

COSA JUZGADA – Efectos erga omnes relativos

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

COSA JUZGADA – Concepto – Elementos

El concepto de cosa juzgada que se predica de las sentencias judiciales se refiere a los atributos de imperatividad, coercibilidad e inmutabilidad de que están revestidas las sentencias ejecutoriadas. Así las cosas, cuando las decisiones de los funcionarios judiciales hacen tránsito a cosa juzgada, significa, por una parte, que las mismas son susceptibles de cumplirse coercitivamente, y por otra parte, que las mismas no pueden ser modificadas por una decisión posterior, salvo las excepciones expresamente reguladas por la ley en tal sentido. (...) De conformidad con lo dispuesto por el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, para que opere el fenómeno de la cosa juzgada es preciso que se reúnan los siguientes elementos: a) Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto; b) Que se funde en la misma causa anterior y c) Que en los procesos haya identidad jurídica de parte. No obstante lo anterior, es del caso señalar que el requisito referido a la 'identidad jurídica de las partes', no tiene aplicación en los procesos contencioso administrativos de nulidad, pues las sentencias que sobre ellos recaigan producen efectos erga omnes, tal cual lo predica el artículo 175 del C.C.A. cuyo texto más adelante se transcribe, lo cual implica que son oponibles a cualquier demandante que pretenda, por los mismos motivos, iniciar nuevamente el debate judicial. Adicionalmente, en estos procesos la acción es promovida no en interés particular sino, en defensa del orden jurídico.

PLAZO DE LA LICITACIÓN – Concepto

El plazo de la licitación o concurso, entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalará en los pliegos de condiciones [o términos de referencia, derogado art. 32 Ley 1150 de 2007], de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato. (...) dentro de todo proceso de licitación pública, se encuentra prevista una etapa para la presentación de propuestas por parte de los interesados en la adjudicación del contrato ofrecido por la entidad pública licitante y que se presentan a la convocatoria realizada por ésta con dicho propósito, etapa que se sujeta a un límite temporal, esto es, a un término o plazo preclusivo y perentorio (art. 25 n.º 1 Ley 80 de 1993), establecido por la propia entidad pública. Así, el inciso primero del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, define el plazo de la licitación pública, como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre; es decir, es el espacio de tiempo con que cuentan los interesados en participar en el proceso de contratación para radicar sus ofertas, el cual comienza desde el instante mismo en que ello se permite (fecha y hora inicial) y termina en el último momento que se fija para hacerlo (fecha y hora final), de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato. Nótese, igualmente, que la ley no indica el plazo de la licitación, sino que confía su determinación a la entidad pública licitante, quien deberá adecuarse para el desarrollo de esa labor a las características del objeto contractual, con el fin de que los interesados puedan confeccionar cabalmente sus propuestas.

OFRECIMIENTO MÁS FAVORABLE – Redefinición en la Ley 1150 de 2007

Introdujo un nuevo entendimiento para el concepto de ofrecimiento más favorable, abandonando la fórmula que remitía a los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones, para hacer remisión a los **factores técnicos y económicos de escogencia** y la ponderación precisa y detallada

de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, reformulación que guardaba armonía con el propósito de diferenciar entre los requisitos habilitantes (que miran a las condiciones de los oferentes) y los requisitos evaluables, referidos estos últimos a dos factores de escogencia, el técnico y el económico.

MENOR CUANTÍA – Obligación de direccionar los factores de escogencia – En función del objeto del proceso

En lo que respecta al literal a del numeral 3 del artículo 12 del decreto 2474 de 2008, el reglamento ha observado consecuencia con esta intención. Los procesos de selección a los que remite la norma reglamentaria, esto es, la licitación pública y los de selección abreviada para la contratación de menor cuantía, obligan a direccionar los factores de escogencia en función de la evaluación del objeto a contratar o a su precio. Ahora bien, estos dos factores guardan relación, en la preceptiva original de la ley 80 de 1993, con los elementos “calidad” y “precio”, sin que en sentido estricto el alcance de aquellos factores, pueda entenderse limitado al significado de cada uno de estos dos elementos. En efecto, la alusión a la calidad del bien o servicio objeto de contrato no constituyó un aporte novedoso del decreto 2474 de 2008 a nuestro ordenamiento jurídico contractual. La ley 80 de 1993, entre otras de sus disposiciones, en el numeral 5 del artículo 4 eleva a deber de la entidad contratante la exigencia de la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales conforme a los requisitos mínimos previstos en las **normas técnicas** obligatorias; y el numeral 5 literal c del artículo 24 fija como contenido obligatorio del pliego de condiciones la definición precisa de “las condiciones de **costo** y **calidad** de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato. Por su parte, la ley 1150 de 2007 definió la categoría de “bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades”, como aquellos que “poseen las mismas **especificaciones técnicas**, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y **calidad** objetivamente definidos”.

FACTORES TÉCNICOS Y ECONÓMICOS – Pliego de condiciones – Precio

Si dentro de los elementos que enumera el artículo 24, numeral 5 literal c de la ley 80 de 1993 como integrantes del pliego de condiciones, no se alude textualmente a los factores técnicos y económicos a los que remite el numeral 2 del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, se impone una interpretación armónica de estas dos disposiciones. Y en esa línea de intención hermenéutica, debe entenderse que el alcance de la expresión “precio” guarda relación con los factores económicos de la propuesta, y que el alcance de la voz “calidad” debe asociarse con los factores técnicos de la oferta.

CALIDAD – Definición

La naturaleza de la palabra “calidad” como un sustantivo abstracto, cuya concreción se sirve de un objeto, que para el caso debe entenderse asociado al aspecto “técnico” de la oferta, de forma tal que en numeral 3 literal a del artículo 12 del decreto 2474 de 2008 resulta válido, si se entiende, en armonía con el numeral 2 del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 como “la ponderación de los elementos de calidad técnica (...) soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones.

ACTO QUE DECLARA DESIERTA – Proceso de licitación – Persiste la necesidad de contratar

En el marco del alcance de la modalidad de contratación de selección abreviada prevista en la Ley 1150 de 2007 y en el de la Ley 80 de 1993, para resolver el siguiente problema jurídico que surge de la declaratoria de desierta de un proceso licitatorio en caso de persistir la necesidad de contratar: (i) se impone una obligación pro tempore a la entidad pública consistente en llevar a cabo el procedimiento de selección abreviada, con la consiguiente imposibilidad de optar por la realización de un nuevo proceso de licitación pública y, además, en forma independiente a los motivos o causas que dieron lugar a la frustración

del proceso; o, por el contrario, (ii) se trata más bien de una facultad de la entidad pública para adelantar en ese preciso evento y con sujeción al límite temporal fijado en la norma legal (4 meses) dicho proceso”?. Ahora bien, un adecuado entendimiento del alcance de la contratación de selección abreviada precisa de la armonización de algunos puntos axiales de nuestra legislación contractual que remiten a los fines de las actuaciones contractuales, a la hermenéutica teleológica que se impone en la interpretación de las normas relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas del Estado, a la ratio de la regla general de la licitación pública, a la excepcionalidad de la declaratoria de desierto de la licitación, y a las diferentes razones que confluyen para explicar la contratación de selección abreviada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, D.C., quince (15) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00024-00(36476)

Actor: ZAMIR ALONSO BERMEO GARCIA

Demandado: NACIÓN - PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD

Tema: Acción pública de nulidad. Cosa juzgada dentro de los procesos de nulidad. Potestad Reglamentaria. Excesos en la facultad reglamentaria.

Decide la Subsección en única instancia, la demanda instaurada por el ciudadano Zamir Alonso Bermeo García, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A. en la que impugna varias disposiciones del decreto 2474 del 7 de julio de 2008.

I. ANTECEDENTES

1.1. Lo pretendido

El señor Zamir Alonso Bermeo García, actuando a nombre propio, en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 de la C.C.A. presentó el 17 de febrero de 2009, demanda para que se declare la nulidad de los artículos 7 (parcial); 12 numeral 3 acápite a. y b., 44 (integralmente), 48 (integralmente), 88 párrafo, 47 (parcialmente) y 52 (parcialmente) del Decreto 2474 de 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”, expedido por el Presidente de la República.

A juicio del actor las citadas normas reglamentarias vulneran los artículos 189 numeral 11 y 29 de la Constitución Política; el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo, los artículos 24 numeral 2 y 30 numeral 5 párrafo segundo, de la Ley 80 de 1993; y los artículos 2 letra d. del numeral 2, 4 y 5 numeral 2, de la Ley 1150 de 2007.

2.2. Disposiciones acusadas y concepto de la violación

El actor solicitó declarar la nulidad de las siguientes disposiciones:

2.2.1. La expresión *“En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello”*, contenida en el artículo 7 del Decreto 2474 de 2008, viola de manera clara el párrafo segundo del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, por cuanto éste permite la ampliación del plazo para la presentación de la oferta hasta la fecha de su vencimiento, es decir, el mismo día que se tiene previsto el cierre de la licitación y, contrariamente, el decreto prohibió que en ese último día, por medio de adenda, se prorrogara el plazo para la presentación de ofertas.

2.2.2. La expresión *“los elementos de calidad”*, contenida en el artículo 12 numeral 3 acápites a. y b. del Decreto 2474 de 2008, viola el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, dado que en éste, al regular la selección objetiva del contratista, se establece que la oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos resulte más ventajosa para la entidad, y no la ponderación de los elementos de calidad; con lo cual se cambió el concepto legal de lo que ha de entenderse como ofrecimiento más favorable, *“...por cuanto la ‘calidad’ es solo uno de los tantos factores que la entidad contratante puede tener en cuenta para la selección de la oferta...La calidad está necesariamente circunscrita al bien o servicio a contratar y los factores técnicos hacen referencia a estos y a otras condiciones contractuales y de ejecución que benefician a la contratante...”*

2.2.3. El artículo 44 del Decreto 2474 de 2008 es violatorio del numeral 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993; del artículo 3 del Código Contencioso Administrativo y del artículo 29 de la Constitución Política, toda vez que, en el procedimiento de selección abreviada por la causal de menor cuantía, no se prevé una etapa que permita a los oferentes conocer y controvertir los informes y conceptos de la evaluación de las propuestas, lo cual desconoce aquellas normas superiores que desarrollan el principio de contradicción, según el cual, en los procesos contractuales los interesados tendrán la oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten por la entidad, de manera que se deben establecer etapas con el propósito de otorgarles la posibilidad de presentar observaciones u objeciones a las mismas, garantizando además con ello la escogencia de la mejor oferta, así como la legalidad y legitimidad de la decisión.

2.2.4. El artículo 48 del Decreto 2474 de 2008, que regula el procedimiento a seguir una vez se declare desierta la licitación, es violatorio de lo prescrito en el acápite d) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el cual establece que, ante la declaratoria de desierta de la licitación, la entidad pública deberá dentro de los cuatro (4) meses siguientes iniciar el proceso de selección abreviada, generando así una obligación *pro tempore* para las entidades y no una facultad o competencia discrecional como la consagrada en el decreto, con lo cual se cambió el sentido de la norma.

2.2.5. El párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, es violatorio del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, por cuanto en éste se consideró que la asignación definitiva de los riesgos debía llevarse a cabo con anterioridad a la posibilidad de presentar ofertas, es decir, antes de que empiece a correr el plazo de la licitación y, en cambio, en aquél se facultó a las entidades para hacerla en la audiencia de aclaración de pliegos consagrada en el artículo 30 numeral 4 de la Ley 80 de 1993, la cual se realiza dentro de los tres (3) días siguientes al inicio del plazo para la presentación de las ofertas.

2.2.6. Las expresiones: “haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del servicio a contratar” o “...haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar...”, contenidas en los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008, respectivamente, son violatorias del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política y del artículo 2 numeral 2 de la Ley 1150 de 2007, por cuanto el Presidente de la República a través de ellas se despojó de su facultad reglamentaria respecto del procedimiento de selección abreviada con el fin de celebrar los contratos para la prestación de servicios de salud y aquellos de las entidades a cuyo cargo se encuentre la ejecución de programas de protección a personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada, entre otros, previstos en las causales c) y h) del citado precepto legal, y la delegó o transfirió a los distintos órganos sometidos al Estatuto General de Contratación, incumpliendo el mandato legal y desconociendo los límites de dicha potestad.

2.3. Solicitud de suspensión provisional

En el mismo escrito de demanda¹, el actor solicitó expresamente la suspensión provisional de los efectos de la totalidad de las normas acusadas, pues consideró que las mismas infringen en forma manifiesta las disposiciones superiores invocadas, lo cual se aprecia, en su sentir, con la sola comparación de las mismas.

2.4. Trámite procesal relevante

Mediante auto del 1º de abril de 2009 la demanda fue admitida y, en relación con la medida cautelar de suspensión provisional impetrada por el actor respecto de la totalidad de las disposiciones demandadas, se adoptaron las siguientes decisiones:

“DECRÉTASE la suspensión provisional de los efectos de la expresión demandada del artículo 7 del Decreto 2474 de 2008: *“En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello.”*

DECRÉTASE la suspensión provisional de los efectos del artículo 44 del Decreto 2474 de 2008.

DECRÉTASE la suspensión provisional de los efectos de la expresión demandada del párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008: *“A criterio de la entidad, (...) podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, o...”*

DECRÉTASE la suspensión provisional de los efectos de la expresión demandada del artículo 47 del Decreto 2474 de 2008: *“...haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del servicio a contratar...”*

DECRÉTASE la suspensión provisional de los efectos de la expresión demandada del artículo 52 del Decreto 2474 de 2008: *“...haciendo uso del procedimiento que*

¹ Folios 19 a 33 del cuaderno principal.

según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar...

NIÉGASE la solicitud de suspensión provisional de los efectos de las expresiones “los elementos de calidad” contenidas en las letras a. y b. del numeral 3 del artículo 12 del Decreto 2474 de 2008.

NIÉGASE la solicitud de suspensión provisional de los efectos del artículo 48 del Decreto 2474 de 2008.

NIÉGASE la solicitud la suspensión provisional de los efectos de la expresión demandada del párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008: “...la audiencia a que se refiere el presente artículo (...) realizarse de manera previa a la apertura del proceso...”

En escritos² radicados el 30 de abril y 5 de mayo de 2009, el Departamento Nacional de Planeación, la Nación – Ministerio de Transporte - Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Ministerio del Interior y de Justicia, respectivamente, solicitaron reponer la providencia anteriormente referida. Decisión que fue confirmada a través del auto del 27 de mayo de 2009.³

La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte,⁴ el Departamento Nacional de Planeación⁵ y el Ministerio del Interior y de Justicia,⁶ contestaron la demanda el 25 de junio de abril de 2009⁷ contestaron la demanda formulada, oponiéndose a las pretensiones de nulidad incoadas.

2.4.1. Intervenciones

Mediante escrito del 08 de mayo de 2009, el ciudadano Martín Bermúdez Muñoz solicitó ser tenido como coadyuvante de las pretensiones del demandante, intervención que fue aceptada en el auto del 27 de mayo de 2009⁸.

Tras haberse corrido el término de traslado para **alegar de conclusión** los Ministerios de Hacienda y Crédito Público⁹, el Departamento Nacional de Planeación,¹⁰ y el Ministerio del Interior y de Justicia¹¹, para reiterar sus pronunciamientos en torno de la legalidad de las normas demandadas. El Ministerio Público solicitó traslado especial el 17 de noviembre de 2009¹² y rindió su concepto el 03 de diciembre de la misma anualidad.¹³

III.- CONSIDERACIONES

3.1. Sobre los presupuestos materiales de la sentencia de mérito

3.1.1. Competencia

Compete a la Sección Tercera del Consejo de Estado el conocimiento del presente asunto, en única instancia, por razón de lo dispuesto en los artículos 237 numeral 1 C.P. y 128 del C.C.A., en concordancia con el artículo 12 del Acuerdo 58 de 1992¹⁴, modificado por el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 (reglamento del Consejo de Estado adicionado por el acuerdo 140 de 2010), ya que la pretensión del

² Folios 145 a 192 del cuaderno principal

³ Folios 291 a 316, ib.

⁴ Folios 336 a 340, ib.

⁵ Folios 341 a 357, ib.

⁶ Folios 361 a 373, ib.

⁷ Folios 324 a 335, ib.

⁸ Supra 3.

⁹ Folios 382 y 383, ib.

¹⁰ Folios 388 a 400, ib.

¹¹ Folios 411 a 423, ib.

¹² Folio 387, ib.

¹³ Folios 424 a 451, ib.

¹⁴ En desarrollo de lo dispuesto por el numeral 6º del artículo 237 de la Carta Política.

demandante se contrae a la declaración de nulidad de unas normas administrativas de carácter general contenidas en el Decreto 2474 de 7 de julio de 2008, expedidas por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo de lo previsto por las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, materia de reglamentación parcial.

3.1.2. Legitimación en causa

El actor, señor Zamir Alonso Bermeo García se encuentra **legitimado en la causa por activa**, en razón a que el artículo 84 del C.C.A., dispone que “*Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos (...)*”.

La Nación – Ministerio del Interior y de Justicia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte y Director del Departamento Nacional de Planeación – Presidencia de la República, se encuentran **legitimados en la causa por pasiva**, por ser las entidades que expidieron y suscribieron las normas¹⁵ aquí demandadas.

3.4. Análisis de la Subsección

Ab initio, precisa la Sala que los decretos 2025¹⁶ y 3576 del 17 de septiembre de 2009¹⁷ modificaron algunas de las normas demandadas. Posteriormente, el Decreto 734 del 13 de abril de 2012 derogó en su integridad el decreto 2474 de 2008, entre otros. Ulteriormente, el Decreto 734 de 2012, fue derogado por el Decreto 1510 del 17 de julio de 2013.

Al punto, ha reiterado la Sala en distintos pronunciamientos, desde el 14 de enero de 1991¹⁸ hasta la fecha, que la desaparición de la vida jurídica de las normas demandadas, no imposibilita un pronunciamiento judicial sobre su validez, puesto que el mismo no está condicionado a su vigencia, lo cual está en consonancia con la finalidad del medio de control previsto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el cual tiene como objetivo preservar la legalidad objetiva dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Que el hecho que un acto demandado haya sido modificado, derogado o subrogado por otro, lo anterior ocasiona la cesación de sus efectos hacia el futuro, en tanto que, 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, y su nulidad produce efectos invalidantes desde su nacimiento.¹⁹

La Sección Tercera ha dicho recientemente en distintos pronunciamientos que “...como la pérdida de fuerza ejecutoria naturalmente sólo produce efectos hacia el futuro, es válido el enjuiciamiento de la legalidad del artículo 76 del Decreto 2474 de 2008, mientras estuvo vigente.²⁰ Al respecto, el artículo 66 del Decreto 01 de 1984²¹ (retomado por el artículo 91 en consonancia con el artículo 88 de la Ley 1437

¹⁵ Folios 35 a 80. C. 1.

¹⁶ Los artículos 2º, 4º y 5º modificaron los artículos 7º, 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008.

¹⁷ El artículo 3º modificó el artículo 48 del Decreto 2474 de 2008.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de enero de 1991, expediente S-157, C.P. Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de marzo de 2007. Expediente 11542, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

²⁰ Este decreto fue derogado por el art. 9.2 del Decreto 734 de 2012, el cual fue a su vez derogado recientemente por el art. 163 del Decreto Nacional 1510 de 2013.

²¹ Anterior Código Contencioso Administrativo y aplicable al *sub examine*.

de 2011) prescribe, al regular la pérdida de fuerza ejecutoria, que “[s]alvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos: 1. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho (...)”.

A partir de esta norma, jurisprudencial y doctrinariamente se ha construido el instituto del decaimiento del acto administrativo como una suerte de “extinción” del mismo, que corresponde a la situación en la cual un acto administrativo que cobró firmeza deja de ser obligatorio al perder vigencia o al desaparecer sus fundamentos de derecho y, en tal virtud, deja de producir efectos jurídicos.²²

Esta Corporación ha sostenido mayoritariamente que la figura de la pérdida de fuerza ejecutoria (en este caso con ocasión de la causal prevista en el numeral 5º del artículo 66 del C.C.A. por pérdida de vigencia del acto como consecuencia de su derogación) no impide el juicio de legalidad del mismo, en tanto este debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de su expedición y habida consideración de que el decaimiento sólo opera hacia el futuro, en tanto:

[dicho] fenómeno en nada afecta la validez del acto administrativo, no se afecta el principio de la presunción de legalidad del acto administrativo, ya que el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo debe hacerse con relación a las circunstancias vigentes al momento de su expedición.

No hay, por lo tanto, razón alguna que imposibilite proferir fallo de fondo con respecto a la legalidad de un acto respecto del cual se ha producido el fenómeno del DECAIMIENTO, entendiendo que dicho fallo abarcará el lapso durante el cual dicho acto administrativo estuvo vigente, lapso durante el cual el acto administrativo gozó de presunción de legalidad.

Lo anterior, por cuanto para que se produzca un fallo de mérito respecto de un acto administrativo, no se requiere que el mismo se encuentre produciendo efectos, tal como se sostuvo por esta Sección en providencia de fecha junio 15 de 1992²³, pues sólo el fallo de nulidad, al producir efectos ex tunc, desvirtúa la presunción de legalidad que acompañó al acto administrativo mientras éste produjo sus efectos.

(...) Lo anterior, debido a que la nulidad que se ha solicitado, concierne a la validez del acto administrativo y en el evento de prosperar, se remonta hasta el momento de su expedición, mientras que la causal de decaimiento que acaeció estando en trámite este proceso, atañe a circunstancias posteriores al nacimiento del acto administrativo y no atacan la validez del mismo”²⁴.

En tal virtud, la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez natural del acto, de suerte que la pérdida de vigencia por derogatoria no trae aparejado el juicio de validez del mismo”.²⁵

²² Cfr. BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique, *Manual del acto administrativo*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2009, p. 441.

²³ Sección Primera, expediente 1948 [C.P. Miguel González Rodríguez].

²⁴ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de agosto 3 de 2000, rad. 5722, C.P. Olga Inés Navarrete.

²⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 5 de julio de 2006 rad. 21051 C.P. Ruth Stella Correa Palacio y de 3 de febrero de 2010 rad. 19526, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Tesis reiteradas por el Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 29 de agosto de 2013, rad.

En el sub lite, si bien es cierto que el Decreto 734 del 13 de abril de 2012 derogó en su integridad el decreto 2474 de 2008 - contenido de las normas acusadas en esta demanda – lo anterior no impide adelantar el correspondiente juicio de legalidad, tal como se anotó en los párrafos precedentes, por lo que se procederá a proferir decisión de fondo.

3.5. Cosa juzgada en la acción de simple nulidad, sus efectos y su incidencia en el presente trámite

Se ha dicho por la jurisprudencia de la Sala que la cosa juzgada en materia contencioso administrativo comporta una regulación específica y diferencial atendiendo al tipo de acción que le dio origen a la sentencia (artículo 175 del Código Contencioso Administrativo)²⁶ y opera cuando se ha adoptado, en proceso anterior, una decisión de fondo, debidamente ejecutoriada, sobre una *causa petendi* específica, en salvaguarda de la seguridad jurídica.

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

En relación con este asunto, ha sostenido la Corporación:

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

“De conformidad con lo dispuesto por el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, para que opere el fenómeno de la cosa juzgada es preciso que se reúnan los siguientes elementos: a) Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto; b) Que se funde en la misma causa anterior y c) Que en los procesos haya identidad jurídica de parte. No obstante lo anterior, es del caso señalar que el requisito referido a la ‘identidad jurídica de las partes’, no tiene aplicación en los procesos contencioso administrativos de nulidad, pues las sentencias que sobre ellos recaigan producen efectos erga omnes, tal cual lo predica el artículo 175 del C.C.A. cuyo texto más adelante se transcribe, lo cual implica que son oponibles a cualquier demandante que pretenda, por los mismos motivos, iniciar nuevamente el debate judicial. Adicionalmente, en estos procesos la acción es promovida no en interés particular sino, en defensa del orden jurídico.

“(…)

“De conformidad con lo prescrito por el inciso 1° del artículo 175 del C. C. A., en tratándose de sentencias estimatorias dictadas en procesos de simple nulidad, el

39040. CP. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero; de 10 de septiembre de 2014, rad. 35362 y 23 de julio de 2015, rad. 36805. CP. Hernán Andrade Rincón

²⁶ La cosa juzgada se encuentra regulada en los artículos 180 número 6 (excepciones previas), 189 (efectos de la sentencia) y 250 (causales de revisión) de la Ley 1437 de 2011.

*fenómeno de la cosa juzgada produce efectos 'erga omnes', lo cual significa que la decisión judicial en firme que haya declarado la nulidad de un acto administrativo, se hace extensiva a aquellos procesos en los cuales el acto demandado sea exactamente el mismo, independientemente de cuál sea la causa invocada para sustentar la nulidad deprecada*²⁷.

En punto de los efectos *erga omnes* relativos a los que se hizo referencia precedentemente, esta Corporación señaló que de acuerdo con el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo “(...) *si la decisión jurisdiccional es negativa, es decir si el acto demandado continúa vigente, la cosa juzgada se predica, únicamente de las causales de nulidad alegadas y del contenido del petitum que no prosperó. En consecuencia la norma puede ser demandada por otra causa y puede prosperar la pretensión, lo que quiere decir, que en tales aspectos la sentencia es inmutable, y por tanto, debe estarse a lo resuelto en la misma*”^{28 - 29}

Descendiendo al caso en concreto, cuyo análisis ocupa hoy la atención de la Sala, se advierte que mediante las sentencias del 24 de marzo de 2011, proferidas dentro del radicado 36.601 y del 14 de abril de 2010, rad. 36054 B, se fallaron demandas que pretendían la nulidad de varias de las normas que hoy son igualmente objeto de la demanda que ha dado lugar a este proceso, por lo que resulta necesario establecer los efectos de tales decisiones respecto de este asunto, teniendo como fundamento lo dicho anteriormente respecto al instituto jurídico de la cosa juzgada.

3.5.1. Decisiones adoptadas dentro de la sentencia del 14 de abril de 2010, proferida dentro del proceso radicado bajo los números 36.601³⁰

En la sentencia proferida dentro del radicado **36.601**, se dispuso en la parte resolutoria lo siguiente:

“PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad del inciso b) del numeral 3 del artículo 12 del decreto 2474 de 2008. El texto declarado nulo es el siguiente:

“b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad, para lo cual el pliego de condiciones establecerá: “(…)”

3.5.1.1. Disposiciones demandadas en el caso concreto relacionadas con el citado artículo 12 del decreto 2474 de 2008

Dentro de las pretensiones de la demanda se solicitó la declaratoria parcial de nulidad del artículo 12 del Decreto 2474 de 2008, en su numeral 3, literales a. y b, en los siguientes términos:

“a. Declárese la nulidad de la expresión: “los elementos de calidad”. Contenidas en el artículo 12 numeral 3 acápites a. y b. del decreto 2474 de 2008”.

3.5.1.2. Cargos propuestos y efectos de la cosa juzgada

Respecto al cargo formulado en contra del artículo 12 numeral 3 literales a. y b. del Decreto 2474 de 2008, advierte la Sala que dentro del trámite del proceso radicado bajo el número 36.601, las pretensiones de la demanda sólo estuvieron dirigidas frente al literal b) numeral 3 del artículo en referencia; más no se incluyó el literal a)

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 21 de octubre de 2010, expediente 11001-03-25-000-2006-00388-00, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 22 de abril de 2004, expediente 2500-23-27-000-2000-1034-01 (13274). C.P. Germán Ayala Mantilla.

²⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 10 de septiembre de 2014, rad. 35362 y 23 de julio de 2015, rad. 36805. CP. Hernán Andrade Rincón.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de marzo de 2011, expediente 36.601, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

de la citada disposición, como sí se incluyó en la demandada que estamos analizando.

De otra parte, lo que está claro es que los argumentos fácticos jurídicos para demandar el referido literal b), en uno u otro proceso son exactamente los mismos, es decir, se alega que la expresión “los elementos de calidad”, contenida en el artículo 12 numeral 3 acápite b) del Decreto 2474 de 2008, es violatoria del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, dado que en éste, al regular la selección objetiva del contratista, establece que la oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos resulte más ventajosa para la entidad, y no la ponderación de los elementos de calidad; con lo cual se cambió el concepto legal de lo que ha de entenderse como ofrecimiento más favorable, *“...por cuanto la ‘calidad’ es solo uno de los tantos factores que la entidad contratante puede tener en cuenta para la selección de la oferta...La calidad está necesariamente circunscrita al bien o servicio a contratar y los factores técnicos hacen referencia a estos y a otras condiciones contractuales y de ejecución que benefician a la contratante...”*

En consecuencia, como los argumentos fácticos jurídicos expuestos dentro del proceso radicado con el n.º 36.601, son exactamente los mismos con los utilizados en el presente trámite, para demandar la nulidad del literal b., del artículo 12 numeral 3 del Decreto 2474 de 2008, es decir, existe una unidad de objeto, por lo que para la Sala no hay vacilación alguna para concluir que la nulidad declarada en aquél (*cf. supra*, numeral 3.1.), tiene carácter vinculante e incidencia directa y determinante respecto de la decisión que aquí también de adoptarse frente a ese mismo tema. Por lo que, la Sala reconocerá la existencia de cosa juzgada absoluta en relación con la disposición antes mencionada, y así se decidirá en la parte resolutive de esta sentencia.

En lo que tiene que ver con la causa petendi frente al literal a) del artículo 12 numeral 3 del Decreto 2474 de 2008, como ese punto no fue decidido en la citada sentencia y a la fecha el tema tampoco ha sido analizado, ni resuelto por ninguna otra sentencia emanada de esta Corporación, el cargo formulado contra aquél será estudiado y analizado en otro aparte de este fallo.

3.5.2. Decisiones adoptadas dentro de la sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36054 B³¹

A través de la sentencia del 14 de abril de 2010, en especial en todo aquello que resulta de interés para el presente proceso, se adoptaron las siguientes decisiones:

“(..)

“Cuarto. DECLÁRASE la nulidad del artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.”

“Sexto. DECLÁRASE la nulidad de la expresión ‘...haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable...’, contenida en los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.”

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36054, C.P. Enrique Gil Botero.

“Decimo. DECLÁRASE la nulidad de las expresión ‘...y todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección...’, contenida en el artículo 89 del Decreto 2474 de 2008, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.” (se resalta)

3.5.2.1. Disposiciones demandadas en el caso concreto

Dentro de las pretensiones de la demanda, en los numerales sexto y séptimo se solicitó lo siguiente:

“Sexta: Declárese la nulidad de la expresión: “haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del servicio a contratar”, contenida en el artículo 47 del decreto 2474 de 2008. “Séptima: Declárese la nulidad de la expresión: “haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del servicio a contratar”, contenida en el artículo 52 del decreto 2474 de 2008., por ser violatorias del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política y del artículo 2 numeral 2 de la Ley 1150 de 2007, por cuanto el Presidente de la República a través de ellas se despojó de su facultad reglamentaria respecto del procedimiento de selección abreviada con el fin de celebrar los contratos para la prestación de servicios de salud y aquellos de las entidades a cuyo cargo se encuentre la ejecución de programas de protección a personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada, entre otros, previstos en las causales c) y h) del citado precepto legal, y la delegó o transfirió a los distintos órganos sometidos al Estatuto General de Contratación, incumpliendo el mandato legal y desconociendo los límites de dicha potestad.

3.5.2.2. Cargos propuestos y efectos de la cosa juzgada

De ésta manera en lo que concierne con los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008, se advierte que la sentencia del 14 de abril de 2010 anuló la expresión contenida en el numeral 6 de la parte resolutive de la referida sentencia (*cf. supra*, numeral 3.2.1.), de suerte que la coincidencia con el objeto de la presente *litis* es absoluta; advirtiéndose además, que los cargos formulados en uno y otro proceso (*causa petendi*) son coincidentes.

En este caso está demostrado que tanto en el proceso radicado bajo el n° 36054B; como el que hoy ocupa nuestro estudio, los demandantes sustentaron el cargo de invalidez afirmando que las expresiones por él demandadas³² eran violatorias del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política y del artículo 2º numeral 2 de la Ley 1150 de 2007, por cuanto el Presidente de la República, a través de ellas, se despojó de su facultad reglamentaria respecto del procedimiento de selección abreviada con el fin de celebrar los contratos para la prestación de servicios de salud y aquellos de las entidades a cuyo cargo se encuentre la ejecución de programas de protección a personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada, entre otros, previstos en las causales c) y h) del citado precepto legal, y la delegó o transfirió a los distintos órganos sometidos al Estatuto General de Contratación, incumpliendo el mandato legal y desconociendo los límites de dicha potestad.

En consecuencia, la Sala reconoce la existencia de cosa juzgada absoluta en relación con las frases anuladas de los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008,

³² Del artículo 47 demandó la frase: "(...) haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del servicio a contratar (...)" y del artículo 52 aquella que señala: "(...) haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar (...)."

tal como se reflejará en la parte resolutive de esta sentencia, y procederá al estudio de las otras normas acusadas, de conformidad con los cargos formulados por el actor y que no han sido objeto de decisión.

3.6. Normas demandadas dentro del caso concreto que no han sido objeto de decisión y en las cuales no se estructura la cosa juzgada.

Dentro de las otras pretensiones de la demanda, el demandante Zamir Alonso Bermeo García, solicitó lo siguiente:

La declaratoria de nulidad de la expresión: *“En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello”*. Contenida en el artículo 7 del decreto 2474 de 2008.

La de nulidad de la expresión: *“los elementos de calidad”*. Contenida en el artículo 12 numeral 3 literal a. La declaratoria de nulidad de la totalidad de los artículos 44 y 48 del Decreto 2474 de 2008 y finalmente solicita la nulidad del párrafo del artículo 88 ídem, el cual es del siguiente tenor: *“A criterio de la entidad, la audiencia a que se refiere el presente artículo podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4° del artículo 30 de la ley 80 de 1993, o realizarse de manera previa a la apertura del proceso”*.

3.6.1. Análisis de los cargos formulados

La Sala para resolver cada uno de los cargos planteados por el actor respecto de cada una de las normas reglamentarias acusadas, precisa que es necesario confrontar su texto con el de las normas superiores que se citan como vulneradas, y de esta manera comprobar si existe o no una infracción clara y ostensible del orden jurídico, de manera que se pueda concluir la prosperidad o no de la declaratoria de nulidad que se solicita. Así las cosas tenemos lo siguiente:

3.6.1.1. Cargos formulados al artículo 7 (modificación del pliego de condiciones) del Decreto 2474 de 2008.

3.6.1.1.1. Norma Censurada

El artículo parcialmente censurado, es del siguiente tenor:

*“Artículo 7°. Modificación del pliego de condiciones. La modificación del pliego de condiciones se realizará a través de adendas. La entidad señalará en el pliego de condiciones el plazo máximo dentro del cual puedan expedirse adendas, o, a falta de tal previsión, señalará al adoptarlas la extensión del término de cierre que resulte necesaria, en uno y en otro caso, para que los proponentes cuenten con el tiempo suficiente que les permita ajustar sus propuestas a las modificaciones realizadas. **En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello.***

Parágrafo 1°. En el evento en el que se modifiquen los plazos y términos del proceso de selección, la adenda deberá incluir el nuevo cronograma, estableciendo los cambios que ello implique en el contenido del acto de apertura del proceso.

Parágrafo 2°. Para efecto de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se entenderá que han retirado el respectivo pliego de condiciones del proceso licitatorio, quienes hayan presentado observaciones al proyecto de pliego de condiciones o hayan asistido a la audiencia de reparto de riesgo a que se refiere el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, cuando esta se realice con anterioridad a la apertura del proceso.” (Lo subrayado y resaltado en negrilla corresponde a la expresión demandada).

Tal como lo expuso la Sala en la providencia que decretó la medida cautelar de suspensión provisional - razones fácticas jurídicas que no han cambiado y que hoy

reiteramos en este fallo – acerca de la expresión demandada del artículo 7 del Decreto 2474 de 2008, consistente en que : “*En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello*”, dicha expresión, es manifiestamente ilegal; lo cual brota de la simple confrontación que se haga del contenido de aquella con el del inciso segundo del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, que según el demandante resulta transgredido.

En efecto, el numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, establece:

“Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas: (...)

El plazo de la licitación o concurso, entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalará en los pliegos de condiciones [o términos de referencia, derogado art. 32 Ley 1150 de 2007], de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato.

Quando lo estime conveniente la entidad interesada o cuando lo soliciten las dos terceras partes de las personas que hayan retirado pliegos de condiciones o términos de referencia, dicho plazo se podrá prorrogar, antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado.” (Se resalta y subraya la disposición que se considera transgredida).

Del precepto legal transcrito se desprende que, dentro de todo proceso de licitación pública, se encuentra prevista una etapa para la presentación de propuestas por parte de los interesados en la adjudicación del contrato ofrecido por la entidad pública licitante y que se presentan a la convocatoria realizada por ésta con dicho propósito, etapa que se sujeta a un límite temporal, esto es, a un término o plazo preclusivo y perentorio (art. 25 n.º 1 Ley 80 de 1993), establecido por la propia entidad pública.

Así, el inciso primero del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, define el plazo de la licitación pública, como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre; es decir, es el espacio de tiempo con que cuentan los interesados en participar en el proceso de contratación para radicar sus ofertas, el cual comienza desde el instante mismo en que ello se permite (fecha y hora inicial) y termina en el último momento que se fija para hacerlo (fecha y hora final), de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato. Nótese, igualmente, que la ley no indica el plazo de la licitación, sino que confía su determinación a la entidad pública licitante, quien deberá adecuarse para el desarrollo de esa labor a las características del objeto contractual, con el fin de que los interesados puedan confeccionar cabalmente sus propuestas.

A reglón seguido, el inciso segundo del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, establece que “[c]uando lo estime conveniente la entidad interesada o cuando lo soliciten las dos terceras partes que hayan retirado el pliego de condiciones, dicho plazo se podrá prorrogar, antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado.”

En este sentido, si el cierre de la licitación coincide con el vencimiento del término previsto para presentar propuestas, lo anterior quiere decir, en las voces de la aludida disposición legal, que la prórroga del plazo, en los supuestos por ella contemplados, puede realizarse antes de su vencimiento o, dicho de otro modo, hasta el mismo día o momento determinado como límite para la realización de esa diligencia de presentación y recepción de las propuestas.

De tal manera que la Sala considera que del simple cotejo de las textos normativos emerge en forma diáfana y palmaria la ilegalidad del aparte demandado del artículo 7 del Decreto 2474 de 2008, toda vez que, como lo acusa el actor, mientras el

numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 permite prorrogar el plazo de la licitación pública para la presentación de las ofertas, de oficio o a petición de los interesados, antes de su vencimiento y por un término no superior a la mitad del inicialmente previsto, **o sea, inclusive hasta el mismo día del cierre del proceso de selección**; el decreto reglamentario, en abierta oposición a la norma legal, prohibió la posibilidad de que en ese último día fijado para el cierre del proceso de selección, mediante adenda, se adicionara, ampliara o prorrogara el plazo para la presentación de ofertas, con lo cual, además, se restringió indebidamente tanto la facultad que en este sentido atribuyó la norma legal a la entidad pública, como el derecho de solicitarla que detenta la mayoría calificada de los interesados que hubiesen retirado los pliegos.

En consecuencia, ante la manifiesta ilegalidad del aparte demandado, se decretará la nulidad de la expresión “En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello”, contenida en el artículo 7 del Decreto 2474 de 2008, por violar de manera clara el párrafo segundo del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

3.6.1.2. En este otro cargo, la Sala se limitará al análisis del literal a) numeral 3º del artículo 12 del Decreto 2474 de 2008; en razón a que el literal b), ya fue anulado a través de la sentencia del 24 de marzo de 2011, proferida dentro del expediente 36601³³, operando acerca de ese numeral el instituto de cosa juzgada.

3.6.1.2.1. Norma acusada

La norma parcialmente acusada es del siguiente tenor:

“Artículo 12. Ofrecimiento más favorable a la entidad. El ofrecimiento más favorable para la entidad a que se refiere el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 se determinará de la siguiente manera:

1. En la selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización la oferta más favorable a la entidad será aquella con el menor precio.

2. En el concurso de méritos, la oferta más favorable a la entidad será aquella que presente la mejor calidad, de acuerdo con los criterios señalados en el presente decreto y en el pliego de condiciones, con independencia del precio, que no será factor de calificación o evaluación.

3. En los procesos de selección por licitación, de selección abreviada para la contratación de menor cuantía, y para los demás que se realicen aplicando este último procedimiento, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

a. La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones:

b. La ponderación de los elementos de calidad – ésta expresión fue declarada nula en la sentencia 36601 - y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad, para lo cual el pliego de condiciones establecerá:

I. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.

II. Las condiciones técnicas adicionales que para la entidad representen ventajas de calidad o de funcionamiento. Dichas condiciones podrán consistir en aspectos tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.

III. Las condiciones económicas adicionales que para la entidad representen ventajas cuantificables en términos monetarios, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en

³³ Supra n° 31.

programas de entregas, valor o existencia del anticipo, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones preexistentes en la entidad directamente relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de riesgos previsibles identificados, entre otras.

IV. Los valores monetarios que se asignarán a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, de manera que permitan la ponderación de las ofertas presentadas. En ese sentido, cada variable se cuantificará monetariamente, según el valor que represente el beneficio a recibir de conformidad con lo establecido en los estudios previos.

Para efectos de comparación de las ofertas la entidad calculará la relación costo-beneficio de cada una de ellas, restando del precio total ofrecido los valores monetarios de cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas, obtenidos conforme con lo señalado en el presente artículo. La mejor relación costo-beneficio para la entidad estará representada por aquella oferta que, aplicada la metodología anterior, obtenga la cifra más baja.

La adjudicación recaerá en el proponente que haya presentado la oferta con la mejor relación costo-beneficio. El contrato se suscribirá por el precio total ofrecido.

Parágrafo 1°. En caso de que el pliego de condiciones permita la presentación de ofertas en varias monedas, para efectos de evaluación y comparación, la entidad convertirá todos los precios a la moneda única indicada en el pliego, utilizando los parámetros señalados para tal efecto en los mismos.

Parágrafo 2°. Para la evaluación de las propuestas en proceso de selección por licitación, selección abreviada o concurso de méritos, la Entidad designará un comité asesor, conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del presente decreto, que deberá realizar dicha labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en el pliego de condiciones.

El comité evaluador, el cual estará sujeto a las inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses legales, recomendará a quien corresponda el sentido de la decisión a adoptar de conformidad con la evaluación efectuada. El carácter asesor del comité no lo exime de la responsabilidad del ejercicio de la labor encomendada. En el evento en el cual la entidad no acoja la recomendación efectuada por el comité evaluador, deberá justificarlo en el acto administrativo con el que culmine el proceso...” (Lo subrayado corresponde a las expresiones demandadas cuyo estudio debe adelantarse con ocasión del análisis del cargo).

3.6.1.2.2. Norma señalada como violada.

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007:

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

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. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de

los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

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...” (Se resalta el aparte que el actor estima vulnerado).

La Sala adoptará como punto de partida para el análisis comparado de estas dos (2) disposiciones la razón que se adujo para negar la suspensión provisional de la norma acusada bajo este cargo, vale decir, que para esos efectos resulta insuficiente el análisis aislado del referido literal a. al margen del texto integral del numeral 3 que lo contiene y cuya finalidad fue la de reglamentar el nuevo alcance que al principio de selección objetiva se dio con el numeral 2º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, en reemplazo del artículo 29 de la ley 80 de 1993, específicamente en los procesos contractuales **“por licitación, de selección abreviada para la contratación de menor cuantía, y para los demás que se realicen aplicando este último procedimiento”**. Pero, en adición a ello, partirá del supuesto de la necesidad de adelantar su estudio dentro del contexto general de la ley 1150 de 2007.

Esta ley tuvo entre sus cometidos la re significación del principio de transparencia y la optimización de la eficiencia en los procedimientos de contratación pública, y para ello, fortaleció la planeación en la materia y reformuló el principio de selección objetiva, de forma tal que la decisión de adjudicación en los procesos contractuales pudiera fundarse en la evaluación de aspectos realmente relevantes para la adquisición del bien o servicio y consiguientemente, para la satisfacción de la necesidad que movía a la administración a contratar.

En ese propósito, introdujo un nuevo entendimiento para el concepto de *ofrecimiento más favorable*, abandonando la fórmula que remitía a *los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones*, para hacer remisión a **los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad**, reformulación que guardaba armonía con el propósito de diferenciar entre los requisitos habilitantes (que miran a las condiciones de los oferentes) y los requisitos evaluables, referidos estos últimos a dos factores de escogencia, el técnico y el económico.

A juicio de la Sala, en lo que respecta al literal a del numeral 3 del artículo 12 del decreto 2474 de 2008, el reglamento ha observado consecuencia con esta intención. Los procesos de selección a los que remite la norma reglamentaria, esto es, la licitación pública y los de selección abreviada para la contratación de menor cuantía, obligan a direccionar los factores de escogencia en función de la evaluación del objeto a contratar o a su precio.

Ahora bien, estos dos factores guardan relación, en la preceptiva original de la ley 80 de 1993, con los elementos “calidad” y “precio”, sin que en sentido estricto el alcance de aquellos factores, pueda entenderse limitado al significado de cada uno de estos dos elementos. En efecto, la alusión a la calidad del bien o servicio objeto de contrato no constituyó un aporte novedoso del decreto 2474 de 2008 a nuestro ordenamiento jurídico contractual. La ley 80 de 1993, entre otras de sus disposiciones, en el numeral 5 del artículo 4 eleva a deber de la entidad contratante la exigencia de la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales conforme a los requisitos mínimos previstos en las **normas técnicas** obligatorias; y el numeral 5 literal c del artículo 24 fija como contenido obligatorio del pliego de condiciones la definición precisa de “*las condiciones de **costo y calidad** de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.* Por su parte, la ley 1150 de 2007 definió la categoría de “bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades”, como aquellos que “poseen las mismas **especificaciones técnicas**, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y **calidad** objetivamente definidos”.

Nótese que en estas disposiciones el referente para determinar la calidad se encuentra en las normas o especificaciones técnicas, al tiempo que la significación de los “bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades” se relaciona con la igualdad de condiciones técnicas y a la equivalencia de los patrones de desempeño y calidad.

Así las cosas, es cierto que conforme a una interpretación exegética y semántica, ni los “factores económicos” a los que hace referencia la ley se pueden resumir en el “precio” (Valor pecuniario en que se estima algo³⁴) o en el costo o coste (“Gasto realizado para la obtención o adquisición de una cosa o de un servicio”³⁵), ni los “factores técnicos” quedan claramente entendidos con el re envío a la expresión “calidad” (“propiedad o al conjunto de propiedades inherentes a algo, que permiten juzgar su valor”³⁶), también lo es que un adecuado entendimiento de uno y otro elemento (precio y calidad) en concordancia con el alcance que al principio de selección objetiva atribuye el numeral 2 del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, resulta suficiente para que la administración prepare los pliegos de condiciones y con base en ellos y en aplicación del principio en cita, escoja la mejor oferta para la administración.

Y esto es así, por causa de la estrecha relación que existe entre el numeral 2 del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 (nuevo, para ese entonces, alcance del principio de selección objetiva) y el texto del artículo 24, numeral 5 literal c de la ley 80 de 1993 (contenido de los pliegos de condiciones), puesto que los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación que se aplican al momento de la

³⁴ RAE, Diccionario de la lengua española, edición tricentenario, consultado en <http://dle.rae.es/?id=TvdmYgx>, el 17 de marzo de 2017

³⁵ RAE, , Diccionario de la lengua española, edición tricentenario, consultado en <http://dle.rae.es/?id=B6pVRFI> el 17 de marzo de 2017

³⁶ RAE, Diccionario de la lengua española, edición tricentenario, consultado en <http://dle.rae.es/?id=6nVpk8P|6nXVL1Z> el 17 de marzo de 2017.

evaluación de las ofertas, se gobiernan por la fórmula que en forma precisa y detallada se incluye en los pliegos.

Por tanto, si dentro de los elementos que enumera el artículo 24, numeral 5 literal c de la ley 80 de 1993 como integrantes del pliego de condiciones, no se alude textualmente a los factores técnicos y económicos a los que remite el numeral 2 del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, se impone una interpretación armónica de estas dos disposiciones. Y en esa línea de intención hermenéutica, debe entenderse que el alcance de la expresión “precio” guarda relación con los factores económicos de la propuesta, y que el alcance de la voz “calidad” debe asociarse con los factores técnicos de la oferta.

Refuerza este entendimiento la naturaleza de la palabra “calidad” como un sustantivo abstracto, cuya concreción se sirve de un objeto, que para el caso debe entenderse asociado al aspecto “técnico” de la oferta, de forma tal que en numeral 3 literal a del artículo 12 del decreto 2474 de 2008 resulta válido, si se entiende, en armonía con el numeral 2 del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 como “la ponderación de los elementos de calidad técnica (...) soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones.

Lo expuesto resulta suficiente para darle despacho negativo al cargo que se estudia, porque como se anotó, la expresión “los elementos de calidad” contenida en el artículo 12 numeral 3º literal a) del Decreto 2474 de 2008, interpretada sistemáticamente, de ninguna manera vulneró el numeral 2º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, ni constituyó un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional.

3.6.1.3. El artículo 44 (procedimiento de menor cuantía) del Decreto 2474 de 2008, demandado integralmente, preceptúa:

“Artículo 44. Procedimiento de menor cuantía. El procedimiento para la contratación de menor cuantía será el siguiente:

1. La convocatoria y la publicación del proyecto de pliego de condiciones y del pliego de condiciones definitivo se surtirá de conformidad con las reglas previstas en el presente decreto.

2. El pliego de condiciones señalará el término para presentar propuestas, que en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) días hábiles.

3. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al acto de apertura del proceso, los posibles oferentes interesados en participar en el mismo manifestarán su interés, con el fin de que se conforme una lista de posibles oferentes.

La manifestación se hará a través del mecanismo señalado en el pliego de condiciones y deberá contener, además de la expresión clara del interés en participar, el señalamiento de formas de contacto y comunicación eficaces a través de los cuales la entidad podrá informar directamente a cada interesado sobre la fecha y hora de la audiencia pública de sorteo, en caso que la misma tenga lugar. La manifestación de interés en participar es requisito habilitante para la presentación de la respectiva oferta.

En caso de no presentarse manifestación de interés dentro del término previsto, la entidad declarará el proceso desierto.

4. En caso que el número de posibles oferentes sea superior a diez (10), la entidad podrá dar paso al sorteo de consolidación de oferentes para escoger entre ellos un número no inferior a este que podrá presentar oferta en el proceso de selección.

Cuando el número de posibles oferentes sea inferior o igual a diez (10), la entidad deberá adelantar el proceso de selección con todos ellos.

En caso de realizarse el sorteo de consolidación de oferentes, el plazo señalado en el pliego de condiciones para la presentación de ofertas comenzará a contarse a partir del día de la realización del sorteo.

5. Vencido el término para la presentación de ofertas, la entidad procederá a la evaluación de las mismas en las condiciones señaladas en el pliego de condiciones, y adjudicará en forma motivada al oferente que haya presentado la oferta más favorable para la entidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del presente decreto.

El término de evaluación de las propuestas no podrá ser mayor que el plazo señalado para la presentación de las mismas, salvo que mediante acto motivado, la entidad lo extienda hasta por un término igual al inicialmente previsto.

La entidad deberá publicar en el Secop la decisión a que se refiere este numeral con el fin de enterar de la misma a todos los oferentes que participaron en el proceso de selección.

Parágrafo 1°. La entidad podrá establecer en el pliego de condiciones que la oferta sea presentada de manera dinámica mediante subasta inversa de conformidad con lo señalado en el artículo 14 del presente decreto.

Parágrafo 2°. En caso de declararse desierto el proceso de selección abreviada de menor cuantía regulado en el presente artículo, la entidad podrá iniciarlo de nuevo, prescindiendo de la publicación del proyecto de pliego de condiciones. De ser necesario se modificarán los elementos de la futura contratación que hayan sido determinantes en la declaratoria de desierto, sin que en ningún caso se cambie el objeto de la contratación, sin perjuicio de ajustes en las cantidades y el presupuesto.” (Lo subrayado corresponde al texto demandado).

En el presente cargo, el demandante se concreta en una supuesta omisión del reglamento, al no establecer una etapa en el procedimiento de selección abreviada por menor cuantía para controvertir los informes de evaluación, con lo cual, en su criterio, se desconocieron frontalmente los siguientes artículos 29 de la Constitución Política, 3 del Código Contencioso Administrativo, y el numeral 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

El análisis de este señalamiento implica una revisión de los alcances del principio constitucional del debido proceso en las actuaciones administrativas, regidas como éstas se encuentran por el principio de legalidad conforme al cual, la administración en un Estado de Derecho se encuentra sujeta a *normas de acción* establecidas por el legislador y sus actuaciones son generalmente regladas, no sólo en cuanto hace relación al origen de sus competencias, sino también en lo relativo al cauce procesal que debe seguir para el logro de sus cometidos.

Nuestro ordenamiento fundamental expresa este principio en el artículo 29 de la Constitución que dispone que el debido proceso se aplica no sólo en las judiciales, sino también en las administrativas, de forma tal que funge como un bastión contra la arbitrariedad de la administración y correlativamente como garantía de los derechos de los destinatarios de su función.

Este principio constitucional tendrá en el ámbito administrativo y por lo que aquí atañe, en el proceso administrativo contractual, el alcance que le dé el legislador en ejercicio de la amplia libertad de configuración que le confirió el constituyente en el artículo 150 de la Carta. Descendiendo al ámbito específico de las actuaciones que adelanta la administración en orden a la celebración de los contratos necesarios para el cumplimiento de sus cometidos, resulta palmario afirmar que se trata de un campo sujeto a procedimientos preestablecidos en leyes dictadas con el fin de garantizar el cumplimiento de los fines específicos de la contratación y satisfacer los

principios que orientan la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Carta, de propiciar la libre participación de todos los interesados hábiles en fungir como colaboradores de aquella, y de asegurar un marco de condiciones de igualdad para todos estos, al que no puede resultar ajeno el disfrute de oportunidades equivalentes al alcance de los partícipes, para ofrecer y defender sus ofrecimientos, y para controvertir los fundamentos de los ejercicios de evaluación de ofertas que haga la administración (principio de libre concurrencia u oposición).

Es así como nuestro legislador ha previsto, de manera general, dentro de los principios que gobiernan la contratación, la imperativa sujeción de esta actividad al principio de transparencia, en cuya virtud fija una regla según la cual, *“en los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones”* (Ordinal 2º del artículo 24 de la ley 80 de 1993). Esta regla no está sometida a excepción alguna por el legislador, y mal puede el reglamento, so pretexto de la regulación de un particular procedimiento de selección, obviarla, privando a los partícipes en el procedimiento de toda oportunidad para conocer y controvertir los informes de evaluación que se emitan en relación con sus propuestas, de señalar los errores y falencias, y de defender sus ofrecimientos, tanto como de contribuir a una selección objetiva.

Pues bien, para la Sala es claro que el artículo 44 del Decreto 2474 de 2008, cuya nulidad se pide por el actor, reglamentó el procedimiento para la contratación de menor cuantía con determinación de las diferentes etapas del proceso de selección, sin que se vislumbre la existencia de una etapa previa a la adjudicación del contrato para que los oferentes formularan observaciones o reparos a los informes de evaluación, como tampoco para su respuesta por parte de la Administración.

Así las cosas, la Sala encuentra que le asiste razón al actor al acusar al artículo 44 del Decreto 2474 de 2008 como transgresor del artículo 29 constitucional y del numeral 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, y por tanto y con apoyo en las consideraciones expuestas, declarará su nulidad en la parte resolutive de esta providencia

3.6.1.4. El artículo 48 (selección abreviada por declaratoria de desierta de la licitación) del Decreto 2474 de 2008, demandado totalmente, indica:

“Artículo 48. Selección abreviada por declaratoria de desierta de la licitación. En los casos de declaratoria de desierta de la licitación, si persiste la necesidad de contratar y la entidad estatal no decide adelantar un nuevo proceso de licitación, podrá iniciar dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la declaratoria de desierta un proceso de selección abreviada, aplicando las reglas señaladas en el artículo 44 del presente decreto con excepción de lo señalado en los numerales 3 y 4 del citado artículo.

La entidad podrá modificar los elementos de la futura contratación que a su criterio hayan sido determinantes en la declaratoria de desierta, sin que en ningún caso se cambie el objeto de la contratación...”(Lo subrayado corresponde a la expresión demandada).

Por su parte, el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en especial su letra d), definió 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:

(...)

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

El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Serán causales de selección abreviada las siguientes:

(...)

d) La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto; en cuyo caso la entidad **deberá** iniciar la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaración de desierto del proceso inicial;” (Se subraya el texto que se considera infringido por el actor).

Develar el mérito que puede tener este cargo, demanda de la Sala, como se advirtió en la providencia que negó su suspensión provisional, un juicioso y detenido análisis de las normas en el marco del alcance de la modalidad de contratación de selección abreviada prevista en la Ley 1150 de 2007 y en el de la Ley 80 de 1993, para resolver el siguiente problema jurídico que surge de la declaratoria de desierto de un proceso licitatorio en caso de persistir la necesidad de contratar: (i) se impone una obligación pro tempore a la entidad pública consistente en llevar a cabo el procedimiento de selección abreviada, con la consiguiente imposibilidad de optar por la realización de un nuevo proceso de licitación pública y, además, en forma independiente a los motivos o causas que dieron lugar a la frustración del proceso; o, por el contrario, (ii) se trata más bien de una facultad de la entidad pública para adelantar en ese preciso evento y con sujeción al límite temporal fijado en la norma legal (4 meses) dicho proceso”?

Ahora bien, un adecuado entendimiento del alcance de la contratación de selección abreviada precisa de la armonización de algunos puntos axiales de nuestra legislación contractual que remiten a los fines de las actuaciones contractuales, a la hermenéutica teleológica que se impone en la interpretación de las normas relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas del Estado, a la ratio de la regla general de la licitación pública, a la excepcionalidad de la declaratoria de desierto de la licitación, y a las diferentes razones que confluyen para explicar la contratación de selección abreviada.

En esa línea de razón, debe tomarse en consideración que los procedimientos de contratación constituyen mecanismos a través de los cuales las entidades procuran la realización, entre otros propósitos, del cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos; y que estos fines constituyen pauta forzosa para la interpretación de las normas relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas.

Así, cuando la administración inicia un proceso de contratación, obra movida por la necesidad verificada de adquirir bienes o servicios que demanda para el cumplimiento de sus cometidos, y si lo hace bajo la cuerda procesal de la licitación, es porque el legislador la ha considerado la más pertinente en razón, por lo general, de la importancia del objeto a contratar o la significación de su cuantía.

El destino natural de esa licitación, una vez abierta, es la adopción de la decisión unilateral de adjudicación, y sólo por excepción termina en forma anormal mediante declaratoria de desierto de la licitación, cuando ocurran motivos o causas que impidan la escogencia objetiva de la mejor oferta.

Cuando el legislador ha dispuesto que determinado bien o servicio se adquiera previo proceso licitatorio público, obra movido por la convicción de encontrar en ese proceso la plenitud de formas y el mayor nivel de garantías aconsejable para el cumplimiento de los fines de la contratación. Este móvil no necesariamente se

desvirtúa, ni estas mejores formas y garantías se hacen imposibles de realizar y obtener por causa de cualquiera de las múltiples circunstancias concretas que engloba la abstracta expresión “motivos o causas que impidan la escogencia objetiva”.

Y es por eso que lo que se impone una vez decidida la terminación anormal de la licitación, es el examen por parte de la administración de las condiciones fácticas que en concreto movieron a la declaratoria de desierta de la licitación, para fundamentar, con las conclusiones que se obtengan, la decisión, bien de abrir un nuevo proceso de licitación pública, lo que de resultar viable, podría llevarse a efecto en cualquier tiempo, por cuanto tal procedimiento es la regla, o bien de declinarlo, en cuanto así lo permite el ordenamiento jurídico, y optar por la vía remedial de la selección abreviada, vía que por constituir, bajo esta causal, una excepción concebida en atención a las necesidades vigentes de la contratación y a las circunstancias que determinaron la terminación anormal de la licitación primigenia, debe adelantarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la declaratoria de desierta de la licitación.

Bajo este marco de elementos normativos, la expresión verbal “deberá” que incorpora el precepto legal (artículo 2º de la ley 1150 de 2007), se entiende que guarda relación con el tiempo durante el cual se habilita a la administración para iniciar el proceso remedial de selección abreviada (esto es, como una facultad de la entidad pública para adelantar en ese preciso evento la contratación mediante selección abreviada), pero con sujeción al límite temporal fijado en la norma legal (4 meses), y no como un imperativo de acudir al mismo con abandono forzado del proceso licitatorio. Y bajo este entendimiento, encuentra la Sala, que el artículo 48 del Decreto 2474 de 2008, no contraviene el literal d) del numeral 2 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007, sino que da cauce regular a su reglamentación. Se abstendrá, en consecuencia, de declarar su nulidad.

3.6.1.5. El artículo 88 (determinación de los riesgos previsibles) del Decreto 2474 de 2008, demandado en su parágrafo, preceptúa:

“Artículo 88. Determinación de los riesgos previsibles. Para los efectos previstos en el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales.

La entidad en el proyecto de pliego de condiciones deberá tipificar los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de cuantificar la posible afectación de la ecuación financiera del mismo, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, o la forma en que se recobrará el equilibrio contractual, cuando se vea afectado por la ocurrencia del riesgo. Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego, o en la audiencia convocada para el efecto dentro del procedimiento de licitación pública, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida.

La tipificación, estimación y asignación de los riesgos así previstos, debe constar en el pliego definitivo. La presentación de las ofertas implica de la aceptación por parte del proponente la distribución de riesgos previsibles efectuada por la entidad en dicho pliego.

Parágrafo. A criterio de la entidad, la audiencia a que se refiere el presente artículo podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, o realizarse de manera previa a la apertura del proceso.” (Lo subrayado corresponde al texto demandado).

Señala el actor que el párrafo del artículo reproducido, es violatorio del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, que prevé:

“Artículo 4°. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.” (Se subraya el texto que se considera infringido por el actor).

De esta manera, coherente con el propósito de fortalecer la planeación en los procesos de contratación estatal, la regulación introducida por la Ley 1150 de 2007 incorporó a la fase preparatoria de la licitación pública, la tarea de anticipar, estudiar, identificar, cuantificar, asignar y repartir el peso de los factores o circunstancias de peligro, amenaza o contingencias previsibles en la ejecución de la futura relación comercial, de forma tal, que los pliegos de condiciones que les fueran entregados a los interesados para la preparación de sus ofertas, ofrecieran a estos una fórmula definitiva para su distribución que les permitiera la anticipación en su oferta de un cuadro adecuado de conmutatividad prestacional.

Se puede percibir en el texto legal la intención de limitar en el tiempo la oportunidad para la elaboración acabada de esta tarea, hasta una fase previa al inicio del plazo para presentación de ofertas, pues esta presentación, cuando es resultado de una planeación pertinente, supone el conocimiento definitivo del cuadro de distribución de los riesgos, pues no de otra manera puede el interesado preparar responsablemente una oferta que incorpore los costes que demanda la anticipación, el cubrimiento o la asunción de tales amenazas.

Salta a la vista, entonces, que la expresión *“A criterio de la entidad, (...) podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, o...”* del párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, contraría abiertamente la regla contemplada en el inciso segundo del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, en cuanto permite que la administración, en forma discrecional, realice esta audiencia antes de la apertura del proceso, o en el curso de la audiencia de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, audiencia ésta que tiene realización dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas, a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia.

Como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sala³⁷ en infinidad de fallos, la facultad reglamentaria no es absoluta y encuentra su límite y ámbito de acción en la Constitución Política y en la ley, a las cuales debe sumisión y respeto; está sujeta y limitada al orden jurídico superior y, por tanto, no puede desconocer sus preceptos, ni suprimirlos, restringirlos, alterarlos, ampliarlos, adicionarlos o modificarlos, porque ello entrañaría invadir la órbita constitucional de competencia del Legislador, sin que por ello deba inferirse que esta función se traduzca en *una actividad mecánica de reproducción de textos. En su ejercicio hay un proceso previo de análisis y evaluación de la ley, de indagación de sus fines, y de investigación sobre su contenido general y sus alcances parciales. Como producto de ese estudio, el reglamento debe ser el reflejo fiel del estatuto desarrollado y de cada uno de sus preceptos. En él puede desenvolverse, no sólo lo que aparezca explícitamente regulado en la ley, sino también lo que se encuentra implícito en ella*³⁸.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 diciembre de 2007, Exp. 24.715 y otros –acumulados–.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de marzo de 1963, C.P. Carlos Gustavo Arrieta.

No le está permitido al reglamento que so pretexto de hacer explícito un supuesto o un elemento sobreentendido en la ley, contraríe su sentido explícito y claro, máxime si con ello se extravía su teleología.

Así, si el legislador dispone un límite temporal para la culminación de una actividad de planeación dentro de un proceso precontractual, la extensión por parte del reglamento del tiempo fijado en la ley deviene lesiva de la ordenación jerárquica del ordenamiento jurídico, sin que este resultado se altere por la buena apariencia de propósito, para el caso en una perspectiva favorable a la realización del principio de economía, en la norma reglamentaria.

“La potestad reglamentaria aún en el marco de una ley de ‘principios’ como es el estatuto de contratación estatal –so pretexto de aportar los detalles y pormenores de la ley- no puede ir más allá de su ámbito estrictamente administrativo para pretender entrar en los predios de acción de la ley.”³⁹

Es que la facultad reglamentaria no es absoluta y encuentra su límite y ámbito de acción en la Constitución Política y en la ley, a las cuales debe sumisión y respeto; está sujeta y limitada al orden jurídico superior y, por tanto, no puede desconocer sus preceptos, ni suprimirlos, restringirlos, alterarlos, ampliarlos, adicionarlos o modificarlos, porque ello entrañaría invadir la órbita constitucional de competencia del Legislador, sin que por ello deba inferirse que esta función se traduzca en una actividad mecánica de reproducción de textos. *“En su ejercicio hay un proceso previo de análisis y evaluación de la ley, de indagación de sus fines, y de investigación sobre su contenido general y sus alcances parciales. Como producto de ese estudio, el reglamento debe ser el reflejo fiel del estatuto desarrollado y de cada uno de sus preceptos. En él puede desenvolverse, no sólo lo que aparezca explícitamente regulado en la ley, sino también lo que se encuentra implícito en ella”*

En consecuencia, la Sala decretará la nulidad de este aparte del parágrafo acusado, dejando a salvo la expresión restante, esto es, *“...la audiencia a que se refiere el presente artículo (...) realizarse de manera previa a la apertura del proceso...”* pues irrumpe, con meridiana claridad, que únicamente lo contenido en la primera expresión se opone a la norma legal que se invoca como infringida, tanto como al del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C

F A L L A

PRIMERO.- DECLÁRASE la existencia de cosa juzgada en el presente asunto respecto del literal b) del artículo 12 numeral 3 del artículo 12 del Decreto 2474 de 2008, de conformidad con lo dispuesto en el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia proferida el 24 de marzo de 2011 dentro del proceso radicado bajo el número 11001032600020090003300 (36601).

SEGUNDO.- DECLÁRASE la existencia de cosa juzgada en el presente asunto en relación con los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008 respecto de la expresión *‘...haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable...’*, contenida en tales disposiciones, de conformidad con lo dispuesto en el numeral sexto y séptimo de la parte resolutive de la sentencia proferida el 14 de abril de 2010 dentro del proceso radicado bajo el número 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)B.

TERCERO.- DECLÁRASE la nulidad de la expresión demandada del artículo 7 del Decreto 2474 de 2008: *“En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día*

³⁹ Nota original del texto transcrito: Corte Constitucional, sentencia C 508 de 2002.

en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello.”, de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la presente providencia.

CUARTO.- NEGAR la nulidad del literal a). del numeral 3 del artículo 12 del Decreto 2474 de 2008, de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la presente providencia.

QUINTO.- DECLÁRESE la nulidad de la integridad del artículo 44 del Decreto 2474 de 2008, de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la presente providencia.

SEXTO.- DECLÁRESE la nulidad de la totalidad del artículo 48 del Decreto 2474 de 2008, de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la presente providencia.

SÉPTIMO.- DECLÁRESE la nulidad de la expresión del párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008: *“A criterio de la entidad, (...) podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, o...”* de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la presente providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de Sala

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE