

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Magistrado Ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS Bogotá D.C., dos (02) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Radicado número: Demandante: Demandado: Referencia:

11001-03-26-000-2018-00060-00 (61462).

Daniel Pérez Cabra y Nicolle Valentina Sáenz Camargo. Nación-Departamento Nacional de Planeación.

Medio de control de nulidad simple.

Tema: medio de control de simple nulidad contra acto administrativo de carácter general.

Subtema 1: Potestad reglamentaria.

Subtema 2: Inexistencia de violación del principio de transparencia.

Subtema 3: Clases de contratación administrativa.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

La Sala, de acuerdo con lo dispuesto en sesión del 28 de julio de 2022¹, decide en única instancia la demanda presentada por Daniel Pérez Cabra y Nicolle Valentina Sáenz Camargo, en ejercicio del medio de control de nulidad simple, en contra del artículo 2.2.1.2.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015, expedido por el Departamento Nacional de Planeación.

SINTESIS DELCASO

Daniel Pérez Cabra y Nicolle Valentina Sáenz Camargo, en ejercicio del medio de control de nulidad simple, demandaron la legalidad del artículo 2.2.1.2.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015, expedido por el Presidente de la República y el Departamento Nacional de Planeación ("DPN"), que reglamentó la adquisición en grandes superficies en la modalidad de contratación de mínima cuantía². Ajuicio de los accionantes, la entidad demandada contrarió el principio de transparencia dispuesto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993³, y excedió la potestad reglamentaria establecida en el numeral 11 del artículo 189 superior⁴.

1. ANTECEDENTES

1. El treinta (30) de abril de dos mil dieciocho (2018), Daniel Pérez Cabra y Nicolle Valentina Sáenz Camargo presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad simple⁵, contra el artículo 2.2.1.2.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015⁶, expedido por el Presidente de la República y el Departamento Nacional de Planeación, que reglamentó la adquisición en Grandes Superficies en la modalidad de contratación de mínima cuantía.

¹ Según el acta núm. 5 de esa fecha.

² Folios 1 a 6 del cuaderno principal.

³ LEY 80 DE 1993, artículo 24. "Del principio de transparencia.[...]".

⁴ CONSTITUCIÓN POLiTICA DE 1991, artículo 189. "Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: [...] 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decmtos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.[...]"

⁵ Folios 1 a 6 del cuaderno principal.

⁶ "Por medio del cual se expide el de,:reto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacionaf".

El artículo 2.5⁷, literal a), de la Ley 1150 de 2007, que fue la norma reglamentada, establece: '

"Artículo 2. De las modalidades de Selección. La scogencia 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:

[...] 5. Contratación mínima cuantía. La contratación: cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad indeperidientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas; [...].

A su vez, la norma reglamentaria del Decreto 1082 de.2015, demandada en este contencioso, prevé: ,:- .

"Artículo 2.2.1.2.1.5.3. Adquisición en Grandes Superficies cuando se trate de mínima cuantía. Las Entidades Estatales deben aplic;ar las siguientes reglas para adquirir bienes hasta por el monto de su mínima cuantía en Grandes Superficies:

1. La invitación debe estar dirigida a por lo menos dos (2) Grandes Superficies y debe contener: a) la descripción técnica, detallada y completa del bien, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios; b) la forma de pago; c) el lugar de entrega; d) el plazo para la entrega de la cotización que debe ser de un (1) día hábil; d) la forma y el lugar de presentación de la cotización, y e) la disponibilidad presupuesta/. [...]". (Negritas y subrayado por fuera de texto).

1. Como fundamentos de su pretensión, los señores Pérez Cabra y Sáenz Camargo formularon los cargos de:

1. Violación del principio de transparencia: s.egún los demandantes, la norma cuestionada vulneró este principio, establecido en.el

artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en tanto que, al limitar la invitación a dos grandes superficies, restringió la posibilidad de que otras empresas distintas a aquellas que estuvieran invitadas se presentaran al proceso de contratación. En ese orden, argumentaron que la disposición demandada desconoció el sentido del principio de transparencia, que es la libre concurrencia de los grandes almacenes, y la posibilidad de que accedan e intervengan libremente en los procesos de selección..

2. Violación de la potestad reglamentaria: a juicio de los demandantes, el Gobierno Nacional excedió su potestad reglamentaria, al establecer que la invitación debía estar dirigida por lo menos dos grandes superficies, pues así

restringió el sentido del artículo 2.5 de la Ley 1150 de 2007⁸, creó un límite que no fue definido en esta norma y contrarió su propósito. Agregaron que la disposición reglamentada buscaba que la invitación fuera pública, para que las grandes

superficies que lo consideraran pudieran participar en el proceso de contratación

⁷ Numeral adicionado por la Ley 1450 de 2011 ("[p]or la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010- 2014"), y posteriormente subrogado por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 ("[p]or la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública"). •: ...

⁸ LEY 1150 DE 2007, artículo 2. "De las modalidades de selección. La selección 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: [...] 5. Contratación mínima cuantía. La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas: 11 a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las [c.o. condiciones técnicas exigidas;

iniciado por la entidad estatal sin restricción alguna.

2. La demanda fue inadmitida, en auto del 30 de mayo de 2018⁹, que concedió un término de diez (10) a la parte demandante para su subsanación. Una vez subsanada, fue admitida la demanda, mediante auto del 1º de octubre del mismo

año¹⁰, en el cual se ordenó su notificación y traslado por un plazo de treinta (30)

días, al Departamento Nacional de Planeación, al Ministerio Público y a la

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

1. El Ministerio Público, representado por el Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado¹¹, solicitó la declaración de nulidad de la norma demandada. Como fundamentos de su petición, argumentó que, de acuerdo con el artículo 2.5 de la Ley 1150 de 2007, para llevar a cabo el procedimiento de contratación de mínima cuantía, la entidad estatal debía publicar una invitación específica, concreta, clara y precisa, con el fin de lograr la libre concurrencia al proceso de selección con la mayor cantidad de oferentes. A su juicio, tal propósito fue condicionado y limitado por el artículo 2.2.1.2.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015, al establecer que la invitación debía estar dirigida a, por lo menos, dos grandes superficies. Agregó que el Gobierno Nacional no puede, en ejercicio de la potestad reglamentaria, restringir el alcance de las leyes, como lo hizo en este caso. A partir de lo anterior, concluyó que la norma cuestionada debía ser retirada del ordenamiento jurídico como consecuencia de la extralimitación en que incurrió en su reglamentación, en tanto modificó una norma de rango legal por medio de una de carácter reglamentario.

1.2.3. La Nación, representada¹² por la delegada del **Departamento Nacional de Planeación ("DNP")**¹³•¹⁴, se opuso a la pretensión de la demanda, sin formular excepciones. En su defensa, adujo que el artículo 2.5 de la Ley 1150 de 2007 no determinó expresamente que la invitación tuviera un carácter público o general, sino que, en los procesos de selección de mínima cuantía, la invitación es un presupuesto que se cumple con su comunicación a un número plural de personas interesadas; pluralidad que supone su remisión a, al menos, dos oferentes, sin restricción alguna en la participación. Así, con base en la norma legal, el decreto reglamentario dispuso que la invitación a dos grandes superficies sería suficiente, sin que ello fuera óbice para que, si las entidades lo consideraban, extendieran la invitación de forma general. Con base en estas razones, afirmó que no se extralimitó la potestad reglamentaria. Agregó que los accionantes se limitaron "a plantear una serie de hipótesis que pretenden justificar porqué en su sentir la norma demandada debe ser declarada nula pero sin concretar la causal específica para que ello ocurra"¹⁵.

⁹ Folios 9 a 11 del cuaderno principal.

¹ Folios 21 a 23 del cuaderno principal.

¹¹ Folios 33 a 40 del cuaderno principal.

¹² CPACA, artículo 159. "Capacidad y representación. Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley

tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. 11 La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho. [...]"

¹³ Folios 41 a 46 del cuaderno principal.

¹⁴ La Resolución 3467 de 2017, expedida por el Director del Departamento Nacional de Planeación, en su artículo 1° delegó la representación judicial y extrajudicial de dicha entidad a Sandra Teresa Rodríguez Sierra, entre otros funcionarios. En ejercicio de tales facultades, la mencionada asesora confirió poder especial al abogado Luis Carlos Vergel Hernández, para que representara al DNP en este proceso. Folios 45 y 46 del cuaderno principal.

¹⁵ Folio 44 del cuaderno principal.

3. La Secretaría de esta Sección corrió traslado del escrito de contestación de la demanda a la parte accionante, de conformidad con los artículos 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ("CPACA"), y 110 del Código General del Proceso ("CGP")¹⁶. Los señores Pérez Cabra y Sáenz Camargo guardaron silencio.
4. El seis (6) de abril de dos mil diecinueve (2019), el magistrado del Consejo de Estado Nicolás Yepes Corrales manifestó que se encontraba incurso en la causal de impedimento que no le permitía conocer el asunto. En concreto, afirmó que, en su situación particular, se configuró el supuesto establecido en el artículo 141.12 del CGP, que prevé como causal de impedimento,

"[h]aber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las

cuestiones materia del proceso, o haber intervenido, o, agente del Ministerio Público, perito o testigo".

en este como apoderado,

Con el objeto de explicar su manifestación, el mencionado consejero informó que, en su calidad de Procurador Primero Delegado ante esta Corporación, emitió el concepto 235/2018 del seis (6) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)¹⁷, por medio del cual la Procuraduría General de la Nación realizó su intervención en el

presente proceso. ¹

5. La Sala de Subsección, compuesta por los restantes consejeros de Estado, dictó auto del veintinueve (29) de julio de dos mil diecinueve (2019)¹⁸, en

el que declaró fundada la manifestación de impedimento del magistrado Nicolás Yepes Corrales, y ordenó que, por medio de la Secretaría General de la Corporación, se remitiera el proceso al magistrado siguiente en turno. Por lo anterior, correspondió al despacho del consejero ponente el conocimiento del proceso.

6. El despacho del magistrado sustanciador, en auto del veintiuno (21) de mayo de dos mil veintiuno (2021)¹⁹: (i) tuvo por contestada la emanda dentro de término,

(ii) reconoció personería al apoderado del DNP; (iii) decretó, como medios de prueba, los documentos aportados con el escrito de demanda y su contestación; y

(iv) prescindió de la audiencia inicial (artículo 180, CPAGA), en consideración a que se debate un asunto de pleno derecho, que no requiere la práctica de pruebas, con lo cual se configura uno de los supuestos para dictar sentencia de forma anticipada, en los términos del artículo 13.1 del Decreto 806 de 2020.

7. En auto del trece (13) de septiembre del mismo año²⁰, se corrió traslado a las

partes por el término de diez (10) días, para que presentaran sus alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para emitiera concepto de fondo, si lo consideraba pertinente. El DNP solicitó que se nieg4en las pretensiones de la demanda, con reiteración de los argumentos planteados en su contestación²¹. El

r...

¹⁶ Folio 47 del cuaderno principal.

¹⁷ Folios 33 a 40 del cuaderno principal.

¹⁸ Folios 51 y 52 del cuaderno principal. i'

¹⁹ Archivo electrónico identificado con certificado E5C702E66788CAF7 FB32F0CBD9B 17D27 7134E988DA1D495A ED89D5787A23AB59, ubicado en el índice 36 del expediente digital, en el aplicativo Samai. -- ,

²⁰ Archivo electrónico identificado con certificado 32ED816.352AD0B93 80A5C31EE512E781

3CD9F930838BFC6F FC905A6226593DE0, ubicado en el índice 40 del expediente digital, en el aplicativo Samai.

²¹ Archivo electrónico identificado con certificado 73F117895C3F5BB7 D34397F10AF38677

B7EB2D05383D03F7 4079BB55E2A36987, ubicado en el índice 44 del expediente digital, en el aplicativo Samai. ·

Ministerio Público y los demandantes guardaron silencio.

11. CONSIDERACIONES

La Sala procede a resolver el fondo de la litis, habida consideración de la competencia que le asiste para ello en atención a lo previsto en el artículo 147.1 del CPACA y los artículos 14 A y B del Reglamento Interno del Consejo de Estado²², debido a que el decreto contentivo de la norma demandada fue expedido por Ja Presidencia de la República y el DNP, que son órganos de la Nación²³; y el medio de control de nulidad simple puede ser incoado por cualquier persona²⁴, en cualquier tiempo²⁵.

La Sala nota que, durante el trámite de este proceso, fue expedido el Decreto 1860 de 2021²⁶ que, en su artículo 2, modificó la norma demandada, suprimiendo la exigencia de la que la invitación a participar en procesos de contratación de mínima cuantía fuera dirigida a, al menos, dos grandes superficies²⁷; exigencia que motivó la demanda que originó este proceso. Lo anterior conlleva el desvanecimiento de los fundamentos jurídicos de la demanda.

No obstante, la modificación del artículo demandado no impide que el juez de lo contencioso administrativo realice un pronunciamiento de fondo sobre su legalidad mientras este produjo sus efectos. La Sala reitera que es suficiente que un acto administrativo haya tenido vigencia -aunque sea por un breve lapso- para que la jurisdicción contencioso-administrativa deba pronunciarse sobre su legalidad²⁸. El análisis de legalidad comprende la evaluación de los requisitos esenciales del acto, que no de eficacia, con miras a establecer si nació válido o no a la vida jurídica y, por ende, sus efectos son retroactivos.

En este orden, aun cuando el acto administrativo haya sido modificado, como sucede en el presente asunto, su presunción de legalidad solo puede ser desvirtuada por una decisión de carácter jurisdiccional²⁹. En tales condiciones, la Sala estudiará el presente cargo de ilegalidad de cara a la confrontación normativa de las normas presuntamente vulneradas.

²² Acuerdo 58 de 1999, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003 y adicionado por el Acuerdo 140 de 2010.

²³ LEY 489 DE 1998, artículo 38. "La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades: 11 1. Del Sector Central: [...] d. Los ministerios y departamentos administrativos; [...]".

²⁴ CPACA, artículo 137. "Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.[...]".

²⁵ CPACA, artículo 164. "La demanda deberá ser presentada: 111. En cualquier tiempo, cuando: 11 a) Se pretenda la nulidad en los términos del artículo 137 de este Código;[...]".

²⁶ Publicado en el Diario Oficial Año CLVII No. 51 del 24 de diciembre de 2021.

²⁷ DECRETO 1860 DE 2021, artículo 2. "Modificación de la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del

Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015. Modifíquese la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, la cual quedará de la siguiente manera: 11 "SUBSECCIÓN 5 11 MINIMA CUANTIA { . ..} Artículo 2.2.1.2.1.5.3. Adquisiciones en grandes almacenes cuando se trate de mínima cuantía. Las

Entidades Estatales deben aplicar las siguientes reglas cuando decidan adquirir bienes hasta por el monto de su mínima cuantía en establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio: 11 1. La invitación debe estar dirigida a los grandes almacenes. Esta invitación deberá publicarse en el SECOP y en la página web de la entidad, y contendrá como mínimo: a) la descripción técnica, detallada y completa del bien, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible, o de lo contrario con el tercer nivel; b) la forma de pago; c) el lugar de entrega; d) el plazo para la entrega de la cotización que debe ser de mínimo un

(1) día hábil; e) la forma y el lugar de presentación de la cotización, y f) la disponibilidad presupuesta/. [...]".

(subrayado añadido).

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de enero de 1991, expediente S-157.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 17 de abril de 2008, expediente 0166-01.

El primer cargo de la demanda³⁰ mueve a la Spla a analizar el siguiente

problema jurídico: ·

¿El artículo 2.2.1.2.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015 violó el principio de transparencia, al limitar la invitación a participar en procesos de selección de mínima cuantía para la adquisición de bienes a dos grandes superficies?

Para dar respuesta, la Subsección estudiará el alcance legal y jurisprudencial del principio de transparencia, su relación con la libre competencia y resolverá el caso concreto. ·

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993 dispone que "[l]as actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia[...]", entre otros. En ese orden, el artículo 24 siguiente desarrolla este principio y establece las reglas que debe cumplir un proceso contractual para garantizarlo. De acuerdo con lo dispuesto en esta última norma, la jurisprudencia de esta Corporación ha identificado como principios sustanciales el debido proceso, la publicidad, la contradicción, la objetividad, la motivación³¹, la igualdad, la selección objetiva³² y la libre competencia³³. ·;

La Sección Tercera de esta Corporación, a su vez, ha precisado que la transparencia está relacionada con la "pulcritud y claridad con que han de realizarse las actuaciones de la Administración al momento de llevar a cabo el proceso de construcción de un contrato, con el fin, entre otras cosas, de combatir los posibles eventos de corrupción que podrían asomar durante este proceso"³⁴. De acuerdo con ello, ha indicado que la escogencia de contratistas debe ser objetiva, imparcial y ajena a consideraciones subjetivas o caprichosas que afecten el interés público³⁵, y efectuarse con garantía de la igualdad de condiciones entre los interesados que participen en el proceso. Esto con el fin de garantizar la "libre competencia de aquellos proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración"³⁶, sin discriminación y en ausencia de circunstancias que restrinjan el acceso al proceso de selección. ·

En este orden de ideas, los procedimientos contractuales deben asegurar que quienes reúnan las

condiciones establecidas por la administración, relacionadas con la capacidad e idoneidad del contratista y con la naturaleza del contrato, puedan participar ofreciendo bienes y servicios. Así se busca que, en garantía de la igualdad de oportunidades³⁷, la libre competencia³⁸, y los principios de la función

³⁰ Aptado. 1.1.1.1. . .

³¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2015, rad. núm. 2010-00184-01. En igual sentido, sentencias de 7 de octubre de 2015, rad. núm. 2004-01227-01; y de 31 de agosto de 2015, rad. núm. 2002-01218-01. .1

³² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2015, rad. núm. 2004-01227-01. En igual sentido, sentencia del 19 de julio de 2001, rad. núm. 1996-3771-01. ;

³³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, rad. núm. 2003-00014-01.

En igual sentido, sentencia del 2 de julio de 2021, rad. núm. 2014-00656-0J.

³⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2015, rad. núm. 2000-00785-01.

³⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 16 de julio de 2021, rad. núm. 2018-00061-00. En igual sentido, sentencia del 2 de julio de 2021, rad. núm. 2014-00656-01. '

³⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2015, rad. núm. 2004-01227-01. En

igual sentido, sentencia del 3 de diciembre de 2007, rad. núm. 2003-00011-91.

³⁷ CONSTITUCIÓN POLITICA, artículo 13. "El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana". .

³⁸ CONSTITUCIÓN POLITICA, artículo 333. "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. 11 La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. 11 La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. 11 El Estado, por mandato de la ley, impedirá

administrativa³⁹•⁴⁰, acuda al proceso el mayor número de oferentes, pues así se da la posibilidad de que (i) quienes cumplan "los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan concurrir ante la respectiva entidad a presentar sus ofertas y puedan formularlas sobre bases idénticas, sin perjuicio de limitaciones razonables que persigan asegurar la adecuada ejecución del contrato y el cumplimiento de los cometidos estatales"⁴¹; y (ii) que la administración obtenga la oferta más favorable a sus intereses.

Por lo anterior, las entidades, al publicar los requisitos de una convocatoria, deben abstenerse de incluir reglas restrictivas que no estén justificadas en el interés general, salvo que se trate de excepciones que estén fundamentadas en la "necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del

contratista"⁴².

La Ley 1150 de 2007, en su Título 1, creó disposiciones encaminadas a garantizar la eficiencia y el referido principio de transparencia en la contratación pública; entre ellas, incluyó y reguló en su artículo 2.5, la modalidad de contratación de mínima cuantía. En particular, estableció el deber en cabeza de las entidades contratantes, de publicar una invitación por un término no inferior a un (1) día hábil, con la información relativa al objeto a contratar, el presupuesto destinado y las condiciones técnicas exigidas. Por su parte, la norma reglamentaria del Decreto 1082 de 2015, acusada en este proceso, dispuso que cuando se trate de adquisición en grandes superficies, dicha invitación debía estar dirigida a por lo menos dos (2) de ellas.

A su vez, el artículo 2.2.1.2.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015 -que compiló el artículo 86 del Decreto 1015 de 2013- reguló la adquisición en grandes superficies en la modalidad de contratación de mínima cuantía, y estableció que la invitación de que trata el literal a) del artículo 2.5 de la Ley 1150 de 2007⁴³ debía dirigirse a, por lo menos, dos (2) de ellas. A juicio de los demandantes, dicha disposición vulneró el principio de transparencia en la medida en que limitó la cantidad de grandes superficies que debían convocarse, poniendo "en tela de juicio la posibilidad de que [otras] distintas a las invitadas se presenten", situación que, en su criterio, desconoció que, en virtud del mencionado principio, toda empresa interesada puede concurrir libremente en los procesos de selección.

Del texto de la norma demandada, la Sala destaca que, según Real Academia de la Lengua Española ("RAE"), la enunciación "por lo menos" significa

que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. 11 La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación".

³⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA, artículo 209. "La función administrativa está al servicio de los intereses generales

y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-300 de 2012.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ LEY 1150 de 2007, artículo 2. "De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: [...) 5. Contratación mínima cuantía. La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con

las siguientes reglas: 11 a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas;

[...)].

"como mínimo"⁴⁴; razón por la que, lejos de establecer UQ límite máximo, indica una cantidad mínima. En ese sentido, en el caso concreto/la expresión "la invitación debe estar dirigida a por lo menos dos (2) Grandes Superficies", realmente hace referencia al número mínimo de los establecimientos de comercio que debían ser convocados al proceso de selección, sin perjuicio de que las entidades contratantes extendieran la invitación a un número superior, o de forma general, toda vez que la norma reglamentaria no impuso un límite al respecto. \

Bajo tales condiciones, la Sala estima que la interpretación del artículo 2.2.1.2.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015 propuesta por los demandantes no atendió al sentido literal de las palabras de la norma acusada⁴⁵, pues, como se explicó, esta no limitó la cantidad de grandes superficies que podían concurrir al proceso de selección, sino que estableció el número mínimo que debían ser, llamadas a participar. Por tanto, contrario a lo manifestado por los accionantes, el mencionado artículo no

creó el límite protestado en la demanda, sino que fijó un mínimo de pluralidad a

garantizar en la contratación con este tipo de establecimientos en la modalidad de mínima cuantía.

;

De acuerdo con lo anterior, la Subsección concluye que la norma demandada no contrarió los principios de transparencia y de libre concurrencia, pues:

· · · · ·

No contraría la claridad y la pulcritud con que han de realizarse las actuaciones administrativas en procesos contractuales, toda vez que, al establecer una cantidad mínima de oferentes que debían asistir: - la selección, garantizó la pluralidad y la escogencia objetiva de contratistas. Así mismo, creó una exigencia que conllevó que las entidades se abstuvieran de invitar a una única gran superficie que satisficiera las condiciones del contrato, y así, dotó dicho proceso de objetividad, imparcialidad y transparencia.

No afectó la libre concurrencia, pues no estableció topes máximos de la cantidad de grandes superficies a las que podía dirigirse la invitación, simplemente indicó que, al momento de contratar con este tipo de establecimientos, la entidad debía convocar, como mínimo, a dos (2) de ellas.

Tampoco actuó contra el debido proceso contractual, pues la asistencia mínima de dos (2) grandes superficies no generó obstáculo alguno para que las entidades convocaran de forma general, a otras distintas que cumplieran los requisitos de la administración.

No fue una regla restrictiva que hubiese afectado el interés general. Por el contrario, la norma pretendía asegurar la asistencia de una pluralidad mínima de interesados, para efectos de que la administración obtuviera la mejor oferta posible, acorde a sus intereses y necesidades, garantizando así el interés general.

Conforme con lo expuesto, la Sala estima que el cargo :bajo análisis no prospera.

El segundo cargo de la demanda, a su vez, ll va a la Subsección a dar respuesta al siguiente problema jurídico:

¿Con el artículo 2.2.1.2.1.5.3 del Decreto 108{ de 2015, fue excedida la

⁴⁴ Definición de la expresión "por lo menos" de la Real Academia de la Lengua Española que se puede consultar en el siguiente enlace <https://www.rae.es/dpd/menos>.

⁴⁵ CÓDIGO CIVIL. "Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, -no se desatenderá su tenor literal a

pretexto de consultar su espíritu. [...]",

facultad reglamentaria, porque, al establecer que la invitación debía estar dirigida a por lo menos dos (2) grandes superficies, creó un límite que no fue definido en el artículo 2.5 de la Ley 1150 de 2007⁴⁶, que contraría su propósito?

En primer lugar, la Sala recuerda que los artículos 189.11 y 211 de la Constitución confieren al Presidente de la República, como jefe de Estado, jefe del gobierno y suprema autoridad administrativa, el ejercicio de "la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes", con la posibilidad de delegar dicha función en los ministros o representantes legales de organismos administrativos. La potestad reglamentaria, tiene así como propósito el efectivo cumplimiento o ejecución de las leyes, por medio de normas jurídicas secundarias o complementarias, subordinadas al contenido de la ley.

En armonía con lo anterior, el artículo 121 constitucional prevé que ninguna autoridad pública puede ejercer "funciones distintas" de las conferidas por la Constitución y la Ley, de manera tal que no pueden establecer o exigir permisos, licencias o requisitos adicionales a los previstos en la ley o en disposiciones generales⁴⁷, ni expedir o modificar el estatuto general de contratación de la administración pública, pues tal atribución es exclusiva del Congreso de la República⁴⁸.

Esta Corporación, a su vez, ha precisado que los actos reglamentarios son "normas jurídicas secundarias, inferiores y complementarias", con "sumisión" absoluta a la ley. "Se trata de decisiones necesitadas de justificación, con posibilidades restringidas en el campo de la regulación, lo cual explica que su ámbito de acción sea restringido y que, por lo mismo, no tengan la fuerza suficiente para derogar, subrogar o modificar un precepto legal, ni mucho menos para ampliar o limitar su alcance o su sentido"⁴⁹.

La Corte Constitucional, por su lado, ha considerado que el ejercicio de la potestad reglamentaria se amplía o restringe en la medida en que el Congreso de la República ejerce en mayor o menor grado sus poderes jurídicos⁵⁰. Con todo, el alto

⁴⁶ LEY 1150 DE 2007, artículo 2. "De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: [...] 5. Contratación mínima cuantía. La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas: 11 a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil,

en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas;

[...)".

⁴⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA, artículo 84. "Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir pennisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio".

⁴⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA, artículo 150. "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional".

⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, sentencia de 28 de junio de 2019, rad. núm. 2011-00245-00. En igual sentido, sentencias de 19 de julio de 2018, rad. núm. 2010-00404-00; y de 11 de junio de 2009, rad. núm.

2005-00348-0; y, Sección Segunda, sentencia del 6 de julio de 2017, rad. núm. 2008-00390-00(0585-09).

⁵⁰ Al punto, sostuvo lo siguiente: "(...] La doctrina y la práctica han demostrado que la potestad reglame(Jtaria del ejecutivo es inversamente proporcional a la extensión de la ley. De suerte que, ante menos cantidad de materia regulada en la ley, existe un mayor campo de acción para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y viceversa. 11 ¿Qué factores detenninan que ello ocurra? 11 En esencia, la mayoría de las veces, el ejercicio íntegro o precario de la potestad de configuración nonnativa depende de la voluntad del legislador, es decir, ante la valoración política de la matE,ria a desarrollar, el Congreso de la República bien puede detenninar que regula una materia en su integridad, sin dejar margen alguna a la reglamentación o, por el contrario, abstenerse de reglar explícitamente algunos aspectos, pennitiendo el desenvolvimiento posterior de las atribuciones presidenciales de reglamentación para que la nonna pueda ser debidamente aplicada..JI No obstante, esta

Tribunal precisó que el desarrollo de la potestad reglamertaria exige que la ley haya configurado previamente una regulación básica o materialidad legislativa, a partir de la cual el Gobierno Nacional pueda ejercer la función e reglamentar la ley, con miras a su debida aplicación, de manera tal que si el legislador no define ese presupuesto normativo básico estaría delegando en el Gobierno Nacional lo que la Constitución Política ha querido que no sea materia de reglamento sino de ley, pues el requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria es la existencia previa de un contenido legal por reglamentar.

En atención al ámbito constitucional y jurisprudenc'jal referido, la Sala procede a confrontar el artículo 2.2.1.2.1.5.3 del Decreto 1082 ,de 2015 -que compiló el artículo 86 del Decreto 1510 de 2013- con el artículo 2.5 de la Ley 1150 de 2007.

.•

La norma legal reglamentada estableció la modalidad d selección de contratación

de mínima cuantía. Particularmente, el literal a) de dicha norma creó la obligación en cabeza de las entidades contratantes, de publicar u1 la invitación por un término no inferior a un (1) día hábil, que indicara el objeto a contratar, el presupuesto destinado y las condiciones técnicas

exigidas para tal fin.:Por su parte, la disposición reglamentaria reguló la referida modalidad de contratación en la adquisición en grandes superficies, y estableció que tal invitación debía ser remitida a por lo menos dos (2) de estos establecimientos.

.'

Los procesos de selección en la contratación administrativa -licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa-, de los que forma parte el de mínima cuantía, fueron incorporados al ordenamiento jurídico por medio de la Ley 1150 de 2007, con el propósito⁵¹ de "introducir medidas para la eficiencia y transparencia en la gestión contractual que [hicieran de este] mecanismo[...] un hito de eficiencia en la administración del recurso público y un terreno adverso al accionar de la corrupción"⁵². Estas modalidades de contratación fueron establecidas con el fin de hacer así más eficiente y transparente la gestión contractual de las entidades, pues en aquella oportunidad, el legislador consideró que, por medio de procesos más ágiles y simplificados, se garantizaba la celeridad en el manejo de los recursos públicos destinados a la contratación estatal, y se disminuían los costos de transacción⁵³. De igual forma, la creación de tales procesos buscaba que las modalidades de selección preexistentes⁵⁴ dejaran de utilizarse con base en la cuantía fijada unilateralmente por la entidad, y que, en su lugar de ello, su empleo estuviera definido por el objeto del contrato⁵⁵.

capacidad del Congreso para determinar la extensión de la regulación de una institución tiene distintos límites que vienen dados por las especificidades de las materias objeto de dicha regulación. Así, por ejemplo, el

numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, somete a estricta reserva legal, entre otras, la regulación de materias tales como impuestos o leyes estatutarias. Para esta Corporación, es claro que la regulación de los elementos esenciales de materias sometidas a reserva de ley, no son susceptibles de ser regulados a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, salvo en cuestiones accesorias y de detalle, so pena de contrariar disposiciones imperativas de raigambre Superior (C.P. arts. 152 y 338F[...]". CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-372 de 27 de mayo de 2009.

⁵¹ CÓDIGO CIVIL. "Artículo 27. [...] Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su

establecimiento". ,

⁵² CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Gaceta 458 de 2005. Exposición de motivos del proyecto de ley número 20 de 2005 del Senado, "por medio del cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos".

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Licitación pública, concurso de méritos y contratación directa, modalidades que fueron inicialmente incorporadas en la Ley 80 de 1993.

⁵⁵ "[...] El proyecto busca superar el paradigma hoy vigente en nuestra Ley 80 de 1993, con arreglo al cual la

línea divisoria entre un proceso de selección complejo y otro más sencillo debe ser principalmente la cuantía del contrato a realizar. Así, entre nosotros, por el sólo hecho de que el proyectado contrato supere una determinada cuantía (arbitrariamente establecida en función del presupuesto de la entidad), se contrata con el mismo procedimiento una gran obra de infraestructura, se adquiere una silla, o se 'compra la materia gris de un

En relación con la finalidad de los procesos de selección, la jurisprudencia de esta Corporación ha destacado que, por medio de estos se materializan los principios orientadores de la actividad contractual -transparencia, selección objetiva, economía, imparcialidad, publicidad y libre concurrencia-, pues de su aplicación se deriva que "la selección se cumpla en condiciones de igualdad para quienes participen en el proceso, con miras a garantizar que la oferta escogida sea la más favorable para los intereses de la entidad"⁵⁶.

A su vez, el proceso de selección de mínima cuantía, que fue incorporado por las Leyes 1450⁵⁷ y 1474 de 2011⁵⁸, tenía el propósito, por un lado, de permitir que las entidades públicas, en aplicación de los principios de transparencia, eficiencia y economía, realizaran sus contrataciones de una forma más expedita y eficiente, para bienes y servicios de valores menores, "sin sacrificar la publicidad y posibilidad de libre concurrencia"⁵⁹; y, por el otro, de aumentar la transparencia y la selección objetiva, como una medida de lucha contra la corrupción, con ocasión de los casos que se venían presentando en el sector de la contratación pública⁶⁰.

Según los demandantes, la contratación de mínima cuantía buscaba que la invitación a participar en el proceso fuera pública y de carácter general, para que los interesados en contratar con la administración acudieran libremente al proceso, sin restricción alguna. Por esa razón, afirmaron que el Gobierno Nacional, al reglamentar la adquisición de bienes y servicios en grandes superficies, y definir que la invitación debía dirigirse a, por lo menos, dos (2) de estas, extralimitó la potestad reglamentaria, en la medida en que creó un límite que no fue establecido por el legislador; lo que conllevó a que la invitación perdiera su carácter público y general.

Sin embargo, de acuerdo con los propósitos antes descritos, contenidos en la exposición de motivos y en los antecedentes legislativos de las leyes que incorporaron las modalidades de selección, la finalidad de las modalidades de contratación definidas consistió en establecer medidas de transparencia y eficiencia en la contratación administrativa, que cumplieran con los respectivos principios, y que llevaran a que, por medio de su ejecución, se contrarrestaran los escenarios de corrupción que podían presentarse en dicho sector.

Tales objetivos fueron atendidos por la norma demandada:

Al definir una cantidad mínima de grandes superficies que debían ser invitadas al proceso de selección, particularmente dos (2), impidió que las entidades

consultor. Esta característica de nuestro sistema de regulación nos ha condenado a sufrir largos y costosos procesos de selección que impactan el valor final de los bienes y servicios que se adquieren para el Estado. En ese sentido a nadie debe extrañar que la administración pública pague más, por ejemplo, por un lápiz, que lo que sufragaría un comprador en el sector privado. A ese respecto es claro que las experiencias exitosas a nivel internacional demuestran que el criterio de distinción que debe gobernar un esquema contractual eficiente, es el de modular las modalidades de selección en razón a las características del objeto[...]". CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Gaceta 458 de 2005. Exposición de motivos del proyecto de ley número 20 de 2005 del Senado, "por medio del cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia

en la Ley 80 de 1993, y se dictan

otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos".

⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 30 de junio de 2011, rad. núm. 1999-00378-01. En igual sentido, sentencia del 2 de mayo de 2016, rad. núm. 2002-01142-01.

⁵⁷ LEY 1450 DE 2011, "(p]or /a cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014".

⁵⁸ LEY 1474 DE 2011, "[p]or la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública".

⁵⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Gacetas 85, 192 y 193 de 2011. Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010- 2014.

⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Gaceta 607 de 2010. Exposición de motivos del proyecto de ley número 142 de 2010 del Senado, "por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública".

públicas convocaran a un único establecimiento de comercio que cumpliera las condiciones del contrato, y que diseñaran la invitación ,para un único proponente. Así, aseguró el cumplimiento de los principios de tra l l sparencia, imparcialidad y objetividad, puesto que garantizó una pluralidad mípima de participación de oferentes en el proceso.

{

Con esta medida también dificultó la posibilidad de que se abrieran espacios propicios para la corrupción, toda vez que, al crear la 6bligación de garantizar un número mínimo de oferentes, evitó situaciones encaminadas a que las entidades adjudicaran el contrato a una gran superficie específica, :-sin buscar la mejor oferta y el interés general.

Materializó la eficiencia, pues aseguró la participación de al menos dos oferentes en el proceso. .

”

Garantizó la economía, pues la participación .de al menos dos grandes superficies implicaría necesariamente la consecución de una mejor oferta para los intereses de la administración.

La Sala no pierde de vista, por demás, que el principal reparo del cargo bajo análisis consiste en que, por medio de la norma deman,qada, se perdió el carácter público que debe tener todo proceso de selección.

Frente a lo anterior, cabe resaltar que el Decreto 1082 de 2015 estableció, en su artículo 2.2.1.1.1.7.1, la obligación de las entidades contratantes de publicar los documentos y actos administrativos de los procesos de selección en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública ("SECOP"), que. debe cumplirse incluso en la modalidad de contratación de mínima cuantía, en los":siguientes términos:

"Artículo 2. 2.1.1.1. 7.1. Publicidad en el Secop. La Entidad Estatal está obligada a publicar en el Secop los Documentos del Proceso y. /,os actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del

adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el Secop.

La Entidad Estatal está obligada a publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la **invitación en los Procesos de Contratación de mínima cuantía** y el proyecto de pliegos de condiciones en el Secop para que los interesados en el Proceso de Contratación puedan presentar observaciones o solicitar aclaraciones en el término previsto para el efecto en el artículo 2.2.1.1.2.1.4 del presente decreto". (Negritas y subrayado por fuera de texto).

Conforme con la norma antes transcrita, el carácter público de la invitación no depende de la cantidad de oferentes a las que esta se dirija, sino de que sea abierta al público⁶¹. Tal condición no se vio afectada por la norma demandada, pues, independientemente del número de grandes superficies convocadas, la invitación debe publicarse en el SECOP, en cumplimiento de la exigencia citada y de los principios de la contratación administrativa.

⁶¹ LEY 80 DE 1993, artículo 24. "Del principio de transparencia. En virtud de este principio: [...] 3. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política. [...]".

Por lo antes expuesto, la Subsección considera que el artículo 2.2.1.2.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015 no limitó el carácter público que, a juicio de los demandantes, pretendía la norma. De igual forma, estima que dicha disposición no modificó, amplió y ni restringió el sentido del artículo 2.5 de la Ley 1150 de 2007, en cuanto no modificó su alcance, sino que, en su reglamentación, adoptó una medida para garantizar un mínimo de participación y de pluralidad, con el fin de atender el propósito legislativo de esta última norma, junto con los principios que deben guiar la contratación y las actuaciones administrativas.

Así las cosas, el cargo antes estudiado tampoco prospera y se impone una respuesta negativa al segundo problema jurídico.

En la medida en que la Sala observa que el artículo 2.2.1.2.1.5.3 del Decreto

1082 de 2015 no contrarió el principio de transparencia y no excedió la potestad reglamentaria, procederá a negar las pretensiones de la demanda, sin costas, por tratarse de un asunto en el que se ventila un interés público⁶².

111. DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO. NEGAR la nulidad del artículo 2.2.1.2.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015

- que compiló el artículo 86 del Decreto 1510 de 2013-, expedido por la Presidencia de la República y el DNP, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. ARCHIVAR el expediente, una vez esté en firme la providencia.

Notifíquese y Cúmplase,

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado

lli i

LUQUE

⁶² CPACA. "Artículo 188. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las nonnas del Código de Procedimiento Civil".



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 30 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.728 - 15 de abril de 2024)



MINTIC