidad que era realmente el objeto a contratar en estos casos.

¹⁷ *“ARTÍCULO 81. DE LA DEROGATORIA Y DE LA VIGENCIA. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados el Decreto ley 2248 de 1972; la Ley 19 de 1982; el Decreto ley 222 de 1983, excepción hecha de los artículos 108, 109, 110, 111, 112 y 113; (...)*”

33. En efecto, el Proyecto de Ley 20 de 2005 (Senado), que se convirtió en la Ley 1150 de 2007 por la cual se introdujeron “medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”, registra entre sus motivaciones, la siguiente:

“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 ésta 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”¹⁸.

34. En línea con lo anterior, esta reforma trajo consigo modificaciones relacionadas con los criterios de valoración de las propuestas, dotando de mayor precisión y contenido el principio de selección objetiva, de cara a la clasificación de las diferentes modalidades introducidas. Al respecto, la referida exposición de motivos indicó lo siguiente:

“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.

*“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)

35. De esta manera, se realiza la prevalencia de los factores de formación y experiencia en materia de consultoría, tal como fue llevado al texto legal definitivo, al establecer como una modalidad de selección autónoma al *concurso de méritos*, conforme dispone el numeral 3º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, atrás reseñado. A la par, en el artículo 5º de dicha reforma se hicieron dos precisiones fundamentales, la primera, determinó el otorgamiento de puntaje en materia de consultoría a tales factores –formación y experiencia– en contraposición a la regla

¹⁸ Gaceta del Congreso 458 del 1º de agosto de 2005.

general que no admite esta posibilidad (núm. 1°); y la segunda, estableció la prohibición legal de incluir el precio como factor de escogencia en la selección de consultores (núm. 4), como lo disponen las citadas normas, así:

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

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo.

(...)

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)

36. Hay que señalar que si bien el numeral 3° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 fue modificado por el artículo 219 del Decreto Ley 19 del 10 de enero de 2012, la reforma se centró en incluir aspectos relacionados con la expedición del acto administrativo de conformación de la lista de precalificados y su notificación por estrados en audiencia pública. Por lo demás, la norma mantiene su estructura y criterios de evaluación, así como la prohibición de incluir el precio como factor de escogencia.

37. Desde esta perspectiva, las normas precitadas conforman el marco legal vigente que disciplina el *concurso de méritos*; y de éste se ha desprendido una nutrida actividad reglamentaria que, en lo pertinente, y por fines metodológicos, será analizada al resolver los cargos de nulidad.

Análisis de los cargos de nulidad

38. El actor acusa de ilegalidad los numerales 3, 4, 5 y 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015, al considerar que éstos exceden el ejercicio de la potestad reglamentaria, al ser confrontados con los artículos 5 de la Ley 1150 de 2007 y 25 de la Ley 80 de 1993.

(i) Ilegalidad del numeral 3° del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015

39. El aparte acusado es el que a continuación se resalta:

“Artículo 2.2.1.2.1.3.2. Procedimiento del concurso de méritos. Además de las reglas generales previstas en la ley y en el presente título, las siguientes reglas son aplicables al concurso de méritos abierto o con precalificación:

(...)

3. La entidad estatal debe revisar la oferta económica y verificar que está en el rango del valor estimado consignado en los documentos y estudios previos y del presupuesto asignado para el contrato.

40. El actor cuestiona la legalidad de la disposición transcrita, pues de acuerdo con el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 en ningún caso el precio podrá ser factor de escogencia y, no obstante tal prohibición, aduce que al exigir la comparación entre la oferta económica y el valor estimado en los documentos previos, se termina involucrando el precio como factor de escogencia. Igualmente, señala que no se expresa qué sucede si la propuesta no está dentro del presupuesto, lo que, a su juicio, denota la ilegalidad de la norma en los apartes reprochados.

41. La demandada, por su parte, sostiene que no se estableció el valor económico como criterio para la selección de la propuesta, sino que se trata de una consideración objetiva que conduce a que, una vez abierto el proceso de selección y recibidas las ofertas, se verifique que éstas se encuentran en el presupuesto que tiene la entidad estatal para el contrato; aspecto que no riñe con el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 pues no genera una condición de prevalencia en materia de evaluación basado en el aspecto económico.

42. Para resolver esta censura, se memora que con la expedición de la Ley 1150 de 2007, se estableció una primera etapa en la cual se deben constatar las condiciones del proponente o *requisitos habilitantes* en función de acreditar la capacidad jurídica, experiencia, capacidad financiera y de organización, con el fin de determinar su participación en el proceso de selección; éstos, por mandato legal, no otorgan puntaje salvo en el caso del concurso de méritos, donde “se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate”, como lo dispone el núm. 4 del artículo 5 ídem. Y una segunda etapa, que se adelanta con los proponentes habilitados, en la cual se evalúan las condiciones de la oferta de conformidad con los factores de calificación fijados por la entidad, según el tipo contractual de que se trate.

43. Más allá de los requisitos mínimos habilitantes que la entidad pública determine en orden a la habilitación de los proponentes, lo cierto es que en el concurso de méritos –tanto en el sistema de concurso abierto como en el de las listas de precalificación– la selección debe hacerse al proponente que acredite las capacidades intelectuales, de experiencia, e idoneidad del equipo, de manera que la evaluación final que se haga, refleje la puntuación de tales criterios, estableciendo así la mejor propuesta entre todas las calificadas.

En estos términos, es ostensible que la evaluación de las propuestas en manera alguna considera el precio como un factor que otorgue puntaje, ya sea como criterio directo o indirecto de selección, máxime si se tiene en cuenta que las propuestas económicas son desconocidas en la fase de evaluación en tanto son entregadas en sobre aparte, justamente por ser ajenas a los factores de escogencia del consultor.

44. No obstante, el actor reprocha que luego de definir la mejor propuesta, la norma acusada impusiera cotejar la oferta económica frente al valor estimado en los estudios previos, pues de esa manera el precio se terminaba convirtiendo en factor de escogencia. Para la Sala este análisis no es de recibo, pues lo que ordenaba el numeral 3° demandado era que la entidad estatal, frente a la propuesta seleccionada, procediera a, *“revisar la oferta económica y verificar que está en el rango del valor estimado consignado en los documentos y estudios previos y del presupuesto asignado para el contrato”*; mandato que no rebasó la prohibición de descartar el precio como factor de escogencia y, sí, por el contrario, es conforme con el ordenamiento jurídico.

45. A esta conclusión se arriba, al repasar con más detenimiento el procedimiento establecido para el concurso de méritos, el cual, no obstante su especialidad, está sujeto a los principios que disciplinan la contratación estatal, entre ellos el de transparencia, economía y responsabilidad, por cuya virtud se afianza, a su turno, el principio de planeación. Estos postulados, imponen que previo a la apertura de un proceso de selección, incluido el concurso de méritos, la entidad pública haya tenido que adelantar todos los análisis y estudios relacionados con el objeto a contratar, su conveniencia, necesidad, análisis de mercado, modalidad de selección a utilizar y recursos públicos disponibles, entre otros aspectos. Todos ellos, determinan las bases, en este caso, del concurso, y marcan el interés general que envuelve la contratación, del que es parte fundamental la determinación del presupuesto oficial como medida de concreción del gasto público.

Vale señalar que, por esta vía, se da cumplimiento al principio de planeación presupuestal que la ley impone a las autoridades, en función de determinar la existencia de recursos y la afectación preliminar del presupuesto público, ante la eventual materialización del compromiso.

46. En efecto, una lectura sistemática de las normas en materia de contratación estatal, advierte una importante distinción entre dos elementos, pues uno es el precio como factor de escogencia –en los casos en que es posible considerarlo para calificar la mejor propuesta– y otro, corresponde a la *regla presupuestal* que determina el marco de disponibilidad y afectación de recursos públicos, requisito autónomo que debe ser atendido bajo cualquier modalidad de selección.

47. Así lo confirman los numerales 7¹⁹, 12²⁰ y 13²¹ del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que prevén que con antelación al inicio del proceso de selección, por regla general, la entidad está obligada a valorar la conveniencia del objeto a contratar y a analizar, tramitar o impartir las aprobaciones necesarias para definir las necesidades y términos de la contratación, entre ellas, dar cumplimiento a la regla presupuestal que define y pone límite al gasto público comprometido preliminarmente, como garantía de disponibilidad de recursos para atender los compromisos que se adquieran.

48. Este conjunto de deberes legales, armonizan, a su turno, con el imperativo contenido en Decreto 111 de 1996 –compilatorio de las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto, cuyo artículo 71 establece que *“ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes o en exceso del saldo disponible”*, y guarda consonancia con la *“estructura de los procedimientos de selección”* pues, al tenor del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, éstos deben estar precedidos de los estudios de conveniencia referidos y constatar *“su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso”*.

49. Este panorama normativo resulta relevante al caso *sub-examen*, considerando que desde los documentos y estudios previos la entidad puso en conocimiento del público el valor del presupuesto oficial estimado para el contrato, de forma que los interesados saben desde el inicio el marco presupuestal en el que la entidad recibirá propuestas.

Ello no obsta para que, una vez sea publicado el *proyecto de pliegos* se presenten a la entidad observaciones de cualquier tipo²², incluidos aspectos relacionados con una inadecuada estimación presupuestal que revelen una eventual insuficiencia en los estudios de mercado o del sector adelantados, y puedan llevar a requerir una nueva consideración.

50. En esta perspectiva, subraya la Sala la importancia y responsabilidad de las entidades estatales de llevar a cabo una adecuada estimación de sus presupuestos en la etapa de planeación, en la que deben considerar las particularidades del objeto a contratar de acuerdo con el sector al que éste pertenece, y se haga su debida valoración a precios de mercado pues, de esta manera, se realiza el interés general a través de la colaboración de particulares

¹⁹ “7. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.”

²⁰ “12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.”

²¹ “13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.”

²² El Decreto 1082 de 2015 señala en el artículo 2.2.1.1.2.1.4. lo siguiente: *Observaciones al proyecto de pliegos de condiciones. Los interesados pueden hacer comentarios al proyecto de pliegos de condiciones a partir de la fecha de publicación de los mismos: (a) durante un término de diez (10) días hábiles en la licitación pública; y (b) durante un término de cinco (5) días hábiles en la selección abreviada y el concurso de méritos.”*

expertos en la materia, como lo preceptúa el mandato contenido en el artículo 2.2.1.1.1.6.1. del Decreto x de 2015²³.

51. En este punto, tratándose del concurso de méritos, el entonces vigente numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.1.1²⁴ del Decreto 1082 de 2015, disponía que los estudios y documentos previos que soportaran el proyecto de pliegos y los pliegos del proceso de selección debían contener, entre otros, el valor estimado del contrato, así:

“Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección: (...)

*4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. **La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos.** Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración”* (negrilla añadida).

52. Lo anterior permite observar que la estimación del presupuesto oficial es un derrotero normativo que responde a los principios de la contratación estatal, y atiende el marco legal en materia de presupuesto público y sus afectaciones; de manera que las entidades estaban obligadas, y aún lo están, a publicar en los documentos previos el presupuesto oficial estimado, con el propósito de que los interesados pudieran conocer todas las reglas, requerimientos y aspectos necesarios para formular sus manifestaciones de interés, en función de la regla presupuestal. Así, conforme al numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.1.1 transcrito, cuando la modalidad de selección fuera el concurso de méritos procedía la publicación del presupuesto oficial del procedimiento, más no de las variables utilizadas para efectuar su cálculo. A partir de allí se daba continuidad a las etapas siguientes.

53. De esta forma, una vez presentadas las propuestas, éstas son objeto de verificación de los requisitos habilitantes en el caso del concurso abierto de méritos –ya que cuando el concurso es con precalificación ya se ha surtido esta etapa en la fase de planeación–. Luego se avanza a la etapa de calificación de ofertas, donde se evalúan todas ellas, asignando el puntaje que a cada una

²³ “Artículo 2.2.1.1.1.6.1. Deber de análisis de las Entidades Estatales. La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso”.

²⁴ El cual fue modificado por el artículo 1 del Decreto 399 del 23 de abril de 2021, en los siguientes términos: “4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos presupuestales en la estimación de aquellos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.

corresponda de conformidad con los criterios indicados en el respectivo pliego; esta fase concluye con la elaboración del informe final de evaluación a través del cual, después de surtir el periodo de contradicción, la entidad da a conocer la mejor propuesta.

54. En ese momento, habiendo sido objeto de calificación únicamente los factores señalados en la ley –experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes– corresponde a la entidad abrir la propuesta económica del mejor calificado, con el fin de efectuar su *revisión y verificar* que ésta no supere el presupuesto oficial, según lo consignado en los documentos y estudios previos. Lo anterior es concordante con el ordenamiento jurídico pues, en efecto, si antes no se podía considerar, ni siquiera abrir, la oferta económica, esta es la fase prevista para constatar su presentación y para *verificar* que no se vulnere el marco presupuestal disponible.

55. Para la Sala, la *actividad de verificación* que contenía el numeral 3° del artículo 2.2.1.2.1.3.2 demandado, hace parte del adecuado ejercicio de la gestión pública contractual, pues allí, como se anotó en acápites precedentes, no solo se realizan los principios rectores de la contratación estatal y de la función administrativa, sino que, bajo el modelo de Estado Social de Derecho, que establece la intervención del Estado en la economía fundado en la realización del interés general, es un imperativo la aplicación del principio de *sostenibilidad fiscal* con el fin de alcanzar de manera progresiva los objetivos públicos de bienestar general, como lo prevé el marco constitucional en el artículo 334 superior, modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo 3 de 2011²⁵.

56. En perspectiva inversa, ignorar la existencia de las reglas de presupuesto y simplemente adjudicar a la propuesta mejor calificada sin considerar la adecuación de la oferta con el presupuesto oficial, redundaría, sin duda, en una violación de los mandatos legales y constitucionales indicados, de modo que, mal haría la Administración en comprometerse contractualmente frente a una propuesta que, aunque sea la mejor en términos de factores de escogencia, desborde los límites presupuestales y rompa así el principio de sostenibilidad fiscal.

57. Concluye la Sala que, conforme a la estructura de esta modalidad de selección y la razonable secuencia de sus etapas –habilitación y luego evaluación– el adelantamiento de la *actividad de verificación* de la oferta frente al

²⁵ **ARTICULO 334.** *La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.*

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica (...)

presupuesto oficial, no desconoce la prohibición legal contenida en el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pues no se trata de un factor de escogencia, como lo sugiere el demandante, sino que es expresión de la regla de presupuesto, aplicable conforme a la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico; razón por la cual el cargo de nulidad será negado.

(ii) Ilegalidad de los numerales 4° y 5° del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015

58. Dada la conexidad material entre los numerales 4° y 5° indicados, y la semejanza en la formulación de los cargos de nulidad, se procede al análisis conjunto de estas normas, las cuales se transcriben a continuación:

“4. La entidad estatal debe revisar con el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad la coherencia y consistencia entre: i) la necesidad identificada por la entidad estatal y el alcance de la oferta; ii) la consultoría ofrecida y el precio ofrecido, y iii) el precio ofrecido y la disponibilidad presupuestal del respectivo proceso de contratación. Si la entidad estatal y el oferente llegan a un acuerdo sobre el alcance y el valor del contrato, dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato.

“5. Si la entidad estatal y el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo dejarán constancia de ello y la entidad estatal revisará con el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad los aspectos a los que se refiere el numeral anterior. Si la entidad estatal y el oferente llegan a un acuerdo dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato”. (Subraya añadida)

59. El reproche que formula el actor en ambos casos, se fundamenta, nuevamente, en la violación de la prohibición contenida en el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 al involucrar el precio como principal factor de escogencia, pues señala que, habiéndose realizado una evaluación de los factores de escogencia no existe motivo alguno para llevar a las partes a una negociación y a la suscripción de un acuerdo sobre el precio, porque ya se ha seleccionado un ganador que es el proponente que ocupó el primer orden de elegibilidad, lo que implica, a su vez, la vulneración del numeral 2 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que establece que *“las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no de ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos (...)”* lo que a juicio del demandante es provocado bajo estas disposiciones.

60. Al respecto, la parte demandada afirma que, a través de las gestiones indicadas en tales numerales: (i) se constata que la oferta no sea superior al presupuesto de la entidad; (ii) se busca acordar con el oferente calificado en el primer lugar, los aspectos relevantes del futuro contrato y su organización; y se precaven futuros litigios por desacuerdos sobre la necesidad de la entidad pública, el alcance de la consultoría y su precio; y (iii) señala que el numeral 5 es una solución frente a la ausencia de acuerdo del precio del contrato aplicable en el caso en que el oferente calificado en el primer lugar y la entidad no logren acuerdos sobre este punto. Bajo estos planteamientos, a su juicio, no se configuran los vicios de nulidad que se endilgan a estas normas.

61. De conformidad con el marco normativo que disciplina el concurso de méritos y, en línea de lo que se viene analizando, se tiene que, la evaluación final que se obtiene al calificar los factores de escogencia determina el orden de elegibilidad de los proponentes; de manera que, la entidad, junto con el concursante mejor calificado, proceden a dar apertura a la propuesta económica respectiva, para determinar su existencia y conformidad con los parámetros señalados por la entidad, en orden a constatar que la misma no supere el presupuesto oficial.

62. Esta secuencia de pasos, como se explicó al analizar el primer cargo, es consistente y no contraviene el ordenamiento jurídico en los aspectos reprochados por el actor. Ahora, se cuestiona la Sala si, como lo proclama el demandante, los numerales 4 y 5 *sub-examen* violan la ley convirtiendo al precio en determinante de la escogencia o de una segunda evaluación, y ello conduce, a su turno, a la creación de un trámite no previsto en la ley.

63. A primera vista, el artículo 4° luce como una prolongación del numeral 3°, anterior, que se habría ocupado de detallar cuál era el alcance que debía tener la revisión o *verificación* de la propuesta económica entre la entidad y el oferente calificado en primer lugar, lo que llevaría *ab initio* a validar, por la misma vía, la legalidad de esta disposición en los términos del numeral 3° ya analizado. Sin embargo, al efectuar el análisis que relaciona el contenido y la finalidad que se extrae de la norma, es posible advertir que las actividades de verificación que allí son determinadas –sub numerales (i) al (iii)– no son en sí mismas objetivo de la revisión, como debieran ser, sino que se vinculan directamente a una fase negocial, posterior a la constatación de que la oferta económica esté en el rango del presupuesto oficial.

64. La distinción que se indica es relevante pues, al verificar la existencia de la oferta económica y que ésta no supere el rango de la regla presupuestal, no habría mayor controversia en sede de legalidad pues, al decir la norma que la revisión de la oferta económica debe considerar “i) *la necesidad identificada por la entidad estatal y el alcance de la oferta; ii) la consultoría ofrecida y el precio ofrecido, y iii) el precio ofrecido y la disponibilidad presupuestal del respectivo proceso de contratación*”, ello es, en efecto, lo que la Administración debe constatar a partir de su deber de revisar integralmente la propuesta considerada, es decir, en cumplimiento de las reglas de la licitación que determinan, entre otros, los aspectos centrales que debe contener la propuesta económica; actividad que, además, encuentra respaldo en el literal b), del artículo 24 de Ley 80 de 1993 donde el legislador establece que la Administración debe definir reglas objetivas, justas, claras y completas, y correlativamente exige que los ofrecimientos sean de la misma índole.

65. Sin embargo, llama la atención que las actividades descritas en el numeral 4° se planteen como un *escenario de negociación* del precio que, de una parte, desemboca en una etapa no prevista por el legislador alterando el procedimiento de selección; y por otra, termina convirtiendo al precio en factor definitorio de la

decisión, en la medida que depende de la voluntad de las partes acordar un precio que se entienda conforme, cuando bastaba la constatación de que la oferta económica estuviera en el rango del presupuesto oficial para materializar la escogencia.

66. Así, cuando el numeral 4° culmina señalando que, “[si] la entidad estatal y el oferente llegan a un acuerdo sobre el alcance y el valor del contrato, dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato”, tal disposición revela el desconocimiento de los aspectos que fueron objeto del procedimiento de selección objetiva, comoquiera que desde los documentos previos y hasta los pliegos definitivos, el *alcance del contrato* de consultoría debe estar plenamente determinado, más allá de la naturaleza misma del concurso de méritos donde la creatividad y los créditos intelectuales y de experiencia, son definitorios. De allí la relevancia de una adecuada planeación contractual.

67. Por manera que, la subjetividad que agregó el reglamento al incorporar una fase de negociación respecto al alcance y el precio del contrato, expresada en los numerales 4° y 5° *sub examen*, es ajena a los factores de escogencia autorizados por la ley en el procedimiento del concurso de méritos, y contraría la prohibición contenida en el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 al involucrar el precio, finalmente, como variable de negociación y escogencia, lo que hace evidente el exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, que debe ser objeto de enmienda por vía de la nulidad.

68. La incorrección en que incurrió el ejecutivo condujo a una regresión en el tratamiento del concurso de méritos, puesto que el Decreto 1522 del 26 de mayo de 1983, reglamentario del Decreto – Ley 222 de 1983, sí establecía una etapa de *negociación* con la propuesta técnica seleccionada (núm. 29 de esta providencia), con el fin de determinar el valor del contrato y, en caso de no llegarse a un acuerdo, se seguiría tal negociación sucesivamente, según el orden de elegibilidad con que se hubiesen calificado las demás propuestas.

Vale aclarar que esta pauta, posteriormente, se limitó a la *verificación de consistencia* entre los elementos de la propuesta técnica y su correspondencia con la propuesta económica, por cuya virtud se podían hacer clarificaciones y ajustes necesarios con estos puntuales fines, según disponía el artículo 71 del Decreto 2474 de 2008²⁶ que reglamentó la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007; luego, el

²⁶ “Artículo 71. Apertura y revisión de la propuesta económica. La apertura del sobre con la propuesta económica y la revisión de su consistencia con la oferta técnica se llevarán a cabo de conformidad con las siguientes reglas:

1. Una vez concluida la evaluación técnica, la entidad, en audiencia pública, dará a conocer el orden de calificación de las propuestas técnicas.
2. En presencia del proponente ubicado en el primer lugar en el orden de calificación, la entidad procederá a abrir el sobre que contiene la propuesta económica del proponente.
3. Si el valor de la propuesta excede la disponibilidad presupuestal, la misma será rechazada y se procederá a abrir la propuesta económica del siguiente oferente según el orden de calificación, y así sucesivamente.
4. La entidad verificará la consistencia de la propuesta económica respecto de las actividades descritas en la propuesta técnica, con el fin de efectuar las clarificaciones y ajustes que sean necesarios. Como resultado de estos ajustes no podrán modificarse los requerimientos técnicos mínimos.
5. Si de la verificación de la propuesta económica del proponente se identifica que la misma no es consistente con su propuesta técnica, se dará por terminada la revisión, se rechazará y se procederá a abrir el sobre

Decreto 734 de 2012, artículo 3.3.4.6., reprodujo casi en idénticos términos la disposición precitada, a excepción del numeral 6 que precisó que en la actividad de constatación de la oferta económica, los acuerdos económicos y técnicos alcanzados no podían “*versar sobre aspectos que hayan sido objeto de ponderación en el proceso contractual*”²⁷

69. De manera que, a fuerza de tal concepto se agregó una etapa de *acuerdos* en el numeral 4° y 5° del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015 (cuya norma fuente correspondió al artículo 66 del Decreto 1510 de 2013, compilado) con matices más próximos a los que contemplaba la fase de negociación del Decreto 1522 de 1983, dejando de lado que, a partir de la Ley 1150 de 2007 se excluyó al precio como factor de selección, directo o indirecto, al tenor de la prohibición establecida en el numeral 4° del artículo 5° ídem, que con claridad meridiana señala: “***[en] ningún caso se podrá incluir el precio como factor de escogencia para la selección de consultores***”. (Se resalta)

70. En este estado de cosas, teniendo en cuenta que el artículo 4° como el 5° que se analizan, desarrollan una fase de negociación y acuerdos –por demás cargada de subjetividad, a la que se oponen las reglas de la selección objetiva– y siendo tal etapa carente de soporte en la ley que disciplina el concurso de méritos, ambas disposiciones deben ser retiradas del ordenamiento jurídico por desconocer la prohibición del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y por establecer un procedimiento distinto al fijado en la ley en oposición a lo previsto en el numeral 2 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

71. Interesa aclarar a la Sala que, el numeral 4° será objeto de sanción de nulidad de forma completa, en tanto, como se indicó, si bien permitiría preliminarmente razonar en función de la legalidad de los tres sub numerales –(i) al (iii)–, lo cierto es que la construcción integral de la disposición edificó una premisa normativa que, de medios a fines, se orientó a provocar una negociación y un acuerdo ajeno a los preceptos de ley, que no puede ser desatada por el juez, por lo que, ante tal ligamen, su nulidad integral será declarada.

(iii) Ilegalidad del numeral 6° del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015

72. El aparte acusado es el que a continuación se transcribe:

“6. Si la entidad estatal y el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo, la entidad estatal debe declarar desierto el proceso de contratación.” (Subraya añadida)

económico de la ubicada en el siguiente orden de elegibilidad, y se repetirá el procedimiento indicado en el numeral anterior

6. La entidad y el proponente elaborarán un acta de los acuerdos alcanzados en esta revisión, con el fin de que se incluyan en el respectivo contrato (...).”

²⁷ El numeral 6 del Decreto 734 de 2012, disponía: “6. La entidad y el proponente elaborarán un acta de los acuerdos económicos y técnicos alcanzados en esta revisión, con el fin de que se incluyan en el respectivo contrato. Los acuerdos no podrán versar sobre aspectos que hayan sido objeto de ponderación en el proceso contractual”. (Subraya añadida).

73. Sostiene el actor que esta disposición infringe el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el cual, sólo autoriza la declaratoria de desierta de la licitación por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva; de manera que, existiendo otros proponentes en la lista de elegibles, el reglamento no puede cercenar la posibilidad de adjudicar el contrato al agotar el segundo orden de elegibilidad.

74. Por su parte, la entidad demandada adujo que, conforme a dicho artículo, la declaratoria de desierta procede “*por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva*” y, en este caso, fue el reglamento el que definió una de tales causas. Ello, de conformidad con la naturaleza del concurso de méritos, es legal y razonable, pues si se contrata con el proponente que ocupó el tercero, cuarto o siguientes lugares en el orden de elegibilidad, el precio se convertiría en determinante de la escogencia, y eso sí contravendría el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

75. La Sala se adelanta a indicar, tal como se advertía en la providencia del 25 de julio de 2018 proferida bajo el expediente 56165²⁸ –en la cual se decretó la medida cautelar de suspensión del numeral 6° acusado– que, en efecto, el reglamento sí rebasó el contenido del numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, siendo suficiente la configuración de este vicio para imponer la sanción de invalidez anunciada.

76. Sobre la potestad reglamentaria, de cuyo exceso se queja el actor, hay que señalar que ésta, entendida como la facultad conferida al Presidente de la República de expedir normas de origen administrativo con carácter general, tiene por finalidad posibilitar el efectivo cumplimiento de la ley, tal como lo establece el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política. Resulta entonces que los actos reglamentarios, como normas jurídicas en sentido formal y material, se encuentran subordinados al marco legal que desarrollan, de modo que la voluntad administrativa así expedida no puede más que garantizar la cumplida y estricta ejecución de la ley, en tanto esta última expresa la voluntad general objeto de representación popular, de cara a la supremacía normativa que impera en nuestro ordenamiento jurídico.

77. Es así como, la actividad reglamentaria carece de aptitud para derogar, modificar, subrogar, o limitar el alcance o sentido del precepto legal que desarrolla, de modo que los linderos constitucionales que definen esta potestad se sobrepasan cuando se contradice la ley o se intenta suplir la voluntad del legislador, pues esto se opone a su desarrollo; por tanto, no puede el Gobierno Nacional, sin incurrir en extralimitación, restringir o hacer parcial el mandato legal, pues le está vedado cercenar lo expresamente establecido en la ley, o el efecto que de ella se desprenda.

78. Dicho lo anterior, la declaratoria de desierto de un proceso de selección se encuentra prevista en el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el cual

²⁸ Auto que, como ya se indicó, fue proferido bajo el Exp. 11001-03-26-000-2016-00015-00 (56165) A, Magistrada Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.

atribuye un carácter excepcional a esta figura dentro del itinerario precontractual, pues, como lo relata el texto normativo, tal evento *únicamente* procede ante la imposibilidad de efectuar una escogencia objetiva; al respecto dispone:

“18. La declaratoria de desierta (...) únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.” (Se resalta)

79. Viene bien señalar que, esta forma de terminar el procedimiento de selección, obra como excepción al propósito de adjudicación en que las modalidades de escogencia se fundan, comoquiera que, en una secuencia lógica, el despliegue de la actividad de planeación –esto es, el análisis de la necesidad a suplir, los estudios del sector, la valoración de mercado, la determinación del presupuesto y su disponibilidad, las autorizaciones requeridas para adelantar la escogencia, la definición de los elementos y alcance del pretendido contrato, entre otros aspectos– son los eslabones de orden técnico, jurídico y financiero en la cadena de la gestión pública contractual, que apuntan a la celebración del contrato como instrumento de realización del interés general.

80. La fidelidad de tales propósitos encuentra, precisamente, en el acto de adjudicación, la materialización del principio de selección objetiva y, por lo mismo, la declaratoria de desierta se erige en una excepción de *ultima ratio* autorizada por el legislador solo ante los eventos en que se hace imposible seguir el rumbo de la adjudicación –punto óptimo de culminación del procedimiento de escogencia, en orden a la selección objetiva–.

81. Ciertamente como es, que las reglas de los pliegos de condiciones apuntan a la adjudicación del contrato, se torna forzoso que los criterios establecidos por la entidad se orienten a la escogencia objetiva del contratista y, por esta misma vía, a evitar la declaratoria de desierto del procedimiento; objetivo que encuentra respaldo en los literales d) y e) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que establece que las reglas de adjudicación deben ser posibles de cumplir.

En otras palabras, los requerimientos precontractuales deben ser diseñados para adelantar procesos cuya información clara, suficiente y real posibilite su cumplimiento y, así, la satisfacción de la necesidad pública a ser atendida. Evidentemente, ningún sentido tendría que la Administración llenara de imposibles los pliegos y sus requerimientos, y para ello avanzara en una gestión ineficiente que se ocupara más de las formas de declaratoria de desierto que de los requisitos para llegar al propósito contractual.

82. La Sala destaca que la arquitectura de los presupuestos de selección – en función de su alcance y contenido– traza la línea que define la procedencia o no de la selección objetiva, esto es, la aplicación de la regla (adjudicación) o la configuración de la excepción (declaratoria de desierto del procedimiento).

Ello explica el proceso transformador que sufrió la figura de la declaratoria de desierta, que pasó de una puntual definición de causales –artículo 42²⁹ del Decreto Ley 222 de 1983– las cuales fueron objeto de discusión por la doctrina y la jurisprudencia de la época; para llegar, con la expedición de la Ley 80 de 1993 a la exclusión de tal catálogo, manteniendo la declaratoria de desierta bajo una sola premisa: *“por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva”*.

83. Este recorrido, permite constatar que la voluntad legislativa, tal como obra en la exposición de motivos de la citada Ley 80 de 1993, precisó que *“la declaratoria de desierta de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causales constitutivos de impedimentos para la escogencia objetiva”* y añadió que, en tal caso, a cargo de la Administración estaba *“el deber ineludible de sustentar en forma precisa y detallada las razones o móviles determinantes de la decisión adoptada en ese sentido”*³⁰.

84. En esta línea, el numeral 6° acusado, al establecer una causal específica de declaratoria de desierta para el concurso de méritos, estableció una distinción que el legislador no hizo; de hecho, trajo al reglamento una posición que fue abandonada con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 que, como se acaba de señalar, descartó como hilo de la construcción normativa la elaboración de causales puntuales de declaratoria de desierta y, en su lugar, señaló que la Administración quedaba atada a un único criterio, el de la selección objetiva, sin eventos particulares asociados; de esta forma, se previno que se abrieran compuertas de interpretación a propósito de la definición de causales que, a la postre, podían conducir a cercenar la finalidad de la adjudicación.

85. Consecuente con lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido prolija en señalar³¹ que, *“siempre que la administración declare desierto un proceso de selección por la imposibilidad de escoger objetivamente, deberá observar los principios de la función administrativa (artículo 209 Superior), los principios de la Ley 80 de 1993, además del cumplimiento de las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del Derecho y específicamente los del Derecho Administrativo. En ese marco, la concreción de esos principios, se ha explicado así:*

²⁹ *“Artículo 42. DE CUANDO SE DECLARA DESIERTA LA LICITACIÓN O CONCURSO DE MÉRITOS. El jefe del organismo respectivo declarará desierta la licitación o el concurso de méritos:*

1. Cuando no se presente el número de mínimo de participantes que se haya determinado en el pliego o invitación.

2. Cuando el procedimiento se hubiere adelantado con pretermisión de alguno de los requisitos previstos en este estatuto o en sus normas reglamentarias.

3. Cuando ninguna de las propuestas se ajustare al pliego de condiciones o a la invitación.

4. Cuando se hubiere violado la reserva de las mismas de manera ostensible y antes del cierre de la licitación o concurso.

5. Cuando a su juicio, las diferentes propuestas se consideren inconvenientes para la entidad contratante.

En los casos previstos en los numerales 1, 2, 3 y 4 de este artículo, la declaratoria deberá hacerse mediante resolución motivada

³⁰ Exposición de motivos del proyecto de ley No. 149 de 1992, Gaceta del Congreso No. 75 del 23 de septiembre de 1992.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Exp. 25000-23-26-000-1999-01852-02(33126); sentencia del 2 de mayo de 2016.

“Ahora bien, resulta pertinente señalar que al definir que en un específico evento concreto no resulta posible la escogencia objetiva, la entidad estatal contratante necesariamente deberá tener presente, igualmente, que tal decisión debe adoptarse con sujeción a los principios que rigen la contratación estatal, entre los cuales se destacan los de transparencia, economía y responsabilidad; así mismo se impone la aplicación de los principios constitucionales que orientan la función administrativa, señalados en el artículo 209 de la Carta Política, además del cumplimiento de las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del Derecho y específicamente los del Derecho Administrativo.

En este orden de ideas, el principio de transparencia en buena medida encuentra concreción en las reglas para la escogencia objetiva del contratista, tal como se puso de presente en el trámite legislativo del Estatuto de Contratación Estatal³² y que se expresaba en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993³³, ahora subrogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y más recientemente por el Estatuto Anticorrupción en su artículo 88 al prescribir factores de selección y procedimientos diferenciales para la adquisición de los bienes y servicios a contratar (...)

En este sentido, todo lo que de manera concreta se regule, se consigne y se exija en el correspondiente pliego de condiciones acerca de la evaluación de las propuestas, resulta especialmente importante y exigente para garantizar un procedimiento objetivo y transparente, porque sólo así será posible cerrarle el paso a toda decisión arbitraria o caprichosa e incluso a toda clase de consideraciones discriminatorias o de favorecimiento por parte de las respectivas autoridades administrativas (...)³⁴.

86. Este contexto revela que la norma acusada desbordó los límites fijados en el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, lo cual sería criterio de razón suficiente para declarar la nulidad del mencionado precepto, de cara a la contravención del reglamento frente a la norma que le sirve de base.

³² Cita original: “Dicho principio encuentra un complemento de significativa importancia consistente en el deber de escoger al contratista mediante la selección objetiva, aspecto éste que el estatuto anterior no contemplaba de manera explícita. // En ese sentido, los artículos 24 y 29 del proyecto consagran expresamente ese deber de aplicar tal criterio de escogencia del contratista, para resaltar cómo la actividad contractual de la administración debe ser en un todo ajena a consideraciones caprichosas o subjetivas y que, por lo tanto, sus actos deben llevar siempre como única impronta la del interés público. // (...) el proyecto precisa en su artículo 29 que la selección objetiva consiste en la escogencia del ofrecimiento más favorable para la entidad, con lo cual se recoge la esencia del artículo 33 del estatuto anterior, haciendo énfasis en la improcedencia de considerar para tal efecto motivaciones de carácter subjetivo y estableciendo, a título meramente enunciativo, factores determinantes de la escogencia. // Adicionalmente el citado artículo del proyecto exige que la ponderación de esos factores conste de manera clara, detallada y concreta en los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, buscando con ello cerrar la puerta a cualquier arbitrariedad en la decisión administrativa de selección”. Gaceta del Congreso. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley No. 149 de 1992. Imprenta Nacional. Septiembre 23 de 1992, pág. 18.

³³ Cita original: “Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace 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. // Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, **sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos**, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido (...)” (Destaca la Sala)

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2013, exp. 24.059, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

No obstante, la Sala no puede dejar de advertir que la norma reprochada, además, es enteramente contraria a las finalidades inherentes al procedimiento de selección de contratistas pues, el escueto límite fijado para la escogencia del mejor proponente en el concurso de méritos, en función exclusiva del orden de elegibilidad, que agota la posibilidad de realizar la función pública precontractual en el segundo lugar de escogencia, nada dice en relación con los principios de transparencia, economía y selección objetiva, y sí, por el contrario, se antoja caprichosa y desprovista de contenido legal.

87. A propósito de lo anterior, y siendo como es que la Administración debe establecer reglas *objetivas, justas, claras y completas* al confeccionar las reglas de participación y escogencia, serán tales requisitos los que definen la procedencia o no de la selección objetiva del concursante. De modo que, si conforme a tales requerimientos, la lista y el orden de elegibilidad queda conformada por más de dos proponentes que cumplen con tales condicionamientos, se impone la adjudicación en dicho orden, y no la declaratoria de desierto pues, esta última consecuencia, haría incongruente la hipótesis legal en que se autoriza excepcionalmente tal declaratoria (núm. 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993), con el efecto que desata el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015, al clausurar como desierto un proceso de selección, aun cuando sus partícipes cumplen los requisitos que la misma Administración dispuso, según los rangos máximos y mínimos definidos en los pliegos³⁵.

88. De esta manera, la Sala ratifica las consideraciones bajo las cuales fue decretada la medida cautelar de suspensión del numeral que ahora se analiza, cuando acertadamente se indicó:

“En ese sentido, así como es claro que el legislador estableció criterios específicos para que la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable, se abstuvo de establecer reglas que disciplinaran la declaratoria de desierto de los procesos que requieran de convocatoria. Y no podía ser de otra forma, puesto que, tratándose de la selección de contratistas en cabeza de las entidades estatales contratantes, la redacción propositiva de las normas del EGCAP propende por la escogencia de una oferta favorable y no por el resultado opuesto.

Así las cosas, cuando el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015 dispuso que la entidad estatal debe declarar desierto el concurso de méritos cuando aquella no llegue a un acuerdo con el segundo lugar de elegibilidad, sí excedió el contenido de los artículos 25 (numeral 18) de la Ley 80 de 1993 y 5 de la Ley 1150 de 2007, puesto que, se reitera, dado que el legislador previó dicha decisión para cuando se presentaran motivos que impidieran la selección objetiva, sin restringirlos”.

89. Concluye la Sala, entonces, que le asiste razón al actor respecto de la

³⁵ Recuérdese que en materia de contratación estatal existe la denominada regla de adjudicación compulsoria, es el derecho que le asiste al proponente que ha formulado la mejor propuesta, a que el procedimiento administrativo concluya con un acto de adjudicación a su favor. En el otro extremo, corresponde a la obligación de la Administración de concluir el proceso de selección con la adjudicación al mejor proponente, a menos que no se den las condiciones exigidas en los pliegos y la Administración recurra a la declaratoria de desierto de la licitación (art. 24.7 Ley 80 de 1993).

infracción de la norma legal invocada, de manera que, por las razones expuestas, se declarará la nulidad del numeral 6° del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015 y, por sustracción de materia, la Sala se releva de avanzar frente a la segunda norma en que se fundó el cargo de nulidad (art. 5, numeral 4 de la ley 1150 de 2007) por carecer de materialidad sobre la cual fallar.

Costas

90. Dado que en este asunto se ventila un interés público, consistente en el control abstracto y objetivo de la legalidad del acto administrativo debatido, no procede la condena en costas, en virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA.

III. PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de los numerales 4°, 5° y 6° del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR la solicitud de nulidad del numeral 3° del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015, como parte de la pretensión única formulada en la demanda.

TERCERO: ARCHIVAR el proceso de la referencia, una vez en firme esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE³⁶

³⁶ Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO