

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA**  
**CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
**Bogotá D.C Veintiséis (26) de enero de dos mil once (2011).**

**Radicación: 11001-03-26-000-2009-00018-00**

**Referencia: 36.408**

**ACTOR: HERNANDO MORALES PLAZA**

**Demandado: LA NACIÓN - RAMA EJECUTIVA – MINISTERIO DEL INTERIOR  
Y DE JUSTICIA - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO –  
DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN – MINISTERIO DE  
TRANSPORTE**

**Naturaleza: Acción de nulidad**

Se decide la acción de nulidad interpuesta por el actor contra un aparte del último inciso del artículo 10 del Decreto Reglamentario No. 2474 del 7 de julio de 2008, *“Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones”*.

**I. APARTE DEL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO**

Se transcribe y se subraya a continuación la disposición aludida cuya legalidad es cuestionada por el actor:

**“DECRETO NÚMERO 2474 DE 2008**

**(Julio 7)**

**“por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.**

**EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,**  
**en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo de la Ley 1150 de 2007 y de la Ley 80 de 1993,**

**DECRETA:**

“(…) Artículo 10. Reglas de Subsanción. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.

“(…)”

En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsancionables o no subsancionables en el pliego de condiciones, ***ni***

**permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta**, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

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

Mencionó como normas violadas los artículos 29, 150 No. 1 y 189 No. 11 de la Constitución Política.

Afirma el censor que existe una evidente vulneración a la seguridad jurídica, a la división de los poderes y al debido proceso porque la facultad de expedir, interpretar, reformar y derogar las leyes sólo la concede la Constitución Política al Congreso y no al Presidente de la República, quién solo tiene la potestad reglamentaria de acuerdo con lo establecido en el artículo 189 No. 11 superior, y como quiera que el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 dispone que la capacidad jurídica es un requisito habilitante sujeto a verificación para acceder al proceso de selección, que no otorga ningún puntaje, la potestad reglamentaria se desborda en el inciso final del artículo 10º del Decreto Reglamentario 2474 de 2008 al impedir que la falta de capacidad sea subsanada.

## **III. EL TRÁMITE DEL PROCESO**

La demanda fue presentada el 5 de febrero de 2009 (Fls. 1 a 14 C. ppal) y mediante auto del 20 de marzo de 2009 fue admitida por esta Corporación, (Fl. 63 C. ppal), ordenándose además que fuera notificado al Departamento Nacional de Planeación, al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, al Ministerio del Interior y de Justicia, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Ministerio de Transporte.

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República interpuso el recurso de reposición contra esa providencia, argumentando que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 115 de la C. P., ese ente no está legitimado pasivamente en esta acción por no haber participado en la expedición del acto acusado. (Fls. 73 a 75 C. ppal).

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se pronunció (Fls. 83 a 86 C. ppal) afirmando que el precepto demandado no excede la potestad reglamentaria porque está en plena consonancia con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y con las disposiciones civiles y comerciales que regulan la capacidad de las personas. Por medio de auto 5 de junio de 2009 se resolvió el recurso de reposición revocando el aparte que ordenaba la vinculación del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. (Fls. 151 a 153 C. ppal)

El Departamento Nacional de Planeación se opuso a la nulidad de la norma demandada sosteniendo que el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, dando alcance al principio que lo sustancial debe prevalecer sobre lo formal, distingue entre requisitos sustanciales y requisitos formales para señalar que los primeros, entre los que se encuentra la capacidad jurídica, no son subsanables mientras que los segundos sí lo son. (Fls. 155 a 164 C. ppal)

Con idénticos argumentos se opusieron el Ministerio de Transporte y el Ministerio del Interior y de Justicia. (Fls. 170 a 174 y 186 a 196 C. ppal)

Luego de decretadas las pruebas (Fls. 201 a 203 C. ppal) se corrió traslado para alegar, habiéndolo hecho oportunamente el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio del Interior y de

Justicia, el actor y el Ministerio Público quien pidió que se decretara la nulidad del acto acusado. (Fls. 236 a 246 C. principal).

Encontrándose el asunto al despacho para decidir, a ello se procede previas las siguientes

#### **IV. CONSIDERACIONES**

**1** - Pretende el censor que se decrete la nulidad de la expresión “...*ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta...*” contenida en el inciso final del artículo 10 del Decreto Reglamentario 2474 del 7 de julio de 2008, por considerar que excede la potestad reglamentaria que concede al Presidente de la República el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

El impugnante dice que una interpretación sistemática del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 pone en evidencia que la capacidad jurídica en la contratación estatal es un requisito habilitante que no concede puntaje y que por consiguiente puede ser subsanada “*en cualquier momento de selección hasta la adjudicación*”. En efecto, argumenta que si, tal como lo dispone el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, lo atinente a la capacidad jurídica es un aspecto habilitante que no concede puntaje, y si, según lo ordena el parágrafo 1° del artículo 5° de la citada ley, la ausencia de requisitos o de documentos relacionados con el proponente o el negocio proyectado, que no sean necesarios para la comparación de las propuestas, no pueden ser causas suficientes para el rechazo de las ofertas y pueden ser solicitados por la entidad hasta la adjudicación, resulta de bulto que la falta de capacidad jurídica del proponente puede ser subsanada hasta ese momento.

Concluye, en consecuencia, que cuando el precepto acusado impide que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, el Presidente excedió su potestad reglamentaria y se convirtió en legislador, violando de esta manera los artículos 150 y 189 de la Constitución Política y por supuesto la Ley 1150 de 2007.

**2** - Resolver si el acto acusado viola la norma reglamentada y los preceptos superiores ya mencionados, impone dilucidar previamente en qué consiste la “capacidad jurídica” que menciona la Ley 1150 de 2007, así como el momento de su existencia y la forma y oportunidad de probarla.

**2.1** En el ámbito del derecho privado la expresión “capacidad”, referida a las personas, tiene dos calificaciones con connotaciones diferentes: la primera, “capacidad jurídica” o “capacidad de goce”, hace referencia a la idoneidad para ser titular de derechos y como quiera que todas las personas tienen esa capacidad por el hecho de serlo, según se desprende del artículo 14 de la Constitución Política, ésta se erige en un atributo de la personalidad; la segunda, “capacidad de ejercicio” o “de obrar” (o “legal” como la denomina el Código Civil en el inciso final del artículo 1502), indica la aptitud que tienen las personas para ejercer por sí mismas los derechos de que son titulares, sin necesidad de la autorización o mediación de otras, pero como no todas pueden ejercitar por sí mismas tales derechos, ésta no se constituye en un atributo de la personalidad.

**2.2** La celebración de un negocio jurídico es, fundamentalmente, una disposición de intereses que supone la intervención del sujeto o de los sujetos que van a realizar la regulación y en consecuencia su estructuración implica la existencia de quien o quienes harán tal disposición.

Con otras palabras, sólo quienes tengan capacidad pueden celebrar negocios jurídicos, principio éste que rige tanto en el derecho privado como en la contratación estatal, sin que en ésta última pueda tenerse como excepción el caso de las uniones temporales y de los consorcios.

**2.3** Pero además, la celebración de un negocio jurídico requiere, entre otros presupuestos de validez, la capacidad de las partes, tal como lo pregonan el inciso primero del artículo 1502 del Código Civil y el artículo 6° de la Ley 80 de 1993, lo que es tanto como decir que los contratantes deben tener capacidad de ejercicio o de obrar.

**2.4** En síntesis, celebrar un negocio jurídico, en el derecho privado como en el ámbito de la contratación estatal, requiere que la parte o partes negociantes existan y que tengan aptitud para ejercer por sí mismas los derechos, o, lo que es lo mismo, que, además de tener capacidad de goce o jurídica, ostenten la de obrar o de ejercicio.

Esta la razón para que el artículo 6° de la Ley 80 de 1993 disponga que *“pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes.”*

**2.5** Sin embargo, debe precisarse que en sede de la contratación estatal la ley emplea la expresión “capacidad jurídica” con un sentido mucho más amplio que el que tiene en el derecho privado.

En efecto, habida cuenta de la satisfacción del interés público que persigue la contratación pública y del imperio de los principios de igualdad, moralidad, transparencia, imparcialidad, economía, eficacia y celeridad, la “capacidad jurídica” en la contratación estatal se integra por otro elemento como lo es el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

**2.6** El deber de selección objetiva es desarrollado por la ley mediante el señalamiento de los criterios que deben ser tenidos en cuenta por las entidades estatales, entre los que se encuentra aquel que indica que *“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 otras palabras, según esta disposición sólo estará habilitado para participar en el proceso de selección aquel proponente que tenga capacidad jurídica y las calidades suficientes para la ejecución del objeto contractual, tales como experiencia, capacidad financiera, capacidad de organización y capacidad técnica. Y es que si lo que se persigue mediante la actividad contractual del estado es la pronta y eficaz prestación del servicio público, resulta obvio que es trascendente para este propósito exigir que quien ofrezca colaborar contractualmente con la entidad estatal, no solamente tenga capacidad jurídica sino que también ostente la experiencia y las condiciones técnicas, financieras y de organización administrativa suficientes para ello, pues así, y sólo así, podrá ser satisfecho plenamente el interés general que envuelve la prestación de los servicios públicos. Ahora, como todas estas son condiciones que se refieren a la persona del oferente y que determinan si puede concurrir al proceso de escogencia, es por lo que precisamente no conceden puntaje, exceptuada, por supuesto, la hipótesis prevista en el numeral 4° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007.

**2.6.1** Pero el proponente no sólo debe tener la capacidad jurídica y las condiciones suficientes para ejecutar el objeto contractual sino que también debe demostrarlas acreditando todos los elementos integrantes, salvo aquellos respecto de los cuales la ley establezca una presunción de existencia.

Por esta razón es que el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 hace referencia a la verificación de tales condiciones.

**2.6.2** Por regla general el artículo 6º de la Ley 1150 de 2007 obliga a todas las personas que pretendan contratar con las entidades estatales a que se inscriban en el Registro Unico de Proponentes del Registro Unico Empresarial de la Cámara de Comercio de su domicilio principal.

Al inscribirse, cada proponente necesariamente hará constar lo atinente a su capacidad jurídica y a sus condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización, se clasificará y se calificará, todo de acuerdo con la documentación que debe presentar como soporte de la información que ha consignado, correspondiéndole entonces a la respectiva Cámara de Comercio hacer la verificación documental de la información aportada. (Numeral 6.1 del artículo 6º de la Ley 1150 de 2007).

Hecha la inscripción, la demostración de la capacidad jurídica y de las condiciones de los proponentes sólo puede hacerse con la certificación que se expida con fundamento en el registro Unico de Proponentes y ese certificado será plena prueba de tales condiciones, razón por la cual *“las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.”* (Inciso segundo del numeral 6.1 del artículo 6º de la Ley 1150 de 2007).

Sin embargo, *“solo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa.”*(Inciso tercero del numeral 6.1 de la Ley 1150 de 2007).

En conclusión, de acuerdo con lo dispuesto por la ley, las entidades estatales sólo podrán pedir, y los proponentes sólo podrán aportar, la información o la documentación que no sea objeto de *“verificación documental por parte de la Cámara de Comercio... o la que se requiera para constatar requisitos adicionales de los proponentes cuando las características del objeto a contratar lo exija.”* (Artículo 1º del Decreto Reglamentario 4881 de 2008).

**2.7** Corolario de todo lo anterior es que la capacidad jurídica en la contratación estatal se integra no solamente por la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio del proponente sino también por la ausencia de inhabilidades o incompatibilidades de su parte.

En otros términos, en la actividad comercial de la administración tiene capacidad jurídica el proponente que existe, que tiene plena capacidad de ejercicio o de obrar y que no tiene inhabilidad o impedimento alguno para intervenir en el *iter* contractual.

Esta capacidad debe ostentarse al momento de presentar la correspondiente oferta, según se desprende de lo preceptuado por el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 al señalar que la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, pues si, *contrario sensu*, quien carece de capacidad jurídica no está habilitado para intervenir en ese derrotero comercial,

es evidente que ella debe tenerse al momento de realizar la propuesta para poder ser tenido en cuenta.

Pero además debe probarse, y como quiera que las circunstancias inherentes a la capacidad jurídica del proponente son materia del Registro Unico de Proponentes y de verificación documental por parte de la correspondiente Cámara de Comercio, resulta que se prueba plena y exclusivamente con el correspondiente certificado del RUP y que las entidades estatales no podrán exigir, ni los proponentes aportar, ninguna otra documentación relacionada con ella, tal como se desprende de lo previsto por el inciso segundo del numeral 6.1 del artículo 6° de la Ley 1150 de 2007.

Ahora, como la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, es consecuencia obligada que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la oferta.

**2.8** Podría pensarse que todo lo que anteriormente se ha dicho es predicable de aquellos eventos en los que los proponentes deben inscribirse en el RUP pero no en relación con las hipótesis en que, de manera excepcional, no se requiere de tal registro, razón por la cual la capacidad jurídica debe tenerse y demostrarse, a más tardar, al momento de la adjudicación.

Si bien es cierto que en tales casos la verificación de la capacidad jurídica y de las condiciones de los proponentes corresponde a las entidades estatales (Inciso segundo del artículo 6° de la Ley 1150 de 2007), nada más lejano de la realidad que el creer que la capacidad jurídica debe tenerse y demostrarse, a más tardar, al momento de la adjudicación.

En efecto, la capacidad jurídica es un requisito habilitante para la participación en el proceso de selección y en parte alguna la ley está permitiendo que quien carezca de capacidad jurídica pueda presentar una propuesta y quede entonces facultado, hasta el momento de la adjudicación, para que adquiera la capacidad y se habilite retroactivamente como proponente.

Entender las cosas de otra manera conduce a desconocer los principios más elementales del negocio jurídico y, en especial, de la contratación estatal.

Y es que si, por vía de ejemplo, se tiene en cuenta que uno de los elementos esenciales de la oferta es la “seriedad”, esto es la manifestación tácita o expresa del oferente de su intención de asumir las obligaciones que surgirán del contrato que propone si el destinatario lo acepta, resultaría un contrasentido admitir que quien no tiene capacidad hiciera un ofrecimiento de esta laya, pues la oferta no podría jurídicamente existir precisamente por la falta de un sujeto que exprese su intención de asumir las obligaciones que se desprenderían del contrato que se ofrece si el destinatario lo acepta.

O es que acaso ¿puede existir un negocio jurídico sin la expresión tácita o expresa del designio negocial sobre los elementos esenciales del respectivo esquema?

Pero además, una interpretación como el que la Sala cuestiona llevaría eventualmente a la violación de los caros principios de la moralidad, la imparcialidad, la transparencia, la objetividad, la celeridad, la economía y la eficacia de la gestión pública, como ocurriría por ejemplo si se admitiera a proponer a una persona que al presentar su oferta tiene una causal de inhabilidad o incompatibilidad que luego, al momento de la adjudicación, ha desaparecido.

Pues bien, se debe concluir entonces que, aún en estos casos excepcionales en que las entidades estatales son las llamadas a verificar documentalmente las condiciones de los proponentes, la capacidad jurídica del proponente debe existir y se debe demostrar al momento de presentar la oferta porque es un requisito habilitante para poder participar en el proceso de selección y por ende tampoco puede postergarse en este caso, hasta el momento de la adjudicación, la existencia y la prueba de esa calidad.

**2.9.** En síntesis, tanto en los eventos en que los proponentes deben inscribirse en el RUP como en aquellos en que excepcionalmente no tienen esa obligación, la capacidad jurídica del proponente debe tenerse al momento de presentar la propuesta por ser un requisito habilitante para participar en el correspondiente proceso de selección.

**3.** En términos generales el artículo 10º del Decreto Reglamentario 2474 de 2008 reproduce lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 cuando dispone *que “no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia...”* y que *“tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación...”*

El asunto aquí cuestionado es si el decreto reglamentario va más allá de la ley reglamentada al prever en el inciso final del artículo 10º que la entidad no puede en ningún caso *“permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta...”*

Veamos entonces si en verdad existe el exceso que se le endilga al acto reglamentario:

**3.1** Ya quedó establecido que la capacidad jurídica del proponente debe existir al momento de presentar la oferta.

**3.2.** El inciso primero del artículo 10º del Decreto Reglamentario 2474 de 2008 empieza por enfatizar que las propuestas no pueden ser rechazadas por falta de requisitos o documentos que *“verifiquen”* las condiciones del proponente que no constituyan factores de selección, los que pueden ser solicitados hasta la adjudicación, previsión ésta que en un todo se ajusta al parágrafo primero del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007.

El inciso final de aquella norma, y que contiene la disposición impugnada, señala que las entidades estatales no pueden permitir en ningún caso que se subsane la *“falta de capacidad para presentar la oferta”*, lo que por el verbo empleado implica referirse a la existencia de la capacidad jurídica.

Luego, lo que está expresando el decreto reglamentario es que la falta de capacidad jurídica no puede ser subsanada y que la falta de los requisitos o documentos relacionados con las condiciones del proponente pueden ser solicitados por la entidad hasta la adjudicación.

**3.3** De acuerdo con la ley 1150 de 2007 ¿Cuáles son los casos en que pueden solicitarse hasta la adjudicación requisitos o documentos? ¿Será uno de ellos la falta de capacidad jurídica o la falta de documentos para acreditarla?

Atrás ya se dijo: **a)** Que por regla general los proponentes deben inscribirse en el RUP y en él deben hacer constar lo atinente, entre otras condiciones, a su capacidad jurídica; **b)** Que el certificado que se expida con fundamento en el

registro es plena y exclusiva prueba de las condiciones del proponente; **c)** Que por esta razón las entidades estatales no pueden exigir en los procesos de contratación, ni los proponentes aportar, documentos que han debido ser utilizados para la inscripción en el registro; **d)** Que sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera de la verificación de otros requisitos adicionales a los del registro, las entidades estatales podrán hacer la verificación en forma directa; **e)** Que en síntesis, cuando se exige la inscripción en el RUP, las entidades estatales sólo podrán pedir, y los proponentes sólo podrán aportar, la información o la documentación que no sea objeto de “*verificación documental por parte de la Cámara de Comercio... o la que se requiera para constatar requisitos adicionales de los proponentes cuando las características del objeto a contratar lo exija*”; **f)** Que si excepcionalmente la ley no exige la inscripción en el registro, las entidades estatales son las llamadas a verificar las condiciones de los proponentes; y **g)** Que la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en un proceso de selección y por consiguiente quien aspire a intervenir en él debe, en todos los casos, tenerla al momento de la oferta. Pues bien, de acuerdo con lo antes mencionado, resulta claro que, según la Ley 1150 de 2007, lo atinente a la capacidad jurídica del proponente es una condición que debe existir al momento de la oferta y que, por lo mismo, no es susceptible de ser saneada ulteriormente, ni por solicitud de la entidad estatal ni por iniciativa del oferente.

**3.4.** Y si esto es lo que está ordenando la Ley 1150 de 2007, es evidente que cuando el inciso final del artículo 10º del Decreto Reglamentario 2474 de 2008 expresa que en ningún caso la entidad estatal puede “*permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta*”, no contradice de ninguna manera lo preceptuado por el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007.

**3.5.** No habiendo contradicción alguna entre el aparte reglamentario que se impugna y la ley reglamentada, resulta claro que no se ha violado el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 ni los artículos 150 y 189 de la Constitución Política, razón por la cual es válida la expresión reglamentaria aquí acusada y en consecuencia se negará la demanda de nulidad.

En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

### **RESUELVE**

**PRIMERO:** Negar la nulidad de la expresión “...*ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta...*” contenida en el inciso final del artículo 10 del Decreto Reglamentario 2474 del 7 de julio de 2008.

**Cópiese, notifíquese y cúmplase.**  
**ENRIQUE GIL BOTERO**  
**Presidente**

**GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ**  
**(E)**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL  
CASTILLO**

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**

**ENRIQUE GIL BOTERO**

**DANILO ALFONSO ROJAS  
BETANCOURTH**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA  
HOZ**

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**