

ACCIÓN DE SIMPLE NULIDAD — Competencia

Esta Sala es competente para conocer de las acciones de simple nulidad que interpongan los ciudadanos contra actos administrativos proferidos por autoridades del orden nacional en materia contractual, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 de la Corporación. En el caso objeto de análisis no existe duda sobre la connotación nacional del Decreto n.º 393 de 2002, ni de su contenido contractual, a la vez que se trata de un acto administrativo de naturaleza reglamentaria, cuyo control corresponde a esta jurisdicción.

POTESTAD REGLAMENTARIA – Presidente de la República

La potestad reglamentaria es conferida al Presidente de la República directamente por la Constitución Política, con el objeto de que el mismo adopte las medidas necesarias en orden a asegurar la ejecución de las leyes, dentro del marco establecido por el Congreso de la República, de donde se colige que se trata de una función que por ninguna circunstancia puede desconocer el texto, como tampoco el alcance de las disposiciones que reglamenta.

REGISTRO DE ÚNICO DE PROPONENTES – Noción – Capacidad y experiencia

El Registro de Proponentes es un registro de creación legal en el cual se inscriben las personas naturales o jurídicas que aspiran a celebrar con entidades estatales contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles. Tiene como finalidad suministrar la información necesaria de un contratista inscrito, en lo relacionado con su experiencia, capacidad jurídica, capacidad técnica, capacidad de organización y capacidad financiera. En los términos del artículo 22 de la Ley 80 de 1993, todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar dichos contratos con las entidades estatales, deberán inscribirse en el Registro de Proponentes de la Cámara de Comercio de su jurisdicción y deberán estar clasificadas y calificadas según lo dispuesto en esta norma.

REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES – Conformación y actualización – Cámaras de Comercio

Con la documentación proveniente de las entidades estatales, relacionada con contratos, multas y sanciones, las Cámaras de Comercio conformarán un registro de inscritos clasificados y calificados por actividades, especialidades y grupos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes y servicios ofrecidos y expiden las certificaciones que sobre el mismo se les solicite. La información allí contenida es pública y su consulta será gratuita. Las Cámaras de Comercio harán la verificación documental de la información presentada por los interesados al momento de inscribirse en el registro y el certificado que ellas expidan será plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar, particularmente, en lo relativo a la experiencia, la capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente; la relación de contratos ejecutados, su valor, sus plazos y adiciones, así mismo contendrá los datos relativos al cumplimiento en contratos anteriores. El puntaje resultante de la calificación de estos factores se entenderá como la capacidad máxima de contratación del inscrito. La información que conste en el registro deberá mantenerse actualizada y renovarse en la forma y con la periodicidad que señale el reglamento.

ACTO ADMINISTRATIVO REGLAMENTARIO – Efectos en el tiempo – Control de legalidad

La Sala reitera la línea jurisprudencial según la cual basta que el acto administrativo haya regido, aunque sea por un pequeño lapso, para que la jurisdicción contenciosa administrativa deba pronunciarse sobre su legalidad, pues, con independencia de su vigencia actual, lo cierto es que bien puede haber generado situaciones que bien podrían encontrarse pendientes de definir, aunado a que los conceptos de vigencia y legalidad no deben confundirse, pues no todo lo que rige se acompaña con el ordenamiento, así la presunción de que lo es lo acompañe y no todo lo legal deviene en exigible. 1991, Exp. S – 157, MP. Carlos Gustavo Arrieta Padilla y 14 de abril de 2010, Exp. 36054, MP. Enrique Gil Botero.

VIOLACIÓN DE DERECHO A LA IGUALDAD - Legalidad –Test de proporcionalidad

La Sala observa que dada la eventual transgresión a un precepto superior como lo es el derecho a la igualdad, el cargo de ilegalidad planteado debe analizarse a partir de un juicio de

proporcionalidad. Como lo ha señalado la Corte Constitucional, el test de proporcionalidad implica estudiar la finalidad y la idoneidad de la medida de que se trata. En este tipo de análisis, el propósito que el precepto cuestionado persigue y los intereses que busca favorecer resultan relevantes, en cuanto si la medida implica alguna restricción o sacrificio de otros derechos o intereses, la validez constitucional de esa limitación depende, entre otros criterios, de la importancia que el texto superior le reconozca al objetivo que la norma pretende alcanzar. [...] Acto seguido, debe mirarse lo relativo a la necesidad de la medida, esto es, si la misma resulta indispensable para el logro del objetivo propuesto y, además, si resulta proporcionada, para lo cual se requiere establecer el balance existente entre los beneficios que su aplicación podría reportar y los costos o dificultades que ello ocasionaría.

REGIMEN CONTRACTUAL – Ley 80 de 1993 – Tipología de contratos – Fundamento normativo – Contrato de obra

Las tipologías contractuales se encuentran previstas, a manera enunciativa, en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. La norma define el contrato de obra como aquél cuyo objeto es la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. Y, el contrato de consultoría como el referido a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Así mismo, la norma prevé que también son contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Administración delegada – Noción – Objeto

Cabe anotar que el contrato de obra pública por administración delegada es entendido como aquel en el que el contratista, por cuenta y riesgo de la entidad pública contratante se encarga de la ejecución del objeto convenido, o lo que es igual, bajo este sistema el contratista actúa a nombre y por cuenta del contratante delegante. [...] La Sección Tercera, por su parte, ha precisado que el sistema de administración delegada constituye una de las formas o modalidades de pago del contrato de obra pública, en la que la remuneración del administrador delegado, que se denomina honorarios, puede pactarse en forma de porcentaje o de precio fijo, con base en el presupuesto oficial de la obra y por lo mismo, la diligencia debe ser mayor al momento de seleccionar al contratista, en cuanto este último se encarga -por cuenta y riesgo de la administración- de la ejecución de la obra y toma bajo su responsabilidad la dirección técnica de la misma.

PRINCIPIO DE IGUALDAD – Noción

Tal y como se consideró al analizar los cargos planteados en el literal c], la Sala debe anotar que la igualdad así concebida no significa que el legislador deba asignar a todas las personas idéntico tratamiento jurídico, porque no todas ellas se encuentran colocadas dentro de situaciones fácticas similares ni en iguales condiciones personales. Así, para delimitar el alcance y aplicación del principio se ha acudido a la fórmula clásica de que «hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual». Tanto la igualdad, como el trato diferenciado dispensado a personas y a situaciones personales, están referidos a condiciones, circunstancias o propiedades específicos; por consiguiente, los juicios que se formulan en cada caso resultan ser, como es lógico, juicios sobre una igualdad o diferencia fáctica parcial.

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE PROPONENTES - Capacidad – Objeto

Las normas jurídicas referentes a las inhabilidades y a las incompatibilidades consagran impedimentos y prohibiciones de variada índole, en virtud de las cuales se limita la capacidad legal para ser proponente o contratista del Estado. Este tipo de normas tienen por objeto preservar valores superiores, tales como la moralidad administrativa y la igualdad. [...] Al tema se ha referido la Corporación en diversas ocasiones. En efecto, en la sentencia de 10 de febrero de 2011, la Sala señaló que los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, son preceptos jurídicos que establecen prohibiciones de diversa índole, destinadas tanto a los servidores públicos como a los particulares, con el objeto de lograr, en lo que a la contratación pública atañe, la transparencia, objetividad y la imparcialidad en la misma. La inhabilidad, por un lado, debe entenderse como aquella circunstancia que impide a una persona celebrar algún contrato, la cual ha sido establecida por la Constitución o la ley y la incompatibilidad hace referencia a lo que no puede poseerse o ejercerse a un tiempo por una misma persona.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D. C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00026-01(25151-25152)

Actor: ÁLVARO ESCOBAR HENRIQUEZ Y MARCELO VARGAS MENDOZA

**Demandado: MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO - MINISTERIO
TRANSPORTE Y MINISTERIO DEL INTERIOR**

Referencia: ACCIÓN PÚBLICA DE NULIDAD

Estando el proceso al despacho para fallo, corresponde a la Sala pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda instaurada por los señores Álvaro Escobar Henríquez y Marcelo Vargas Mendoza en contra de la Nación-Ministerio de Desarrollo Económico-Ministerio de Transporte-Ministerio del Interior.

I. ANTECEDENTES

1.1 Síntesis del caso

El 13 de febrero y el 8 de abril de 2003, los señores Álvaro Escobar Henríquez¹ y Marcelo Vargas Mendoza² demandaron separadamente la nulidad de los artículos 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20 y 22 del capítulo II del Decreto n.º 393 de 2002³, relativos a la calificación de los proponentes⁴.

¹ Proceso 25152.

² Proceso 25151.

³ Es de anotar que aunque en el encabezado de la demanda del proceso 25151, la parte actora se refirió también a la nulidad de los artículos 19 y 21 del capítulo II del Decreto

La parte actora sostiene que las normas acusadas desconocen el derecho de igualdad y los principios de equidad, imparcialidad, transparencia y selección objetiva, en la evaluación de la experiencia de quienes pretenden contratar con el Estado en su condición de constructores, consultores y proveedores.

1.2 La demanda

1.2.1 Pretensiones

La parte actora solicita que se hagan las siguientes declaraciones:

1.- QUE SE DECLARE LA NULIDAD POR ILEGALIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS SIGUIENTES DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL CAPÍTULO II DEL DECRETO 393 DE 2002:

1.1. *El inciso 7 del artículo 8, que establece lo siguiente: "La capacidad técnica (Ct), se determinará teniendo en cuenta los socios, personal profesional universitario, personal administrativo, tecnólogo y operativa, vinculado mediante una relación contractual en la cual desarrollen actividades referentes estrictamente con la construcción, los cuales se contarán y promediarán con base en los dos mejores años de los últimos cinco años".*

1.2. *El inciso 9 del artículo 8, que establece lo siguiente: "Los proponentes que clasifiquen en más de una actividad, determinarán el personal que utilizan en cada actividad para asignarse puntaje. El único puntaje que se podrá tener en cuenta para varias actividades será exclusivamente el administrativo. Adicionalmente se tendrá en cuenta la experiencia del personal directivo y el cumplimiento de contratos".*

1.3. *La parte subrayada el inciso 10 del artículo 8, que establece lo siguiente:*

"La experiencia (E), se determinará para las personas jurídicas teniendo en cuenta la antigüedad de la firma y la experiencia de la firma en el ejercicio de la actividad constructora. Para las personas naturales profesionales se determinará por el tiempo durante el cual han ejercido su actividad constructora a partir de la fecha de grado".

1.4. *La parte subrayada del inciso 11 del artículo 8, que establece lo siguiente:*

"Las personas jurídicas que acrediten una existencia inferior a 24

393 de 2002, no solicitó su declaratoria en las pretensiones, como tampoco expuso el concepto de violación respecto de estas normas.

⁴ Mediante proveído de 14 de julio de 2006, el tribunal ordenó la acumulación de los procesos (fls. 103-104 cuaderno principal).

meses, determinarán la experiencia por los promedios aritméticos del tiempo en que hayan ejercido la profesión cada uno de sus socios. La experiencia deberá estar relacionada estrictamente con la actividad constructora y acorde con su objeto social".

1.5. La parte subrayada del inciso 14 del artículo 8, que establece lo siguiente:

"Para los proponentes personas naturales profesionales que hayan estado vinculados con el Estado o con la empresa privada en cargos afines a su clasificación, se tendrán en cuenta como ingresos operacionales la suma de los salarios y prestaciones sociales percibidos anualmente, expresados en s.m.m.l.v. al momento de su causación y promediados para los últimos tres años, incluido el año en que se realice la inscripción".

1.6. La parte subrayada del literal a) del párrafo del artículo 8, que establece lo siguiente: "Las personas jurídicas que acrediten una existencia inferior a 24 meses, podrán calcular la capacidad de organización tomando el promedio aritmético de los ingresos brutos operacionales de cada uno de los socios inscritos en el Registro Único de Proponentes, relacionados exclusivamente con la actividad de la construcción, correspondientes a los dos años de mayor facturación de los últimos cinco años, incluyendo el de la inscripción, expresados en s.m.m.l.v."

1.7. La parte subrayada del literal c) del párrafo del artículo 8, que establece lo siguiente: "La capacidad de organización mínima (Com) para las personas naturales profesionales recién egresadas y las personas jurídicas que no se ajusten a ninguna de las disposiciones especiales, quienes deberán mantener en su nómina por lo menos a dos profesionales de la ingeniería y/o la arquitectura vinculados contractualmente, se determinará teniendo en cuenta la siguiente tabla cuyo valor está expresado en s.m.m.l.v."

Si la persona jurídica no posee la vinculación de profesionales señalada, se tendrá en cuenta a los socios que posean tarjeta profesional en las mismas áreas.

TABLA 1
Capacidad de organización mínima

	<u>Persona natural profesional</u>	<u>Persona jurídica</u>
<u>Capacidad de organización mínima</u>	<u>250</u>	<u>500</u>

1.8. La parte subrayada del literal a) del párrafo del artículo 8, que establece lo siguiente: "Las personas jurídicas que acrediten una existencia inferior a 24 meses, podrán calcular la capacidad de organización tomando el promedio aritmético de los ingresos brutos operacionales de cada uno de los socios inscritos en el Registro Único de Proponentes, relacionados exclusivamente con la actividad de la construcción, correspondientes a los dos años de mayor facturación de los últimos cinco años, incluyendo el de la inscripción, expresados en términos de s.m.m.l.v."

1.9. La parte subrayada del literal d) párrafo del artículo 8, que establece lo siguiente: "Para efectos de calcular la capacidad de organización (Co) de los proponentes que ejecuten obras por el sistema de administración delegada, se deberán considerar como ingresos operacionales del valor total de las obras ejecutadas (movimientos de los fondos por año) por el sistema de administración delegada, que aparece en las certificaciones expedidas por las entidades contratantes, adicionando a ese valor las sumas recibidas por el concepto de honorarios consignados en las declaraciones de renta. Para tal efecto, se tendrán en cuenta los dos mejores años de los últimos cinco años incluyendo el de la inscripción".

1.10. La parte subrayada del artículo 9, que establece lo siguiente: "Artículo 9. El artículo 10 del decreto 92 de 1998, quedará así:

Artículo 10. Capacidad máxima de contratación de constructores. La aplicación de la siguiente fórmula con base en los puntajes obtenidos al evaluar los factores de capacidad financiera, capacidad técnica, experiencia y capacidad de organización, determinará el monto máximo de contratación (k) en s.m.m.l.v.:

$$K = Fe \times 3Cc + \frac{Vequ}{200} + 1 + \frac{Ct + E}{200} \times Co$$

Donde:

F= Factor de endeudamiento.

Cc= Capacidad circulante.

Vequ= Valor de los equipos asociados con la actividad de construcción. Ct= Capacidad técnica.

E= Experiencia.

Co= Capacidad de organización".

1.11. La parte subrayada del inciso 1 del artículo 10 (sic), que establece lo siguiente:

"Artículo 11. Puntajes por experiencia en construcción. Para la determinación del puntaje que corresponda a cada proponente según la experiencia (E), se aplicarán, en el caso de las personas jurídicas, dos criterios, el de antigüedad de la firma (Af) y el de experiencia de la firma (Ef). Cada uno de los ellos tendrá un puntaje máximo de 50 puntos:

$$E = Af + Ef"$$

1.12. La tabla Nro. 2, contenida en el artículo 10:

TABLA 2
Antigüedad Personas Jurídicas

	<u>Años de antigüedad en la actividad constructora</u>	<u>Puntaje</u>
<u>Desde</u>	<u>Hasta</u>	<u>Puntos</u>
<u>0</u>	<u>5</u>	<u>20</u>

<u>Más de 5</u>	<u>10</u>	<u>30</u>
<u>Más de 10</u>	<u>15</u>	<u>40</u>
<u>Más de 15</u>		<u>50</u>

1.13. El inciso 5 del artículo 10, que establece lo siguiente: **"2. Experiencia de la firma. El puntaje en cuanto a la experiencia de la firma (Ef) en la actividad constructora se determinará por la obra de mayor valor ejecutada en los últimos 2 años. El valor de dicha obra se deberá expresar en s.m.m.l.v. al momento de causación y el puntaje corresponderá al indicado en la siguiente tabla:"**

1.14. La tabla Nro. 3 contenida en el artículo 10, que establece lo siguiente:

TABLA 3
Experiencia Personas Jurídicas

<u>Desde</u>	<u>S.m.m.l.v</u> <u>Hasta</u>	<u>Puntaje</u> <u>Puntos</u>
<u>0</u>	<u>3.300</u>	<u>10</u>
<u>3.301</u>	<u>12.000</u>	<u>20</u>
<u>12.001</u>	<u>43.000</u>	<u>30</u>
<u>43.001</u>	<u>160.000</u>	<u>40</u>
<u>Más de 160.000</u>	<u>50</u>	

1.15. La parte subrayada de la tabla No. 5, contenida en el artículo 11, que establece lo siguiente:

TABLA 5
Factor de endeudamiento

<u>Endeudamiento (pasivos totales/activos totales)*100</u>	<u>Factor</u>
<u>0-20%</u>	<u>1.4</u>
<u>21%-40%</u>	<u>1.2</u>
<u>41%-60%</u>	<u>1</u>
<u>61%-70%</u>	<u>0.85</u>
<u>71%-80%</u>	<u>0.70</u>
<u>81%-90%</u>	<u>0.5</u>
<u>91%-95%</u>	<u>0.2</u>
<u>96%-o más</u>	<u>0</u>

1.16. El párrafo del artículo 11, que establece lo siguiente: **"Párrafo. Valor de la maquinaria y el equipo, es el valor de la maquinaria y equipo, expresado en SMMLV, que emplea el proponente en la actividad de construcción con base en la última declaración de renta y el último balance comercial según el caso".**

1.17. La parte subrayada del inciso 1 del artículo 12, que establece lo siguiente: **"Artículo 13. Puntaje por capacidad técnica**

de los constructores. Para determinar el puntaje que corresponde a cada proponente según la capacidad técnica (Ct), se tendrán en cuenta los socios, personal profesional universitario, personal administrativo, tecnólogo y operativo, vinculado mediante una relación contractual en la cual desarrollen actividades referentes estrictamente con la construcción. Adicionalmente se tendrá en cuenta la experiencia del personal directivo y el cumplimiento de contratos. Son tres criterios en total: Experiencia del personal directivo, cumplimiento de contratos y el número de personas.

1.18. El inciso 2 del artículo 12, que establece lo siguiente:

Aspecto	Puntaje máximo
<u>Personal Directivo</u>	<u>25</u>
<u>Número personas</u>	<u>50</u>
<u>Cumplimiento</u>	<u>25</u>

1.19. La parte subrayada del inciso 2 del artículo 12, que establece lo siguiente: "1. Experiencia personal directivo: El puntaje se asignará con base en los años de experiencia así:

1.1. Director de empresa (máximo 20 puntos): 0.5 puntos por cada año de experiencia en dirección de empresas.

1.2. Director de obras (máximo 20 puntos): Se elige al director de obra con mayor experiencia y se asignan 0.4 puntos por cada año de experiencia en dirección de obras.

1.3. Otros profesionales de la firma (máximo 1º puntos); 0.2 puntos por cada año de experiencia profesional acumulada".

1.20. El inciso tres del artículo 12, que establece lo siguiente: "2. Número de personas: El puntaje se asignará teniendo en cuenta el número de personas vinculadas a la sociedad mediante una relación contractual en la cual desarrollen actividades referentes estrictamente con la construcción, según la siguiente tabla:"

1.21. La tabla Nro. 6 contenida en el artículo 12, que establece lo siguiente:

TABLA 6
Personal

Número de personas		
<u>Desde</u>	<u>Hasta</u>	<u>Puntos</u>
<u>1</u>	<u>5</u>	<u>16</u>
<u>6</u>	<u>10</u>	<u>22</u>
<u>11</u>	<u>20</u>	<u>28</u>
<u>21</u>	<u>60</u>	<u>34</u>
<u>61</u>	<u>100</u>	<u>38</u>
<u>101</u>	<u>200</u>	<u>44</u>
<u>201 o más</u>		<u>50</u>

1.22. El inciso cuarto del artículo 12, que establece lo siguiente: "3. Cumplimiento. Para determinar el puntaje que corresponde a cada proponente según el cumplimiento serán tomados en consideración los contratos a los cuales les haya sido declarado caducidad, atendiendo a la siguiente tabla".

1.23. La tabla Nro. 7 contenida en el artículo 12, que establece lo siguiente:

TABLA 7
Puntaje de cumplimiento

Incumplimiento	Puntaje
<u>Ninguna declaratoria de caducidad</u>	<u>25</u>
<u>Declaratoria de caducidad hace 10 años o más</u>	<u>20</u>
<u>Declaratoria de caducidad entre los últimos 10 y 5 años</u>	<u>15</u>
<u>Declaratoria de caducidad en los últimos 5 años</u>	<u>0</u>

1.24. La parte subrayada del inciso 6 del artículo 13, que establece lo siguiente: "La capacidad técnica se determinará teniendo en cuenta los socios, personal profesional universitario, personal administrativo, tecnólogo y operativo, vinculado mediante una relación contractual en la cual desarrollen actividades referentes estrictamente a la consultoría, los cuales se contarán y promediarán con base en los dos mejores años de los últimos cinco años. Adicionalmente se tendrá en cuenta la experiencia del personal directivo y el cumplimiento de contratos.

1.25. El inciso 8 del artículo 13, que establece lo siguiente: "Los proponentes que se clasifiquen en más de una actividad, determinarán el personal que utilizan en cada actividad para asignarse puntaje. El único personal que se podrá tener en cuenta para varias actividades será exclusivamente el administrativo".

1.26. La parte subrayada del inciso 9 del artículo 13, que establece lo siguiente: "La experiencia se determinará para las personas jurídicas y naturales teniendo en cuenta la antigüedad y la experiencia en el ejercicio de la actividad consultora".

1.27. La parte subrayada del inciso 10 del artículo 13, que establece lo siguiente: "Las personas jurídicas que acrediten una existencia inferior a 24 meses determinarán la experiencia por los promedios aritméticos del tiempo en que hayan ejercido la profesión cada uno de sus socios. La experiencia deberá estar relacionada estrictamente con la actividad de consultoría y debe ser acorde con su objeto social".

1.28. El inciso 12 del artículo 13, que establece lo siguiente: "Para el cálculo de los ingresos brutos operacionales se tomará el promedio aritmético de los dos años de mayor facturación que haya obtenido la persona jurídica o la persona natural profesional en los últimos tres años, incluyendo el de la inscripción".

1.29. La parte subrayada del inciso 13 del artículo 13, que establece lo siguiente: "Para los proponentes personas naturales

profesionales que hayan estado vinculados con el Estado o con la empresa privada en cargos afines a su clasificación, se tendrán en cuenta como ingresos operacionales la suma de los salarios y prestaciones sociales percibidos anualmente, expresados en SMMLV al momento de su causación y promediados para los últimos tres años, incluido el año en que se realice la inscripción".

1.30. La parte subrayada del literal a) del párrafo del artículo 13, que establece lo siguiente: "a) Las personas jurídicas que acrediten una existencia inferior a 24 meses, podrán calcular la capacidad de organización tomando el promedio aritmético de los ingresos brutos operaciones de cada uno de los socios inscritos en el registro único de proponentes, relacionados exclusivamente con la actividad de la consultoría, correspondientes a los dos años de mayor facturación de los últimos cinco años incluyendo el de la inscripción, expresados en SMMLV".

1.31. La parte subrayada del literal c) del párrafo del artículo 13, que establece lo siguiente: "La capacidad de organización para las personas naturales profesionales recién egresadas y las personas que no se ajusten a ninguna de las disposiciones especiales, quienes deberán mantener en su nómina por lo menos dos profesionales idóneos para desarrollar la actividad consultora vinculados contractualmente, se determinará teniendo en cuenta la siguiente tabla cuyo valor está expresado en SMMLV.

Si la persona jurídica no posee la vinculación de profesionales señalada, se tendrá en cuenta a los socios que sean profesionales.

TABLA 8
Capacidad de organización mínima

	Persona natural	Persona jurídica
Capacidad de organización mínima (Com)	<u>125</u>	250

1.32. La parte subrayada del inciso 1 del artículo 15, que establece lo siguiente: "Para la determinación del puntaje que corresponde a cada proponente según la experiencia (E) se aplicarán dos criterios, el de antigüedad (A) y el de experiencia (E). Cada uno de ellos tendrá un puntaje máximo de 50 puntos.

$$E = A + E$$

1.33. La tabla Nro. 9 contenida en el artículo 15, que establece lo siguiente:

TABLA 9
Antigüedad

	<u>Años de antigüedad en la actividad consultora</u>	<u>Puntaje</u>
<u>Desde</u>	<u>Hasta</u>	<u>Puntos</u>

<u>0</u>	<u>5</u>	<u>30</u>
<u>Más de 5</u>	<u>10</u>	<u>60</u>
<u>Más de 10</u>	<u>15</u>	<u>80</u>
<u>Más de 15</u>		<u>100</u>

1.34. El inciso 3 del artículo 15, que establece lo siguiente: "**2. Experiencia.** El puntaje en cuanto experiencia (E) en la actividad consultora, se determinará por el contrato de consultoría de mayor valor en los últimos dos años. El valor de dicha obra se deberá expresar en SMMLV al momento de causación y el puntaje corresponderá al indicado en la siguiente tabla:"

1.35. La tabla 10 contenida en el artículo 15, que establece lo siguiente:

TABLA 10
Experiencia

<u>Desde</u>	<u>SMMLV</u> <u>Hasta</u>	<u>Puntaje</u> <u>Puntos</u>
<u>0</u>	<u>500</u>	<u>25</u>
<u>501</u>	<u>1.500</u>	<u>50</u>
<u>1.501</u>	<u>5.000</u>	<u>75</u>
<u>5.001 o más</u>		<u>100</u>

1.36. La parte subrayada de la tabla 11 contenida en el artículo 16, que establece lo siguiente:

TABLA 11
Factor de endeudamiento

Endeudamiento (pasivos totales/activos totales)*100	Factor
<u>0-20%</u>	<u>1.4</u>
<u>21%-40%</u>	<u>1.2</u>
<u>41%-60%</u>	<u>1</u>
<u>61%-70%</u>	<u>0.85</u>
<u>71%-80%</u>	<u>0.70</u>
<u>81%-90%</u>	<u>0.5</u>
<u>91%-95%</u>	<u>0.2</u>
<u>96%-o más</u>	<u>0</u>

1.37. La parte subrayada del inciso primero del artículo 17, que establece lo siguiente: "El artículo 18 del decreto 92 de 1998 quedará así:

Artículo 18. Puntaje por capacidad técnica de consultores. Para determinar el puntaje que corresponde a cada proponente según la capacidad técnica (Ct), se tendrán en cuenta los socios, personal profesional universitario, personal administrativo, tecnólogo y operativo, vinculado mediante una relación contractual en la cual desarrollen actividades referentes estrictamente con la consultoría. Adicionalmente se tendrá en cuenta la experiencia del personal directivo

y el cumplimiento de contratos. Son tres criterios en total: experiencia del personal directivo, cumplimiento de contratos y el número de personas".

1.38. El cuadro del inciso primero del artículo 17, que establece lo siguiente:

Aspecto	Puntaje máximo
<u>Personal Directivo</u>	<u>25</u>
<u>Número personas</u>	<u>50</u>
<u>Cumplimiento</u>	<u>25</u>

1.39. La parte subrayada del inciso 2 del artículo 17, que establece lo siguiente: "1. Personal Directivo: El puntaje se asignará con base en los años de experiencia así:

1.1. Director de la empresa (máximo 20 puntos): 0.5 puntos por cada año de experiencia en dirección de empresas.

1.2. Profesionales de la firma (máximo 30 puntos): 0.2 puntos por cada de experiencia profesional acumulada".

1.40. El inciso tercero del artículo 17, que establece lo siguiente: "2. **Número de personas.** El puntaje se asignará teniendo en cuenta el número de personas vinculadas a la sociedad mediante una relación contractual en la cual desarrollen actividades referentes estrictamente con la consultoría, según la siguiente tabla:".

1.41. La tabla 12 contenida en el artículo 17, que establece lo siguiente:

TABLA 12
Personal

<u>Número de personas</u>		
<u>Desde</u>	<u>Hasta</u>	<u>Puntos</u>
<u>1</u>	<u>10</u>	<u>10</u>
<u>11</u>	<u>30</u>	<u>20</u>
<u>31</u>	<u>50</u>	<u>30</u>
<u>51 o más</u>		<u>50</u>

1.42. El inciso cuarto del artículo 17, que establece lo siguiente: "3. **Cumplimiento.** Para determinar el puntaje que corresponde a cada proponente según el cumplimiento, serán tomados en consideración los contratos a los cuales les haya sido declarado caducidad, atendiendo a la siguiente tabla:"

1.43. La tabla Nro. 13, contenida en el artículo 17, que establece lo siguiente:

TABLA 13
Puntaje de cumplimiento

<u>Incumplimiento</u>	<u>Puntaje</u>
<u>Ninguna declaratoria de caducidad</u>	<u>25</u>

<u>Declaratoria de caducidad hace 10 años o más</u>	20
<u>Declaratoria de caducidad entre los últimos 10 y 5 años</u>	15
<u>Declaratoria de caducidad en los últimos 5 años</u>	0

1.44. La parte subrayada del inciso 5 del artículo 18, que establece lo siguiente: "La capacidad técnica (Ct) se determinará teniendo en cuenta los socios, personal profesional universitario, personal administrativo, tecnólogo y operativo, vinculado mediante una relación contractual en la cual desarrollen actividades proveedoras. Adicionalmente se tendrá en cuenta la experiencia del personal directivo y el cumplimiento de contratos".

1.45. El inciso 7 del artículo 18, que establece lo siguiente: "Los proponentes que se clasifiquen en más de una actividad, determinarán el personal que utilizan en cada actividad para asignarse puntaje. El único personal que se podrá tener en cuenta para varias actividades será exclusivamente el administrativo".

1.46. La parte subrayada del inciso 9 del artículo 18, que establece lo siguiente: "Las personas jurídicas que acrediten una existencia inferior a 24 meses determinarán la experiencia por los promedios aritméticos del tiempo en que hayan ejercido la profesión cada uno de sus socios. La experiencia deberá estar relacionada estrictamente con la actividad proveedora y acorde con su objeto social".

1.47. El inciso 11 del artículo 18, que establece lo siguiente: "Para el cálculo de los ingresos brutos operacionales se tomará el promedio aritmético de los dos años de mayor facturación que haya obtenido la persona jurídica o la persona natural profesional en los últimos tres años, incluyendo el de la inscripción".

1.48. La parte subrayada del literal a) del párrafo del artículo 18, que establece lo siguiente: "Las personas jurídicas que acrediten una existencia inferior a 24 meses, podrán calcular la capacidad de organización tomando el promedio aritmético de los ingresos brutos operacionales de cada uno de los socios inscritos en el registro único de proponentes, relacionados exclusivamente con la actividad proveedora, correspondientes a los dos años de mayor facturación de los últimos cinco años, incluyendo el de la inscripción, expresados en términos de SMMLV".

1.49. La parte subrayada de la tabla 15, contenida en el artículo 20, que establece lo siguiente:

TABLA 15
Factor de endeudamiento

Endeudamiento (pasivos totales/activos totales)*100	Factor
0-20%	1.4
21%-40%	1.2
41%-60%	1
61%-70%	0.85
71%-80%	0.70
81%-90%	0.5

91%-95%	0.2
96%-o más	0

1.50. El inciso 3 del artículo 22, que establece lo siguiente: "1.3. Cumplimiento. Para determinar el puntaje que corresponde a cada proponente según el cumplimiento, serán tomados en consideración los contratos a los cuales les haya sido declarado caducidad, atendiendo a la siguiente tabla:"

1.51. La tabla Nro. 16, contenida en el artículo 22, que establece lo siguiente:

TABLA 16
Puntaje de cumplimiento

<u>Incumplimiento</u>	<u>Puntaje</u>
<u>Ninguna declaratoria de caducidad</u>	25
<u>Declaratoria de caducidad hace 10 años o más</u>	20
<u>Declaratoria de caducidad entre los últimos 10 y 5 años</u>	15
<u>Declaratoria de caducidad en los últimos 5 años</u>	0

2. QUE SE DECLARE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD CONDICIONADA DE LAS SIGUIENTES DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL CAPITULO II DEL DECRETO 393 DE 2002:

2.1. La parte subrayada del artículo 9, que establece lo siguiente:
"Artículo 9.
El artículo 10 del decreto 92 de 1998, quedará así:

Artículo 10. Capacidad máxima de contratación de constructores. La aplicación de la siguiente fórmula con base en los puntajes obtenidos al evaluar los factores de capacidad financiera, capacidad técnica, experiencia y capacidad de organización, determinará el monto máximo de contratación (k) en s.m.m.l.v.:

$$K = Fe \times 3Cc + Vequ + 1 + \frac{Ct + E}{200} \times Co$$

Donde:

F= Factor de endeudamiento.

Cc= Capacidad circulante.

Vequ= Valor de los equipos asociados con la actividad de construcción.

Ct= Capacidad técnica.

E= Experiencia.

Co= Capacidad de organización".

Se debe declarar la constitucionalidad y legalidad condicionada, en el sentido de que a la fórmula de la capacidad máxima de contratación de los constructores se le debe aplicar el Factor de Paridad Internacional, en los términos del artículo 10 del decreto 92 de 1998.

2.2. La parte subrayada del inciso 2 del artículo 12, que establece lo siguiente: "2. Experiencia personal directivo: El puntaje se asignará con base en los años de experiencia así:

1.1. Director de la empresa (máximo 20 puntos): 0.5 puntos por cada año de experiencia en dirección de empresas.

1.2. Director de obras (máximo 20 puntos): Se elige al director de obra con mayor experiencia y se asignan 0.4 puntos por cada año de experiencia en dirección de obras.

1.3. Otros profesionales de la firma (máximo 10 puntos): 0.2 puntos por cada año de experiencia profesional acumulada.

Se debe aclarar la constitucionalidad y legalidad condicionada en el sentido de que al puntaje por experiencia establecido en esta disposición, se deben aplicar las equivalencias por publicaciones, docencia, investigación, postgrados, especializaciones y distinciones profesionales, consagradas en el artículo 17 del decreto 393 de 2002, referidas a los consultores.

2.3. El inciso 5 del artículo 12, que establece lo siguiente: “Para calcular el puntaje de cumplimiento de los proponentes que sean personas naturales, se deberá tener en consideración los contratos a los cuales les haya sido declarada la caducidad, celebrados tanto por el proponente como por las sociedades de las cuales haya sido accionista”.

Se debe declarar la constitucionalidad condicionada, en el sentido de que tan solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados por la sociedad en los cuales el proponente persona natural haya tenido injerencia directa e inmediata y haya influido realmente en su ejecución.

2.4. El inciso 6 del artículo 12, que establece lo siguiente: “De otro lado, para calcular el puntaje de cumplimiento de los proponentes que sean personas jurídicas, se deberá tener en consideración los contratos a los cuales les haya sido declarada la caducidad, celebrados por el proponente, los socios del proponente o las sociedades en las cuales dichos socios tengan o hayan tenido participación.

Se debe declarar la constitucionalidad y legalidad condicionada, en el sentido de que tan solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados por los socios o las sociedades en las cuales dichos socios tengan o hayan tenido participación, cuando unos y otros hayan tenido injerencia directa e inmediata en el mismo y hayan influido realmente en su ejecución.

2.5. La parte subrayada del artículo 14, que establece lo siguiente:

“El artículo 15 del decreto 92 de 1998 quedará así:

Artículo 15. Capacidad máxima de contratación de consultores. La aplicación de la siguiente fórmula con base en los puntajes obtenidos al evaluar los factores de capacidad financiera, capacidad técnica, experiencia y capacidad de organización, determinará el monto máximo de contratación (k), en SMMLV:

$$K = \frac{FE \times Cc \times 1 + C + E \times Co}{200}$$

Donde,

F= Factor de endeudamiento
Cc= Capacidad circulante.
Ct= Capacidad técnica.
E= Experiencia.
Co= Capacidad de organización.

Se debe declarar la constitucionalidad y legalidad condicionada, en el sentido de que a la fórmula de la capacidad máxima de contratación de los constructores se le debe aplicar el Factor de Paridad Internacional, en los términos del artículo 15 del decreto 92 de 1998.

2.6. El inciso quinto del artículo 17, que establece lo siguiente: "Para calcular el puntaje de cumplimiento, de los proponentes que sean personas naturales, se deberá tener en consideración los contratos a los cuales les haya sido declarada la caducidad, celebrados tanto por el proponente como por las sociedades de las cuales haya sido contratista".

Se debe declarar la constitucionalidad y legalidad condicionada, en el sentido de que tan solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados por la sociedad en los cuales el proponente persona natural haya tenido injerencia directa e inmediata y haya influido realmente en su ejecución.

2.7. El inciso 6 del artículo 17, que establece lo siguiente: "De otro lado, para calcular el puntaje de cumplimiento de los proponentes que sean personas jurídicas, se deberá tener en consideración los contratos a los cuales les haya sido declarada la caducidad, celebrados por el proponente, los socios del proponente o las sociedades en las cuales dichos socios tengan o hayan tenido participación".

Se debe declarar la constitucionalidad y legalidad condicionada, en el sentido de que tan solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados por los socios o las sociedades en las cuales dichos socios tengan o hayan tenido participación, cuando unos y otros hayan tenido injerencia directa e inmediata en el mismo y hayan influido realmente en su ejecución.

2.8. El inciso 2 del artículo 22, que establece lo siguiente: "1. Personal directivo. El puntaje se asignará con base en los años de experiencia así:

1.1. Director de la empresa (máximo 20 puntos): 1.0 puntos para cada año de experiencia en dirección de empresas y 0.8 puntos por cada año de experiencia profesional.

1.2. Profesionales de la firma (máximo 30 puntos): 0.5 puntos por cada año de experiencia profesional acumulada".

Se debe declarar la constitucionalidad y legalidad condicionada en el sentido de que al puntaje por experiencia establecido en esta disposición, se deben aplicar las equivalencias por publicaciones, docencia, investigación, postgrados,

especializaciones y distinciones profesionales, consagradas en el artículo 17 del decreto 393 de 2002, referidas a los consultores.

2.9. El inciso 4 del artículo 22, que establece lo siguiente: "Para calcular el puntaje de cumplimiento de los proponentes que sean personas naturales, se deberá tener en consideración los contratos a los cuales les haya sido declarada la caducidad, celebrados tanto por el proponente como por las sociedades de las cuales haya sido accionista".

Se debe declarar la constitucionalidad y legalidad condicionada, en el sentido de que tan solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados por la sociedad en los cuales el proponente persona natural haya tenido injerencia directa e inmediata y haya influido realmente en su ejecución.

2.10. El inciso 5 del artículo 22, que establece lo siguiente: "De otro lado, para calcular el puntaje de cumplimiento de los proponentes que sean personas jurídicas, se deberá tener en consideración los contratos a los cuales les haya sido declarada la caducidad, celebrados por el proponente, los socios del proponente o las sociedades en las cuales dichos socios tengan o hayan tenido participación".

Se debe declarar la constitucionalidad y legalidad condicionada, en el sentido de que tan solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados por los socios o las sociedades en las cuales dichos socios tengan o hayan tenido participación, cuando unos y otros hayan tenido injerencia directa e inmediata en el mismo y hayan influido realmente en su ejecución (fls. 23-35 cuaderno 1).

Así mismo, los demandantes solicitaron la suspensión provisional de las normas acusadas, empero el tribunal denegó la petición (fls. 29 y 38-47 cuaderno 1).

1.2.2 Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora controvierte la legalidad de las normas que integran el capítulo II del Decreto 393 de 2002, relativas a la calificación de los proponentes, por violación al derecho de igualdad y por desconocimiento de los principios de equidad, imparcialidad, transparencia y selección objetiva. Por tanto, según su criterio, la administración demandada desconoció los artículos 13 de la Constitución Política, 21, 22 y 29 de la Ley 80 de 1993 (fls. 48-59 cuaderno 1).

Por metodología el concepto de la violación de las disposiciones acusadas se desarrollará al analizar los cargos formulados por la parte actora.

1.3 La defensa de los demandados

Por intermedio de apoderado judicial y dentro del término de fijación en lista, los Ministerios de Transporte, Comercio, Industria y Turismo y de Interior y Justicia contestaron las demandas oponiéndose a las pretensiones. Señalaron que la violación que se predica de los principios de igualdad, equidad, imparcialidad, transparencia y selección objetiva no tiene ningún fundamento, pues las disposiciones demandadas fueron expedidas con el objeto de garantizar la objetividad en la calificación de los proponentes que pretenden contratar con el Estado (fls. 52-55, 246-252 y 267-272 cuaderno 1).

El detalle de los argumentos de defensa se expondrá al resolver los cargos.

1.4 Alegatos de conclusión

De esta oportunidad hicieron uso la parte actora y los Ministerios del Interior y de Justicia y de Comercio, Industria y Turismo, quienes reiteraron los argumentos esgrimidos en el transcurso del proceso (fls. 108-117 cuaderno principal, 311-338 cuaderno 1).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1 Competencia

Esta Sala es competente para conocer de las acciones de simple nulidad que interpongan los ciudadanos contra actos administrativos proferidos por autoridades del orden nacional en materia contractual, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo⁵ y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 de la Corporación⁶.

⁵ Dispone el art. 128.- *“Competencia del Consejo de Estado en Única Instancia. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:*

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

⁶ Vigente para la fecha de presentación de la demanda, fl. 64 cuaderno 1.

En el caso objeto de análisis no existe duda sobre la connotación nacional del Decreto n.º 393 de 2002, ni de su contenido contractual, a la vez que se trata de un acto administrativo de naturaleza reglamentaria⁷ -como se analizará a continuación-, cuyo control corresponde a esta jurisdicción.

2.2 Asunto que la Sala debe resolver

Corresponde a la Sala resolver los cargos de ilegalidad formulados por los señores Álvaro Escobar Henríquez y Marcelo Vargas Mendoza en contra de los artículos 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20 y 22 del Decreto 393 de 2002, *“Por el cual se modifican parcialmente los Decreto 856 de 1994 y 92 de 1998, por medio de los cuales se reglamenta el funcionamiento del registro de proponentes en las Cámaras de Comercio y se fijan las relativas (sic) a los registros de proponentes y mercantil”*, en los aspectos relativos a la calificación de los proponentes, pues, en sentir de la parte actora, dichas normas desconocen el derecho a la igualdad, así como los principios de selección objetiva, transparencia y equidad.

Es de anotar que la Sala no estudiará la solicitud de nulidad respecto de los artículos 19 y 21 del Decreto 393 de 2002, pues, si bien en el encabezado de la demanda la parte actora lo solicitó, no fue así en las pretensiones ni tampoco expuso el concepto de la violación de dichas disposiciones.

2.2.1 Naturaleza del Decreto 393 de 2002

No cabe duda a la Sala de que el decreto contentivo de las normas demandadas tiene carácter reglamentario.

En efecto, se trata de una norma de alcance nacional expedido por el Presidente de la República, con la firma de los Ministros de Desarrollo Económico, Interior y de Justicia y de Transporte, en uso de la facultad conferida por el numeral 11 del

⁷ El Decreto 393 de 2002, *“Por el cual se modifican parcialmente los Decreto 856 de 1994 y 92 de 1998, por medio de los cuales se reglamenta el funcionamiento del registro de proponentes en las Cámaras de Comercio y se fijan las relativas a los registros de proponentes y mercantil”*, fue expedido por el Presidente de la República, en uso de la facultad conferida por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y artículos 124 de la Ley 6ª de 1992 y 22 de la Ley 80 de 1993.

artículo 189 de la Constitución Política, a cuyo tenor 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 decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes” y fundado en los artículos 124 de la Ley 6ª de 1992⁸ y 22 de la Ley 80 de 1993⁹.

En efecto, la potestad reglamentaria es conferida al Presidente de la República directamente por la Constitución Política, con el objeto de que el mismo adopte las medidas necesarias en orden a asegurar la ejecución de las leyes, dentro del marco establecido por el Congreso de la República, de donde se colige que se trata de una función que por ninguna circunstancia puede desconocer el texto, como tampoco el alcance de las disposiciones que reglamenta¹⁰.

Ahora, establecido que mediante el Decreto 393 de 2002 el Gobierno Nacional modificó disposiciones de naturaleza reglamentaria, dirigidas, acorde con su naturaleza, a la ejecución de normas relativas al funcionamiento de los registros de proponentes, resulta clara la competencia de esta Corporación para conocer del presente asunto.

2.2.2 Hechos probados

⁸ “Artículo 124. Tarifas a favor de las Cámaras de Comercio. El Gobierno Nacional fijará el monto de las tarifas que deban sufragarse en favor de las Cámaras de Comercio por concepto de las matrículas, sus renovaciones e inscripciones de los actos, libros y documentos que la ley determine efectuar en el registro mercantil, así como el valor de los certificados que dichas entidades expidan en ejercicio de sus funciones.

Para el señalamiento de los derechos relacionados con la obligación de la matrícula mercantil y su renovación, el Gobierno Nacional establecerá tarifas diferenciales en función del monto de los activos o del patrimonio del comerciante, o de los activos vinculados al establecimiento de comercio, según sea el caso.

Las cuotas anuales que el reglamento de las Cámaras de Comercio señale para los comerciantes afiliados son de naturaleza voluntaria”.

⁹ Esta norma faculta al Gobierno Nacional para reglamentar lo concerniente al registro único de proponentes. El artículo 22 fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

¹⁰ Sobre este tema, resulta ilustrativo el análisis realizado en la sentencia C-290 del 16 de junio de 1997.

2.2.2.1 La parte actora allegó con la demanda el original del Diario Oficial n.º 44732 de 7 de marzo de 2002, en el que se encuentra inserto el Decreto 393 de 2002 (fls. 2-8 cuaderno principal).

2.2.2.2 Como antecedentes administrativos del acto acusado, reposa la siguiente documentación:

a).- Documento de trabajo de 2001, mediante el cual la Superintendencia de Industria y Comercio, en colaboración con las Empresas Públicas de Medellín, ISAGEN, Policía Nacional, INDUMIL, INPEC, Ministerio de Desarrollo Económico¹¹, ECOPETROL, Banco de la República, CONFECÁMARAS¹², BALCOLDEX, FIDUCOLDEX, Instituto Nacional de Medicina Legal y la Superintendencia de Sociedades, entre otros¹³, propone la creación del sistema único empresarial y de proponentes, *“con el objeto de facilitar y agilizar el acceso a los servicios y a los trámites a nivel nacional de los usuarios de los registros de proponentes y mercantil”*, lo que *“implica una labor coordinada por parte de las cámaras de comercio”*.

El documento registra la necesidad de modificar las fórmulas para determinar la capacidad de contratación, *“con el fin de que se acerquen más a la realidad contractual de cada proponente”*. Para tal efecto, se realizó una comparación de las fórmulas propuestas con las previstas en el Decreto 92 de 1998 que se proponía modificar, *“evaluadas con los máximos puntajes posibles obtenidos por un proponente, bien sea este constructor, consultor o proveedor”*. Luego de la operación, se concluyó:

¹¹ El Ministerio de Desarrollo Económico elaboró un cronograma para implementar en todo el territorio nacional un único registro empresarial, fusionando los registros mercantil y de proponentes, *“con el fin de unificar en un solo registro la información que remiten las empresas privadas a las cámaras de comercio para dar publicidad a sus actos”* (fl. 135 cuaderno 1).

¹² La Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio –CONFECÁMARAS- presentó observaciones al proyecto de reglamentación del Registro Único Empresarial RUE relativas a las tarifas del registro y participó en las actividades programadas para su discusión (fl. 112-134 cuaderno 1).

¹³ Sobre el trabajo conjunto de la Superintendencia de Industria y Comercio y distintas entidades públicas y privadas para la unificación del registro mercantil con el registro de proponentes, dan cuenta las Actas de Reunión n.ºs 1 y 2 de 13 y 14 de diciembre de 2000, respectivamente (fls. 157-175 cuaderno 1).

Con las nuevas fórmulas se pretende acercar a la realidad la capacidad de contratación de los proponentes con el fin de evitar asignar contratos por cuantías significativas a sociedades o personas naturales que no estén en capacidad de cumplirlos. Adicionalmente, obsérvese que la fórmula tiene una expresión multiplicativa, donde el factor que pondera es la capacidad financiera, con este término se pretende que los contratos sean asignados prioritariamente a firmas que garanticen que el destino de los anticipos de los contratos sea su ejecución y no el servicio de deudas contraídas con anterioridad a la ejecución del mismo (documento allegado a la actuación por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante oficio n.º 100 de 17 de octubre de 2003, fls. 78-94 cuaderno 1).

2.2.3 Registro de proponentes -RUP-

El Registro de Proponentes es un registro de creación legal en el cual se inscriben las personas naturales o jurídicas que aspiran a celebrar con entidades estatales contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles. Tiene como finalidad suministrar la información necesaria de un contratista inscrito, en lo relacionado con su experiencia, capacidad jurídica, capacidad técnica, capacidad de organización y capacidad financiera.

En los términos del artículo 22 de la Ley 80 de 1993, todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar dichos contratos con las entidades estatales, deberán inscribirse en el Registro de Proponentes de la Cámara de Comercio de su jurisdicción y deberán estar clasificadas y calificadas según lo dispuesto en esta norma, a cuyo tenor se lee:

Todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales, contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, se inscribirán en la Cámara de Comercio de su jurisdicción y deberán estar clasificadas y calificadas de conformidad con lo previsto en este artículo.

El Gobierno Nacional adoptará un formulario único y determinará los documentos estrictamente indispensables que las Cámaras de Comercio podrán exigir para realizar la inscripción. Así mismo, adoptará el formato de certificación que deberán utilizar las Cámaras de Comercio.

Con base en los formularios y en los documentos presentados, las Cámaras de Comercio conformarán un registro especial de inscritos clasificados por especialidades, grupos o clases de acuerdo con la naturaleza de los bienes o servicios ofrecidos, y expedirán las certificaciones o informaciones que en relación con el mismo se les solicite.

La certificación servirá de prueba de la existencia y representación del contratista y de las facultades de su representante legal e incluirá la información relacionada con la clasificación y calificación del inscrito.

En relación con los contratos ejecutados incluirá la cuantía, expresada en términos de valor actualizados, los respectivos plazos y adiciones. En la certificación constarán. Igualmente los datos e informaciones sobre cumplimiento en contratos anteriores, experiencia, capacidad técnica y administrativa, relación de equipo y su disponibilidad, multas y sanciones impuestas y el término de su duración.

No se requerirá de este registro, ni de calificación, ni clasificación en los casos de contratación de urgencia a que se refiere el artículo 42 de esta Ley; contratación de menor cuantía a que se refiere el artículo 24 de esta Ley; contratación para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas; contratos de prestación de servicios y contratos de concesión de cualquier índole y cuando se trate de adquisición de bienes cuyo precio se encuentre regulado por el Gobierno Nacional.

El registro de proponentes será público y por tanto cualquier persona puede solicitar que se le expidan certificaciones sobre las inscripciones, calificaciones y clasificaciones que contenga¹⁴.

¹⁴ Norma derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Esta normativa consolidó el deber de verificar las condiciones de los proponentes a las Cámaras de Comercio. Así, en su artículo 6º prevé:

Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.

En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación.

6.1. Del proceso de inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP). Corresponderá a los proponentes inscribirse en el registro de conformidad con los documentos aportados. Las cámaras de comercio harán la verificación documental de la información presentada por los interesados al momento de inscribirse en el registro.

El certificado de Registro Único de Proponentes será plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar y que hayan sido verificadas por las Cámaras de Comercio. En tal sentido, la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5º de la presente ley, se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de

Como referente sobre la historia fidedigna del establecimiento de esta disposición¹⁵, en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993¹⁶ se justifica la

contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.

No obstante lo anterior, sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa.

Cuando la información presentada ante la Cámara de Comercio no sea suficiente, sea inconsistente o no contenga la totalidad de los elementos señalados en el reglamento para su existencia y validez, esta se abstendrá de realizar la inscripción, renovación o actualización que corresponda, sin perjuicio de las acciones legales a que haya lugar.

La información deberá mantenerse actualizada y renovarse en la forma y con la periodicidad que señale el reglamento. La información contenida en el registro es pública y su consulta será gratuita.

6.2. De la información sobre contratos, multas y sanciones a los inscritos. Las entidades estatales enviarán mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio, la información concerniente a los contratos, su cuantía, cumplimiento, multas y sanciones relacionadas con los contratos que hayan sido adjudicados, los que se encuentren en ejecución y los ejecutados.

Las condiciones de remisión de la información y los plazos de permanencia de la misma en el registro serán señalados por el Gobierno Nacional.

El servidor público encargado de remitir la información, que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta.

6.3. De la impugnación de la inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP). Realizada la verificación a que se refiere el numeral 6.1 del presente artículo, la Cámara publicará el acto de inscripción, contra el cual cualquier persona podrá interponer recurso de reposición ante la respectiva Cámara de Comercio, durante los diez (10) días hábiles siguientes a la publicación, sin que para ello requiera demostrar interés alguno. Para que la impugnación sea admisible deberá prestarse caución bancaria o de compañía de seguros para garantizar los perjuicios que se puedan causar al inscrito. Contra la decisión que resuelva el recurso de reposición, no procederá apelación.

En firme la inscripción, cualquier persona podrá demandar su nulidad en desarrollo de la acción prevista en el Código Contencioso Administrativo. Para el efecto será competente el Juez de lo Contencioso Administrativo en única instancia.

(..).

A partir de esta normativa, las entidades estatales no podrán exigir ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro, salvo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente, adicionales a los contenidos en el RUP, eventos en los cuales la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa.

¹⁵ El artículo 27 del Código Civil prevé que “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. 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”.

creación del registro de proponentes, con el propósito de unificar procedimientos y simplificar trámites y, de esta manera superar la variedad de registros que permitía la anterior legislación¹⁷, donde cada entidad pública manejaba su propio registro y se exigía para todos los procesos de selección de contratistas. Con esta regulación se limitó el registro a la licitación, cuyo objeto fuese las modalidades de contratos atrás mencionados, sin que se excluyera el hecho de que cada entidad estructurara sus propios requisitos para calificar las ofertas en los correspondientes pliegos de condiciones.

El propósito que inspira la expedición de la norma trascrita se enuncia en el numeral 10, según el cual:

El alcance conferido al registro proporcionará, sin duda, mayor agilidad, organización y veracidad en los procedimientos, lo que refuerza el propósito general del proyecto en cuanto busca convertirse en un estatuto que garantice la diáfana, eficaz, responsable y oportuna gestión de la administración pública.

En el registro constarán todos aquellos aspectos que se consideren indispensables para el cabal conocimiento por parte de la administración pública de su eventual contratante. Por ello, se prevé que en él se inscriban, entre otras circunstancias, lo relativo a la existencia y representación del contratista, los hechos que permitan establecer un adecuado conocimiento acerca de sus condiciones de idoneidad moral, técnica y financiera, así como toda aquella información que resulte útil al proceso de selección (contratos ejecutados, cuantía, plazo, sanciones impuestas y término de duración).

Con base en la información suministrada, las cámaras de comercio clasificarán a los proponentes de acuerdo con la naturaleza de los bienes o servicios ofrecidos. Para efectos del registro y la clasificación y con el propósito de mantener la igualdad de oportunidades y de preservar la economía, el proyecto dispone que se establecerá un formulario único y se determinarán los documentos estrictamente indispensables que se deberán exigir.

Como consecuencia de lo anotado, la información contenida en el registro deberá ser lo más completa posible respecto del futuro contratista, en orden

¹⁶ Gaceta del Congreso n.º 75 de 23 de septiembre de 1992, p.16. www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/.

¹⁷ El artículo 44 del Decreto 222 de 1983 –derogado por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993- señalaba que “En los casos especiales que dispongan los respectivos reglamentos, no se podrá licitar, adjudicar o celebrar contratos con personas naturales o jurídicas que no se hallaren debidamente inscritas, calificadas y clasificadas en el registro correspondiente”.

a que la calificación de la persona inscrita se realice únicamente con base en los datos e informaciones que consten en la certificación que expida la Cámara de Comercio. Corresponderá a cada entidad en cada caso particular de licitación o concurso proceder a la calificación de las propuestas. Tal calificación resultará de la comparación de las mismas con los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, en los cuales deben definirse no sólo reglas objetivas, justas y claras, sino que también se deben indicar "los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección". De este modo la entidad calificadora seleccionará los proponentes que cumplan los requisitos mínimos de naturaleza objetiva necesarios para participar en la licitación o concurso y entre ellos evaluará las propuestas de acuerdo con los criterios de selección y su correspondiente ponderación, igualmente definidas en forma clara y precisa en los pliegos de condiciones o términos de referencia.

Con la fórmula adoptada se evita uno de los focos de mayor corrupción que en materia de contratación se presenta. En efecto, la calificación general y previa al proceso de selección que de los proponentes se hace no ha producido consecuencias positivas para la rectitud de la selección. Por ello, se prevé la calificación particular para cada licitación o concurso.

Al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de la norma que prevé los eventos en los cuales no se requiere el registro de proponentes, la Corte Constitucional señaló que la regulación del mismo constituye una potestad del legislador que pretende otorgar a la administración mayores elementos de juicio para tomar decisiones que comprometan el interés general. Determinó, además, que la exoneración del registro respecto de algunos contratos, no vulnera los principios de transparencia y selección objetiva, en la medida en que, por su naturaleza, no se requiere de la información solicitada en el mentado registro, ya que la selección de contratistas se efectúa a través de otros mecanismos, como son los precios del mercado, en el caso de los contratos de menor cuantía; las calidades de lo que se contrata, en tratándose de actividades científicas y tecnológicas y prestación de servicios profesionales, entre otros¹⁸.

Con la documentación proveniente de las entidades estatales, relacionada con contratos, multas y sanciones, las Cámaras de Comercio conformarán un registro de inscritos clasificados y calificados por actividades, especialidades y grupos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes y servicios ofrecidos y expiden las

¹⁸ C-949 de 5 de septiembre de 2001.

certificaciones que sobre el mismo se les solicite¹⁹. La información allí contenida es pública y su consulta será gratuita.

Las Cámaras de Comercio harán la verificación documental de la información presentada por los interesados al momento de inscribirse en el registro y el certificado que ellas expidan será plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar, particularmente, en lo relativo a la experiencia, la capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente; la relación de contratos ejecutados, su valor, sus plazos y adiciones, así mismo contendrá los datos relativos al cumplimiento en contratos anteriores. El puntaje resultante de la calificación de estos factores se entenderá como la capacidad máxima de contratación del inscrito.

La información que conste en el registro deberá mantenerse actualizada y renovarse en la forma y con la periodicidad que señale el reglamento.

2.2.4 Estudio de legalidad por parte del juez contencioso administrativo ante la derogatoria del acto administrativo acusado

Inicialmente la Sala debe pronunciarse sobre la procedencia de la acción de nulidad de que se trata, como quiera que el capítulo II del Decreto 393 de 2002 - del cual hacen parte las normas demandadas- fue derogado expresamente por el Decreto 2763 de 10 de agosto de 2005.

Sobre el particular, la Sala reitera la línea jurisprudencial²⁰ según la cual basta que el acto administrativo haya regido, aunque sea por un pequeño lapso, para que la

¹⁹ El Gobierno Nacional expidió en abril de 2010 el Decreto 1464, por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 1150 de 2007. La nueva normatividad encarga a las Cámaras de Comercio del país para que verifiquen las condiciones de los Proponentes y su acreditación para el Registro Único de Proponentes –RUP-. Según lo dispuesto por el Gobierno Nacional, los proponentes actuales y aquellos que aspiren a serlo, deberán inscribirse en el Registro Único de Proponentes dentro de los términos estipulados en el decreto en mención. Para realizar este trámite, el proponente debe solicitar el formulario único en cualquier sede de la Cámara de Comercio, diligenciarlo y anexar los documentos exigidos.

²⁰ Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de enero 14 de 1991. M.P. Carlos Gustavo Arrieta Padilla. Exp. S – 157; Sección Segunda. Sentencia de Octubre 8 de 2007. Exp. 5242-02. Posición reiterada en la sentencia de 14 de abril de 2010, M.P. Enrique Gil Botero, exp. 36054.

jurisdicción contenciosa administrativa deba pronunciarse sobre su legalidad, pues, con independencia de su vigencia actual, lo cierto es que bien puede haber generado situaciones que bien podrían encontrarse pendientes de definir, aunado a que los conceptos de vigencia y legalidad no deben confundirse²¹, pues no todo lo que rige se acompasa con el ordenamiento, así la presunción de que lo es lo acompañe y no todo lo legal deviene en exigible.

Desde tiempo atrás esta Corporación ha sido enfática en señalar que la noción de derogatoria está dotada del elemento futuro, pues no resulta posible dejar de ser sin haber sido, esto es, solo deja de regir lo que efectivamente rigió. Diferente a la anulación, que al menos que se establezca lo contrario, pone en evidencia aquello que fue solo en apariencia.

De modo que, la cuestión propuesta habrá de resolverse, pues se formulan cargos contra disposiciones que a tiempo de las presentaciones de las demandas se encontraban vigentes, es decir rigieron y se requiere definir, en todo caso, su legalidad, sin consecuencias, claro está, sobre la derogatoria ya definida²².

Conviene recordar que la línea jurisprudencial antes expuesta no fue siempre la misma. En otro tiempo esta Corporación, con fundamento en la tesis de la sustracción de materia, consideró inútil pronunciarse sobre actos administrativos de carácter general, para entonces derogados. Posición esta recogida²³ para, en su lugar, sostener que bastaba la vigencia para pronunciarse sobre la nulidad de un acto, pues durante el lapso en que éste rigió pudieron haberse producido situaciones jurídicas en espera de definición y derechos pendientes de reparación y restablecimiento, pues *“(.) mientras tal pronunciamiento no se produzca, la norma, aún sea derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando los efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia”*.

²¹ Al respecto, se pueden consultar las sentencias de junio 4 de 2009. M.P. William Giraldo Giraldo, exp. 16086 Sección Cuarta y de 4 de Junio de 2009. M.P. Héctor J. Romero Díaz, exp. 16085.

²² Al respecto, pueden consultarse la sentencia de 6 de junio de 1934, M.P. Pedro Martín Quiñonez, actor: Víctor M. Pérez, contra dos artículos de la Ordenanza 23 de 1923 de la Asamblea del departamento de Cúcuta.

²³ Sala Plena del Consejo de Estado, sentencia de enero 14 de 1991, expediente S-157, con ponencia del Consejero Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

A partir de entonces, la Corporación en todos los casos se ha pronunciado de fondo, al margen de la vigencia actual de las disposiciones acusadas²⁴.

La Sección Tercera, por su parte, ha señalado que la derogatoria del acto acusado no le impide a la Sala pronunciarse sobre el mismo, dada la necesidad de mantener el imperio del orden jurídico y restablecerlo cuando haya sido vulnerado, así como de considerar los efectos dejados por su vigencia –se destaca:

En efecto, es claro que un acto administrativo derogado sigue amparado por la presunción de legalidad, que sólo se desvirtúa con el pronunciamiento del juez, de lo cual resulta que el orden vulnerado no se restablece con la derogatoria del acto -que sólo surte efectos hacia el futuro-, sino con la declaración que el juez profiera sobre su legalidad, que tiene efectos ex tunc.²⁵

De igual forma, la Sección ha señalado que, no obstante la norma acusada haya sido derogada, durante el tiempo que hizo parte del ordenamiento jurídico pudo haber generado efectos²⁶, lo que de suyo permite realizar un juicio de legalidad en su contra. Al respecto, se destaca:

(..) aún cuando el acto administrativo ha sido derogado, no se ha desvirtuado su presunción de legalidad, la cual sólo puede verse afectada por una decisión de carácter judicial.²⁷ De otro lado, los efectos de la revocatoria son hacia el futuro, de forma tal que su declaratoria no afecta lo acaecido durante el tiempo en que la norma estuvo vigente; en cambio, los efectos de la nulidad son retroactivos porque buscan precisamente restablecer la legalidad alterada.

Vistas las anteriores consideraciones, es procedente un pronunciamiento de fondo respecto de las disposiciones acusadas del Decreto 2474 de 2008, sin importar si algunas de ellas han sido posteriormente modificadas o derogadas

²⁴ La Sala Plena ratificó la línea jurisprudencial el 23 de julio de 1996, expediente S-612, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa.

²⁵ Sentencia de 5 de mayo de 2005, M.P. Alier E. Hernández Enríquez, exp. 13562. En este pronunciamiento la Sala distinguió los efectos de las decisiones que declaran la nulidad de actos administrativos, de aquellos que se derivan de las decisiones de inexecutableidad. Al respecto, ver, entre otras, sentencias C-467 del 21 de octubre de 1993, C-038 del 3 de febrero de 1994, C-397 del 7 de septiembre de 1995, C-005 del 18 de enero de 1996.

²⁶ Al respecto, puede consultarse la sentencia de julio 23 de 2009. M.P. Héctor J. Romero Díaz. exp. 15311, Sección Cuarta.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de abril 17 de 2008. M.P. Camilo Arciniegas Andrade. exp. 0166-01.

*porque, su retiro del ordenamiento jurídico no afecta su presunción de validez, toda vez que ésta sólo puede ser confirmada o desvirtuada mediante pronunciamiento judicial*²⁸.

De conformidad con lo expuesto, procede la Sala a analizar el fondo del asunto.

2.2.5 Análisis del caso

2.2.5.1 Vigencia del Decreto 393 de 2002

Sobre el particular, la Procuradora Quinta Delegada ante esta Corporación²⁹ solicitó denegar las pretensiones, como quiera que las normas demandadas “*hoy en día no tienen vigencia por cuanto el Decreto 2763 de 10 de agosto de 2005 expresamente las derogó (..) jamás entraron en vigor por lo que la decisión sobre su legalidad carece de fondo de análisis*”. No obstante, la vista fiscal sostuvo que “*en el evento en que la Sala considere que la vigencia formal de la norma durante el corto lapso antes mencionado [37 días] amerita su revisión (..) el petitum también debe ser desechado*”, toda vez que, en su criterio, las disposiciones acusadas lo que hacen es establecer fórmulas de matemática financiera para determinar la capacidad máxima de contratación (fls. 118-124 cuaderno 1).

Antes de resolver los cargos de ilegalidad propuestos por el actor en contra del capítulo II del Decreto 393 de 2002, relativo a la calificación de los proponentes, la Sala considera procedente realizar un recorrido normativo, para dar claridad sobre su vigencia, la cual, tal y como lo señalaba el artículo 35 del Decreto 393 de 2002, se iniciaría el 1º de junio del año 2002.

En efecto, la norma en mención dispuso, sobre la vigencia del capítulo II –artículos 8 a 22-, se destaca:

*Régimen transitorio. El capítulo II del presente decreto, sobre calificación de proponentes, entrará a regir **a partir del 1º de junio de 2002**, hasta tal fecha el registro de proponentes existente, así como el régimen de renovación, inscripción, actualización o modificación, continuarán vigentes.*

²⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de diciembre 11 de 2008. M.P. Héctor J. Romero Díaz. exp. 15875. Posición reiterada en la sentencia de 14 de abril de 2010, M.P. Enrique Gil Botero, exp. 36054.

²⁹ Concepto emitido dentro del proceso 25152 en el que se solicitó la nulidad de los artículos 9 y 14 del Decreto 393 de 2002.

Los registros que a la fecha de expedición del presente decreto se encuentren vigentes, deberán actualizarse y adecuarse a más tardar el 1º de junio de 2002, a lo dispuesto en este decreto.

Una vez aprobados los formularios conforme al artículo 7º del presente decreto, los proponentes interesados podrán presentar los formularios de actualización a las Cámaras respectivas. Las solicitudes que así se reciban solo quedarán inscritas a partir del 1º de junio de 2002. Para los proponentes que a tal fecha no hayan actualizado su registro de conformidad con lo previsto en el presente decreto, cesarán los efectos de su inscripción.

El formulario actual correspondiente al registro de proponentes seguirá utilizándose hasta que se apruebe por la Superintendencia de Industria y Comercio el esquema gráfico del formulario del Registro Único Empresarial y de las certificaciones, conforme lo establece el artículo 7º de este decreto (negritas fuera de texto).

El 27 de mayo del mismo año el ejecutivo profirió el Decreto n.º 1126, mediante el cual modificó el régimen de transición del artículo 35 transcrito y aplazó la vigencia del Decreto n.º 393 de 2002 al 1º de enero de 2003³⁰, la que meses más tarde se aplazaría hasta el 1º de abril del año en mención³¹ y, más adelante al 1º de diciembre de la misma anualidad³².

³⁰ Publicado en el Diario Oficial 44823 de 4 de junio de 2002. Esta norma dispuso:

Artículo 1º. El artículo 35 del Decreto 393 de 2002 quedará así:

*“Artículo 35. Régimen transitorio. El Capítulo II del presente decreto sobre calificación de proponentes, entrará a regir **a partir del 1º de enero de 2003**, hasta tal fecha el registro de proponentes existente, así como el régimen de renovación, inscripción, actualización o modificación, continuarán vigentes.*

Los registros que a la fecha de expedición del presente decreto se encuentren vigentes, deberán actualizarse y adecuarse a más tardar el 1o. de enero de 2003 a lo dispuesto en este decreto.

Una vez aprobados los formularios conforme al artículo 7º. del presente decreto, los proponentes interesados podrán presentar los formularios de actualización a las cámaras respectivas. Las solicitudes que así se reciban quedarán inscritas a partir del 1o. de enero de 2003. Para los proponentes que a tal fecha no hayan actualizado su registro de conformidad con lo previsto en el presente decreto, cesarán los efectos de su inscripción.

El formulario actual correspondiente al registro de proponentes, seguirá utilizándose hasta que se apruebe por la Superintendencia de Industria y Comercio el esquema gráfico del formulario del Registro Único Empresarial y de las certificaciones, conforme lo establecido el artículo 7º. de este decreto” (negritas fuera de texto).

³¹ Mediante el Decreto n.º 3212 de 27 de diciembre de 2003, publicado en el Diario Oficial 45049 de 30 de diciembre de 2002. Esta norma dispuso:

Artículo 1º. El artículo 1º del Decreto 1126 de 2002, por medio del cual se modificó parcialmente el Decreto 393 de 2002 quedará así:

*"Artículo 35. Régimen transitorio. El Capítulo II del presente decreto sobre Calificación de Proponentes, entrará a regir **a partir del de abril de 2003**, hasta tal fecha el registro proponentes existente, así como el régimen de renovación, inscripción, actualización o modificación, continuarán vigentes.*

Los registros que a la fecha de expedición del presente decreto se encuentren vigentes, deberán actualizarse y adecuarse a más tardar el 1° de abril de 2003 a lo dispuesto en este decreto.

Una vez aprobados los formularios conforme al artículo 7° del presente decreto, los proponentes interesados podrán presentar los formularios de actualización a las cámaras respectivas. Las solicitudes que así se reciban solo quedarán inscritas a partir del 1° de abril de 2003. Para los proponentes que a tal fecha no hayan actualizado su registro de conformidad con lo previsto en el presente decreto, cesarán los efectos de su inscripción.

El formulario actual correspondiente al registro de proponentes, seguirá utilizándose hasta la fecha en que la Superintendencia de Industria y Comercio así lo determine" (negritas fuera de texto).

El primero inciso de esta norma fue aclarado por el artículo 1° del Decreto Nacional 594 de 2003 (publicado en el Diario Oficial 45127 de 14 de marzo de 2002), así:

"Artículo 1°. El inciso primero del artículo primero del Decreto 3212 de 2002 quedará así:

Artículo 1°. El artículo 1° del Decreto 1126 de 2002, por medio del cual se modificó parcialmente el Decreto 393 de 2002 quedará así:

Artículo 35. Régimen transitorio. El Capítulo II del presente decreto sobre calificación de Proponentes, entrará a regir a partir del 1° de abril de 2003, hasta tal fecha el registro de proponentes existente, así como el régimen de renovación, inscripción, actualización o modificación, continuarán vigentes.

Los demás incisos del artículo 1° del Decreto 3212 de 2002 no sufren modificación alguna.

³² Mediante el Decreto n.º 780 de 28 de marzo de 2003, publicado en el Diario Oficial 45144 de 31 de marzo de 2003. Esta norma dispuso:

Artículo 1°. El artículo 1° del Decreto 3212 de 2002, por medio del cual se modificó parcialmente el Decreto 393 de 2002, quedará así:

*Artículo 35. Régimen transitorio. El Capítulo II del presente decreto sobre Calificación de Proponentes, entrará a regir **a partir del 1° de diciembre de 2003**, hasta tal fecha el Registro de Proponentes existente, así como el Régimen de Renovación, Inscripción Actualización o Modificación, continuarán vigentes.*

Los registros que a la fecha de expedición del presente decreto se encuentren vigentes, deberán actualizarse y adecuarse a más tardar el 1° de diciembre de 2003, a lo dispuesto en este decreto.

Una vez aprobados los formularios conforme al artículo 7° del presente decreto, los proponentes interesados podrán presentar los formularios de actualización a las cámaras respectivas. Las solicitudes que así se reciban solo quedarán inscritas a partir del 1° de diciembre de 2003. Para los proponentes que a tal fecha no hayan actualizado su registro de conformidad con lo previsto en el presente decreto, cesarán los efectos de su inscripción.

No obstante, mediante el Decreto n.º 3401 de 27 de noviembre de 2003 y 1711 de 28 de mayo de 2004 nuevamente la vigencia del capítulo II del decreto demandado quedó aplazada primeramente al 1º de junio de 2004³³ y luego hasta el mismo día y mes del año siguiente³⁴.

Finalmente, el Decreto n.º 2763 de 10 de agosto de 2005 derogó expresamente el capítulo II del Decreto n.º 393 de 2002, como sigue:

Artículo 1º. Deróguese el artículo 6º, así como la totalidad del Capítulo II del Decreto 393 de 2002 que regula la Calificación de Proponentes.

Artículo 2º. El régimen aplicable a la Calificación de Proponentes será el contenido en los artículos vigentes del Decreto 393 de 2002 y en lo establecido en los artículos 1º, 2º, 3º, 5º, 6º y 8º a 27 del Decreto 92 de 1998.

Artículo 3º. El artículo 1º del Decreto 393 de 2002 comenzará a regir a partir del 1º de enero de 2006.

Parágrafo Transitorio [adicionado por el art. 1º del Decreto Nacional 121 de 2006].

Artículo 4º. El formulario actual correspondiente al registro de proponentes, seguirá utilizándose hasta la fecha en que la Superintendencia de Industria y Comercio así lo determine.

Artículo 5º. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el artículo 6º, así como la totalidad del Capítulo II del Decreto 393 de 2002 (negritas fuera de texto).

Como se observa, el capítulo II del Decreto 393 de 2002 rigió durante 37 días, entre el 2 de junio y el 9 de agosto de 2005 y su entrada en vigor estuvo condicionada a la aprobación de un “esquema gráfico del formulario del Registro Único Empresarial y de las certificaciones”, tal y como lo disponía el artículo 35 del Decreto 393 de 2002 –atrás transcrito-, pues con ese nuevo registro entrarían a operar las fórmulas que modificaban la calificación de los proponentes.

Ahora, al margen de los efectos de las normas acusadas, de los que no se tiene noticia, lo cierto es que las mismas rigieron mientras pendía el cumplimiento de la condición, sin que en el *sub lite* se haya demostrado su acatamiento.

El formulario actual correspondiente al registro de proponentes seguirá utilizándose hasta la fecha en que la Superintendencia de Industria y Comercio así lo determine” (negritas fuera de texto).

³³ Publicado en el Diario Oficial 45385 de 28 de noviembre de 2003.

³⁴ Publicado en el Diario Oficial 45568 de 3 de junio de 2004.

Al respecto, es de anotar que el Decreto n.º 2763 de 2005, al derogar el capítulo II del Decreto n.º 393 de 2002, dispuso que el formulario correspondiente al registro de proponentes de entonces seguiría utilizándose hasta la fecha en que la Superintendencia de Industria y Comercio así lo determinara (art. 4º), a la vez que estableció que el régimen aplicable a la calificación sería el contenido en las disposiciones que sobre la materia traía la normatividad anterior, es decir el Decreto 92 de 1998 y en lo establecido en los artículos vigentes de la norma derogada (art. 2º), de lo que se infiere que el esquema gráfico al que aluden las normas acusadas no entró a operar.

Cabe precisar que, en todo caso, la Sala encuentra que los cargos formulados por el actor no tienen vocación de prosperidad, como pasa a explicarse.

2.2.5.2 Normas acusadas y cargos de ilegalidad propuestos por el actor

La Sala procede a analizar los cargos formulados por la parte actora en contra de las normas contenidas en el capítulo II del Decreto 393 de 2002, relativo a la calificación de los proponentes. Para tal efecto, –tal y como lo hizo el actor-, se agrupan las disposiciones objeto de la litis que comparten aspectos comunes.

La parte actora enjuicia la legalidad de la parte subrayada de las siguientes normas:

a).- Primer grupo de normas acusadas:

Incisos séptimo del artículo 8; primero y tercero del artículo 12, al igual que sobre las tablas previstas en el inciso segundo y la número 6 de este último; sexto del artículo 13; primero y cuadro del mismo inciso del artículo 17; tercero y tabla número 12 del artículo 17 y el quinto del artículo 18.

-. El artículo 8 demandado consagra el procedimiento para la calificación de los constructores, en los siguientes términos:

Artículo 8º. *El artículo 9º del Decreto 92 de 1998, quedará así:
Artículo 9º. Procedimiento para la calificación de constructores. Los constructores se autocalificarán mediante la evaluación de la experiencia, la capacidad financiera (que a su vez incluye el factor de endeudamiento y la capacidad circulante), la capacidad técnica y la capacidad de organización,*

con base en los cuales se establecerá el monto máximo de contratación (K) para un año, determinado en s.m.m.l.v.

El puntaje máximo de los siguientes factores será:

Factor	Puntaje Máximo
Capacidad técnica (Ct)	100
Experiencia (E)	100

La capacidad financiera se determinará tomando en cuenta dos componentes, el factor de endeudamiento y la capacidad circulante.

1. Factor de endeudamiento (Fe): Se determinará en función de los pasivos totales y los activos totales con base en la última declaración de renta y el último balance comercial, según sea el caso o balance de apertura para aquellas personas naturales o jurídicas que iniciaron operaciones el último año. Para efectos de su actualización se tomará el último balance comercial.

2. Capacidad Circulante (Cc): Se define como la diferencia entre los activos corrientes y los pasivos corrientes, expresados en s.m.m.l.v. al momento de corte de los estados financieros, con base en la última declaración de renta o el último balance comercial según sea el caso o balance de apertura para aquellas personas naturales o jurídicas que iniciaron operaciones el último año. Para efectos de actualización se tomará el último balance comercial.

Las cifras numéricas de esta información no deberán simplificarse y se presentarán con los siguientes signos de puntuación: Punto, para separar decimales y coma, para separar miles.

La capacidad técnica (Ct), se determinará teniendo en cuenta los socios, personal profesional universitario, personal administrativo, tecnólogo y operativo, vinculado mediante una relación contractual en la cual desarrollen actividades referentes estrictamente con la construcción, los cuales se contarán y promediarán con base en los dos mejores años de los últimos cinco años. Adicionalmente se tendrá en cuenta la experiencia del personal directivo y el cumplimiento de contratos.

Para efectos de asignar puntaje a la capacidad técnica, las entidades estatales se abstendrán de exigir trámites adicionales a los previstos en la Ley 80 de 1993 y en sus decretos reglamentarios.

Los proponentes que se clasifiquen en más de una actividad, determinarán el personal que utilizan en cada actividad para asignarse puntaje. El único personal que se podrá tener en cuenta para varias actividades será exclusivamente el administrativo.

La experiencia (E), se determinará para las personas jurídicas teniendo en cuenta la antigüedad de la firma y la experiencia de la firma en el ejercicio de la actividad constructora. Para las personas naturales profesionales se determinará por el tiempo durante el cual han ejercido su actividad constructora a partir de la fecha de grado.

Las personas jurídicas que acrediten una existencia inferior a 24 meses determinarán la experiencia por los promedios aritméticos del tiempo en que hayan ejercido la profesión cada uno de sus socios. La experiencia deberá estar relacionada estrictamente con la actividad constructora y acorde con su objeto social.

La capacidad de organización (Co) del proponente se determinará por los ingresos brutos operacionales relacionados exclusivamente con la actividad de la construcción en términos de s.m.m.l.v., calculada con base en el valor

de s.m.m.l.v. al momento de causación, de acuerdo con la declaración de renta correspondiente o con el balance comercial según el caso.

Para el cálculo de los ingresos brutos operacionales se tomará el promedio aritmético de los dos años de mayor facturación que haya obtenido la persona jurídica o la persona natural profesional en los últimos tres años, incluyendo el de la inscripción.

Para los proponentes personas naturales profesionales que hayan estado vinculados con el Estado o con la empresa privada en cargos afines a su clasificación, se tendrán en cuenta como ingresos operacionales la suma de los salarios y prestaciones sociales percibidos anualmente, expresados en s.m.m.l.v. al momento de su causación y promediados para los últimos tres años, incluido el año en que se realice la inscripción.

Parágrafo. Se establecen las siguientes disposiciones especiales:

a) Las personas jurídicas que acrediten una existencia inferior a 24 meses, podrán calcular la capacidad de organización tomando el promedio aritmético de los ingresos brutos operacionales de cada uno de los socios inscritos en el Registro Unico de Proponentes, relacionados exclusivamente con la actividad de la construcción, correspondientes a los dos años de mayor facturación de los últimos cinco años, incluyendo el de la inscripción, expresados en términos de s.m.m.l.v.;

b) Si la totalidad o parte de los ingresos operacionales pertenecieren a una sociedad anterior, consorcio o unión temporal, se tendrá en cuenta el porcentaje que tenía el socio o proponente en la sociedad, consorcio o unión temporal. En caso de no ser posible la determinación del porcentaje de participación, se tomará el valor total dividido entre el número de participantes;

c) La capacidad de organización mínima (Com) para las personas naturales profesionales recién egresadas y las personas jurídicas que no se ajusten a ninguna de las disposiciones especiales, quienes deberán mantener en su nómina por lo menos a dos profesionales de la ingeniería y/o la arquitectura vinculados contractualmente, se determinará teniendo en cuenta la siguiente tabla cuyo valor está expresado en s.m.m.l.v.

Si la persona jurídica no posee la vinculación de profesionales señalada, se tendrá en cuenta a los socios que posean tarjeta o matrícula profesional en las mismas áreas.

TABLA 1
Capacidad de organización mínima

	Persona natural profesional	Persona jurídica
Capacidad de organización mínima (Com)	250	500

d) Para efectos de calcular la capacidad de organización (Co) de los proponentes que ejecuten obras por el sistema de administración delegada, se deberán considerar como ingresos operacionales del valor total de las obras ejecutadas (movimiento de los fondos por año) por el sistema de administración delegada, que aparece en las certificaciones expedidas por las entidades contratantes, adicionando a ese valor las sumas recibidas por el concepto de honorarios consignados en las declaraciones de renta. Para tal efecto, se tendrán en cuenta los dos mejores años de los últimos cinco años incluyendo el de la inscripción.

- El artículo 12 enjuiciado prevé el puntaje por capacidad técnica de los proponentes constructores, así:

Artículo 12. El artículo 13 del Decreto 92 de 1998 quedará así:

Artículo 13. Puntaje por capacidad técnica de los constructores. Para determinar el puntaje que corresponde a cada proponente según la capacidad técnica (Ct), se tendrán en cuenta los socios, personal profesional universitario, personal administrativo, tecnólogo y operativo, vinculado mediante una relación contractual en la cual desarrollen actividades referentes estrictamente con la construcción. Adicionalmente se tendrá en cuenta la experiencia del personal directivo y el cumplimiento de contratos. Son tres criterios en total: Experiencia del personal directivo, cumplimiento de contratos y el número de personas.

<u>Aspecto</u>	<u>Puntaje máximo</u>
<u>Personal Directivo</u>	<u>25</u>
<u>Número personas</u>	<u>50</u>
<u>Cumplimiento</u>	<u>25</u>

1. Experiencia personal directivo: El puntaje se asignará con base en los años de experiencia así:

1.1. Director de la empresa (máximo 20 puntos): 0.5 puntos por cada año de experiencia en dirección de empresas.

1.2. Director de obras (máximo 20 puntos). Se elige al Director de obra con mayor experiencia y se asignan 0.4 puntos por cada año de experiencia en dirección de obras.

1.3. Otros profesionales de la firma (máximo 10 puntos): 0.2 puntos por cada año de experiencia profesional acumulada.

2. Número de personas: El puntaje se asignará teniendo en cuenta el número de personas vinculadas a la sociedad mediante una relación contractual en la cual desarrollen actividades referentes estrictamente con la construcción, según la siguiente tabla:

TABLA 6
Personal

<u>Número de personas</u>		
<u>Desde</u>	<u>Hasta</u>	<u>Puntos</u>
<u>1</u>	<u>5</u>	<u>16</u>
<u>6</u>	<u>10</u>	<u>22</u>
<u>11</u>	<u>20</u>	<u>28</u>
<u>21</u>	<u>60</u>	<u>34</u>
<u>61</u>	<u>100</u>	<u>38</u>
<u>101</u>	<u>200</u>	<u>44</u>
<u>201 o más</u>		<u>50</u>

3. *Cumplimiento.* Para determinar el puntaje que corresponde a cada proponente según el cumplimiento, serán tomados en consideración los contratos a los cuales les haya sido declarado caducidad, atendiendo a la siguiente tabla:

TABLA 7
Puntaje de cumplimiento

Incumplimiento	Puntaje
<i>Ninguna declaratoria de caducidad</i>	25
<i>Declaratoria de caducidad hace 10 años o más</i>	20
<i>Declaratoria de caducidad entre los últimos 10 y 5 años</i>	15
<i>Declaratoria de caducidad en los últimos 5 años</i>	0

Para calcular el puntaje de cumplimiento de los proponentes que sean personas naturales, se deberá tener en consideración los contratos a los cuales les haya sido declarada la caducidad, celebrados tanto por el proponente como por las sociedades de las cuales haya sido accionista.

De otro lado, para calcular el puntaje de cumplimiento de los proponentes que sean personas jurídicas, se deberá tener en consideración los contratos a los cuales les haya sido declarada la caducidad, celebrados por el proponente, los socios de proponente o las sociedades en las cuales dichos socios tengan o hayan tenido participación.

-. El artículo 13 controvertido establece el procedimiento para la calificación de los consultores, en los siguientes términos:

Artículo 13. *El artículo 14 del Decreto 92 de 1998 quedará así:*

Artículo 14. *Procedimiento para la calificación de consultores. Los consultores se autocalificarán mediante la evaluación de la experiencia, la capacidad financiera (que a su vez incluyen el factor de endeudamiento y la capacidad circulantes), la capacidad técnica y la capacidad de organización, con base en los cuales se establecerá el monto máximo de contratación (K) para un año, determinado en SMMLV.*

El puntaje máximo de los siguientes factores será:

Factor	Puntaje máximo
<i>Capacidad técnica (Ct)</i>	100
<i>Experiencia (E)</i>	200

La capacidad financiera: Se determinará tomando en cuenta dos componentes, el factor de endeudamiento y el componente financiero.

1. Factor de endeudamiento (Fe): Se determinará en función de los pasivos totales y los activos totales con base en la última declaración de renta y el último balance comercial, según sea el caso, o balance de apertura para aquellas personas naturales o jurídicas que iniciaron operaciones el último año. Para efectos de su actualización se tomará el último balance comercial.

2. Capacidad circulante (Cc) se define como la diferencia entre los activos corrientes y los pasivos corrientes, expresados en SMMLV al momento de corte de los estados financieros, con base en la última declaración de renta y el último balance comercial según sea el caso, o balance de apertura para aquellas personas naturales o jurídicas que iniciaron operaciones el último año. Para efectos de actualización se tomará el último balance comercial.

Las cifras numéricas de esta información no deberán simplificarse y se presentarán con los siguientes signos de puntuación: punto para separar decimales y coma para separar miles.

La capacidad técnica (Ct) se determinará teniendo en cuenta los socios, personal profesional universitario, personal administrativo, tecnólogo y operativo, vinculado mediante una relación contractual en la cual desarrollen actividades referentes estrictamente a la consultoría, los cuales se contarán y promediarán con base en los dos mejores años de los últimos cinco años. Adicionalmente se tendrá en cuenta la experiencia del personal directivo y el cumplimiento de contratos.

Para efectos de asignar puntaje a la capacidad técnica, las entidades estatales se abstendrán de exigir trámites adicionales a los previstos en la Ley 80 de 1993 y en sus decretos reglamentarios.

Los proponentes que se clasifiquen en más de una actividad, determinarán el personal que utilizan en cada actividad para asignarse puntaje. El único personal que se podrá tener en cuenta para varias actividades será exclusivamente el administrativo.

La experiencia (E) se determinará para las personas jurídicas y naturales teniendo en cuenta la antigüedad y la experiencia en el ejercicio de la actividad consultora.

Las personas jurídicas que acrediten una existencia inferior a 24 meses determinarán la experiencia por los promedios aritméticos del tiempo en que hayan ejercido la profesión cada uno de sus socios. La experiencia deberá estar relacionada estrictamente con la actividad de consultoría y debe ser acorde con su objeto social.

La capacidad de organización (Co) del proponente se determinará por los ingresos brutos operacionales relacionados exclusivamente con la actividad de consultoría en términos de SMMLV, calculada con base en el valor de SMMLV al momento de causación, de acuerdo con la declaración de renta correspondiente o con el balance comercial según el caso.

Para el cálculo de los ingresos brutos operacionales se tomará el promedio aritmético de los dos años de mayor facturación que haya obtenido la persona jurídica o la persona natural profesional en los últimos tres años, incluyendo el de la inscripción.

Para los proponentes personas naturales profesionales que hayan estado vinculados con el Estado o con la empresa privada en cargos afines a su clasificación, se tendrán en cuenta como ingresos operacionales la suma de los salarios y prestaciones sociales percibidos anualmente, expresados en SMMLV al momento de su causación y promediados para los últimos tres años, incluido el año en que se realice la inscripción.

Parágrafo. Se establecen las siguientes disposiciones especiales:

a) Las personas jurídicas que acrediten una existencia inferior a 24 meses, podrán calcular la capacidad de organización tomando el promedio aritmético de los ingresos brutos operacionales de cada uno de los socios inscritos en el registro único de proponentes, relacionados exclusivamente con la actividad de la consultoría, correspondientes a los dos años de mayor facturación de los últimos cinco años incluyendo el de la inscripción, expresados en términos de SMMLV;

b) Si la totalidad o parte de los ingresos operacionales pertenecieren a una sociedad anterior, consorcio o unión temporal, se tendrá en cuenta el porcentaje que tenía el socio o proponente en la sociedad, consorcio o unión temporal. En caso de no ser posible la determinación del porcentaje de participación se tomará el valor total dividido entre el número de participantes;

c) La capacidad de organización para las personas naturales profesionales recién egresadas y las personas jurídicas que no se ajusten a ninguna de las disposiciones especiales, quienes deberán mantener en su nómina por lo menos a dos profesionales idóneos para desarrollar la actividad consultora vinculados contractualmente, se determinará teniendo en cuenta la siguiente tabla cuyo valor está expresado en SMMLV.

Si la persona jurídica no posee la vinculación de profesionales -señalada, se tendrá en cuenta a los socios que sean profesionales.

TABLA 8
Capacidad de Organización Mínima

	Persona natural profesional	Persona jurídica
Capacidad de organización mínima (Com)	125	250

Si calculada la capacidad de organización (Co) resultara inferior a la capacidad de organización mínima (Com), se tendrá en cuenta la capacidad de organización mínima (Com).

-. El artículo 17 demandado consagra el puntaje por capacidad técnica de los proponentes consultores, así:

Artículo 17. El artículo 18 del Decreto 92 de 1998 quedará así:

Artículo 18. Puntaje por capacidad técnica de consultores. Para determinar el puntaje que corresponde a cada proponente según la capacidad técnica (Ct, se tendrán en cuenta los socios, personal profesional universitario, personal administrativo, tecnólogo y operativo, vinculado mediante una relación contractual en la cual desarrollen actividades referentes estrictamente con la consultoría. Adicionalmente se tendrá en cuenta la experiencia del personal directivo y el cumplimiento de contratos. Son tres criterios en total: experiencia del personal directivo, cumplimiento de contratos y el número de personas.

<u>Aspecto</u>	<u>Puntaje máximo</u>
<u>Personal directivo</u>	<u>25</u>
<u>Número personas</u>	<u>50</u>
<u>Cumplimiento</u>	<u>25</u>

1. Personal Directivo: El puntaje se asignará con base en los años de experiencia así:

1.1. Director de la empresa (máximo 20 puntos): 0.5 puntos por cada año de experiencia en dirección de empresas.

1.2. Profesionales de la firma (máximo 30 puntos): 0.2 puntos por cada año de experiencia profesional acumulada.

2. **Número de personas.** El puntaje se asignará teniendo en cuenta el número de personas vinculadas a la sociedad mediante una relación contractual en la cual desarrollen actividades referentes estrictamente con la consultoría, según la siguiente tabla:

TABLA 12
Personal

<u>Número de personas</u>		
<u>Desde</u>	<u>Hasta</u>	<u>Puntos</u>
<u>1</u>	<u>10</u>	<u>10</u>
<u>11</u>	<u>30</u>	<u>20</u>
<u>31</u>	<u>50</u>	<u>30</u>
<u>51 o más</u>		<u>50</u>

3. **Cumplimiento.** Para determinar el puntaje que corresponde a cada proponente según el cumplimiento, serán tomados en consideración los contratos a los cuales les haya sido declarado caducidad, atendiendo a la siguiente tabla:

TABLA 13

Puntaje de cumplimiento	
Incumplimiento	Puntaje
Ninguna declaratoria de caducidad	25
Declaratoria de caducidad hace 10 años o más	20
Declaratoria de caducidad entre los últimos 10 y 5 años	15
Declaratoria de caducidad en los últimos 5 años	0

Para calcular el puntaje de cumplimiento, de los proponentes que sean personas naturales, se deberá tener en consideración los contratos a los cuales les haya sido declarada la caducidad, celebrados tanto por el proponente como por las sociedades de las cuales haya sido accionista.

De otro lado, para calcular el puntaje de cumplimiento de los proponentes que sean personas jurídicas, se deberá tener en consideración los contratos a los cuales les haya sido declarada la caducidad, celebrados por el proponente, los socios de proponente o las sociedades en las cuales dichos socios tengan o hayan tenido participación.

En el caso de personas naturales profesionales se aplicarán las siguientes equivalencias:

Cada libro especializado publicado equivale a un año de experiencia.

Cada semestre de docencia o investigación certificado por entidad de educación superior equivale a un año de experiencia.

Cada postgrado o estudio de especialización cuya duración sea mayor o igual a un año equivale a dos años de experiencia.

Las distinciones profesionales nacionales o internacionales debidamente certificadas, equivalen a 3 años de experiencia.

- El artículo 18 acusado prevé el procedimiento para la calificación de los proponentes proveedores, en los siguientes términos:

Artículo 18. *El artículo 19 del decreto 92 de 1998 quedará así:*

Artículo 19. Procedimiento para la calificación de proveedores. Los proveedores se autocalificarán mediante la evaluación de la experiencia, la capacidad financiera (que a su vez incluye el factor de endeudamiento y la capacidad circulante), la capacidad técnica y la capacidad de organización, con base en los cuales se establecerá el monto máximo de contratación (K) para un año, determinado en SMMLV.

El puntaje máximo de los siguientes factores será:

Factor	Puntaje Máximo
Capacidad técnica (Ct)	100
Experiencia (E)	100

La capacidad se determinará tomando en cuenta dos componentes, el factor de endeudamiento y el componente financiero.

1. Factor de endeudamiento (Fe): Se determinará en función de los pasivos totales y los activos totales con base en la última declaración de renta y el último balance comercial, según sea el caso, o balance de apertura para aquellas personas naturales o jurídicas que iniciaron operaciones el último año. Para efectos de su actualización se tomará el último balance comercial.

2. Capacidad circulante (Cc): Se define como la diferencia entre los activos corrientes y los pasivos corrientes, expresados en SMMLV, al momento de corte de los estados financieros con base en la última declaración de renta y el último balance comercial según sea el caso, o balance de apertura para aquellas personas naturales o jurídicas que iniciaron operaciones el último año. Para efectos de actualización se tomará el último balance comercial.

Las cifras numéricas de esta información no deberán simplificarse y se presentarán con los siguientes signos de puntuación: Punto para separar decimales y coma para separar miles.

La capacidad técnica (Ct) se determinará teniendo en cuenta los socios, personal profesional universitario, personal administrativo, tecnólogo y operativo, vinculado mediante una relación contractual en la cual desarrollen actividades proveedoras. Adicionalmente se tendrá en cuenta la experiencia del personal directivo y el cumplimiento de contratos.

Para efectos de asignar puntaje a la capacidad técnica, las entidades estatales se abstendrán de exigir trámites adicionales a los previstos en la Ley 80 de 1993 y en sus decretos reglamentarios.

Los proponentes que se clasifiquen en más de una actividad, determinarán el personal que utilizan en cada actividad para asignarse puntaje. El único personal que se podrá tener en cuenta para varias actividades será exclusivamente el administrativo.

La experiencia (E) se determinará para las personas jurídicas teniendo en cuenta la antigüedad de la firma en el ejercicio de la actividad proveedora. Para las personas naturales se determinará por el tiempo durante el cual han ejercido la actividad proveedora.

Las personas jurídicas que acrediten una existencia inferior a 24 meses determinarán la experiencia por los promedios aritméticos del tiempo en que hayan ejercido la profesión cada uno de sus socios. La experiencia

deberá estar relacionada estrictamente con la actividad proveedora y acorde con su objeto social.

La capacidad de organización (Co) del proponente se determinará por los ingresos brutos operacionales relacionados exclusivamente con la actividad proveedora en términos de SMMLV, calculada con base en el valor de SMMLV al momento de causación, de acuerdo con la declaración de renta correspondiente o con el balance comercial según el caso.

Para el cálculo de los ingresos brutos operacionales se tomará el promedio aritmético de los dos años de mayor facturación que haya obtenido la persona jurídica o la persona natural profesional en los últimos tres años, incluyendo el de la inscripción.

Parágrafo. *Se establecen las siguientes disposiciones especiales:*

a) Las personas jurídicas que acrediten una existencia inferior a 24 meses, podrán calcular la capacidad de organización tomando el promedio aritmético de los ingresos brutos operacionales de cada uno de los socios inscritos en el registro único de proponentes, relacionados exclusivamente con la actividad proveedora, correspondientes a los dos años de mayor facturación de los últimos cinco años incluyendo el de la inscripción, expresados en términos de SMMLV;

b) Si la totalidad o parte de los ingresos operacionales pertenecieren a una sociedad anterior, consorcio o unión temporal, se tendrá en cuenta el porcentaje que tenía el socio o proponente en la sociedad, consorcio o unión temporal. En caso de no ser posible la determinación del porcentaje de participación se tomará el valor total dividido entre el número de participantes.

Los actores fundan su solicitud de anulación en que la calificación de la capacidad técnica i) desconoce el derecho a la igualdad, en la medida en que no constituye factor de calificación para los proveedores y sí para los consultores y constructores; ii) limita la historia del ofertante, pues “(..) únicamente se tienen en cuenta dos (2) de los últimos cinco (5) años y se deja de tener en cuenta el nivel de contratación que real e históricamente ha tenido el proponente a lo largo de su actividad” y iii) pasa por alto que los proponentes no cuentan con un personal vinculado de manera permanente, “sino que por el contrario, la vinculación se hace en la medida en que sea necesario para la ejecución de los contratos”.

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por su parte, sostiene que las normas enjuiciadas no vulneran el derecho a la igualdad, en la medida en que la tipología utilizada en cada uno de los contratos determina la necesidad de establecer criterios diferentes en la calificación de la capacidad técnica, sin desconocer el nivel de contratación histórico de los proponentes.

Sobre el particular, la Sala debe anotar que el principio de igualdad se encuentra consagrado en la Constitución Política como pilar fundante del Estado (preámbulo), como derecho fundamental (art. 13) y como principio de la función

administrativa (art. 209). De esta forma, el artículo 13 de la Carta estableció lo siguiente:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

El artículo 209 ibídem, por su parte, integra el principio de igualdad a la función administrativa, así:

*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.

En los términos de la jurisprudencia constitucional "(..) la igualdad exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las condiciones en medio de las cuales actúan, ya por las circunstancias particulares que los afectan, pues unas u otras hacen imperativo que, con base en criterios proporcionales a aquéllas, el Estado procure el equilibrio, cuyo sentido en Derecho no es otra cosa que la justicia concreta"³⁵.

Para la Sección, este principio, que se traduce en la expresión según la cual "la ley es igual para todos", involucra dos supuestos a saber: "(..) el trato paritario e igualitario de las personas y el trato diferenciado a favor de grupos en condiciones diversas que lo justifican. De ello se desprende, de una parte, que cuando las

³⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-094 del 27 de febrero de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, posteriormente reiterada en las sentencias T-330 del 12 de agosto de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-394 del 16 de septiembre de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

condiciones de los destinatarios sean similares, y la norma o la actuación de la autoridad otorgan un tratamiento disímil a los mismos, se presentará una discriminación proscrita por la Constitución Política; y de otra parte, que cuando las condiciones de los destinatarios fueren diferentes, para dar cabal cumplimiento al derecho a la igualdad, la norma o la autoridad deberán dar un trato diferenciado que promueva una igualdad real y efectiva frente a los otros que no se encuentran en esa situación de desventaja”³⁶.

Ahora, la Sala observa que dada la eventual transgresión a un precepto superior como lo es el derecho a la igualdad, el cargo de ilegalidad planteado debe analizarse a partir de un juicio de proporcionalidad.

Como lo ha señalado la Corte Constitucional, el test de proporcionalidad implica estudiar la **finalidad** y la **idoneidad** de la medida de que se trata. En este tipo de análisis, el propósito que el precepto cuestionado persigue y los intereses que busca favorecer resultan relevantes, en cuanto si la medida implica alguna restricción o sacrificio de otros derechos o intereses, la validez constitucional de esa limitación depende, entre otros criterios, de la importancia que el texto superior le reconozca al objetivo que la norma pretende alcanzar³⁷.

Las tipologías contractuales se encuentran previstas, a manera enunciativa, en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. La norma define el contrato de obra como aquél cuyo objeto es la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. Y, el contrato de consultoría como el referido a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Así mismo, la norma prevé que también son contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de

³⁶ Sentencia de 3 de diciembre de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 24715.

³⁷ En sentencia C-470 de 2011, Sala Plena de la Corte Constitucional, M.P. Nilson Pinilla Pinilla), señaló que “(..) *en algunas circunstancias el propósito de la norma resulta evidente al lector; sin embargo, una vía más segura para determinar esa finalidad es el estudio de la exposición de motivos que en su momento acompañó al proyecto de cuya aprobación surgió la preceptiva cuestionada, así como las ponencias y debates que durante el trámite legislativo se presentaron*”.

proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

En la historia fidedigna de esta normativa se destaca la autonomía de la voluntad de las partes contratantes para regular sus relaciones sociales, por tal razón, la definición que se hace de algunos contratos en el mentado artículo 32, radica en el hecho de que son contratos que en la actualidad resultan ser de frecuente utilización y que no se encuentran reglamentados en otras disposiciones. De esta forma, el numeral 6º de la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993³⁸, relativa a la clasificación de los contratos, destacó el dinamismo que caracteriza a las relaciones sociales, sin que sea factible en un determinado momento encasillar legalmente todas las formas que las manifestaciones de la voluntad van adquiriendo, de acuerdo con las nuevas circunstancias que con el transcurso del tiempo se presentan.

Teniendo en cuenta lo anterior, la norma reglamentaria contenida en los artículos 8, 14 y 18 del Decreto n.º 393 de 2002 desarrolla la intención del legislador prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en la medida en que consagran el procedimiento de calificación de los constructores, consultores y proveedores y, para el efecto, establecen reglas separadas respecto de cada uno de ellos, como quiera que, en tratándose de situaciones diferentes, los factores de evaluación a tener en cuenta necesariamente habrán de distinguirse.

La naturaleza de los contratos de obra y consultoría evidencia la necesidad de otorgar un trato diferente a la selección de quienes serán elegidos para ejecutar uno u otro, como de aquellos que requieren la prestación de un servicio por parte de un proveedor.

En este orden de ideas, la Sala encuentra que las normas demandadas no vulneran el derecho a la igualdad ni los principios de equidad, transparencia y selección objetiva, como lo alega el actor, en la medida en que los contratos de consultoría y de obra gozan de presupuestos distintos, por lo que la capacidad técnica requerida en uno difiere de la necesaria para desarrollar el segundo.

³⁸ Gaceta del Congreso n.º 75 de 23 de septiembre de 1992, p.16. www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/.

Acto seguido, debe mirarse lo relativo a la **necesidad de la medida**, esto es, si la misma resulta indispensable para el logro del objetivo propuesto y, además, si resulta **proporcionada**, para lo cual se requiere establecer el balance existente entre los beneficios que su aplicación podría reportar y los costos o dificultades que ello ocasionaría.

La Sala observa que las normas en mención consagran, en igualdad de condiciones para los constructores, consultores y proveedores, que la capacidad técnica se determina teniendo en cuenta los socios, el personal profesional universitario, el personal administrativo, tecnólogo y operativo, vinculado mediante una relación contractual permanente que garantice la eficiente realización de los trabajos contratados y en la cual se desarrollen actividades relacionadas con el área que corresponda, de lo que se deriva la necesidad de la regulación objeto de la litis.

Respecto de los constructores y consultores, los artículos 8º y 14 señalan, además, que el personal se contará y promediará con base en los dos mejores años de los últimos cinco años, lo cual de manera alguna puede considerarse discriminatorio, ni violatorio de los principios de selección objetiva y transparencia frente a las exigencias dispuestas para los proveedores, pues se trata de supuestos diferentes que imponen distinto tratamiento y, por ende, justifican la proporcionalidad de la medida.

Así, en el caso de los constructores y consultores la cantidad de personas que integran el equipo de trabajo, vinculadas en un determinado periodo, guarda relación directa con la capacidad técnica del proponente, toda vez que, entre más personal se haya vinculado, mayor será la capacidad de ejecución. Esta situación no puede extenderse a los proveedores, en la medida en que, por su naturaleza, la cantidad de personal no conlleva necesariamente mayor suministro de bienes.

Aunado a lo anterior, el requerimiento que la norma trae respecto al número de personal vinculado, el cual se promedia con base en los dos mejores años de los últimos cinco, es razonable en la medida en que dicho periodo es suficiente para reflejar la capacidad técnica de quien pretende contratar con el Estado, además de que a los proponentes les asiste la posibilidad de seleccionar los dos mejores años, con miras a que su calificación resulte más favorable.

Sobre el desconocimiento del nivel de contratación histórico del proponente en los últimos cinco años, la Sala no encuentra violación al principio de selección objetiva consagrado en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, en la medida en que resulta razonable considerar que el promedio de los dos mejores años, da cuenta de una situación real y más próxima de quien pretende contratar con el Estado.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

b).- Segundo grupo de normas acusadas:

Incisos noveno del artículo 8, octavo del artículo 13 y séptimo del artículo 18:

- La parte demandada del inciso noveno del artículo 8 atrás transcrito prevé:

Los proponentes que clasifiquen en más de una actividad, determinarán el personal que utilizan en cada actividad para asignarse puntaje. El único puntaje que se podrá tener en cuenta para varias actividades será exclusivamente el administrativo. Adicionalmente se tendrá en cuenta la experiencia del personal directivo y el cumplimiento de contratos.

- El fragmento pertinente del inciso octavo del artículo 13 enjuiciado, dispone:

Los proponentes que se clasifiquen en más de una actividad, determinarán el personal que utilizan en cada actividad para asignarse puntaje. El único personal que se podrá tener en cuenta para varias actividades será exclusivamente el administrativo.

- El inciso séptimo del artículo 18 acusado, que se puede leer íntegramente en el apartado anterior, en la parte enjuiciada establece:

Los proponentes que se clasifiquen en más de una actividad, determinarán el personal que utilizan en cada actividad para asignarse puntaje. El único personal que se podrá tener en cuenta para varias actividades será exclusivamente el administrativo.

Se aduce en la demanda que salvo el personal administrativo, ninguna de las personas vinculadas por el proponente puede ser contratada en más de una

actividad, lo que, a su parecer, deviene en arbitrario e injusto, “(..) *pues carece de todo sentido negar que una misma persona desempeñe labores en actividades distintas; el ingeniero contratado por un proponente constructor que se desempeña como director o como residente de obra, puede ser igualmente contratado para realizar diseños de obras*”.

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por su parte, destaca que “(..) *la singularidad de las actividades que ejecuta el personal especializado y que cuenta con determinada experiencia en una particular actividad impide que el mismo sea susceptible de clasificar en más de una actividad*”. Así concluye que norma garantiza idoneidad y aptitud de los proponentes en el campo específico de que se trate.

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin, “*la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines*”. Por tal razón, el legislador impuso a las entidades estatales el deber de acatar los principios de la contratación estatal, con el objeto de restringir, en lo posible, la subjetividad de la administración y, de esta forma, garantizar la satisfacción del interés público, reflejado en el objeto del contrato a celebrar.

La Sala no encuentra que las normas demandadas vulneren los principios de equidad, imparcialidad y selección objetiva, dado que la especialidad del personal garantiza su idoneidad en la ejecución de las actividades a desarrollar, así como la calidad de las obras o prestación de servicios, lo que justifica que el mismo personal clasifique en una sola actividad, por lo que, con ello, contrario a lo sostenido por el actor, a más de que se contribuye a la transparencia de la selección, se podría dar lugar a mayores oportunidades de trabajo.

Es de anotar que no es posible concebir al hombre sin asociarlo a alguna actividad productiva, ni se concebiría el estado actual de desarrollo de la sociedad si no se tuviera presente el papel que el trabajo ha desempeñado en la creación de todo el conjunto de bienes de que disfruta la humanidad para la satisfacción de sus múltiples necesidades. Todo el progreso que puede admirar la humanidad es fruto del trabajo. Sin la actividad productiva del hombre seguramente fuera muy distinta la realidad que hoy se nos ofrece a la vista.

Y es que el trabajo como “*actividad del hombre encaminado a un fin, mediante el cual transforma y adapta los objetos de la naturaleza para dar satisfacción a sus necesidades o como toda actividad productiva del hombre*”³⁹, no se da referido en particular a ese hombre individualmente considerado, sino que se da en medio de relaciones sociales -donde no todos desarrollan las mismas actividades-, en las que unos entregan su capacidad en una labor para otros, quienes a su vez, a cambio les pagan el esfuerzo, físico o mental, por la labor realizada. De esta forma, el derecho al trabajo está consagrado en el artículo 25 constitucional:

El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Significa que todas las personas deben tener la posibilidad de ganarse la vida con el trabajo que elijan, y condiciones de trabajo seguras y saludables que no sean degradantes de la dignidad humana.

En este orden de ideas, la especialidad del personal no vulnera el derecho al trabajo, al contrario, impide que los proponentes obtengan mayores puntajes, por personal que, en cuanto dedicado a varias actividades, no permite deducir que será el utilizado en el contrato que se pretende celebrar y, en esta medida, dicha exigencia se constituye en una garantía de ejecución del objeto contractual en los términos pactados.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

c).- Tercer grupo de normas acusadas:

Incisos primero y quinto del artículo 10, noveno del artículo 13; primero y tercero del artículo 15 y tablas número 3 del artículo 10 y 10 del artículo 15 del Decreto 393 de 2002:

-. El artículo 10 demandado consagra los puntajes por experiencia en construcción, en los siguientes términos:

Artículo 10. *El artículo 11 del Decreto 92 de 1998, quedará así:*

³⁹ Campos Rivera Domingo, Derecho Laboral Colombiano. Temis, Bogotá, pág. 9.

Artículo 11. Puntajes por experiencia en construcción. Para la determinación del puntaje que corresponda a cada proponente según la experiencia (E), se aplicarán, en el caso de las personas jurídicas, dos criterios, el de antigüedad de la firma (Af) y el de experiencia de la firma (Ef). Cada uno de ellos tendrá un puntaje máximo de 50 puntos.

$$E = Af + Ef$$

1. Antigüedad de la firma: Para determinar el puntaje en cuanto a la antigüedad de la firma (Af) en la actividad constructora, se debe aplicar la siguiente tabla:

Si la persona jurídica no posee la vinculación de profesionales señalada, se tendrá en cuenta a los socios que posean tarjeta o matrícula profesional en las mismas áreas.

TABLA 2
Antigüedad Personas Jurídicas

	Años de antigüedad en la actividad constructora	Puntaje
Desde	Hasta	Puntos
0	5	20
Más de 5	10	30
Más de 10	15	40
Más de 15		50

2. Experiencia de la firma: El puntaje en cuanto a la experiencia de la firma (Ef) en la actividad constructora se determinará por la obra de mayor valor ejecutada en los últimos 2 años. El valor de dicha obra se deberá expresar en s.m.m.l.v. al momento de causación y el puntaje corresponderá al indicado en la siguiente tabla:

TABLA 3
Experiencia Personas Jurídicas

	<u>s.m.m.l.v.</u>	<u>Puntaje</u>
<u>Desde</u>	<u>Hasta</u>	<u>Puntos</u>
<u>0</u>	<u>3.300</u>	<u>10</u>
<u>3.301</u>	<u>12.000</u>	<u>20</u>
<u>12.001</u>	<u>43.000</u>	<u>30</u>
<u>43.001</u>	<u>160.000</u>	<u>40</u>
<u>Mas de 160.000</u>	<u>50</u>	

Para determinar el puntaje de experiencia (E) en el caso de personas naturales, se tendrá en cuenta el tiempo durante el cual han ejercido la

actividad constructora a partir de la fecha de grado y se aplicará la siguiente tabla:

TABLA 4
Personas Naturales

	Años de antigüedad en la actividad constructora	Puntaje
Desde	Hasta	Puntos
0	5	30
Más de 5	10	60
Más de 10	15	80
Más de 15		100

- La parte subrayada objeto de la solicitud de nulidad del inciso noveno del artículo 13 establece que: "La experiencia se determinará para las personas jurídicas y naturales teniendo en cuenta la antigüedad y la experiencia en el ejercicio de la actividad consultora".

- El artículo 15 demandado regula los puntajes por experiencia en consultoría, así:

Artículo 15. El artículo 16 del Decreto 92 de 1998 quedará así:

Artículo 16. Puntajes por experiencia en consultoría. Para la determinación del puntaje que corresponda a cada proponente según la experiencia (E) se aplicarán dos criterios, el de antigüedad (A) y el de experiencia (E). Cada uno de ellos tendrá un puntaje máximo de 50 puntos.

$E=A+E$

1. **Antigüedad:** Para determinar el puntaje en cuanto a la antigüedad (A) en la actividad consultora, se debe aplicar la siguiente tabla:

TABLA 9
Antigüedad

	Años de antigüedad en la actividad consultora	Puntaje
Desde	Hasta	Puntos
0	5	30
Más de 5	10	60
Más de 10	15	80
Más de 15		100

2. Experiencia. El puntaje en cuanto a la experiencia (E) en la actividad consultora, se determinará por el contrato de consultoría de mayor valor en los últimos dos años. El valor de dicha obra se deberá expresar en SMMLV al momento de causación y el puntaje corresponderá al indicado en la siguiente tabla:

TABLA 10
Experiencia

	<u>SMMLV</u>	<u>Puntaje</u>
<u>Desde</u>	<u>Hasta</u>	<u>Puntos</u>
<u>0</u>	<u>500</u>	<u>25</u>
<u>501</u>	<u>1.500</u>	<u>50</u>
<u>1.501</u>	<u>5.000</u>	<u>75</u>
<u>5.001 o más</u>		<u>100</u>

Los demandantes consideran que el factor de calificación es discriminatorio, como quiera que el puntaje asignado por experiencia beneficia a los proveedores y personas naturales constructoras respecto de los consultores y constructores personas jurídicas –se destaca-:

*Como consecuencia directa de lo anterior y **teniendo en cuenta que para los constructores personas jurídicas y para los consultores el puntaje depende no solo del tiempo de dedicación a la actividad respectiva sino también del valor del mayor contrato ejecutado en los últimos años, el sistema de puntajes es mucho más benéfico para los proveedores y personas naturales constructoras, que para los consultores y que para los constructores personas jurídicas**; así, si un constructor persona jurídica ha tenido una dedicación de 15 años a la actividad de la construcción, obtendrá tan solo 50 puntos; por el contrario, si una persona natural constructora ha tenido el mismo tiempo de dedicación, obtendrá el doble de puntos, vale decir 100 punto. Esto constituye una clara y abierta violación al derecho a la igualdad, en los términos del artículo 13 de la Carta Política (negrillas fuera de texto).*

Aunado a lo anterior, el accionante sostiene que “(..) el hecho de valorar la experiencia en función del monto en SMMLV del contrato de mayor valor ejecutado en los dos (2) últimos años para los consultores en general y para las personas jurídicas constructoras, impide una valoración objetiva de la experiencia de los proponentes”. Aduce que este sistema de calificación no tiene ningún sustento, en la medida en que se desconoce la experiencia anterior y, por ende, la real trayectoria de los proponentes, pues no puede decirse algo diferente de la previsión según la cual habrá de valorarse un único contrato.

El Ministerio del Interior y de Justicia, por su parte, precisa que, en los términos de las normas acusadas, la experiencia para consultores y personas jurídicas en general, será evaluada, previo el procedimiento de selección objetiva, *“(..) para lo cual habrá de tenerse en cuenta los factores de endeudamiento, capacidad circulante, valor de los equipos asociados con la actividad, capacidad técnica, experiencia y capacidad de organización”* (fls. 246 a 252 cuaderno 1).

Al respecto, la Sala debe anotar que el numeral 22.3 del artículo 22 de la Ley 80 de 1993 expresamente regula la clasificación y calificación de las personas en el Registro Único de Proponentes, teniendo en cuenta los criterios de experiencia, capacidad financiera, técnica, organización y disponibilidad de equipos. La calificación obtenida determinará la capacidad máxima de contratación del inscrito y será válida ante todas las entidades estatales de todas las órdenes y niveles.

Y, el artículo 29 de la misma normativa⁴⁰ consagra el deber de selección objetiva, bajo la consideración de que *“[e]s objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”*.

En los términos de la norma, el ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido.

En la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 80 de 1993 se destaca cómo la actividad contractual de la administración debe ser en un todo ajena a consideraciones caprichosas o subjetivas y que, por lo tanto, sus actos deben llevar siempre como única impronta la del interés público:

⁴⁰ Norma derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

A nadie escapa que la acertada escogencia del particular que colaborará en el logro de los cometidos estatales vinculados a una determinada actividad de la administración, constituye un factor primordial cuya inobservancia puede comprometer virtualmente la eficaz ejecución del contrato y, por consiguiente, la satisfacción misma del interés público que ha debido tenerse presente al tiempo de su celebración.

En orden, pues, a garantizar que la decisión de la administración sobre esa importante materia, se produzca en forma tal que apunte exclusivamente al cabal cumplimiento de tales propósitos, el proyecto precisa en su artículo 29 que la selección objetiva consiste en la escogencia del ofrecimiento más favorable para la entidad, con lo cual se recoge la esencia del artículo 33 del actual estatuto, haciendo énfasis en la improcedencia de considerar para tal efecto motivaciones de carácter subjetivo y estableciendo, a título meramente enunciativo, los factores determinantes de la escogencia⁴¹.

Como se observa, las normas acusadas establecen para los constructores personas jurídicas y para los consultores, que el puntaje por experiencia se determina mediante criterios de antigüedad en la actividad correspondiente y experiencia de la firma por la obra de mayor valor ejecutada en los últimos dos años; mientras que en tratándose de proveedores solo rige el criterio de antigüedad.

De entrada se observa que la distinción impuesta por la norma demandada se justifica plenamente, pues, frente a supuestos de hecho diferentes, no puede reclamarse igual trato. Es que tratándose de proponentes constructores y consultores, que deberán ejecutar obras y realizar estudios respectivamente, las exigencias, en cuanto a experiencia y conocimiento, habrán de ser mayores, porque así lo reclama la naturaleza de la actividad, no predicables de los proveedores.

Por consiguiente, como nadie es igual a otro en sus características, condiciones y calidades, el cumplimiento del derecho a la igualdad real en los términos del artículo 13 constitucional, estriba en determinar cuándo efectivamente las condiciones distintas de las personas permiten o justifican razonablemente un tratamiento diferente o, al contrario, en identificar cuando se encuentran en condiciones similares, que impliquen un trato idéntico⁴².

⁴¹ Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, Gaceta del Congreso n.º 75 de 23 de septiembre de 1992, p.16. www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 18 de abril de 1996.

Ahora bien, la experiencia, como factor de escogencia, conforme al principio de selección objetiva, se entiende como el conjunto de conocimientos, habilidades y destrezas adquiridas o desarrolladas mediante el ejercicio de una profesión, ocupación u oficio.

Aunado a lo anterior, analizada la norma no se observa por ningún lado que hubiere tratamiento desigual entre personas natural y jurídica, puesto que ambas podrían acceder a 100 puntos.

En efecto, el inciso primero del artículo 10 del Decreto 393 de 2002 prevé:

*Para la determinación del puntaje que corresponda a cada proponente según la experiencia (E), se aplicarán, en el caso de las personas jurídicas, dos criterios, el de antigüedad de la firma (Af) y el de experiencia de la firma (Ef). **Cada uno de ellos tendrá un puntaje máximo de 50 puntos** (negritas fuera de texto).*

Y, las tablas n.º 3 y 4 contenida en el artículo 10 son del siguiente tenor:

TABLA 3
Experiencia Personas Jurídicas

	s.m.m.l.v.	Puntaje
<u>Desde</u>	<u>Hasta</u>	<u>Puntos</u>
<u>0</u>	<u>3.300</u>	<u>10</u>
<u>3.301</u>	<u>12.000</u>	<u>20</u>
<u>12.001</u>	<u>43.000</u>	<u>30</u>
<u>43.001</u>	<u>160.000</u>	<u>40</u>
<u>Mas de 160.000</u>	<u>50</u>	

Para determinar el puntaje de experiencia (E) en el caso de personas naturales, se tendrá en cuenta el tiempo durante el cual han ejercido la actividad constructora a partir de la fecha de grado y se aplicará la siguiente tabla:

TABLA 4
Personas Naturales

	Años de antigüedad en la actividad constructora	Puntaje
<u>Desde</u>	<u>Hasta</u>	<u>Puntos</u>

0	5	30
Más de 5	10	60
Más de 10	15	80
Más de 15		100

Como se observa, la diferencia radica en que el puntaje otorgado para las personas jurídicas se divide entre antigüedad y experiencia, es decir 50 puntos por la primera y otros 50 por la segunda y, para las personas naturales, solo se tendrá en cuenta los años de antigüedad en la actividad constructora, por la que se otorgara un máximo de 100 puntos. Manera esta de establecer una valoración justificada plenamente, pues tratándose de las personas naturales, la antigüedad y la experiencia se confunden; no así en las jurídicas, respecto de las cuales bien puede una creación reciente no corresponder a la experiencia antes desarrollada.

Por lo anterior, los cargos no prosperan.

d).- Cuarto grupo de normas acusadas:

Incisos once del artículo 8, noveno y décimo del artículo 13,

- El inciso octavo del artículo 13, en lo demandado, establece que "Los proponentes que se clasifiquen en más de una actividad, determinarán el personal que utilizan en cada actividad para asignarse puntaje. El único personal que se podrá tener en cuenta para varias actividades será exclusivamente el administrativo".

- La parte demandada del inciso noveno del artículo 13 dispone que: "La experiencia se determinará para las personas jurídicas y naturales teniendo en cuenta la antigüedad y la experiencia en el ejercicio de la actividad consultora".

- El inciso décimo del artículo 13, en la parte subrayada objeto de demanda, señala que: "Las personas jurídicas que acrediten una existencia inferior a 24 meses determinarán la experiencia por los promedios aritméticos del tiempo en que hayan ejercido la profesión cada uno de sus socios. La experiencia deberá estar relacionada estrictamente con la actividad de consultoría y debe ser acorde con su objeto social".

La parte actora se detiene en el puntaje por concepto de experiencia para los proponentes personas jurídicas que tengan una existencia inferior a los veinticuatro (24) meses, equivalente al promedio aritmético del tiempo durante el cual los socios han ejercido la actividad respectiva; en tanto, a su parecer, ha debido sumarse la experiencia de los socios de la empresa y no promediarse, “ya que al constituirse la sociedad lo que se está realizando es agregar, reunir y adicionar la experiencia de los socios”. Por tanto, según su criterio, exigir el promedio aritmético de la experiencia desconoce el principio de selección objetiva.

La Ley 80 de 1993, vigente para la fecha de presentación de la demanda, consagra el principio de transparencia como orientador de la actividad contractual, cuyo propósito se encuentra encaminado a garantizar la objetividad, igualdad y la imparcialidad en los distintos procedimientos que adelante la administración para la escogencia de sus contratistas, como también que sus actuaciones sean publicitadas y conocidas por todos los interesados, lo que conlleva a que puedan ser controvertidas. Al respecto, esta Sección ha señalado:

En un estado social de derecho, el principio de transparencia, garantiza la convivencia ciudadana, un trato imparcial e igualitario para los administrados y evita que los funcionarios en ejercicio de los poderes que les han sido atribuidos, actúen de manera oculta o arbitraria, motivados por intereses o conveniencias de índole personal. Como aplicación de este fundamental principio, el artículo 24, de la citada Ley 80, impone como regla general, que la selección del contratista se efectúe mediante el procedimiento de la licitación pública o el concurso público y excepcionalmente, mediante el sistema de contratación directa; igualmente, establece la posibilidad de controvertir los informes, conceptos y decisiones adoptadas por la Administración; ordena que las actuaciones de la Administración sean públicas y ajustadas a la legalidad; dispone que los actos que expida en ejercicio de la actividad contractual o con ocasión de ella, estén debidamente motivados y prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva⁴³.

Como lo ha reiterado en diversas oportunidades la Sección, no puede concebirse el principio de selección objetiva sin la presencia inescindible del también principio de igualdad -pregonado por la Constitución Política en sus artículos 13 y 209, como rectores del ejercicio de la función administrativa y como parte de ella, la

⁴³ Sentencia de 4 de junio de 2008, M.P. Miriam Guerrero de Escobar, exp. 17783.

actividad contractual-, como quiera que es “(..) *presupuesto fundamental que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal, se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la Administración*”⁴⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala nuevamente se aparta de las apreciaciones de la actora, como quiera que resulta acorde con los principios de equidad y selección objetiva utilizar promedios aritméticos, en la medida en que éstos necesariamente reflejan la experiencia general del proponente; al punto que de no hacerlo podría significar desigualdad frente a la persona natural, toda vez que, si bien en una sociedad “*dos o más personas*” se unen para “*hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social*” (art. 98 Código de Comercio), no es lo mismo calificar la experiencia de una sola persona, contra la suma de la experiencia de varias, para el efecto, todos los socios individualmente considerados.

Es dable recordar que la igualdad se traduce en el derecho que nos asiste a todos para exigir que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias y así el núcleo del principio deviene en la razón suficiente que, a la vez, justifique el trato desigual⁴⁵.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

e).- Quinto grupo de normas acusadas:

Incisos catorce del artículo 8 y trece del artículo 13 del Decreto 393 de 2002:

⁴⁴ Consejo de Estado, sentencia de 19 de julio de 2001, Exp. 12037, M. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. También pueden consultarse las sentencias de 11 de abril de de 2002, Exp. 12294 del mismo ponente, de 29 de agosto de 2007, Exp.16305, M. P. Mauricio Fajardo Gómez y de 3 de diciembre de 2007, Exp. Acumulado 24715, M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Cita en sentencia de 4 de junio de 2008, M.P. Miriam Guerrero de Escobar, exp. 17783.

⁴⁵ Sentencia C-739 de 2002 (10 de septiembre), expediente D-4037, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 114 (parcial) del Decreto Ley 2150 de 1995, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

- La parte pertinente del inciso catorce del artículo 8 demandado, prevé:

Para los proponentes personas naturales profesionales que hayan estado vinculados con el Estado o con la empresa privada en cargos afines a su clasificación, se tendrán en cuenta como ingresos operacionales la suma de los salarios y prestaciones sociales percibidos anualmente, expresados en s.m.m.l.v. al momento de su causación y promediados para los últimos tres años, incluido el año en que se realice la inscripción.

- Lo enjuiciado del inciso trece del artículo 13 dispone:

Para los proponentes personas naturales profesionales que hayan estado vinculados con el Estado o con la empresa privada en cargos afines a su clasificación, se tendrán en cuenta como ingresos operacionales la suma de los salarios y prestaciones sociales percibidos anualmente, expresados en SMMLV al momento de su causación y promediados para los últimos tres años, incluido el año en que se realice la inscripción.

Los actores ponen de presente un trato desigual que, por tanto, vulnera el artículo 13 constitucional, "(..) en la medida en que, por regla general, para determinar la capacidad de organización de los proponentes se tiene en cuenta el promedio de los ingresos brutos operacionales de los dos (2) años de mayor facturación que se hayan obtenido en los últimos tres (3) años. Sin embargo, para el caso de las personas naturales que han estado vinculadas con el Estado o con la empresa privada en cargos afines a la clasificación, se tiene en cuenta el promedio de los últimos tres (3) años".

Al realizar la confrontación del contenido de las normas acusadas con el principio de igualdad, la Sala no considera vulnerado el artículo 13 constitucional, pues en el campo de la contratación pública no se limita el derecho que tiene la entidad para acoger la propuesta de quien acredite las mejores calidades y condiciones para ejecutar el objeto contractual.

En los términos de la norma acusada, el ejecutivo estableció un punto de equilibrio que no perjudica a ninguno de los proponentes interesados en contratar con el Estado, como quiera que la persona que sale favorecida, ya sea natural o jurídica, es aquella que mayor facturación haya obtenido en el lapso de tiempo estipulado.

Cabe anotar que la jurisprudencia de esta Corporación ha manifestado que la igualdad se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos

interesados en contratar con las entidades estatales, lo cual se logra cuando i) las condiciones son las mismas para todos los competidores y ii) la preferencia se hace respecto de la oferta que resulta más ventajosa para la administración⁴⁶, en la medida en que se trata de la realización del cometido de la selección objetiva que ordena la ley.

Por tal razón, los interesados en un proceso de selección tienen diferentes calidades derivadas de su experiencia, de su organización, de los equipos que pueden poner a disposición del contrato, etc., empero, el tratamiento diferente que puede establecer la entidad para satisfacer la específica necesidad tiene su fundamento en el interés general perseguido con el contrato y, en esta medida, no vulnera el derecho a la igualdad⁴⁷.

Las razones de conveniencia esgrimidas por la parte actora no tienen ningún asidero jurídico.

Por tanto, el cargo no prospera.

f)- Sexto grupo de normas acusadas:

Literales a) de los párrafos de los artículos 8, 13 y 18 del mismo decreto:

- El literal a) del párrafo del artículo 8, en la parte enjuiciada por los demandantes, establece que *"Las personas jurídicas que acrediten una existencia inferior a 24 meses, podrán calcular la capacidad de organización tomando el promedio aritmético de los ingresos brutos operacionales de cada uno de los socios inscritos en el Registro Único*

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2001, exp.12307. "...Como quedó señalado a propósito de la consagración legal del principio de transparencia y del deber de selección objetiva, la Administración está obligada constitucional (art. 13 C.P.) y legalmente (art. 24, 29 y 30 Ley 80 de 1993) a garantizar el derecho a la igualdad de los oferentes o competidores. Por virtud de esta garantía, todos los sujetos interesados en el proceso de licitación han de estar en idénticas condiciones y gozar de las mismas oportunidades, lo cual se logra, según la doctrina, cuando concurren los siguientes aspectos: 1) las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores 2) Debe darse preferencia a quien hace la oferta más ventajosa para la administración...". Cita en sentencia de 3 de diciembre de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁷ Sentencia de 3 de diciembre de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 24715.

de Proponentes, relacionados exclusivamente con la actividad de la construcción, correspondientes a los dos años de mayor facturación de los últimos cinco años, incluyendo el de la inscripción, expresados en s.m.m.l.v."

- El mismo literal del párrafo del artículo 13, en la parte pertinente que se acusa, dispone que "a) Las personas jurídicas que acrediten una existencia inferior a 24 meses, podrán calcular la capacidad de organización tomando el promedio aritmético de los ingresos brutos operaciones de cada uno de los socios inscritos en el registro único de proponentes, relacionados exclusivamente con la actividad de la consultoría, correspondientes a los dos años de mayor facturación de los últimos cinco años incluyendo el de la inscripción, expresados en SMMLV".

- Y, el literal a) del párrafo del artículo 18 enjuiciado es del siguiente tenor:

Las personas jurídicas que acrediten una existencia inferior a 24 meses, podrán calcular la capacidad de organización tomando el promedio aritmético de los ingresos brutos operacionales de cada uno de los socios inscritos en el registro único de proponentes, relacionados exclusivamente con la actividad proveedora, correspondientes a los dos años de mayor facturación de los últimos cinco años, incluyendo el de la inscripción, expresados en términos de SMMLV".

La parte actora considera que carece de todo sentido exigir que, para efectos de calcular la capacidad de organización de las personas jurídicas con una existencia inferior a los 24 meses, se deban promediar los ingresos brutos de los socios, pues cuando se constituye una sociedad se reúnen y se adicionan los recursos de cada uno de sus integrantes. Además, de que "carece de justificación exigir que solo se tienen en cuenta los ingresos brutos operacionales de las personas que no se encuentran inscritas en el registro único de proponentes".

Al respecto, cabe anotar que, de contabilizar la experiencia individual de cada socio, para llegar a su sumatoria, se prescindiría de la objetividad que reclama el proceso, pues las personas naturales no la podrían alcanzar, vulnerando entonces sí el derecho a la igualdad.

Así lo explicó la Corte Constitucional:

El actor aboga por un trato que no tenga en cuenta la diferenciación básica y objetiva existente entre los sujetos, ni las finalidades de rango constitucional perseguidas, desconociendo con ello que el principio de igualdad, cuando debe ser aplicado en relación con individuos que no se encuentran en la misma situación, se presenta bajo su aspecto de igualdad proporcional, e impone la adecuación del comportamiento del operador jurídico a la diferenciación de individualidades. Dar el mismo trato jurídico en la asignación de responsabilidades colectivas a sujetos distintamente capacitados, y con méritos dispares, implica un desconocimiento de ese aspecto de igualdad que se llama proporcionalidad⁴⁸.

El principio de la igualdad de trato entre los posibles proponentes, tiene por objeto primario la garantía de imparcialidad para los administrados, que se traduce en la prohibición para la administración de imponer condiciones restrictivas, irrazonables y desproporcionadas para participar, de suerte que los interesados cuenten con idénticas oportunidades, tal y como fue analizado en el literal d), relevando a la Sala a realizar consideraciones adicionales sobre el particular.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

g).- Séptimo grupo de normas acusadas:

Literales c) de los párrafos de los artículos 8 y 13 del decreto en mención:

-. La primera norma, en las subrayas objeto de demanda, es del siguiente tenor:

La capacidad de organización mínima (Com) para las personas naturales profesionales recién egresadas y las personas jurídicas que no se ajusten a ninguna de las disposiciones especiales, quienes deberán mantener en su nómina por lo menos a dos profesionales de la ingeniería y/o la arquitectura vinculados contractualmente, se determinará teniendo en cuenta la siguiente tabla cuyo valor está expresado en s.m.m.l.v.

Si la persona jurídica no posee la vinculación de profesionales señalada, se tendrá en cuenta a los socios que posean tarjeta profesional en las mismas áreas.

En estos términos, la tabla n.º 1 de esta norma es del siguiente tenor:

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 de 2 de junio de 1999. Cita en sentencia de 3 de diciembre de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 24715.

TABLA 1
Capacidad de organización mínima

	<u>Persona natural profesional</u>	<u>Persona jurídica</u>
<u>Capacidad de organización mínima</u>	<u>250</u>	<u>500</u>

-. Y, el mismo literal del párrafo del artículo 13 demandado dispone:

La capacidad de organización para las personas naturales profesionales recién egresadas y las personas que no se ajusten a ninguna de las disposiciones especiales, quienes deberán mantener en su nómina por lo menos dos profesionales idóneos para desarrollar la actividad consultora vinculados contractualmente, se determinará teniendo en cuenta la siguiente tabla cuyo valor está expresado en SMMLV.

Si la persona jurídica no posee la vinculación de profesionales señalada, se tendrá en cuenta a los socios que sean profesionales.

En este marco, la tabla n.º 8 prevé:

TABLA 8
Capacidad de organización mínima

	<u>Persona natural</u>	<u>Persona jurídica</u>
<u>Capacidad de organización mínima (Com)</u>	<u>125</u>	<u>250</u>

La parte actora también advierte en trato discriminatorio que vulnera el principio de igualdad. Para el efecto, aduce que, como la capacidad de organización mínima de los proponentes constructores y consultores será de 250 SMMLV para las personas naturales y de 500 SMMLV para las personas jurídicas, se “(..) pone en franca desventaja a los proponentes personas naturales frente a los proponentes personas jurídicas, pues esto implicará para estas una mejor calificación y una mayor capacidad máxima de contratación”.

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por su parte, precisó que no se vulnera el derecho a la igualdad, pues los criterios para establecer la capacidad de organización de una persona natural no pueden coincidir con los de una

persona jurídica, atendiendo a su diversa naturaleza. Sostuvo, además, que el valor de los equipos no es el único componente de la fórmula que trae la norma para evaluar la capacidad máxima de contratación, ni la propiedad de aquéllos constituye un factor para determinarla.

Al respecto, la Sala considera que le asiste razón a la entidad pública, como quiera que, por tratarse de proponentes de diversa naturaleza, las previsiones que atienden a la diversidad no resultan violadoras del derecho a la igualdad.

La capacidad de organización de una persona natural no puede ser igual a los de una persona jurídica. Se trata de supuestos diferentes, en la medida en que resulta evidente que ésta última, por su naturaleza, habrá de contar con capacidades mayores que las exigibles de una persona natural.

Cabe recordar que el principio de igualdad impone la obligación al Estado de ofrecer un mismo trato y protección a todas las personas, sin diferencias de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión, filosofía, mientras no existan razones legítimas para dispensar un trato diferente⁴⁹ y que habrá de establecerse siempre que el mantenimiento de la igualdad así lo indique.

La jurisprudencia constitucional sostiene que para que el trato diferenciado vulnere el derecho de igualdad, se requiere que el mismo carezca de justificación objetiva y razonable. Habrá de analizarse, entonces, en orden a determinar el desconocimiento de la norma constitucional prevista en el artículo 13, si, como los demandantes lo aseguran, de las disposiciones demandadas se deriva un trato contrario a la dignidad humana, pues establece distinciones sin que existan diferencias sustanciales, como quiera que, en principio, todas las personas, dada la igualdad que la esencia humana comporta, merecen el mismo trato y consideración, con independencia de la diversidad que entre ellas surge por motivos como la raza, el sexo, el color, el origen o las creencias⁵⁰.

⁴⁹ Sentencia C-314 de 2004 (1º de abril), exp. D-4842, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 16 y 18 (parciales) del Decreto N° 1750 de 2003 "Por el cual se escinde el Instituto de Seguros sociales y se crean Empresas sociales del Estado", M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁰ Sentencia T-610/02 (2 de agosto), M.P. Rodrigo Escobar Gil.

De acuerdo con lo anterior, resulta razonable que, con el objeto de garantizar el equilibrio en la evaluación de los proponentes, el requerimiento para la primera respuesta al medio de lo exigido a la segunda, como quiera que la diferencia de trato tiene un objetivo legítimo y una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

h).- Octavo grupo de normas acusadas:

El literal d) del párrafo del artículo 8 demandado, atrás transcrito, prevé:

Para efectos de calcular la capacidad de organización (Co) de los proponentes que ejecuten obras por el sistema de administración delegada, se deberán considerar como ingresos operacionales del valor total de las obras ejecutadas (movimientos de los fondos por año) por el sistema de administración delegada, que aparece en las certificaciones expedidas por las entidades contratantes, adicionando a ese valor las sumas recibidas por el concepto de honorarios consignados en las declaraciones de renta. Para tal efecto, se tendrán en cuenta los dos mejores años de los últimos cinco años incluyendo el de la inscripción".

Se sostiene en la demanda que, de manera injustificada, para calcular la capacidad de organización de los proponentes que ejecuten obras por el sistema de administración delegada, se deben tener en cuenta "los ingresos obtenidos en los dos (2) mejores años de los últimos cinco (5) años, incluyendo el de la inscripción", vulnerando de esta forma el derecho a la igualdad, pues "mientras por regla general los proponentes deben tener en cuenta únicamente los últimos tres (3) años para calcular su capacidad de organización, en este caso [es decir por administración delegada] se pueden tener en cuenta los últimos cinco (5) años".

Al respecto, cabe anotar que el contrato de obra pública por administración delegada⁵¹ es entendido como aquel en el que el contratista, por cuenta y riesgo

⁵¹ De acuerdo con el decreto 2090 de 1989, por el cual se expidió el reglamento de honorarios para los trabajos de arquitectura, se definió esta modalidad de pago del contrato de obra pública, en el artículo 1º sección séptima en los siguientes términos: "7.1.1 CONSTRUCCIÓN POR ADMINISTRACION DELEGADA. En este caso el arquitecto obra como representante o delegado de la entidad contratante y todos los gastos de la obra se hacen por cuenta y riesgo de este último. El arquitecto deberá pagar a nombre y

de la entidad pública contratante se encarga de la ejecución del objeto convenido, o lo que es igual, bajo este sistema el contratista actúa a nombre y por cuenta del contratante delegante⁵².

Ahora, la referencia que alcanza la descripción más completa de los contratos de administración delegada, al parecer de la Sala, se observan en los Decretos 1518 de 1965 (art. 5), 150 de 1976 y 222 de 1983, este último derogado por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, como quiera que al tiempo de presentar la forma de contratación como modalidad de obra pública, no separa a la entidad del riesgo que conlleva la ejecución, de modo que el contratista va a ser remunerado por la realización de un encargo, como tal a nombre y cuenta de la administración. En relación con su naturaleza y características, la Sección Cuarta de la Corporación ha señalado:

De acuerdo con ello, entiende la Sala que a través de ese tipo de contratos se adquieren los servicios de alguien capacitado y calificado para que construya, mantenga, instale o realice cualquier trabajo material dirigido a ejecutar la obra materia del contrato, en nombre de quien lo contrata. El contratante es el dueño de la obra, y el administrador delegado sólo se encarga de ejecutarla, asumiendo su buen resultado, como director técnico de la misma, poniendo al servicio del contrato toda su capacidad, y sin los riesgos propios del contratista independiente, como los originados en las fluctuaciones económicas, la inexperiencia o bajo rendimiento del personal contratado, o las fallas de los equipos utilizados.

En obras públicas, esa relación contractual se caracteriza por ser formal, bilateral, onerosa, conmutativa, de tracto sucesivo y de colaboración por el factor intuitu personae, porque parte de un acto esencial de confianza en el que se entrega a otra persona la responsabilidad de manejar dineros públicos y empleados oficiales con el fin de atender un objeto de interés social, sin perjuicio de que el contrato pueda cederse, previa autorización del contratante.

(..)

En términos generales, conforme con la naturaleza misma del contrato, el contratante debe determinar claramente la obra a ejecutar; suministrar al contratista todo lo necesario para el cumplimiento de sus funciones, como

cuenta de la entidad contratante todos los gastos de obra definidos como presupuesto de construcción, sin incluir los gastos legales, financieros, gerencia, promoción y ventas, escrituración, propaganda y avalúos que no se consideran incluidos en el presupuesto de la obra. Sobre este punto se aclara que los pagos de otros honorarios, gastos reembolsables de otros asesores, licencias y tasas municipales, el arquitecto sólo está comprometido a pagarlas de los fondos sometidos a su responsabilidad por autorización expresa de la entidad contratante, pero no está responsabilizado a controlar y estar pendiente de la oportuna contratación y pago de dichos gastos”.

⁵² Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 26 de julio de 1996, Rad. 7754, C.P. Delio Gómez Leyva.

fondos económicos, o, si se pactaron, bienes muebles e inmuebles; y remunerar al administrador en la forma y periodos convenidos. A su vez, el contratante toma bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra, según las cláusulas contractuales; maneja los fondos que le entrega el contratante para la ejecución, invirtiéndolos en la forma que indique el contrato y rindiendo cuentas pormenorizadas, detalladas y documentadas sobre su manejo; conservar y devolver en buen estado los bienes que hubiere recibido para la ejecución del contrato, salvo el deterior natural; escoger y elegir trabajadores necesarios para realizar la obra y pagarles los salarios y prestaciones sociales que correspondan, con los dineros suministrados por el contratante, actuando como intermediario de éste; subcontratar; pagar las indemnizaciones por los daños que la ejecución cause a terceros, por su culpa descuido o negligencia o por la del personal que contrató; y pagar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato⁵³.

La Sección Tercera, por su parte, ha precisado que el sistema de administración delegada constituye una de las formas o modalidades de pago del contrato de obra pública, en la que la remuneración del administrador delegado, que se denomina *honorarios*, puede pactarse en forma de porcentaje o de precio fijo, con base en el presupuesto oficial de la obra y por lo mismo, la diligencia debe ser mayor al momento de seleccionar al contratista, en cuanto este último se encarga *-por cuenta y riesgo de la administración-* de la ejecución de la obra y *toma bajo su responsabilidad la dirección técnica de la misma⁵⁴ -se destaca-*:

(..) el valor del contrato corresponde al valor de los honorarios del administrador delegado, en los cuales quedan comprendidos además de la remuneración del trabajo desplegado por el administrador delegado, el valor de los gastos en que éste incurra para ejecutar ese trabajo y que son diferentes a aquellos propios de la ejecución de la obra cuya administración se le encomendó, los cuales, como ya se anotó, son pagados con cargo al presupuesto de la obra, esto es, a aquel destinado por la entidad contratante a la ejecución de la obra.

En otras palabras, con cargo a los honorarios que se pactan para el administrador delegado, éste debe cubrir los gastos en que incurra para la ejecución de su trabajo, tales como los viajes que deba realizar o los honorarios que deba pagar a quienes encargue de la vigilancia permanente de la ejecución de la obra, o los gastos administrativos como salarios de secretaria, costos de papelería, etc. Con todo, ello no significa que el administrador deba siempre asumir estos gastos, porque puede pactarse en el contrato de manera diferente⁵⁵.

⁵³ Al respecto, puede consultarse la sentencia de 16 de septiembre de 2010, Consejo de Estado, Sección Cuarta, M.P. Carmen Teresa Ortiz, exp. 16605.

⁵⁴ En el mismo sentido ver Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de junio de 2001, Rad. 25000-23-26-000-1991-7672-01(13793), C. P. Ricardo Hoyos Duque.

⁵⁵ Sentencia de 6 de junio de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 17253.

A juicio de la Sala, la norma trae una distinción justificada en razón de la modalidad de ejecución del contrato, pues los ingresos de un proponente que ejecute obras por administración delegada difieren de aquellos percibidos por los proponentes que contratan con el Estado bajo una modalidad de pago más usual.

Lo anterior explica el trato diferenciado en estos casos, respecto del periodo para calcular la capacidad de organización; pues resulta razonable y acompasado con la igualdad, exigir mayor experiencia para contratar bajo la modalidad de administración delegada, precisamente porque la responsabilidad que ello conlleva para la administración, resulta mayor.

Por tanto, el cargo no prospera.

i).- Noveno grupo de normas acusadas:

Artículo 9 y el párrafo del artículo 11 del Decreto 393 de 2002:

-. El artículo 9 demandado regula la capacidad máxima de contratación de los proponentes constructores, en los siguientes términos:

Artículo 9º. El artículo 10 del Decreto 92 de 1998, quedará así:

Artículo 10. Capacidad máxima de contratación de constructores. La aplicación de la siguiente fórmula con base en los puntajes obtenidos al evaluar los factores de capacidad financiera, capacidad técnica, experiencia y capacidad de organización, determinará el monto máximo de contratación (K) en s.m.m.l.v.:

$$K = \frac{Fe \times 3Cc + Vequ + 1 + Ct + E \times Co}{2000}$$

Donde:

F= Factor de endeudamiento.

Cc= Capacidad circulante.

Vequ= Valor de los equipos asociados con la actividad de construcción.

Ct= Capacidad técnica.

E= Experiencia.

Co= Capacidad de organización.

-. El artículo 11 reglamenta la forma como se determina el factor de endeudamiento permitido a los proponentes, así:

Artículo 11. El artículo 12 del Decreto 92 de 1998, quedará así:

Artículo 12. Factor de endeudamiento. Para determinar el factor que corresponde a cada proponente según el factor de endeudamiento (Fe),

primero se calcula el cociente entre pasivos totales y activos totales, se multiplica por 100 y se ubica el resultado obtenido dentro de los rangos contenidos en la tabla 5 a continuación, y se asigna el factor correspondiente:

TABLA 5
Factor de endeudamiento

Endeudamiento totales/Activos totales)*100	Factor
0-20%	1.4
21%-40%	1.2
41%-60%	1
61%-70%	0.85
71%-80%	0.70
81%-90%	0.5
91%-95%	0.2
96%- o más	0

Parágrafo. Valor de la maquinaria y el equipo (Vegu), es el valor de la maquinaria y equipo, expresado en SMMLV, que emplea el proponente en la actividad de construcción con base en la última declaración de renta y el último balance comercial según sea el caso.

La parte actora pone de presente que la norma desconoce la realidad de “los procesos económicos”, como quiera que se establece que la capacidad máxima de contratación de los constructores se encuentra determinada, entre otras cosas, por el valor de la maquinaria y el equipo utilizado por el proponente en la actividad respectiva, con base en la última declaración de renta o balance comercial, según el caso, siendo que “actualmente los contratistas no son propietarios de los equipos que utilizan en la ejecución de los contratos de obra; por el contrario, la tendencia generalizada es el alquiler o el arriendo de los mismos”.

En relación con este aspecto, la Sala debe anotar que el valor de los equipos no es el único componente de la fórmula que trae la norma para determinar la capacidad máxima de contratación de los constructores, como quiera que también comprende i) el factor de endeudamiento, ii) la capacidad circulante, iii) la capacidad técnica, iv) la experiencia y v) la capacidad de organización.

Además, en lo que tiene que ver con los equipos, no resulta posible sostener que se desconocen los distintos títulos que justifican su uso y goce, pues la norma

acusada se refiere a su valor, asociado a la actividad de construcción y no a su propiedad o tenencia.

La fórmula que trae la norma indica lo siguiente:

$$K = \frac{Fe \times 3Cc + Vequ + 1 + Ct + E \times Co}{2000}$$

Donde:

F= Factor de endeudamiento.

Cc= Capacidad circulante.

Vequ= Valor de los equipos asociados con la actividad de construcción.

Ct= Capacidad técnica.

E= Experiencia.

Co= Capacidad de organización.

Como se observa, la titulación que se ostente sobre los equipos no constituye un factor para determinar la capacidad de contratación, pues lo que cuenta es su valor.

Por tanto, contrario a lo sostenido por el actor, la norma no impide que para la ejecución de la obra o la prestación del servicio se acuda a la adquisición o a modalidades de tenencia como el arrendamiento financiero.

Las razones de conveniencia esgrimidas por la parte actora no tienen ningún asidero jurídico, por lo que, en cuanto a este aspecto, la solicitud de nulidad habrá de negarse.

j).- Décimo grupo de normas acusadas:

Las tablas números 2 y 9 contenidas en los artículos 10 y 15 respectivamente, reglamentan la puntuación por concepto de antigüedad de las personas jurídicas, en los siguientes términos:

TABLA 2 (art. 10)
Antigüedad Personas Jurídicas

	<u>Años de antigüedad en la actividad</u>	<u>Puntaje</u>
--	--	-----------------------

<u>constructora</u>		
<u>Desde</u>	<u>Hasta</u>	<u>Puntos</u>
<u>0</u>	<u>5</u>	<u>20</u>
<u>Más de 5</u>	<u>10</u>	<u>30</u>
<u>Más de 10</u>	<u>15</u>	<u>40</u>
<u>Más de 15</u>		<u>50</u>

TABLA 9 (art. 15)
Antigüedad

<u>Años de antigüedad en la actividad consultora</u>		<u>Puntaje</u>
<u>Desde</u>	<u>Hasta</u>	<u>Puntos</u>
<u>0</u>	<u>5</u>	<u>30</u>
<u>Más de 5</u>	<u>10</u>	<u>60</u>
<u>Más de 10</u>	<u>15</u>	<u>80</u>
<u>Más de 15</u>		<u>100</u>

Los accionantes sostienen que *“las tablas correspondientes a la valoración de la antigüedad deben ser revaluadas, para que únicamente se tenga en cuenta la antigüedad como factor de calificación de experiencia”* y no en función al monto del contrato de mayor valor, ejecutado en los dos últimos años.

Tal y como se consideró al analizar los cargos planteados en el literal c), la Sala debe anotar que la igualdad así concebida no significa que el legislador deba asignar a todas las personas idéntico tratamiento jurídico, porque no todas ellas se encuentran colocadas dentro de situaciones fácticas similares ni en iguales condiciones personales. Así, para delimitar el alcance y aplicación del principio se ha acudido a la fórmula clásica de que *“hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”*. Tanto la igualdad, como el trato diferenciado dispensado a personas y a situaciones personales, están referidos a condiciones, circunstancias o propiedades específicos; por consiguiente, los juicios que se formulan en cada caso resultan ser, como es lógico, juicios sobre una igualdad o diferencia fáctica parcial⁵⁶.

Descendiendo al caso concreto, la Sala considera que resulta conforme a derecho, que las personas jurídicas compitan con las naturales en igualdad de condiciones, de modo que no consultaría el artículo 13 constitucional, que para establecer la experiencia de una y otra se recurra a iguales parámetros.

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 18 de abril de 1996.

De manera que resulta razonable que la antigüedad en el ejercicio de la actividad, para efecto de las personas jurídicas, se mida con relación a la obra de mayor valor ejecutada en los dos últimos años y que ésta, finalmente, otorgue un puntaje máximo de 100 puntos.

El derecho a la igualdad no se mide en términos mecánicos o matemáticos sino atendiendo a las particularidades del sujeto o grupo económico, social, político o religioso de que se trate.

Lo anterior implica que la aplicación efectiva de la igualdad ante una determinada circunstancia, no puede ignorar o desconocer las exigencias propias de la diversidad de condiciones que resultan relevantes en escenarios diferentes, pues la vigencia del artículo 13 constitucional no excluye los tratos diferentes, antes por el contrario, los exige siempre que las condiciones así lo requieran⁵⁷.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

k).- Décimo primer grupo de normas acusadas:

Las tablas números 5, 11 y 15 contenidas en los artículos 11, 16 y 21⁵⁸ del Decreto 393 de 2002 respectivamente.

Las tablas en mención reglamentaron la forma para determinar el factor de endeudamiento, así:

Factor de endeudamiento. Para determinar el factor que corresponde a cada proponente según el factor de endeudamiento (F), primero se calcula el cociente entre pasivos totales y activos totales, se multiplica por 100 y a

⁵⁷ Al respecto, puede consultarse la sentencia de tutela de 10 de diciembre de 2009, M.P. Hugo Fernando Bastidas, exp. 2009-01032.

⁵⁸ Es de anotar que aunque en el encabezado de la demanda del proceso 25151, la parte actora se refirió también a la nulidad del artículo 21 del capítulo II del Decreto 393 de 2002, no solicitó su declaratoria en las pretensiones, como tampoco expuso el concepto de violación respecto de esta norma.

continuación se ubica el resultado obtenido dentro de los rangos contenidos en la tabla a continuación y se asigna el factor correspondiente:

Endeudamiento (pasivos totales/activos totales)*100	Factor
0-20%	1.4
21%-40%	1.2
41%-60%	1
61%-70%	0.85
71%-80%	0.70
81%-90%	0.5
91%-95%	0.2
96%-o más	0

Lo anterior se reproduce en las tablas números 11 y 15 de los artículos 16 y 21 acusados.

En la demanda se sostiene que la limitante para que proponentes con un nivel de endeudamiento superior al 96% contraten con el Estado, que se traduce en no asignarles puntaje por este factor, afecta su capacidad máxima y, por ende *“constituye una negación del derecho al trabajo consagrado en el artículo 25 de la C.N., por tal motivo la norma demandada debe ser anulada”*.

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por su parte, destaca que *“la salvaguarda de los intereses patrimoniales del Estado justifica que el proponente con un endeudamiento superior al 96% sea calificado con un puntaje igual a 0”*, sin que sea dable predicar la violación al derecho del trabajo, como lo sostiene la parte actora.

Al respecto, la Sala considera que le asiste razón a la entidad, como quiera que la revisión de las normas acusadas permite concluir que, al tiempo que salvaguardan los intereses patrimoniales del Estado, no vulneran el derecho al trabajo, como lo alega la parte actora.

Esto, si se considera que quien pretende adelantar una actividad con responsabilidad, no asume aquello que no se encuentre en capacidad de responder, aunado a que ello no lo priva de emprender actividades que se lo permitan, en todo caso, sin arriesgar a otros, particularmente, el patrimonio público.

Es de anotar que la selección objetiva es un deber -regla de conducta- en la actividad contractual, un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación (artículo 29 de la Ley 80 de 1993⁵⁹).

La Corte Constitucional destaca el interés del legislador en que los procesos de contratación sean ajenos a cualquier consideración subjetiva o discriminatoria. Al respecto, dicha corporación pone de presente los antecedentes históricos de la norma, consagrados en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993⁶⁰, en lo atinente al principio de selección objetiva consagrado en el artículo 29 de la disposición en comento –se destaca-:

(..) el principio contemplado en el artículo 3° del proyecto, según el cual tanto los servidores públicos como los particulares que contratan con la administración deben obrar bajo el claro e inequívoco entendimiento de que una de las finalidades esenciales de la contratación estatal la constituye, precisamente, el cabal cumplimiento de los cometidos estatales, impone partir del criterio de la buena fe de sus actuaciones e implica, por ello, la simplificación de trámites, requisitos y procedimientos, en el ámbito de un estricto régimen de responsabilidad correlativo. Dicho principio encuentra un complemento de significativa importancia consistente en el deber de escoger al contratista mediante la selección objetiva, aspecto éste que el estatuto anterior no contemplaba de manera explícita.

*En ese sentido, los artículos 24 y 29 del proyecto consagran expresamente ese deber de aplicar tal criterio de escogencia del contratista, para resaltar cómo **la actividad contractual de la administración debe ser en un todo ajena a consideraciones caprichosas o subjetivas y que, por lo tanto, sus actos deben llevar siempre como única impronta la del interés público.***" (negrilla de la Corte y el subrayado de la Sala).⁶¹

En esta medida tampoco es posible que se predique violación al principio de selección objetiva, como quiera que el nivel de endeudamiento de que tratan las

⁵⁹ Este artículo fue modificado por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en la que se insiste en una selección objetiva al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, bajo la consideración de que las condiciones habilitantes de los proponentes deben ser verificadas por las Cámaras de Comercio, de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de esta normativa, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

⁶⁰ Gaceta del Congreso n.º 75 de 23 de septiembre de 1992, p.16. www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/.

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2 de junio de 1999.

normas acusadas es exigible para todos los proponentes, sin ninguna distinción, con miras a obtener el ofrecimiento más favorable a los intereses de la administración contratante, que en últimas, está representado en el objeto contractual de que se trate.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

I).- Décimo segundo grupo de normas acusadas:

Incisos primero y segundo de los artículos 12 y 17, respectivamente.

El inciso primero del artículo 12 demandado reglamenta el puntaje por capacidad técnica de los proponentes constructores, en los siguientes términos:

Para determinar el puntaje que corresponde a cada proponente según la capacidad técnica (Ct), se tendrán en cuenta los socios, personal profesional universitario, personal administrativo, tecnólogo y operativo, vinculado mediante una relación contractual en la cual desarrollen actividades referentes estrictamente con la construcción. Adicionalmente se tendrá en cuenta la experiencia del personal directivo y el cumplimiento de contratos. Son tres criterios en total: Experiencia del personal directivo, cumplimiento de contratos y el número de personas.

Y, el inciso segundo del artículo 17 enjuiciado prevé lo siguiente en relación con la misma calificación:

1.1. Director de la empresa (máximo 20 puntos): 0.5 puntos por cada año de experiencia en dirección de empresas.
1.2. Profesionales de la firma (máximo 30 puntos): 0.2 puntos por cada de experiencia profesional acumulada".

La parte actora sostiene que de manera injustificada el puntaje asignado al personal directivo de los constructores y de los consultores es significativamente inferior al asignado al personal directivo de los proveedores; así "(..) *por ejemplo, mientras que por cada año de experiencia del director de una empresa de un proveedor equivale a 1 punto, esta misma experiencia del director de una empresa de un consultor o constructor equivale exactamente a la mitad, vale decir, a 0.5 puntos*".

Así mismo, los accionantes consideran que al puntaje por experiencia establecido en esta disposición, se deben aplicar las equivalencias por publicaciones, docencia, investigación, postgrados, especializaciones y distinciones profesionales, consagradas en el artículo 17 del Decreto 393 de 2002, referidas a los consultores.

Al respecto, la Sala considera que no le asiste razón al actor para solicitar la nulidad de las normas enjuiciadas, toda vez que la especialidad de las actividades a desarrollar por parte de los constructores difieren, en su esencia, de los consultores y de éstos frente a los proveedores.

En el plano del derecho a la igualdad de oportunidades en materia contractual, esta Sección ha establecido que *“(..) la efectividad del principio de igualdad “depende de un trato igualitario a todos los oferentes tanto en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, como en la calificación de sus ofertas y, por supuesto, en la selección de aquella que resulte más favorable para los intereses de la administración”⁶².*

La intención del Legislador, al definir legalmente este principio en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, fue la de regular la escogencia de la mejor oferta mediante una selección en la que prime la transparencia, imparcialidad e igualdad de oportunidades, y ajena a consideraciones subjetivas⁶³, para lo cual juegan un papel preponderante los factores y criterios de selección establecidos en igualdad de oportunidades para todos los proponentes.

Así, el puntaje otorgado a quienes pretenden contratar con el Estado, según su clasificación en el Registro Único de Proponentes, atendiendo a la especialidad de cada uno, de cara a la actividad que se va a desarrollar, en lugar de atentar,

⁶² Sentencias de agosto 29 de 2007, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15324 y de 31 de enero de 2011, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz, exp. 17767.

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de julio de 2004, exp. AP 116402: *“El referido deber de selección objetiva rige sin consideración al procedimiento o trámite que se utilice para elegir al contratista, de manera que están sometidos a él no sólo la licitación pública y el concurso de méritos, sino también la contratación directa. En efecto, por tratarse de uno de los mecanismos dispuestos en la ley para la celebración del contrato estatal, está sometida a todas las reglas y principios que el estatuto contiene, dentro de los cuales está el principio de selección objetiva.”*

realiza la igualdad y permite seleccionar objetivamente a quienes compiten como constructor, consultor o proveedor.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

m).- Décimo tercer grupo de normas acusadas:

Los incisos cuarto de los artículos 12 y 17 y tercero del artículo 22 y las tablas números 7, 13 y 16 de los artículos 12, 17 y 22 del Decreto 393 demandado, reglamentan la forma para determinar el puntaje por cumplimiento de contratos, así:

- . Inciso cuarto del artículo 12: "Cumplimiento. Para determinar el puntaje que corresponde a cada proponente según el cumplimiento serán tomados en consideración los contratos a los cuales les haya sido declarado caducidad, atendiendo a la siguiente tabla".

- . Tabla 7 del artículo 12:

TABLA 7
Puntaje de cumplimiento

<i>Incumplimiento</i>	<i>Puntaje</i>
<i>Ninguna declaratoria de caducidad</i>	<i>25</i>
<i>Declaratoria de caducidad hace 10 años o más</i>	<i>20</i>
<i>Declaratoria de caducidad entre los últimos 10 y 5 años</i>	<i>15</i>
<i>Declaratoria de caducidad en los últimos 5 años</i>	<i>0</i>

Lo anterior se reproduce en el inciso cuarto del artículo 17 y en la tabla 13 de la misma disposición, al igual que en el inciso tercero del artículo 22 y su tabla 16.

- . El artículo 22 enjuiciado regula el puntaje por capacidad técnica de los proponentes proveedores, en los siguientes términos:

Artículo 22. *El artículo 23 del Decreto 92 de 1998 quedará así:*

Artículo 23. *Puntaje por capacidad técnica de proveedores. Para determinar el puntaje que corresponde a cada proponente según la capacidad técnica (Ct), se tendrán en cuenta la experiencia del personal directivo y el cumplimiento de contratos.*

Aspecto	Puntaje Máximo
----------------	-----------------------

<i>Personal Directivo</i>	<i>50</i>
<i>Cumplimiento</i>	<i>50</i>

TABLA 16
Puntaje de cumplimiento

<u>Incumplimiento</u>	<u>Puntaje</u>
<i><u>Ninguna declaratoria de caducidad</u></i>	<i><u>25</u></i>
<i><u>Declaratoria de caducidad hace 10 años o más</u></i>	<i><u>20</u></i>
<i><u>Declaratoria de caducidad entre los últimos 10 y 5 años</u></i>	<i><u>15</u></i>
<i><u>Declaratoria de caducidad en los últimos 5 años</u></i>	<i><u>0</u></i>

Para calcular el puntaje de cumplimiento de los proponentes que sean personas naturales, se deberá tener en consideración los contratos a los cuales les haya sido declarada la caducidad, celebrados tanto por el proponente como por las sociedades de las cuales haya sido accionista. De otro lado, para calcular el puntaje de cumplimiento de los proponentes que sean personas jurídicas, se deberá tener en consideración los contratos a los cuales les haya sido declarada la caducidad, celebrados por el proponente, los socios de proponente o las sociedades en las cuales dichos socios tengan o hayan tenido participación.

La parte actora considera que las normas acusadas son inconstitucionales e ilegales, como quiera que “(..) *existen muchas hipótesis de incumplimiento que no dan lugar a la declaratoria de caducidad*”, razón por la cual la norma “(..) *resulta manifiestamente inequitativa por no evaluar realmente el grado de cumplimiento o incumplimiento de los contratos anteriores de los proponentes, puesto que deja por fuera muchos eventos de incumplimiento*”.

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por su parte, sostuvo que “*el factor más importante a considerar dentro del concepto de cumplimiento en un contrato estatal es la declaratoria de caducidad*”, por lo que, en su criterio, no se vulnera el derecho a la igualdad, al establecer la declaratoria como criterio de evaluación “*en tanto la caducidad constituye un límite máximo de incumplimiento a partir del cual es procedente la calificación en el registro único de proponentes*”.

Bajo el régimen del Decreto Ley 222 de 1983 no solo el incumplimiento de las obligaciones del contratista daba lugar a la declaratoria de caducidad del contrato, pues tal decisión también tenía origen en la muerte del particular colaborador o su incapacidad física, la interdicción judicial, la disolución de la persona jurídica, la incapacidad financiera que se presumía cuando se declaraba en quiebra, se le

abría concurso de acreedores o era intervenido por autoridad competente, se retrasaba en el pago de salarios o prestaciones sociales o era embargado judicialmente. Con la Ley 80 de 1993 se restringió dicha facultad y se permitió a la entidad pública contratante declararla unilateralmente, dando lugar a que asuma directamente la ejecución de la obra o la prestación del servicio, o confiarla a un tercero que reúna la idoneidad técnica y la solvencia económica o financiera necesaria para ejecutar las prestaciones encaminadas a la satisfacción del interés público⁶⁴.

En los términos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la declaratoria de caducidad procede por hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato, evidenciando que se podría llegar a su paralización. En este caso, la entidad, por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre la relación, sin que haya lugar a indemnización alguna, a la vez que el contratista se hará acreedor de las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley y conlleva el siniestro de incumplimiento.

Esta fue la intención del legislador, reflejada en la exposición de motivos del mentado Estatuto de contratación, en la medida en que a través de “(..) *la cláusula de caducidad la administración adquiere la potestad de terminar unilateralmente un contrato estatal cuando se presenten "alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización". Son inobservancias de los deberes contractuales que son imputables al contratista o que están vinculados a acciones u omisiones que se le puedan imputar a título de dolo o de culpa*”⁶⁵.

En estos términos, considerar las declaratorias previas de caducidad como factor de calificación a tener en cuenta en el registro de proponentes, consulta el derecho a la igualdad, a la vez que permite realizar el principio de selección objetiva y defiende el patrimonio público, como quiera que se trata de un

⁶⁴ Sentencia de 21 de abril de 2004, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, exp. 12852.

⁶⁵ Gaceta del Congreso n.º 75 de 23 de septiembre de 1992, p.16. www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/.

incumplimiento de obligaciones que reviste tal gravedad, que impide el desarrollo del contrato o genera su parálisis.

Es de anotar que el contratista es el primero en tener certeza sobre la forma en que se avino a cumplir con la prestación del contrato, en la medida en que, de suyo, tiene conocimiento sobre la insatisfacción total que estaba generando la prestación del servicio y habiendo tenido la oportunidad de adoptar los correctivos necesarios no lo hizo.

De conformidad con lo anterior, el incumplimiento que da lugar a la declaratoria de caducidad debe constituirse en un factor relevante dentro de la evaluación de las calidades del proponente, con miras a que las entidades públicas, al adelantar sus procesos de selección, conozcan de antemano las condiciones y de quienes pretenden contratar con ellas y, de esta forma, poder depositar su confianza para ejecutar el contrato.

Por tanto, el cargo no prospera.

El mismo derrotero aplica respecto de la legalidad enjuiciada de los incisos quinto y sexto de los artículos 12 y 17 y cuarto y quinto del artículo 22 del Decreto 393 de 2002, a cuyo tenor se lee:

-. El inciso quinto del artículo 12 demandado señala:

Para calcular el puntaje de cumplimiento de los proponentes que sean personas naturales, se deberá tener en consideración los contratos a los cuales les haya sido declarada la caducidad, celebrados tanto por el proponente como por las sociedades de las cuales haya sido accionista.

Lo anterior se reproduce en los incisos quinto del artículo 17 y cuarto del artículo 22 demandado.

-. El inciso sexto del artículo 12 acusado dispone:

De otro lado, para calcular el puntaje de cumplimiento de los proponentes que sean personas jurídicas, se deberá tener en consideración los contratos a los cuales les haya sido declarada la caducidad, celebrados por el proponente, los socios del proponente o las sociedades en las cuales dichos socios tengan o hayan tenido participación.

Lo anterior se reproduce en los incisos sexto del artículo 17 y quinto del artículo 22 también enjuiciados.

En la demanda se sostiene que *“(..) si para calificar el cumplimiento del proponente se deben tener en cuenta no solo los contratos en los cuales actuó como contratista sino también todos aquellos que celebró la sociedad de la cual es accionista y los celebrados por cualquier socio de un proponente persona jurídica”*, las disposiciones vulneran los principios de transparencia, equidad, imparcialidad y selección objetiva del contratista, en la medida en que se sanciona al proponente por hechos ajenos a su conducta.

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por su parte, sostiene que las normas antes transcritas desarrollan el mandato contenido en el literal i) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, por lo que no es posible que se decrete la legalidad condicionada en los términos solicitados por el demandante, pues ello equivaldría a *“(..) permitir que si la sociedad se le declara la caducidad del contrato por incumplimiento de sus obligaciones, sus socios pueden seguir contratando porque la consecuente inhabilidad de la sociedad no los cobija y de esta manera no se ve entorpecido el ejercicio de la actividad que antes estaba en cabeza de la sociedad”*. Adujo que *“(..) si la inhabilidad recae sobre la persona natural, ésta puede acudir a la constitución de una sociedad para, a través de ella, como persona jurídica autónoma, continuar prestando los servicios que antes realizaba como persona física”*.

Sobre el particular, la Sala debe anotar que el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 determina quienes son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales. Así, el literal i) de esta norma impide la comparecencia de *“los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria”*.

Las normas jurídicas referentes a las inhabilidades y a las incompatibilidades consagran impedimentos y prohibiciones de variada índole, en virtud de las cuales se limita la capacidad legal para ser proponente o contratista del Estado. Este tipo de normas tienen por objeto preservar valores superiores, tales como la moralidad administrativa y la igualdad.

Esta fue la intención del legislador plasmada en la exposición de motivos de los artículos 8º, 9º y 10º del Estatuto Contractual, al establecer que las inhabilidades e incompatibilidades son las que recogen una relación de circunstancias vinculadas con la persona misma del contratista y cuya presencia impide la celebración del contrato, so pena de verse afectado de nulidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales a que haya lugar. Según la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 80 de 1993, *“(..) las primeras se refieren a circunstancias de alguna manera imputables al contratista que impiden la celebración de cualquier tipo de contrato estatal por un tiempo determinado. Las relativas a la incompatibilidad se predicen respecto a la celebración de un contrato circunscrito a una determinada entidad y por un tiempo igualmente señalado en razón a vinculaciones de orden laboral, vínculos de parentesco, vínculos de afecto o de interés”*⁶⁶.

Al tema se ha referido la Corporación en diversas ocasiones. En efecto, en la sentencia de 10 de febrero de 2011, la Sala señaló que los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, son preceptos jurídicos que establecen prohibiciones de diversa índole, destinadas tanto a los servidores públicos como a los particulares, con el objeto de lograr, en lo que a la contratación pública atañe, la transparencia, objetividad y la imparcialidad en la misma. La inhabilidad, por un lado, debe entenderse como aquella circunstancia que impide a una persona celebrar algún contrato, la cual ha sido establecida por la Constitución o la ley y la incompatibilidad hace referencia a lo que no puede poseerse o ejercerse a un tiempo por una misma persona. Al respecto, se destacan algunos apartes de la decisión en comentario:

“En otras palabras por inhabilidad se entiende la imposibilidad de llegar a ser o de tener una determinada condición jurídica y ésta en materia contractual puede ser general o especial. Se dice que es general, cuando no se puede contratar con ninguna de las personas de derecho público o privado y es especial cuando aquélla se reduce a personas de derecho público o privadas específicas, como cuando se está inhabilitado para participar en determinada licitación. La incompatibilidad, en cambio, se refiere a la prohibición de que concurren dos distintas condiciones, esto es, impide tener una condición porque ya se posee otra y existirá mientras se tenga alguna de las condiciones.

⁶⁶ Gaceta del Congreso n.º 75 de 23 de septiembre de 1992, p.16. www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/.

“La jurisprudencia constitucional en relación con las inhabilidades e incompatibilidades afirma:

‘Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de suyo excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal (CC arts. 1502 y 1503; ley 80 de 1993, art. 6). De ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (ley 80 de 1993, art. 44).’

‘El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal (incompatibilidad o inhabilidad) no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado’⁶⁷.

“También ha sostenido que ‘si el contrato es una de las formas jurídicas de la función administrativa, la cual se exterioriza a través de etapas anteriores y posteriores a la celebración del contrato, todo el proceso debe configurarse conforme a los principios rectores de la función administrativa consagrados en el artículo 209 superior, según los cuales el poder de ejecución debe seleccionar la oferta más ventajosa para el Estado, tanto cuantitativa como cualitativamente. En este orden de ideas, la necesidad de rodear de condiciones de transparencia e imparcialidad a la función administrativa juega un papel determinante como factor de legitimidad en el proceso de contratación, pues tiene una doble función: una negativa, ya que señala las condiciones mínimas para el acceso a la contratación, constituyéndose en un límite a la actividad administrativa y particular. Y, tiene una función positiva, en la medida en que el interés general se convierte en una condición inexcusable que dirige la acción estatal.’⁶⁸

“Pese a que, ninguno de los estatutos que han reglado la contratación administrativa –decretos leyes 1670 de 1975, 150 de 1976 y 222 de 1993 y ahora la ley 80 de 1993, definen los términos inhabilidad e incompatibilidad, todos coinciden, sin embargo, en que es un campo reservado al legislador.”⁶⁹

⁶⁷ Sentencia C-415 de 1994.

⁶⁸ Sentencia C- 429 de 1997.

⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de septiembre 20 de 2001, Expediente 10989, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Posición

En la jurisprudencia constitucional⁷⁰, por su parte, ha sostenido que la aplicación de estos preceptos exige una interpretación restrictiva, dado que según el principio hermenéutico *pro libertate*, entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula una inhabilidad, debe preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas; en otros términos, se encuentra proscrita constitucionalmente la interpretación extensiva de las causales de inhabilidad, al punto que las palabras de la ley se constituyen en frontera que no puede traspasar en el ejercicio hermenéutico, pues de hacerlo se vulnerarían los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 CN) y a la igualdad (art. 13 Ibid.); así lo ha señalado la Corte Constitucional en sede de tutela al indicar que: *“el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas.”*⁷¹

Frontera esta que las normas enjuiciadas no traspasan, al punto que la Sala considera que le asiste razón a los demandados, si se tiene en cuenta que declarar la constitucionalidad condicionada que solicita el actor, equivaldría a negar el carácter sancionatorio de la caducidad, pues los socios, quienes en realidad deben asumir las consecuencias del incumplimiento, se mantendrían en la actividad estatal, como si nada hubiese ocurrido.

Es de anotar que en tratándose del patrimonio público, por decisión del legislador, razonable y justificada, el Estado no contrata con quien incumplió con sus obligaciones al punto de paralizar las obras o los servicios, en tanto permanezca la inhabilidad.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

reiterada en sentencia de 10 de febrero de 2011, M.P. Hernán Andrade Rincón, exp. 16306.

⁷⁰ Ver entre muchas otras providencias: CORTE CONSTITUCIONAL Sentencias C 147 de 1998, T-282 de 2006. Cita en en sentencia de 10 de febrero de 2011, M.P. Hernán Andrade Rincón, exp. 16306.

⁷¹ Corte Constitucional, sentencia T-1039 de 2006, M.P. Sierra Porto.

n).- Décimo cuarto grupo de normas acusadas:

Los artículos 9 y 14 del Decreto 393 de 2002 reglamentaron la capacidad máxima de contratación de los proponentes constructores, en los siguientes términos:

Artículo 9º. El artículo 10 del Decreto 92 de 1998, quedará así:

Artículo 10. Capacidad máxima de contratación de constructores. La aplicación de la siguiente fórmula con base en los puntajes obtenidos al evaluar los factores de capacidad financiera, capacidad técnica, experiencia y capacidad de organización, determinará el monto máximo de contratación (K) en s.m.m.l.v.:

$$K = \frac{Fe \times 3Cc + Vequ + 1 + Ct + E \times Co}{2000}$$

Donde:

F= Factor de endeudamiento.

Cc= Capacidad circulante.

Vequ= Valor de los equipos asociados con la actividad de construcción.

Ct= Capacidad técnica.

E= Experiencia.

Co= Capacidad de organización.

Artículo 14. El artículo 15 del Decreto 92 de 1998 quedará así:

Artículo 15. Capacidad máxima de contratación de consultores. La aplicación de la siguiente fórmula con base en los puntajes obtenidos al evaluar los factores de capacidad financiera, capacidad técnica, experiencia y capacidad de organización, determinará el monto máximo de contratación (K), en SMMLV:

$$K = \frac{Fe \times Cc \times 1 + Ct + E \times Co}{200}$$

Donde,

Fe= Factor de endeudamiento

cc= Capacidad circulante

Ct= Capacidad técnica

E= Experiencia

Co= Capacidad de organización

Los accionantes arguyen que, en cuanto las disposiciones en mención eliminaron el Factor de Paridad Internacional, favorecieron a los proponentes extranjeros y a quienes ejecutan contratos en otros países “con moneda dura”, en desmedro de los nacionales “con moneda débil”.

Como consecuencia de lo anterior, la parte actora también alega que con la eliminación del FPI se vulnera el artículo 29 del Estatuto de Contratación Estatal, relativo al principio de selección objetiva, como quiera que *“(..) sin un factor de paridad o sin un mecanismo con el cual se pueda colocar en un plano de igualdad dos partes disímiles, es casi imposible que se puedan comparar dos oferentes y escoger al que resulte más idóneo para ser contratista del Estado”*, pues, en su sentir, sin el FPI *“(..) se distorsiona la ponderación de la experiencia, de la capacidad técnica, financiera y de organización y por consiguiente de la capacidad máxima de contratación de los proponentes nacionales y extranjeros”* (fls. 25-28 cuaderno principal).

El Ministerio de Transporte, por su parte, precisa que Factor de Paridad Internacional (FPI) constituye un elemento macro político general -y no de medición- que depende de indicadores de desarrollo que expide el Banco Mundial, *“(..) que incluso puede llegar a producir desequilibrios innecesarios entre la evaluación de las propuestas, en cuanto introduce estructuras empresariales dentro de un margen común hasta el cual llega el criterio de selección, permitiendo que se diluyan las especificidades objetivas que las diferencian y que permiten calificar imparcialmente al verdadero mejor postor”*. Arguye la demandada que no hay violación al derecho de igualdad ni al principio de selección objetiva, como lo aduce el actor (fls. 52-55 cuaderno principal)⁷².

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo alega⁷³, por su parte, que las normas acusadas no infringen el ordenamiento jurídico, pues con ellas no se crea un desequilibrio en detrimento de los intereses de los oferentes nacionales. Señaló el ministerio que, contrario a lo afirmado en la demanda, las fórmulas previstas en los artículos 9 y 14 del Decreto 393 de 2002 se ajustan a la realidad contractual de cada proponente y evitan la celebración de contratos de cuantías significativas a sociedades o personas que no estén en capacidad de cumplirlos.

Puso de presente, además, los cargos formulados con los mismos artículos del Decreto 393 de 2002, en el proceso acumulado (fls. 67-72 cuaderno principal).

⁷² Proceso 25152. La demanda formulada en contra de los artículos 8, 10 a 13 y 15 a 22, contenidos en el proceso 25151, la Nación-Ministerio de Transporte contestó extemporáneamente (fls. 276-302 cuaderno 1).

⁷³ Dentro del proceso 25152.

Sobre el particular, el Ministerio del Interior y de Justicia señala⁷⁴, al igual que el de Comercio, Industria y Turismo, que se buscó prescindir de elementos que, de forma injustificada, aumentaban la capacidad de contratación de los proponentes, para el efecto, el factor de paridad internacional, que distorsionaba la realidad particular y específica de quien pretendía contratar con el Estado. Razón suficiente para acoger fórmulas de evaluación de ofertas sobre aspectos esencialmente objetivos (fls. 88-93 cuaderno principal).

Al respecto, la Sala observa que dada la eventual transgresión a un precepto superior como el derecho a la igualdad, el cargo de ilegalidad planteado debe analizarse a partir de un juicio de proporcionalidad.

En cuanto a la **finalidad** y **la idoneidad** de la norma acusada encuentra su sustento en la exposición de motivos que acompañó al proyecto de ley que finalmente se aprobó en el artículo 21 de la Ley 80 de 1993, el cual reguló la protección y preferencia de las ofertas nacionales, estableciendo la obligación por parte de las entidades estatales de garantizar la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones de competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva que se utilice y siempre y cuando exista oferta de origen nacional.

En la exposición de motivos de esta normativa, la cual refleja la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 80 de 1993, en lo atinente al tema bajo estudio, se precisa que si bien debe protegerse a los oferentes y bienes y servicios de origen nacional, su contenido tendrá que adecuarse a las exigencias de una política de apertura. Se dijo que el artículo 21 *“(.) consagra un sano criterio de libre competencia entre los oferentes nacionales y extranjeros, favoreciendo siempre la opción que mejor convenga al interés público, pero profiriendo la oferta de bienes y servicios de origen nacional cuando las condiciones para contratar resulten iguales. Es decir que se apoya a la industria, a la ingeniería y a la consultoría nacionales dentro de un marco de libre competitividad”*⁷⁵.

⁷⁴ Dentro del proceso 25152.

⁷⁵ Gaceta del Congreso n.º 75 de 23 de septiembre de 1992, p.16. www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/.

En cuanto a la **necesidad y la proporcionalidad de lo regulado en las disposiciones demandadas**, en la exposición de motivos del proyecto que precedió a la aprobación de la Ley 80 de 1993, muestra que la principal razón con que se justificó la proposición de esta norma fue la necesidad de internacionalizar la economía y establecer un libre mercado que permita la concurrencia no solo de proponentes nacionales sino también de extranjeros, en donde el intercambio de monedas conlleve mayor inversión para el país.

Aunado a lo anterior, en el *sub lite*, no resulta claro cómo la eliminación del factor de paridad internacional pueda impedir la selección objetiva del contratista, en tanto el mismo no es un criterio para el estudio, evaluación y ponderación de las ofertas, como quiera que el procedimiento de calificación de las ofertas de constructores y consultores que trae el Decreto 393 de 2002 involucra aspectos específicos de evaluación, como son la experiencia, la capacidad financiera, técnica y de organización, con base en los cuales se establecerá objetivamente la capacidad máxima de contratación, determinada en SMMLV, en donde juega un papel importante el nivel de endeudamiento de los proponentes, toda vez que lo que la norma pretende es que los contratos sean asignados prioritariamente a quienes garanticen que el destino de las sumas entregadas a los contratistas, cubran los gastos derivados de la ejecución del contrato y no el pago de deudas contraídas con anterioridad a la ejecución del mismo.

Este requisito es exigible para todos los proponentes en igualdad de condiciones, lo que garantiza el principio de selección objetiva, previsto en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, mediante el cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Tal y como se analizó en la exposición de motivos del artículo 21 de la Ley 80 de 1993, la meticulosa y amplia protección a la industria y al trabajo nacionales contemplada a partir del artículo 268 del Decreto 222 de 1983, se encuentra plenamente justificada dentro del marco proteccionista que orientó la actividad económica por varios lustros. Sin embargo, la apertura de la economía necesariamente tiene que afectar el esquema tradicional de forma tal que se alcance verdadera uniformidad y eficacia en la política económica.

Ahora, la simple comparación de los textos de las normas invocadas y las acusadas no permite arribar a la conclusión expuesta por los demandantes, según la cual de su aplicación seguiría un tratamiento discriminatorio para los proponentes nacionales, toda vez que tales disposiciones se limitan a establecer las fórmulas que deben aplicarse por las entidades contratantes para determinar la capacidad máxima de contratación de constructores y consultores que presenten ofertas dentro de los procesos de selección de contratistas que aquellas adelanten.

La Sala considera que las normas acusadas no desconocen el derecho de igualdad ni el principio de selección objetiva.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

o).- Décimo quinto grupo de normas acusadas:

Los incisos segundos de los artículos 12 y 22 demandados reglamentan el puntaje asignado por concepto de experiencia, en los siguientes términos:

- El inciso segundo del artículo 12 enjuiciado dispone:

Aspecto	Puntaje máximo
<i>Personal Directivo</i>	<i>25</i>
<i>Número personas</i>	<i>50</i>
<i>Cumplimiento</i>	<i>25</i>

1. Experiencia personal directivo: El puntaje se asignará con base en los años de experiencia así:

1.1. Director de la empresa (máximo 20 puntos): 0.5 puntos por cada año de experiencia en dirección de empresas.

1.2. Director de obras (máximo 20 puntos): Se elige al director de obra con mayor experiencia y se asignan 0.4 puntos por cada año de experiencia en dirección de obras.

1.3. Otros profesionales de la firma (máximo 10 puntos): 0.2 puntos por cada año de experiencia profesional acumulada.

- El inciso segundo del artículo 22 acusado prevé:

1. Personal directivo. El puntaje se asignará con base en los años de experiencia así:

1.1. Director de la empresa (máximo 20 puntos): 1.0 puntos para cada año de experiencia en dirección de empresas y 0.8 puntos

por cada año de experiencia profesional.

1.2. Profesionales de la firma (máximo 30 puntos): 0.5 puntos por cada año de experiencia profesional acumulada".

La parte actora pretende que se declare la “*constitucionalidad y legalidad condicionada*”, en el sentido de que también a los constructores y proveedores se aplican las equivalencias establecidas en el inciso sexto del artículo 17 del Decreto 393 de 2002, para el efecto, en la demanda se sostiene que “(..) *a diferencia de lo que sucede con los consultores, para este personal directivo no se establecen equivalencias por concepto de estudios de postgrado, el ejercicio de la docencia y la investigación, la publicación de libros y la obtención de méritos profesionales*”, pues de lo contrario se vulneraría el derecho a la igualdad.

De conformidad con lo anterior, los demandantes solicitan se deben aplicar las equivalencias por publicaciones, docencia, investigación, postgrados, especializaciones y distinciones profesionales, consagradas en el artículo 17 del Decreto 393 de 2002, referidas a los consultores.

No obstante, la Sala considera, como se ha venido sosteniendo a lo largo de la sentencia, los consultores y proveedores no se encuentran en igualdad de condiciones que los consultores, al punto que vulneraría el derecho a la igualdad disponer que los personales directivo y administrativo, de una y otra, se califiquen con iguales porcentajes.

Sabido es que los constructores se comprometen en la realización de trabajos materiales, mientras que los consultores realizan estudios y adelantan investigaciones, necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, diagnóstico, así como asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, es decir, emprenden actividades en las que prima el intelecto y, por tal motivo, cuenta en mayor grado su personal directivo y administrativo, que en obras, por su naturaleza, lo requieren en menor grado.

La particularidad de las obras o servicios prestados permite la clasificación de los proponentes en constructores, consultores y proveedores, en los términos del artículo 22 de la Ley 80 de 1993, que regula el Registro Único de Proponentes, a cuyo tenor “*Todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales, contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa*

de bienes muebles, se inscribirán en la Cámara de Comercio de su jurisdicción y deberán estar clasificadas y calificadas (..)”. Así mismo, la norma dispone que la clasificación y calificación se realizará por las mismas personas naturales o jurídicas interesadas en contratar con las entidades estatales, ciñéndose estrictamente a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional en aplicación de criterios de experiencia, capacidad financiera, técnica, organización, disponibilidad de equipos (numeral 22.3 ibídem). Por lo anterior, el cargo no prospera.

En consecuencia, la Sala encuentra que los cargos formulados por el actor en contra de los artículos 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20 y 22 del capítulo II del Decreto n.º 393 de 2002, relativos a la calificación de los proponentes, no tienen vocación de prosperidad, por lo que se impone denegar las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”

R E S U E L V E

NEGAR las pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Presidente de la Subsección

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Magistrada