

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010)

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Radicación número: 110010326000200900116 00 (37.785)

Actor: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Demandado: NACIÓN-PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS

Asunto: Acción pública de simple nulidad

Resuelve la Sala sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional contra los artículos 1 y 2 del Decreto 3576 de 17 de septiembre de 2009, presentadas por el ciudadano MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El ciudadano MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, actuando a nombre propio, en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 de la C.C.A. presentó el 9 de noviembre de 2009, demanda para que se declare la nulidad de los artículos 1 y 2 del Decreto 3576 de 17 de septiembre de 2009, "*por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y el Decreto 2025 de 2009*", expedido por el Gobierno Nacional, conforme a los cuales:

"Artículo 1. Modifíquese el párrafo del artículo 17 del Decreto 2474 de 2008, el cual quedará así:

Parágrafo. El procedimiento de selección para la celebración de contratos cuyo objeto sea la adquisición de bienes o servicios a los que se refiere el presente artículo, cuyo valor no exceda el 10% de la menor cuantía de la entidad, será el de subasta inversa, que para efectos del presente párrafo corresponde a la adjudicación del contrato al mejor postor; la que se regirá exclusivamente por las siguientes reglas.

Una vez hecha la justificación previa a que se refiere el párrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, Y con el fin de garantizar la publicidad del procedimiento, la Entidad formulará invitación pública a presentar ofertas, a través de su página web, o en su defecto, en un lugar de su sede de fácil acceso al público. La escogencia recaerá sobre aquella oferta con el precio más bajo, siempre que se encuentre en condiciones de mercado y satisfaga las necesidades de la entidad. De igual manera se procederá si sólo se presenta una sola oferta. En caso de empate la entidad requerirá a los empatados a presentar nueva oferta económica.

La Entidad establecerá en la invitación los requisitos mínimos habilitantes que serán verificados únicamente en el oferente con el precio más bajo. En caso que éste no cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, se podrá contratar con el oferente que haya presentado el segundo menor precio previa verificación de sus calidades habilitantes. En caso de que éste tampoco cumpla, se verificarán las de quien presentó el tercer menor precio y así sucesivamente hasta obtener un oferente habilitado. En todo caso, la oferta deberá encontrarse en condiciones del mercado y satisfacer las necesidades de la entidad. De no lograrse lo anterior, se repetirá el proceso de selección.

En este procedimiento no será necesario contar con la ficha técnica a que se refiere el artículo 20 del presente decreto, ni se exigirá a los oferentes estar inscritos en el RUP, ni aportar garantía de seriedad de la oferta. Para efectos de la garantía única de cumplimiento, se dará aplicación a lo señalado en el inciso primero del artículo 8 del Decreto 4828 de 2008.

El contrato constará por escrito, bien sea en un documento firmado por las partes, o mediante intercambio de documentos escritos entre la entidad y el contratista, o mediante la factura presentada por el proveedor de bienes o servicios aceptada por la entidad, o en órdenes de trabajo, compra o de servicio, o en cualquier otro Instrumento siempre que el mismo reúna las condiciones de existencia y validez del negocio jurídico.

Con el fin de garantizar la publicidad del procedimiento, la entidad dejará constancia escrita de los trámites realizados, tomando las medidas que se requieran para la conservación de la información, de conformidad con las normas de archivo aplicables.

Artículo 2. El párrafo 1 del artículo 9 del Decreto 2025 de 2009, quedará así:

Parágrafo 1. El procedimiento de selección para la celebración de contratos a los que se refiere el presente artículo y cuyo valor no exceda el 10% de la menor cuantía de la entidad, se realizará, con el fin de garantizar la publicidad del procedimiento, mediante una invitación pública formulada a través de la página web de la entidad o, en su defecto, en un lugar de su sede de fácil acceso al público, una vez hecha la justificación previa a que se refiere el párrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

La Entidad establecerá en la invitación los requisitos mínimos habilitantes, así como los criterios de selección que aplicará para definir el proceso, ponderando factores técnicos y económicos. Realizada la evaluación de la oferta u ofertas presentadas, la entidad dará traslado de la misma por un día en la secretaría de la dependencia que tramita el proceso. Si sólo se presenta una oferta, esta se aceptará siempre que satisfaga las necesidades de la entidad y provenga de un oferente habitado.

Los requisitos mínimos habilitantes serán verificados únicamente en el oferente que haya obtenido el mayor puntaje en la evaluación. En caso que éste no cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, se podrá contratar con el oferente que se ubique en el segundo lugar en la evaluación realizada, previa verificación de sus calidades habilitantes. En caso de que éste tampoco cumpla se repetirá el proceso de selección.

No se exigirá a los oferentes estar inscritos en el RUP ni aportar garantía de seriedad de la oferta. Para efectos de la garantía única de cumplimiento, se dará aplicación a lo señalado en el inciso primero del artículo 8 del Decreto 4828 de 2008.

El contrato constará por escrito, bien sea en un documento firmado por las partes, o mediante intercambio de documentos escritos entre la entidad y el contratista, o mediante la factura presentada por el proveedor de bienes o servicios aceptada por la entidad, o en órdenes de trabajo, compra o de servicio, o en cualquier otro instrumento siempre que el mismo reúna las condiciones de existencia y validez del negocio jurídico.

En relación con las adquisiciones a que se refiere el presente párrafo, la entidad dejará constancia escrita del trámite realizado y de la publicidad de la invitación surtida. Para el efecto tomará las medidas que se requieran para la conservación de la información, teniendo en cuenta las normas de archivo aplicables."

A juicio del actor las citadas normas reglamentarias vulneran los artículos 29, los numerales 1 y 2 y el inciso final del artículo 150, el numeral 11 del artículo 189 y el artículo 273 de la Constitución Política; los artículos 2 y 5 de la Ley 1150 de 2007; el numeral segundo del artículo 24 y el artículo 39 de la Ley 80 de 1993; los artículos 27 y 30 del Código Civil y el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo.

2. La solicitud de suspensión provisional

En escrito separado, el actor solicitó de modo expreso la suspensión provisional de los efectos de las normas acusadas, al estimar que infringen en forma manifiesta las disposiciones superiores invocadas, lo cual se vislumbra, en su sentir, por confrontación directa.

2.1 En su criterio, el Gobierno Nacional en la norma demanda estableció una modalidad de

contratación no prevista en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, con lo cual violó dicha norma y desconoció lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, conforme al cual la potestad reglamentaria se limita a expedir las órdenes necesarias para la cumplida ejecución de la ley que reglamenta y en este caso *'él ejecutivo no puede establecer regulaciones que no fueron previstas por la propia ley y que no corresponden estrictamente a su desarrollo'*

Puso de presente que la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia 27 de mayo de 2009 (Exp. 36054, CP Enrique Gil Botero) ordenó la suspensión provisional del artículo 46 del decreto 2474 de 2008, el cual desarrollaba la modalidad de contratación de mínima cuantía y al efecto transcribió *in extenso* las consideraciones de la Sala.

Indicó que el gobierno en las normas cuya suspensión se solicita *"incurrió en la misma ilegalidad manifiesta a la que se hace referencia en la providencia transcrita"* Las disposiciones acusadas establecen una modalidad de contratación, particular para los contratos estatales cuyo valor no exceda el 10% de la menor cuantía y por esta razón violan lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007.

Destacó que la Ley 1150 de 2007 en su artículo 2° dispuso que la escogencia del contratista se efectuaría con arreglo a las siguientes modalidades: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa. El numeral 2° de este artículo incluyó dentro de la modalidad de selección abreviada la contratación de menor cuantía Y estableció el monto a partir del cual los contratos deben considerarse incluidos en dicha categoría" De modo que, a su juicio, esta norma "no estableció una modalidad de selección *del contratista que fuera específica para los contratos cuyo valor no exceda el 10^o 1,9 de la menor cuantía*".

Por tal razón, en criterio del actor todos los contratos de las entidades estatales por valor inferior a las cuantías determinadas en la norma anteriormente transcrita, que no correspondan por su naturaleza a otra categoría, quedaron comprendidos dentro de la modalidad de menor cuantía. Explica que conforme a la jurisprudencia citada se fraccionaron los rangos previstos en el artículo 2° numeral 2° literal b), para extraer de allí uno diferente y al hacerlo se creó una modalidad sin apoyo legal.

Las normas acusadas "simplemente se refieren a 'los contratos cuyo valor no exceda del 10% de la menor cuantía' pero es evidente que en ellas nuevamente se introduce una modalidad de contratación no contemplada por el legislador y dicha modalidad comprende el mismo tipo de contratos denominados en el artículo 46 del decreto 2474 como contratación de mínima cuantía". Así, 'establecer un procedimiento especial para celebrar los contratos de las entidades estatales cuando su `valor no exceda el 10% de la menor cuantía' implica introducir una modalidad no contemplada por la ley".

2.2 Adicionalmente, los artículos acusados violan también a su entender flagrantemente el artículo 39 de la ley 80 de 1993 que determina la forma a la cual están sujetos los contratos estatales. Luego de transcribir los dos primeros incisos del artículo 39 de la ley 80 y el inciso 4° del artículo 2 del Ley 1150 de 2007 decreto 3576, adujo que el gobierno desconoció que la derogó el párrafo del artículo 39 de la ley 80 de 1993 que contemplaba la celebración de contratos sin formalidades plenas en consideración a la cuantía de los mismos, tal y como lo señaló el Consejo de Estado en el auto de 27 de mayo de 2009.

II. CONSIDERACIONES

Para la decisión de este asunto, la Sala abordará el análisis de los siguientes aspectos: 1) la competencia; 2) la admisión de la demanda; y 3) la suspensión provisional solicitada de cada una de las normas demandadas.

1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia de la demanda del *sub examine* (artículo 237 numeral 1 C.N. en concordancia con el artículo 128 del C.C.A.).

En efecto, se pretende la nulidad de unas normas de naturaleza reglamentaria, contenidas ^{en} el Decreto 3576 de 17 de septiembre de 2009, acto de carácter general y administrativo, por el cual se modificaron parcialmente los decretos 2474 de 2008 y 2025 de 2009, reglamentarios de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y fue expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución.

Cabe señalar, igualmente, que el conocimiento de este asunto corresponde a esta Sección, dado que el artículo 12 del Acuerdo 58 de 1992¹, modificado por el artículo 1,3 del Acuerdo 58 de 1999, por el cual se adoptó el Reglamento del Consejo de Estado, en cuanto *a la distribución de los negocios entre las distintas secciones, dispuso que la Sección Tercera conoce de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros.

2. La admisión de la demanda

La demanda será admitida, teniendo en cuenta que las normas acusadas hacen parte de un acto que fue expedido por una autoridad del orden nacional (Decreto 3576 de 17 de septiembre de 2009) y que cumple con los requisitos de ley (artículos arts. 128, 137, 138, 139, 142 y 143 del C.C.A.).

3. La suspensión provisional solicitada

La suspensión provisional, hoy prevista en el artículo 238 de la Constitución Política, y que había sido regulada por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo -C.C.A.- (artículo 31 del Decreto 2304 de 1989) en vigencia de la anterior Carta Política 3, fue concebida para la defensa del ordenamiento superior de las eventuales agresiones de actos administrativos, que amparados en su presunción de legalidad, incurran en una ilegalidad manifiesta.

Ilegalidad que emerge de la mera comparación del acto administrativo impugnado con textos normativos superiores que se aduzcan como desconocidos por la Administración, sin que se requiera efectuar un mayor estudio a la confrontación directa de sus contenidos.

Con la adopción de esta medida cautelar se detienen temporalmente los efectos de los actos administrativos y, por lo mismo, se suspende su fuerza obligatoria (arts. 238 superior, 66 No. 1 y 152 del C.C.A.).

En este sentido, esta figura excepcional y restrictiva es corolario directo del principio de legalidad (preámbulo, artículos 1, 6, 121 y 122 C.N.) y tiene por *thelos* sancionar, como lo ha señalado esta Corporación, la rebeldía de la Administración ante mandatos superiores¹.

Para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo cuya nulidad se pretenda, el artículo 152 del C.C.A. exige que se reúnan en forma concurrente los siguientes requisitos:

(i) Que la medida se solicite antes de que sea admitida la demanda y que se sustente de modo expreso en ésta o por escrito separado.

(ii) Que en tratándose de la acción de nulidad, basta que haya infracción manifiesta de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

¹ En desarrollo de lo dispuesto por el numeral 6° del artículo 237 de la Carta Política.

² Artículo 238 C.P.: la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial".

³ El artículo 193 de la Constitución Nacional de 1886 ya la consagraba.

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Auto de 28 de junio de 1990, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo, S.V. Carlos Betancur Jaramillo.

(iii) Que sí la acción es distinta de la de nulidad además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.

Por lo tanto, la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo está condicionada a que la violación al ordenamiento jurídico que se le imputa al mismo sea evidente, ostensible, notoria, palmar, a simple vista o *prima facie*.

Conclusión a la que se debe llegar, según la dicho la Sala, mediante un, sencillo y elemental cotejo directo entre el acto administrativo demandado y las normas que se invocan como transgredidas, en un proceso comparativo a doble columna, que no requiere de mayores; esfuerzos interpretativos o probatorios.

De modo que, en el caso de requerir un análisis profundo o un estudio de igual naturaleza de los medios probatorios aducidos con la demanda, no resulta posible su decreto, y las consideraciones de legalidad o ilegalidad en torno al acto se deben posponer para la sentencia.

En el *sub lite*, efectivamente los artículos 1. y 2 del decreto 3576 de 2009 establecen una modalidad de contratación no prevista en el artículo 2' de la ley 1150 de 2007, toda vez que esta norma prevé como procesos de selección la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación directa.

Tal y como ya lo advirtió la Sala en la providencia por medio de la cual suspendió la norma que justamente fue derogada por este nuevo precepto', resulta extraño a los procedimientos de selección que vía reglamento se pretenda -esta vez de forma sutil y velada- una modalidad de escogencia dentro del proceso de selección abreviada, cuando el valor del contrato no excede del 10% de la menor cuantía.

Sin que sea menester entrar a un análisis de fondo de la situación controvertida, se advierte con el solo cotejo del decreto demandado con la normatividad superior, que se presenta con claridad meridiana su transgresión y desconocimiento.

En efecto, el párrafo 2° del artículo 2° de la ley 1150 impone -se insiste- que la menor cuantía corresponda a un mismo proceso de escogencia de contratistas, con sujeción a reglas comunes. Una vez más por vía de decreto reglamentario se fraccionan los rangos previstos en el art. 2, núm. 2, lit. b), para extractar de allí uno diferente, que no se ajusta al párrafo segundo citado, sólo que en esta oportunidad no se le nomina de manera particular o diferente.

No puede pasar por alto la Sala, que no obstante la declaratoria de suspensión provisional, mediante otro decreto reglamentario, ahora sin denominación particular, se intenta de nuevo regular una modalidad que no dista mucho de lo que la norma suspendida prevé (mínima cuantía), sólo que en esta ocasión no se le rotula bajo una nomenclatura distinta y simplemente se le prevé como situaciones objeto de regulación diferente.

La Sala reitera lo expresado al decidir la reposición formulada contra la suspensión provisional decretada de la norma reglamentaria que fue derogada por la disposición hoy acusada:

"si bien es admisible que existan procesos de selección diferenciados, al interior de la menor cuantía -como modalidad de selección abreviada que es-, lo cierto es que el reglamento no puede, so pretexto de actuar en este sentido, crear procesos de selección autónomos, es decir, diferentes a los previstos por el legislador si bien es cierto que el principio de economía justifica la existencia de procesos de selección ágiles y eficientes, también es verdad que ya están dadas algunas reglas por la ley, y que el reglamento no las puede alterar, so pretexto de buscar la máxima eficiencia en los procedimientos contractuales. Admitirlo, viola la ley que se reglamenta."

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 27 de 2009, Rad. 110010326000200800101 00, Exp.36.054, Actor: Pablo Manrique Convers, Demandado: Nación -Ministerio del Interior y de Justicia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte y Departamento Nacional de Planeación, C.P, Enrique Gil Botero

Por lo anterior, se accederá a la suspensión provisional de los efectos de las expresiones censuradas de los artículos 1 y 2 del Decreto 3576 de 2009. Esta circunstancia releva a la Sala de evaluar, en este estado del proceso, los argumentos adicionales esgrimidos por el actor, lo anterior, sin perjuicio —si es del caso- que ellos sean estudiados en la sentencia de fondo.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADMÍTASE la demanda interpuesta por el ciudadano MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, contra los artículos 1 y 2 del Decreto 3576 de 2009 *'por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2472 de 2008 y el Decreto 2025 de 2009'*, expedido por el Gobierno Nacional.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al agente del Ministerio Público.

TERCERO: NOTIFÍQUESE personalmente este auto a los señores: Ministro del Interior y de Justicia, Ministro de Hacienda y Crédito Público, Ministro de Transporte y Director del Departamento Nacional de Planeación.

CUARTO: FÍJESE en lista por el término de diez (10) días.

QUINTO: DECRETASE la suspensión pensional de los efectos de los artículos 1 y 2 del Decreto 3576 de 2009.

SEXTO: SEÑÁLESE la suma de cien mil pesos (\$100.000,00) como gastos ordinarios del proceso a cargo de la parte actora, suma que será consignada a órdenes de la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la respectiva cuenta, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de ésta providencia. El remanente, si existiere, se devolverá al interesado, cuando el proceso finalice.

SÉTIMO: SOLICÍTESE por secretaría, a las entidades demandadas el envío, en copia íntegra y auténtica, de todos los antecedentes administrativos del Decreto 3576 de 2009 *'por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2472 de 2008 y el Decreto 2025 de 2009'*; en especial de las disposiciones demandadas, dentro del término de 10 días, y con la advertencia de que el desacato a esta solicitud o la inobservancia del plazo constituye falta disciplinaria.

OCTAVO: TÉNGASE al ciudadano MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ como parte demandante, y por tratarse de Una acción pública

RECONÓCESE personería para actuar, a nombre propio.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidenta de la Sala

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO
Salvo Voto

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

CARLOS BETANCOURT JARAMILLO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Bogotá D.C., ocho (8) de abril de dos mil diez (2010).

Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Radicación número: 1 10010326000200900116 00.

Expediente número: 37785.

Actor: Martín Bermúdez Muñoz.

Demandado: Nación - Presidencia de la República y otros.

Naturaleza: Acción pública de simple nulidad.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA CONSEJERA MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Con el debido respecto por las decisiones de la Sala, a continuación expongo las razones de orden jurídico que dieron lugar a que dejara a salvo mi voto en la providencia de fecha 18 de marzo de 2010, proferida en el proceso de la referencia.

Considero que la medida de suspensión provisional no debió ser decretada porque, a mi juicio, no surge de manera palmaria la infracción de las normas que sirven de fundamento a la solicitud.

En efecto, el actor sostiene que las normas reglamentarias introdujeron una nueva modalidad de selección no prevista por el artículo 2° de la ley 1150 de 2007 para los contratos cuya cuantía no excediera el 10% de la menor cuantía, no obstante, considero que el reglamento no hizo cosa distinta que desarrollar el artículo 2° de la ley 1150 de 2007 y a tal efecto ubicó distintos procedimientos que en todo caso se enmarcan dentro de la modalidad de selección abreviada. En mi entender, la ley 1150 de 2007 creó cuatro modalidades de selección para efectos de escoger a los contratistas (licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa) y señaló las pautas generales con miras a establecer en qué casos resulta procedente acudir a uno u otro mecanismo, sin embargo, la ley no reguló los aspectos atinentes a las formas y estructuración de los procedimientos, correspondiéndole al ejecutivo reglamentar los mismos en ejercicio de la función contemplada por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, de suerte que el ejecutivo bien podía crear varios procedimientos para desarrollar una misma modalidad de selección sin que por esa circunstancia pueda entenderse que se ha creado una nueva modalidad que no se halla contemplada por la ley o que se desnaturalice el contenido de la misma. En otras palabras, la Sala entiende que cuando la ley hace referencia a una modalidad de selección, el ejecutivo sólo se halla facultado para crear un único procedimiento con reglas comunes para todos los casos en relación con esa modalidad y tal concepción no es correcta, a mi juicio, porque resulta perfectamente viable que dentro de una misma modalidad de selección se establezcan procedimientos que respondan a las particularidades de los distintos supuestos que abarca esa misma modalidad, en aras de garantizar la eficiencia en la gestión contractual, como puede suceder por vía de ejemplo cuando se establecen unos términos temporales, factores o requisitos o que deban prevalecer unos u otros para que se ajusten a los supuestos regulados sin que ello implique, reitero, la creación de una nueva modalidad de selección.

Con lo anterior quiero significar únicamente que la violación a los preceptos superiores por parte de las disposiciones demandadas no es ostensible, pues no se puede inferir, sin realizar un razonamiento jurídico con fundamento en consideraciones adicionales a la simple confrontación de las normas, que se haya creado una modalidad de selección nueva a través del reglamento.

Por otra parte, considero que la decisión de la Sala de suspender provisionalmente los efectos jurídicos de las disposiciones cuestionadas genera profundos traumatismos en la gestión contractual de las entidades del Estado en la medida en que al eliminar temporalmente el procedimiento diseñado se afecta la eficiencia que, precisamente, es lo que pretende garantizar el legislador al concebir las distintas modalidades de selección.

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA**

Consejero: Enrique Gil Botero

Bogotá D.C., abril ocho (8) de dos mil diez (2010)

Rad: 110010326000200900116 00

Exp.: 37.785

Actor: Martín Bermúdez y otro

Demandado: Departamento de Casanare

Acción: Nulidad

SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto frente a las decisiones, de la Sala, salvo mi voto en relación con el auto proferido el 18 de marzo de 2010, en el proceso de la referencia, y expresaré, en los términos que siguen, las razones que me condujeron a disentir de la mayoría.

1. Síntesis del problema

El auto de la referencia adoptó dos decisiones: i) admitió la demanda de nulidad presentada contra el decreto 3.576 de 2009, "por el cual se modifica parcialmente el decreto 2474 de 2008 y el Decreto 2,025 de 2009" y ii) suspendió provisionalmente los artículos 1 y 2 de dicha norma.

La primera decisión la compartí, pero no la otra, pues para suspender las normas expuso la Sala que "... los artículos 1 y 2 del decreto 3576 de 2009 establecen una modalidad de contratación no prevista en el artículo 2 de la ley 1150 de 2007..." -fi. 9-. Y luego agregó que "En efecto, el párrafo 2 del artículo 2 de la ley 1150 impone -se insiste- que la menor cuantía corresponda a un mismo proceso de escogencia de contratistas, con sujeción a reglas comunes. Una vez más por vía de decreto reglamentario se fraccionan los rangos previstos en el art. 2, núm. 2, lit. b), para extractar de allí uno diferente, que no se ajusta al párrafo segundo citado, solo que en esta oportunidad no se le nomina de manera particular o diferente." -fi. 10-. Finalmente consideró que la nueva disposición es bastante parecida a la denominada "mínima cuantía", que regulaba el art. 46 del decreto 2474 de 2008, que fue suspendida por esta misma Sección, en otro proceso del cual soy ponente, de modo que incluso se citó un aparte de dicha providencia, para apoyar la decisión de la cual me separo.

2. Razones de la diferencia

Considero que no existe una contradicción flagrante entre las normas demandadas y el artículo 2 de la ley 1.150 de 2007 -y menos con cualquiera otro invocado en la demanda-, y por eso no se debió acceder a la solicitud de suspensión provisional. En este sentido, considero que es muy controversia el asunto, y por eso no se podían suspender las normas. Veamos en detalle por qué.

El artículo 2 de la ley 1.150 de 2007 contempla -taxativamente- los procedimientos de selección de contratistas del Estado, y entre ellos incluye la *selección abreviada* -además de la licitación pública, la contratación directa y el concurso de méritos-, la que está compuesta por nueve casuales, sobre las cuales afirma el inciso segundo del numeral 2, así como el párrafo transitorio, que será el reglamento quien determine el procedimiento aplicable para cada una de ellas.

Se trata de una diferencia bastante acentuada en comparación con la licitación pública, para la cual el legislador de manera directa estableció prácticamente todo el procedimiento de selección; salvo unos pocos y pequeños aspectos que el reglamento se atribuyó –entre otros, por ejemplo, la posibilidad de ampliar el plazo para evaluar las ofertas-. Dispone el art. 2:

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

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

"El Gobierno Nacional reglamentará la materia. "Serán causales de selección abreviada las siguientes:

"a) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a 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.

Tara la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos;

"b) La contratación de menor cuantía. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales.

"c) Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios;

"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;

"e) La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995.

"f) Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas;

"g) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993;

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

requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo, incluidos los contratos fiduciarios que demanden;

"i) La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.

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

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

"2. Para la selección a que se refiere el literal b) del numeral 2° del presente artículo, será principio general la convocatoria pública y se podrán utilizar mecanismos de sorteo en audiencia pública, para definir el número de participantes en el proceso de selección correspondiente cuando el número de manifestaciones de interés sea superior a diez (10).

"Será responsabilidad del representante legal de la entidad estatal, adoptar las medidas necesarias con el propósito de garantizar la pulcritud del respectivo sorteo.

"3. Sin excepción, las ofertas presentadas dentro de cada uno de los procesos de selección, deberán ser evaluadas de manera objetiva, aplicando en forma exclusiva las reglas contenidas en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. Para la selección a la que se refiere el literal a) del numeral 2° del presente artículo, no serán aplicables los artículos 2° y 3° de la Ley 816 de 2003.

"Parágrafo Transitorio. Hasta tanto el Gobierno Nacional no expidiera el reglamento respectivo, no se podrá hacer uso de la selección abreviada como modalidad de selección." (Negrillas fuera de texto)

Teniendo en cuenta esta disposición, no cabe la menor duda que la facultad de libre configuración de los procedimientos de contratación de selección abreviada es muy amplia, y fue asignada por esta ley al reglamento; aunque no se trata de una facultad discrecional absoluta, porque está claro que el parágrafo segundo estableció unas directrices mínimas -y muy importantes- que debió tener en cuenta el reglamento.

Amparado en esta norma el decreto 2.474 de 2008 reguló, a nivel de trámite, entre otros, los procedimientos de selección abreviada de *menor cuantía* —literal b)- y la *adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización* —literal a)-. Al poco tiempo este reglamento fue modificado por los decretos 2.025 de 2008 y luego por el 3.576 de 2009.

El resultado final ha sido que estos preceptos establecieron, al interior de cada una de las causales indicadas, dos procedimientos diferentes de contratación, haciendo depender la distinción del valor del contrato a celebrar. De esta manera, si excede el 10% de la menor cuantía el trámite aplicable es uno —arts. 17 y ss., y 44 del decreto 2.474, éste modificado por el art. 9 del decreto 2.025-, y si no la excede es otro —arts. 1 y 2 del decreto 3.576-. Pues bien, los artículos demandados regulan éste segundo caso, es decir, cuando el contrato no excede ese monto'.

¹ "Art. 1o. Modifíquese el parágrafo del artículo 17 del Decreto 2474 de 2008, el cual quedará así:

""Parágrafo. El procedimiento de selección para la celebración de contratos cuyo objeto sea la adquisición de bienes o servicios a los que se refiere el presente artículo, cuyo valor no exceda el 10% de la menor cuantía de la entidad, será el de subasta inversa, que para efectos del presente parágrafo corresponde a la adjudicación del contrato al mejor postor; la que se registrará exclusivamente por las siguientes reglas.

"Una vez hecha la justificación previa a que se refiere el parágrafo 10 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, y con el fin de garantizar la publicidad del procedimiento, la Entidad formulará invitación pública a presentar ofertas, a través de su página web, o en su defecto, en un lugar de su sede de fácil acceso al público. La escogencia recaerá sobre aquella oferta con el precio más bajo, siempre que se encuentre en condiciones de mercado y satisfaga las necesidades de la entidad. De igual manera se procederá si sólo se presenta una sola oferta. En caso de empate la entidad requerirá a los empatados a presentar nueva oferta económica.

"La Entidad establecerá en la invitación los requisitos mínimos habilitantes que serán verificados únicamente en el oferente con el precio más bajo. En caso que este no cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, se podrá contratar con el oferente que haya presentado el segundo menor precio previa verificación de sus calidades habilitantes. En caso de que este tampoco cumpla, se verificarán las de quien presentó el tercer menor precio y así sucesivamente hasta obtener un oferente habilitado. En todo caso, la oferta deberá encontrarse en condiciones del mercado y satisfacer las necesidades de la entidad. De no lograrse lo anterior, se repetirá el proceso de selección.

Para la Sala, el sólo hecho de que el procedimiento de menor cuantía y el de adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de

En este procedimiento no será necesario contar con la ficha técnica a que se refiere el artículo 20 del presente decreto, ni se exigirá a los oferentes estar inscritos en el RUP, ni aportar garantía de seriedad de la oferta. Para efectos de la garantía única de cumplimiento, se dará aplicación a lo señalado en el inciso lo del artículo 8o del Decreto 4828 de 2008.

"El contrato constará por escrito, bien sea en un documento firmado por las partes, o mediante intercambio de documentos escritos entre la entidad y el contratista, o mediante la factura presentada por el proveedor de bienes o servicios aceptada por la entidad, o en órdenes de trabajo, compra o de servicio, o en cualquier otro instrumento siempre que el mismo reúna las condiciones de existencia y validez del negocio jurídico.

"Con el fin de garantizar la publicidad del procedimiento, la entidad dejará constancia escrita de los trámites realizados, tomando las medidas que se requieran para la conservación de la información, de conformidad con las normas de archivo aplicables".

"Art. 2o. El parágrafo lo del artículo 90 del Decreto 2025 de 2009, quedará así:

"Parágrafo lo. El procedimiento de selección para la celebración de contratos a los que se refiere el presente artículo y cuyo valor no exceda el 10% de la menor cuantía de la entidad, se realizará, con el fin de garantizar la publicidad del procedimiento, mediante una invitación pública formulada a través de la página web de la entidad o, en su defecto, en un lugar de su sede de fácil acceso al público, una vez hecha la justificación previa a que se refiere el parágrafo lo del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007.

"La Entidad establecerá en la invitación los requisitos mínimos habilitantes, así como los criterios de selección que aplicará para definir el proceso, ponderando factores técnicos y económicos. Realizada la evaluación de la oferta u ofertas presentadas, la entidad dará traslado de la misma por un día ^{en} la Secretaría de la dependencia que tramita el proceso. Si sólo se presenta una oferta, esta se aceptará siempre que satisfaga las necesidades de la entidad y provenga de un oferente habilitado.

"Los requisitos mínimos habilitantes serán verificados únicamente ^{en} el oferente que haya obtenido el mayor puntaje en la evaluación. En caso que este no cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, se podrá contratar con el oferente que se ubique en el segundo lugar en la

evaluación realizada, previa verificación de sus calidades habilitantes. En caso de que este tampoco cumpla se repetirá el proceso de selección.

"No se exigirá a los oferentes estar inscritos en el RUP ni aportar garantía de seriedad de la oferta. Para efectos de la garantía única de cumplimiento, se dará aplicación a lo señalado en el inciso lo del artículo 8o del Decreto 4828 de 2008.

"El contrato constará por escrito, bien sea en un documento firmado por las partes, o mediante intercambio de documentos escritos entre la entidad y el contratista, o mediante la factura presentada por el proveedor de bienes o servicios aceptada por la entidad, o en órdenes de trabajo, compra o de servicio, o en cualquier otro instrumento siempre que el mismo reúna las condiciones de existencia y validez del negocio jurídico.

"En relación con las adquisiciones a que se refiere el presente párrafo, la entidad dejará constancia escrita del trámite realizado y de la publicidad de la invitación surtida. Para el efecto tomará las medidas que se requieran para la conservación de la información, teniendo en cuenta las normas de archivo aplicables".

Común utilización tengan dos trámites de contratación en su interior, dependiendo del valor del contrato, vulnera flagrantemente la ley 1.150, pues equivale a crear otra causal de selección abreviada, lo que está proscrito para el reglamento. En defensa de esta idea la Sala se apoyó, en parte, en una providencia de la cual fui ponente, para justificar la decisión.

En mi criterio, no es evidente la violación al art. 2 de la ley 1.150, porque sólo en la sentencia se puede estudiar si el reglamento puede crear, al interior de una misma causal de selección abreviada, dos o más procedimientos administrativos para contratar. En otras palabras, no me parece posible definir desde el momento en que se admitió la demanda, si una causal de selección abreviada -cuyo procedimiento crea con amplia libertad el gobierno- sólo pueda tener un trámite unificado de escogencia del contratista.

Sólo puedo atinar a expresar con seguridad y certeza, en esta etapa preliminar del proceso de nulidad simple, que el párrafo segundo -concordado con el transitorio- del art. 2 de la ley 1.150 de 2007 concede al Gobierno una vasta libertad de configuración sobre la forma como se deben adelantar todas y cada de las nueve causales de selección abreviada, y por eso mismo no se puede afirmar, *a priori*, que el procedimiento tenga que ser el mismo al interior de cada una.

Por eso creo que la Sala no puede resolver desde ahora, por lo menos con un análisis jurídico simple y sencillo -como lo exige la medida cautelar de la suspensión provisional-, la pregunta por la posibilidad de que dos o más formas de contratación dentro de una misma causal puedan ajustarse a los lineamientos de los párrafos aludidos. Y esta es la cuestión de fondo que el actor puso en manos de la Sala. De manera que sólo un estudio complejo del tema permite acercarse a su solución.

Además, es incorrecto indicar -como lo hizo la providencia de la cual me aparto- que la razón de la decisión radica en los mismos argumentos que condujeron a suspender el art. 46 del decreto 2.474², porque entre esta norma y los artículos suspendidos del decreto 3.576 de 2009 existen diferencias insondables. Por mencionar sólo una: mientras que el art. 46 señalaba que los contratos de *mínima cuantía* —es decir, los inferiores al 10% de la menor cuantía- se adjudicaban "a dedo", lo que en el fondo transformaba el trámite en una forma de contratación directa —y este era su defecto, pues debía reglamentarse como una forma de selección abreviada-; el decreto 3.576 de 2009 exige realizar una convocatoria pública para escoger al contratista, donde cualquier persona que se interese puede participar. Inclusive, desde este punto de vista es más amplio y garantista el decreto 3.576 que el art. 44 del decreto 2474 de 2008, pues en éste la regla general es que sólo participan 10 interesados en el proceso de selección, escogidos por sorteo; mientras que en aquél participa todo el que quiera.

Estas reflexiones me llevan a pensar que la suspensión provisional que solicitó el actor requería una reflexión jurídica altamente compleja, que sólo se puede hacer en la sentencia,

momento en el cual expresaré mis conclusiones sobre los problemas mencionados, entre otros que no es necesario incluir en este lugar, porque las razones expuestas son suficientes para manifestar mi inconformidad con la decisión.

En estos términos, dejo sustentada mi posición.

ENRIQUE GIL BOTERO

² "Artículo 46. *Contratación de mínima cuantía.* Cuando el valor del contrato por celebrar sea igual o inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía, la entidad podrá contratar tornando como única consideración las condiciones del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas, haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación de la entidad le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar.

"Cuando la entidad adquiera bienes o servicios en establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se presumirá que ha adquirido a precios de mercado.

"El contrato así celebrado podrá constar en un documento firmado por las partes, o mediante intercambio de documentos escritos entre la entidad y el contratista, o mediante la factura presentada por el proveedor de bienes o servicios aceptada por la entidad, o en órdenes de trabajo, compra o de servicio, o en cualquier otro instrumento definido por la entidad en el manual de contratación siempre que reúna las condiciones de existencia y validez del negocio jurídico.

"En la contratación de mínima cuantía no se dará aplicación a lo señalado en el Título I del presente decreto, sin perjuicio que la entidad cuente con los respectivos estudios y documentos previos que la justifiquen, y se siga el procedimiento que consagra el Manual de Contratación.

"Parágrafo. Lo señalado en el presente artículo se aplicará en las demás causales de selección abreviada y en el concurso de méritos cuando la cuantía del contrato sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía."