

ACCIÓN DE NULIDAD SIMPLE – Pliego de condiciones – Niega – Potestad reglamentaria – No se transgredió facultades legales – No existió exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria – Factores de desempate – Mipymes

Al descender al caso concreto, con base en todo lo expuesto, esta Subsección considera inexistentes los excesos en la potestad reglamentaria que la parte demandante señala respecto del texto cuya nulidad solicita, por cuanto es claro que el mismo no contraviene lo establecido por el Estatuto General de la Contratación Pública, en tanto no retira, reemplaza, ni adiciona criterio alguno para la selección objetiva de contratistas. Por el contrario, se observa con claridad que lo dispuesto por el artículo 2 del Decreto 2473 de 2010 resulta armónico con lo establecido por el artículo 21 de la Ley 80 de 1993, en cuanto dicha norma establece con claridad el deber de las entidades contratantes de preferir la oferta nacional de bienes y servicios en condiciones de igualdad, así como frente al contenido del artículo 2 de la Ley 816 de 2003, que se manifiesta en el mismo sentido. Igualmente, la norma demandada desarrolla en debida forma el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 y el contenido del artículo 12 de la Ley 590 de 2000, en la medida en que viene a complementar aquellos vacíos que dejó el legislador al establecer la necesidad de prever mecanismos que faciliten, promuevan y favorezcan la participación de las Mipymes dentro de los procesos de contratación por parte de las entidades vinculadas por el Estatuto General de la Contratación Pública. De ese modo, es claro que la norma demandada no contraviene lo dispuesto por aquellas disposiciones que le sirvieron de sustento al momento de su expedición y durante el término de su vigencia, pues concuerda con aquellas y sólo las complementa en la medida en que fue necesario determinar de forma más precisa la manera en que habrían de ser aplicadas. Ello se ve reforzado cuando se observa que el propio texto de la norma demandada establece como residuales los criterios dispuestos por ella, pues se afirma que los mismos sólo pueden ser aplicados tras haberse calificado las ofertas presentadas dentro del proceso de selección con los criterios señalados por la Ley, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, y después de haberse intentado el desempate por medio de la priorización de criterios objetivos previstos en el pliego de condiciones. Así las cosas, el cargo relacionado con el supuesto exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional también será desestimado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil trece (2013).

Radicación número: 11001-03-26-000-2011-00012-00(40458)

Actor: JUAN PABLO SUÁREZ CALDERÓN

Demandado: MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO Y OTROS

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD SIMPLE (APELACIÓN SENTENCIA)

Se decide la acción de nulidad interpuesta por el demandante¹ contra lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 2473 de 2010 y su párrafo, expedido por el Gobierno Nacional.

¹ Folios 3 a 66 del cuaderno principal.

I. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

DIARIO OFICIAL No. 47765 DE 2010

DECRETO NÚMERO 2473 DE 2010 **(Julio 9)**

por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993, la Ley 590 de 2000, la Ley 816 de 2003 y la Ley 1150 de 2007.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, en el artículo 12 de la Ley 590 de 2000 modificado por el artículo 9° de la Ley 905 de 2004, en la Ley 816 de 2003 y en la Ley 1150 de 2007 y

CONSIDERANDO:

Que el Congreso de la República expidió la Ley 590 de 2000, modificada por medio de la Ley 905 de 2004, por medio de la cual se dictan disposiciones para la promoción y el desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa.

Que el artículo 12 de la Ley 590 de 2000 establece la obligación de las entidades públicas de desarrollar programas de aplicación de las normas sobre contratación; promover e incrementar la participación de más Mipymes como proveedoras de los bienes y servicios; establecer procedimientos administrativos que faciliten el cumplimiento de los requisitos y trámites relativos a pedidos, recepción de bienes o servicios, condiciones de pago y acceso a la información; y de preferir en condiciones de igualdad de condiciones de precio, calidad y capacidad de suministros y servicios a las Mipymes nacionales.

Que el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 establece los criterios con base en los cuales se deben estructurar los factores de escogencia y calificación de las ofertas con base en la selección objetiva.

Que se hace necesaria la adopción de criterios objetivos que permitan apoyar a la industria nacional en los procesos de contratación, así como la regulación y el tratamiento que debe darse a los factores de desempate que deban incluirse en los pliegos de condiciones:

DECRETA:

(...)

“Artículo 2°. Factores de Desempate. Salvo lo previsto para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización en el Decreto 2474 de 2008, o de las normas que lo modifiquen, subroguen o deroguen, y de conformidad con el artículo 21 de la Ley 80 de 1993, el artículo 12 de la Ley 590 de 2000 modificado por el artículo 9° de la Ley 905 de 2004, los artículos 1° y 2° de la Ley 816 de 2003 y el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007,

en los pliegos de condiciones las Entidades Estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública determinarán los criterios de desempate de conformidad con las siguientes reglas sucesivas y excluyentes:

1. En caso de que se presente igualdad en el puntaje total de las ofertas evaluadas, se aplicarán los criterios de desempate previstos en los pliegos de condiciones, mediante la priorización de los factores de escogencia y calificación que hayan sido utilizados en el proceso de selección, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007. Si después de aplicar esta regla persiste el empate, se entenderá que las ofertas se encuentran en igualdad de condiciones.

2. En caso de igualdad de condiciones, se preferirá la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.

3. Si se presenta empate o este persiste y entre los empatados se encuentren Mipymes, se preferirá a la Mipyme nacional, sea proponente singular, o consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, conformada únicamente por Mipymes nacionales.

4. Si no hay lugar a la hipótesis prevista en el numeral anterior y entre los empatados se encuentran consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura en los que tenga participación al menos una Mipyme, este se preferirá.

5. Si el empate se mantiene, se procederá como dispongan los pliegos, pudiendo utilizar métodos aleatorios.

Parágrafo. En cualquier caso los factores de desempate contenidos en los numerales 1 al 4 se aplicarán de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 816 de 2003. Al efecto, los bienes y servicios originarios de países con los cuales Colombia tenga compromisos comerciales internacionales vigentes en materia de trato nacional para compras estatales, o de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales; deberán ser tratados en el marco de los criterios de desempate como si fueren bienes o servicios nacionales colombianos”.

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

1. Normas violadas

La parte actora señaló como normas violadas las siguientes: los artículos 13, 114, 150 inciso final y 189 numeral 11 de la Constitución Política; parágrafo del artículo 1 de la Ley 816 de 2003; y artículos 5 y 32 de la Ley 1150 de 2007.

a) Constitución Política:

ARTICULO 13. *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.

ARTICULO 114. *Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración.*

El Congreso de la República, estará integrado por el Senado y la Cámara de Representantes.

ARTICULO 150. *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

(...)

Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.

ARTICULO 189. *Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:*

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

b) Ley 813 DE 2003:

ARTÍCULO 1o. *(...)*

PARÁGRAFO. *Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. Este último caso se demostrará con informe de la respectiva Misión Diplomática Colombiana, que se acompañará a la documentación que se presente.*

c) Ley 1150 DE 2007:

ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. *Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines*

que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

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

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

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

ARTÍCULO 32. DEROGATORIA. (...)

Las normas del Estatuto General de Contratación Pública preferirán a cualquiera otra sobre la materia, con excepción de aquellas de naturaleza estatutaria u orgánica. En consecuencia, la derogatoria de las normas del Estatuto General de Contratación Pública sólo podrán hacerse de manera expresa, mediante su precisa identificación.

2. Concepto de la violación

2.1 Respecto de los preceptos constitucionales señalados como violados por la disposición demandada, el actor realizó un análisis puntual sobre cada uno de los mismos.

2.1.1 Con relación al artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, afirmó que la potestad reglamentaria concedida al Presidente de la República se circunscribe a la reglamentación de los textos legales proferidos por el legislativo, con el fin de hacerlos aplicables. Lo anterior, salvo en aquellos casos en los que la misma Constitución faculta al ejecutivo para la expedición de textos legales en casos excepcionales o mediando autorización expresa por parte del Congreso de la República.

Sin embargo, en su concepto, la disposición acusada adiciona ilegalmente lo dispuesto por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, al imponer nuevos requisitos a cumplir por parte de los proponentes dentro de un proceso de selección objetiva como factores de desempate. Así las cosas, en la expedición de la norma mencionada se habría incurrido en la usurpación de las competencias del órgano legislativo por parte del gobierno nacional.

2.1.2 Frente a lo dispuesto por el inciso final del artículo 150 superior, sostiene, de manera similar, que se presentó una extralimitación de competencias por parte del gobierno, por cuanto es al Congreso de la República al que le corresponde la expedición del Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Igualmente, sostuvo que el ejecutivo no contaba con competencia para adicionar lo dispuesto por las leyes expedidas en materia de contratación estatal respecto de los criterios de selección objetiva.

2.1.3 Con relación a lo establecido por el artículo 114 de la Constitución, reiteró lo dicho con anterioridad sobre la usurpación de

funciones por parte del ejecutivo, en cuanto es el Congreso el órgano encargado constitucionalmente de hacer las leyes.

2.1.4 Respecto del artículo 13 constitucional, aseguró que el contenido de la norma acusada resultaba contrario al derecho de toda persona a recibir el mismo trato y protección por parte de las autoridades y a gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades. Dicha afirmación se sustenta en que el artículo 2 del Decreto 2473 de 2010 impone un trato discriminatorio a aquellas empresas que no cuenten con las condiciones para ser consideradas como Mipymes (micro, pequeñas y medianas empresas), al disponer dicha condición como factor de desempate en aquellos casos en los que varios proponentes se encuentren en igualdad de condiciones frente a la adjudicación de un contrato estatal. Ello, desde su punto de vista, concede a las Mipymes una ventaja ilegítima desde el inicio del proceso de selección objetiva.

De igual forma, afirma que la disposición señalada como ilegal controvierte los principios de libertad y libre mercado protegidos por la Constitución, pues entrega una ventaja a algunos proponentes únicamente con fundamento en sus niveles de activos y personal. Así también, sostiene que el deber del Estado de promover el desarrollo de las Mipymes no puede ejercerse en desmedro de las demás empresas o formas asociativas que desarrollan legalmente su actividad económica a través de la contratación con entidades del Estado.

Por otro lado, consideró necesaria la aplicación de un test estricto de razonabilidad, dentro del cual deben mediar las explicaciones de las entidades involucradas en la expedición del acto demandado respecto de la discriminación que en él se incluye, con el fin de que se determine la adecuación, conducencia y necesidad de la misma, para

decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma acusada a la luz del principio de igualdad.

2.2 En cuanto a la supuesta violación del párrafo del artículo 1° de la Ley 816 de 2003, el actor asegura que la disposición del numeral 3, del artículo 2 del Decreto 2473 de 2010 desconoce el deber de las entidades del Estado de tratar en condiciones de igualdad a aquellos proponentes que ofrezcan productos que, sin ser nacionales, deben recibir el trato de tales en atención a los tratados internacionales suscritos por Colombia con otros países en materia de trato nacional de sus productos para compras estatales. Lo anterior puesto que el numeral referido dispone que en los casos en que se haya presentado empate y entre los proponentes empatados se encuentren Mipymes, ha de preferirse al proponente singular o plural únicamente conformado por Mipymes nacionales.

2.3 Finalmente, el actor señaló las causas por las que consideraba contravenido el contenido de los artículos 5 y 32 de la Ley 1150 de 2007 como consecuencia de lo dispuesto por el artículo 2 del Decreto 2473 de 2010.

2.3.1 Frente al artículo 5 de la referida ley, adujo que dicha norma establece las condiciones objetivas que ha de observar la entidad contratante al momento de elegir un proponente para la suscripción y ejecución del contrato estatal, con el fin de que la propuesta elegida sea la más ventajosa para ella y la más adecuada para los fines que persigue. Dichos aspectos, según dice el accionante, deben extraerse de los documentos aportados por cada proponente.

Ahora bien, sostiene que los criterios definidos por la norma descrita se ven desconocidos con la introducción de nuevos elementos al esquema de selección de contratistas en materia de contratación

estatal por parte de la norma acusada, por lo cual la expedición de la misma se produjo excediendo las competencias asignadas al ejecutivo.

Afirma igualmente que la expedición de la norma acusada constituye un desarrollo errado de lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007² por parte del gobierno nacional, por cuanto lo dispuesto en la norma acusada excede sus competencias y viola el derecho a la igualdad de los proponentes diferentes a las Mipymes, como se explicó con anterioridad.

2.3.2 Por último, se refirió al contenido del artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y sostuvo que la disposición señalada como ilegal no constituye una ley orgánica o estatutaria y, por tanto, su contenido se encuentra en un inferior rango a las normas del Estatuto General de Contratación Pública. En atención a lo dicho, afirma que el desconocimiento de las disposiciones de dicho Estatuto por parte de la norma acusada es abiertamente ilegal.

² *ARTÍCULO 12. DE LA PROMOCIÓN DEL DESARROLLO. En los pliegos de condiciones las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dispondrán en las condiciones que señale el reglamento, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de obras, bienes, servicios y mano de obra locales o departamentales, siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.*

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2o del artículo 13 y en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones para que en desarrollo de los procesos de selección cuyo valor se encuentre por debajo de 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional pueda establecer cuantías diferentes para entidades en razón al tamaño de su presupuesto, las entidades estatales adopten en beneficio de las Mipymes y de los grupos marginados o discriminados que se asocien bajo esta modalidad, convocatorias limitadas a las Mipymes departamentales, locales o regionales cuyo domicilio principal corresponda al lugar de ejecución de los contratos, siempre que se garantice la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en la contratación y que previo a la apertura del proceso respectivo se haya manifestado el interés del número plural de Mipymes que haya sido determinado en el reglamento por el Gobierno Nacional. En todo caso la selección se hará de acuerdo con las modalidades de selección a que se refiere la presente ley.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5o y 6o de la presente ley, para que las Mipymes departamentales, locales o regionales puedan participar en las convocatorias a que se refiere el inciso anterior, deberán acreditar como mínimo un (1) año de existencia.

PARÁGRAFO 1o. En la ejecución de los contratos a que se refiere el presente artículo, las entidades y los contratistas, deberán observar lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifiquen, adicionen o subroguen.

PARÁGRAFO 2o. El Gobierno adoptará medidas que obliguen la inclusión en los pliegos de condiciones, de la subcontratación preferente de las Mipymes en la ejecución de los contratos, cuando a ello hubiere lugar, y establecerá líneas de crédito blando para la generación de capacidad financiera y de organización de los proponentes asociados en Mipymes.

2.4 Más adelante, dentro del mismo escrito, solicitó la suspensión provisional del artículo 2 del Decreto 2473 de 2010 y su párrafo, para lo que, en buena parte, reiteró los argumentos ya señalados.

III. TRÁMITE DEL PROCESO

1. Antecedentes

El 9 de julio de 2010 el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades legales y reglamentarias, en especial las conferidas por el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política, y en desarrollo de la Ley 80 de 1993, en el artículo 12 de la Ley 590 de 2000 modificado por el artículo 9° de la Ley 905 de 2004, en la Ley 816 de 2003 y en la Ley 1150 de 2007, expidió el Decreto 2473 de 2010 por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993, la Ley 590 de 2000, la Ley 816 de 2003 y la Ley 1150 de 2007 .

2. La demanda

La demanda fue presentada el 15 de febrero de 2011³ y mediante auto del 25 de julio de 2011 fue admitida por esta Corporación⁴; decidiéndose, además, negar la solicitud de suspensión provisional de la norma demandada, incoada por la parte actora; y ordenándose, que fueran notificados personalmente de dicha providencia el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Departamento Nacional de Planeación.

³ Folio 1 del cuaderno principal.

⁴ Folios 70 a 76 del cuaderno principal.

El auto mencionado fue objeto de recurso de reposición por parte del demandante, por medio de escrito del 5 de agosto de 2011⁵. El recurso fue negado por improcedente, pero se procedió a enviar el expediente al siguiente Consejero de la Subsección C para dar curso al recurso de súplica⁶. Mediante auto del 18 de enero de 2012 se confirmó la providencia⁷.

3. Contestación de la demanda

3.1. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo contestó la demanda⁸ y defendió la validez de la norma acusada, por cuanto consideró que es totalmente consecuente con lo dispuesto por las Leyes 80 de 1993, 590 de 2000 y 816 de 2003, en el marco del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Lo anterior, teniendo en cuenta que el artículo 2 del Decreto 2473 de 2010 propende por la efectividad de las garantías otorgadas a la oferta nacional, la industria nacional y las Mipymes por dichos textos normativos.

Así, señaló que lo dispuesto por el numeral 2 de la disposición atacada es completamente consecuente con lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 80 de 1993, que establece que en aquellos eventos en los que se presente igualdad de condiciones debe preferirse la oferta de bienes y servicios nacionales frente a los que provengan del extranjero. Del mismo modo, el artículo 12 de la Ley 590 de 2000 (modificado por el artículo 6 de la Ley 905 de 2004) señala el deber de las autoridades públicas de preferir en condiciones de igualdad (en materia de precios, calidad y capacidad de suministros y servicios) a las Mipymes nacionales, deber que se desarrolla cabalmente en los numerales 3 y 4 del artículo 2 del Decreto 2473 de 2010.

⁵ Folios 77 a 85 del cuaderno principal.

⁶ Auto del 23 de septiembre de 2011. Folio 88 del cuaderno principal.

⁷ Folios 90 a 93 del cuaderno principal.

⁸ Folios 97 a 100 del cuaderno principal.

Por otro lado, señaló que el contenido del párrafo de la norma acusada aplica de manera íntegra el artículo 1° de la Ley 816 de 2003, pues en los casos de desempate señalados por el artículo 2 del Decreto 2473 de 2010 se les dará el trato de nacionales a los productos provenientes de aquellos países con los que Colombia ha suscrito tratados referidos al trato nacional de bienes y servicios para compras estatales.

Frente a los numerales 1 y 5 del mismo artículo, sostuvo que la parte actora no cumplió con el deber impuesto por el artículo 137 del C.C.A, referido a explicar el concepto de la violación normativa que se le endilga a dichos apartes del texto. Así las cosas, de acuerdo al carácter rogado de la justicia administrativa, según su criterio, deben desecharse las pretensiones relacionadas con dichos numerales.

Finalmente y con apoyo en la argumentación antes señalada, adujo la inexistencia de un exceso de competencias por parte del gobierno nacional en la expedición de la norma demandada, pues la misma no contraviene las disposiciones señaladas por el actor, sino que, por el contrario, promueve el cumplimiento de las garantías previstas en la ley en favor de las Mipymes.

El consecuencia, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo solicitó que se pretensiones de la demanda fuesen denegadas.

3.2. Por su parte, el Departamento Nacional de Planeación, en su escrito de contestación de la demanda⁹, negó el supuesto exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria por el gobierno nacional al momento de expedir el Decreto 2473 de 2010. Por el contrario, consideró que lo dispuesto en el artículo 2 de dicho texto desarrolla en

⁹ Folios 123 a 136 del cuaderno principal.

debida forma los contenidos de las leyes que invoca en su objeto. Adicionalmente, sostuvo que la potestad reglamentaria del Presidente de la República es una facultad entregada por la Constitución a aquél en cuanto máxima autoridad administrativa del Estado, competencia que no requiere autorización del legislativo para su ejercicio y que justifica su existencia en la necesidad de reglamentar las disposiciones legales para lograr su correcta aplicación.

Ahora bien, respecto del cargo referido a la vulneración del derecho a la igualdad de los proponentes que no cuentan con la calidad de Mipymes, afirmó que la norma acusada sólo señala métodos para el desempate en aquellos eventos en los que, habiéndose verificado un empate en el puntaje total de las ofertas evaluadas y tras haber aplicado los criterios de desempate previstos por el pliego de condiciones (mediante priorización de los criterios objetivos de selección), subsiste la igualdad de condiciones, razón por la cual se puede acudir a la acción afirmativa o de discriminación positiva incluida en la norma acusada. Adicionalmente, sustentó la inclusión de dichos criterios de desempate en los mandatos de las Leyes 80 de 1993 y 590 de 2000.

Así las cosas, el contenido del artículo 2 del Decreto 2473 de 2010 no comporta un trato discriminatorio respecto de los proponentes no considerados como Mipymes, sino un trato diferenciado en favor de los proponentes conformados, de manera singular o plural, por dicha clase de empresas, lo cual resulta completamente válido a la luz de la Constitución Política de 1991. Como refuerzo de lo dicho, hizo alusión a pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que se ha considerado válido el establecimiento de medidas de discriminación positiva dentro de los procesos de selección objetiva utilizados en materia de contratación estatal, dirigidas al fomento y desarrollo de las Mipymes como instrumento adecuado para la generación de empleo.

Finalmente, desestimó el cargo referido a la violación del artículo 1º de la Ley 816 de 2003, pues consideró que el párrafo del artículo 2 del Decreto 2473 de 2010 es claro al señalar el deber de las entidades públicas de respetar las obligaciones internacionales del país en materia de reciprocidad y trato nacional de bienes y servicios para compras estatales.

Así las cosas, solicitó que las pretensiones de la demanda fuesen denegadas.

4. Audiencia de la que trata el artículo 211-A del C.C.A.

Habiéndose vencido el término de fijación en lista sin que las partes solicitaran la práctica de alguna prueba, se fijó el 9 de mayo de 2012 para la celebración de la audiencia de que trata el artículo 211-A del C.C.A.¹⁰. Sin embargo, la diligencia fue objeto de aplazamientos y, finalmente, mediante providencia del 19 de septiembre de 2013¹¹, se dispuso como fecha para llevarla a cabo el 23 de octubre de 2013 a las 3:00 p.m.

La parte actora dijo reiterar todos los argumentos esgrimidos en la demanda y sostuvo que la disposición acusada incluye nuevos criterios de selección no previstos en la Ley 1150 de 2007. Igualmente, afirmó que el ejecutivo se había irrogado las facultades entregadas al Congreso de la República por la Constitución Política. Adicionalmente. Reiteró que las normas del estatuto de contratación pública sólo

¹⁰ Auto del 20 de marzo de 2012. Folio 144 del cuaderno principal. La providencia fue objeto de recurso de reposición por parte de la defensa del Departamento Nacional de Planeación, en atención a un error mecanográfico al momento de señalar el nombre de la apoderada de dicha entidad a la que se reconocía personería (folios 150 y 151 del cuaderno principal. Mediante auto fechado el 30 de abril de 2012 se dispuso modificar el aparte controvertido por el Departamento Nacional de Planeación.

¹¹ Folio 225 del cuaderno principal.

pueden ser modificadas o derogadas por normas estatutarias u orgánicas.

Así mismo, señaló que el artículo 2 del Decreto 2473 de 2010 desconoce lo establecido por el artículo 1° de la Ley 816 de 2003, al establecer un deber para las entidades estatales relacionado con la prelación que han de tener las propuestas presentadas por mipymes nacionales.

Solicitó igualmente que se realizara un test estricto de proporcionalidad respecto de la norma demandada. Sin embargo, sostuvo que la norma acusada no lograría sobrepasar siquiera el análisis que de la misma se realizara a la luz del test débil de proporcionalidad, pues el ejercicio abusivo de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional no permite cumplir con el requisito de promover por la vía del Decreto 2473 de 2010 el cumplimiento de un fin constitucionalmente permitido.

Por otro lado, sostuvo que la legislación expedida por el Congreso de la República para garantizar la participación de las Mipymes dentro del los procesos de contratación estatal contaba con un extenso desarrollo de las hipótesis que tienen lugar en dicho contexto. Por ello, consideró que el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del ejecutivo debió ser limitado de manera más estricta al momento de reglamentar la materia referida.

Por su parte, la representación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, reiteró los argumentos señalados en la contestación de la demanda en defensa de la legalidad de la norma acusada y de los efectos que hubiese surtido la misma durante su vigencia.

Desmintió las afirmaciones de la parte demandante, al sostener que el artículo acusado busca favorecer la oferta nacional de bienes, la

industria nacional y la participación de las Mipymes en el mercado de adquisición de bienes por parte del Estado, en desarrollo de lo establecido por las leyes 80 de 1993, 816 de 2003 y 590 de 2000, modificada por la Ley 905 de 2004.

Lo anterior, mediante el establecimiento de criterios subsidiarios de desempate que sólo podrían aplicarse cuando, tras haber aplicado los criterios objetivos de selección y la priorización de los mismos prevista en los pliegos de condiciones, subsisten circunstancias de igualdad de condiciones dentro de un determinado proceso de selección.

Recordó el contenido de los artículos 21 de la Ley 80 y 12 de la Ley 590 de 2004, con la modificación incluida por la Ley 905 de 2004 y aseguró que la norma acusada contenía sus previsiones de manera expresa al interior de los numerales que la componen. Así mismo, sostuvo que el párrafo de la disposición demandada reitera lo dicho por la Ley 816 de 2003 en su artículo 1°, respecto del trato nacional que ha de darse a los bienes provenientes de aquellos países con los que Colombia ha suscrito acuerdos sobre trato nacional de bienes para compras estatales.

Adicionalmente, solicitó que fuese declarada la ineptitud sustantiva de la demanda, por cuanto no fueron esgrimidos cargos respecto de la solicitud de nulidad de los numerales 1 y 5 del artículo demandado.

De otro lado, sostuvo que el Decreto 2473 de 2010 en su artículo 2 incluye unos criterios que constituyen medidas de discriminación positiva en favor de las Mipymes, las cuales han sido aceptadas por la jurisprudencia constitucional. Igualmente, afirmó que constituye un desarrollo consecuente de las normas legales que le sirvieron de sustento al momento de su expedición.

Por otro lado, el apoderado del Departamento Nacional de Planeación afirmó que el ejecutivo no excedió sus competencias en el ejercicio de la potestad reglamentaria, pues lo que hace la norma demandada es desarrollar el contenido del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, con el fin de permitir la utilización concreta de los criterios de selección allí señalados, mediante su complementación

Por otro lado, sostuvo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado la importancia de las Mipymes en materia económica, en cuanto organizaciones empresariales generadoras de empleo. Aseguró también que en el trámite de las leyes que prevén el favorecimiento de la participación de las Mipymes en materia de contratación estatal, se afirmó la importancia de las mismas para el desarrollo económico del país.

Adicionalmente, reitera los argumentos del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en cuanto sostiene el carácter residual de los criterios de desempate señalados en la norma demandada respecto de los criterios de selección señalados por el ordenamiento rector de la contratación estatal.

En consecuencia, solicitó que fuesen denegadas las pretensiones de la demanda.

Finalmente, el agente del Ministerio Público sostuvo que la disposición cuya nulidad se solicita no constituye extralimitación alguna en el ejercicio de la potestad reglamentaria, en cuanto no desconoce ninguno de los contenidos legales a los que debía acogerse, los cuales, por el contrario, acoge en su plenitud, al disponer medidas de discriminación positiva en favor de las Mipymes que armonizan con lo señalado por la Ley 80, la Ley 816 de 2003, entre otros.

Sostuvo que, aun cuando el actor se dirige de manera directa contra los criterios de desempate que favorecen a las Mipymes respecto de los demás proponentes que no cuentan con dicha calidad, sin advertir que estos constituyen un desarrollo de la Ley 590 de 2000, modificada por la Ley 905 de 2004, en sus artículos 1 y 12.

Recordó también que las reglas descritas en la norma demandada han de aplicarse en circunstancias de igualdad de condiciones, surgidas como consecuencia del puntaje obtenido por los proponentes en la evaluación realizada por la entidad contratante de las ofertas presentadas. Tras mencionar los criterios enunciados en la disposición objeto de estudio, aseguró que los criterios de desempate allí descritos son de naturaleza objetiva y responden a directrices de origen legal, cuyo desarrollo fue entregado por medio del establecimiento de medidas de discriminación positiva, las cuales constituyen un desarrollo del principio de igualdad material.

Por lo tanto, solicitó que se declarase la validez del texto demandado.

CONSIDERACIONES

Para adoptar una decisión de fondo, en primer lugar, la Sala examinará su competencia (punto 1); seguidamente, se pronunciará sobre la naturaleza jurídica del acto demandado y el control jurisdiccional de los actos administrativos derogados (punto 2). Finalmente, abordará el estudio del caso concreto (punto 3), para lo que estudiará la excepción propuesta de inepta demanda (punto 3.1); y por último, resolverá los cargos de nulidad planteados por el actor (punto 3.2).

1. Competencia

Sin perjuicio del posterior análisis de la naturaleza jurídica del acto demandado, la Sala se pronunciará sobre su competencia en el proceso de la referencia.

Según lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política, el artículo 128.1 del C.C.A. y en el Acuerdo 55 del 5 de agosto 2003 (artículo 1), adoptado por la Sala Plena del Consejo de Estado, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer de las demandas interpuestas en ejercicio de la acción de nulidad, dirigidas contra actos administrativos que versen sobre asuntos contractuales, mineros, agrarios, y petroleros expedidos por autoridades del orden nacional.

En el caso concreto, el acto demandado fue proferido por una autoridad nacional¹² y reglamenta asuntos contractuales¹³. En consecuencia, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para conocer de la acción de nulidad *sub examine*.

2. Naturaleza jurídica del acto demandado y el control jurisdiccional de los actos administrativos derogados

La revisión de la naturaleza del acto demandado es un asunto esencial; ya que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 84 del C.C.A.

¹² El Decreto 2473 de 2010 fue proferido el Presidente de la República, el Viceministro de Comercio Exterior encargado de la funciones del Ministerio de Comercio Industria y Turismo y el Director del Departamento Nacional de Planeación, todas estas autoridades pertenecientes al sector central del orden nacional de la rama ejecutiva, según lo previsto en los artículos 38 y 39 de la Ley 489 de 1998.

¹³ El Presidente de la República en ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias expidió el Decreto 2473 de 2010 por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993, la Ley 590 de 2000, la Ley 816 de 2003 y la Ley 1150 de 2007.

la acción de nulidad sólo procede frente a actos administrativos¹⁴, para el caso, de un típico acto administrativo de contenido normativo y de carácter general, expedido por una entidad perteneciente a la rama ejecutiva del poder público.

Al señalar que lo demandado configura un verdadero acto administrativo de contenido general se está haciendo mención a una especial modalidad de expresión del poder público administrativo, que comprende todas aquellas manifestaciones normativas, sean reglamentarias o reguladoras, caracterizadas por su generalidad y que tienen como fundamento directo la Constitución Política o la ley, creador de situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas, diferentes a la ley o a los actos con fuerza de ley, pero coincidente con estos, en cuanto contiene reglas de derecho y no decisiones individuales o concretas¹⁵.

Así, la disposición demandada está contenida en un acto administrativo de contenido general por el que el Gobierno Nacional reguló diferentes temas relacionados con la contratación estatal. Se trata entonces de una disposición que establece un procedimiento al cual se debe sujetar la Administración para realizar determinados procesos contractuales que están previstos en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

Respecto de los destinatarios de la disposición demandada, es decir, de a quienes están dirigidos sus efectos, a juicio de la Sala, la norma demandada tiene por destinatarias a las propias entidades del Estado, pues, en virtud de su articulado, son ellas las llamadas a aplicar los

¹⁴ C.C.A, artículo 84: “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos (...)”

¹⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp.161 y 162. En este sentido véase también, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de marzo de 2012, Exp. 39477. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

procedimiento allí descritos al momento de disponer la manera en que han de superarse las situaciones de igualdad de condiciones entre los proponentes que presentan sus propuestas dentro de un determinado proceso de selección, después de la aplicación de los criterios de selección objetiva previstos por la ley y la priorización de los mismos conforme a lo dispuesto en el correspondiente pliego de condiciones.

Finalmente, en cuanto a la expedición de la disposición acusada, la Sala considera que las entidades demandadas en ejercicio de las facultades constitucionales¹⁶ y legales¹⁷ profirieron el acto demandado.

Por todo lo expuesto, a juicio de la Sala, el acto demandado debe ser calificado como acto administrativo de carácter general, susceptible de control judicial.

Ahora bien, el Decreto 2473 de 2010 fue derogado expresamente por el artículo 9.2 de Decreto 734 de 2012¹⁸, que a su vez fue derogado por el artículo 163 del Decreto 1510 de 2013¹⁹; sin embargo, pese a que haya operado el fenómeno de la derogación respecto de la disposición demandada, la Sala, siguiendo la jurisprudencia de la Corporación, emitirá un pronunciamiento de fondo en atención a los posibles efectos que las citadas disposiciones pudieron producir durante su vigencia²⁰; en tanto *“la conclusión de legalidad o no de un acto administrativo no está condicionada a su vigencia, pues la legalidad de un acto no está ligada con la producción de sus efectos (eficacia jurídica); la legalidad está vinculada con el momento de su nacimiento o de existencia, para el cual el juez*

¹⁶ Constitución Política, artículos 115 y 189.11.

¹⁷ Ley 489 de 1998, artículo 59.

¹⁸ Por el cual se reglamenta el estatuto general de la contratación y se dictan otras disposiciones.

¹⁹ Por el cual se reglamentó el sistema de compras y contratación pública.

²⁰ Esta posición fue adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación en Sentencia del 14 de enero de 1991, Exp.: S-157, C.P.: Gustavo Arrieta Padilla y ha sido reiterada en múltiples fallos, entre ellos, véase Sección Primera, Sentencia del 23 de febrero 1996, Exp.: 3366, C.P.: Libardo Rodríguez y Sentencia del 28 de enero de 2010, Exp.: 50301, C.P.: María Claudia Rojas Lasso.

*debe examinar si en la expedición del acto ésta estuvo acorde con el ordenamiento jurídico superior*²¹.

3. Caso concreto

En primer lugar, la Sala estudiará la excepción de inepta demanda propuesta por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; y por último, resolverá los cargos de nulidad planteados en la demanda.

3.1. Ineptitud sustantiva de la demanda

Resulta necesario pronunciarse respecto de la ineptitud sustantiva de la demanda, atendiendo a la oposición de dicha excepción por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, entidad que la sustentó con base en la supuesta falta de exposición de un cargo de ilegalidad o inconstitucionalidad relacionado con el contenido de los numerales 1 y 5 del artículo 2 del Decreto 2473 de 2010.

Para la entidad demandada, lo expuesto en la demanda no resulta suficiente para el cumplimiento de los requisitos previstos por el numeral 4° del artículo 137 del C.C.A²² para la presentación de la demanda de nulidad en debida forma, pues, según sostiene, no se atribuyó ningún vicio de ilegalidad con relación a dichos apartes de la norma demandada.

²¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de Julio 3 de 2003, Expediente: 13433, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

²² Artículo 137. Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:

1. La designación de las partes y de sus representantes.
2. Lo que se demanda.
3. Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción.
4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.
5. La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer.
6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.

Al respecto, esta Subsección considera que, pese a las falencias argumentativas que presenta la demanda, no le asiste razón a la entidad demandada, por cuanto si bien no se evidencia en la demanda ningún cargo específico dirigido a desconocer la legalidad de los dos apartes a los que se ha hecho referencia y prácticamente toda la argumentación utilizada por el actor se dirige a atacar el contenido de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2 del Decreto 2473 de 2010, lo cierto es que en aras de garantizar el derecho de acceso a la justicia y la primacía del derecho sustancial, la Sala deba hacer una lectura sistemática de la demanda lo que sin duda le permite concluir que el actor pretendía controvertir todo el contenido del artículo 2 del Decreto 2473 de 2010.

Así las cosas, la Sala considera que debe pronunciarse sobre la totalidad del contenido normativo de la disposición acusada, en atención a que se trata de un conjunto de reglas sucesivas aplicables por la administración a un mismo supuesto fáctico, esto es, a situaciones de igualdad en el puntaje total de las ofertas evaluadas.

Por lo anterior, se declarará no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda respecto de los numerales 1 y 5 del artículo 2 del Decreto 2473 de 2010.

3.2. Estudio de los cargos de ilegalidad e inconstitucionalidad

La Sala estudiará los cargos aducidos por la parte actora en la demanda contra la disposición acusada desde tres puntos de vista: primero, se referirá al contenido de los numerales 1 y 5 de la disposición acusada (3.2.1); posteriormente, estudiará la presunta violación al principio de igualdad (3.2.2.) que supone, por una parte, *i*) imponer factores diferenciadores que favorecen la elección de las Mipymes que participan como oferentes dentro de un proceso de

selección objetiva; y además, *ii*) preferir la oferta de bienes y servicios nacionales respecto de aquellas propuestas en las que se ofrezcan bienes y servicios de origen foráneo, en perjuicio de los compromisos asumidos frente a otros Estados por Colombia respecto del trato nacional a bienes y servicios en materia de compras estatales. Y en tercer lugar, se analizará la supuesta violación de los límites del poder reglamentario con que fue expedida la norma acusada, por cuanto, a juicio del demandante, adiciona de manera ilegal unos criterios de selección en materia de contratación estatal, diferentes a los previstos por el Estatuto General de Contratación Estatal (3.2.3.).

3.2.1. Análisis del contenido de los numerales 1 y 5 de la disposición acusada

La norma demandada hace referencia a la aplicación de criterios de desempate en los escenarios en los que se entiende configurada la igualdad de condiciones entre varios oferentes y los numerales 1 y 5 de la misma, específicamente contienen reglas aplicables a estos supuestos, según las cuales: *i*) en el caso de que se presente igualdad en el puntaje total de las ofertas evaluadas se aplicarán los criterios de desempate previstos en los pliegos de condiciones, mediante la priorización de los factores de escogencia y calificación que hayan sido utilizados en el proceso de selección de conformidad con la ley; y *ii*) que en el caso en que el empate se mantenga, después de aplicar las reglas contenidas en los numerales 1 a 4 de disposición acusa, la administración procederá según lo dispongan los pliegos, pudiendo utilizar métodos aleatorios.

Ahora bien, en atención a que la parte actora no presentó de manera concreta o específica un argumento respecto de la ilegalidad de los numerales 1 y 5 del artículo 2 del Decreto 2473 de 2010, la Sala se limitará a hacer algunas precisiones sobre la interpretación conforme

del contenido normativo de los referidos numerales, a fin de reconocer su legalidad en atención al deber de los jueces de buscar el efecto útil de las normas.

En este orden de ideas, la Sala considera que la disposición reglamentaria que permite que la Administración aplique los criterios de desempate previstos en los pliegos de condiciones y que acuda a métodos aleatorios a fin de escoger la mejor oferta en situaciones de empate resulta ajustada a la ley, sólo en la medida en que la definición y aplicación de dichos criterios bajo ningún supuesto implique la actividad subjetiva de la Administración.

En otras palabras, la definición de criterios de desempate en los pliegos de condiciones y de métodos aleatorios para solucionar situaciones de igualdad en el puntaje total de las ofertas evaluadas y su aplicación a los casos concretos, **siempre** deben obedecer a **pautas objetivas** diseñadas de conformidad con la ley a fin de garantizar los principios de la contratación estatal, entre ellos, el de selección objetiva²³, pues sin duda alguna, cualquier manifestación subjetiva de la voluntad de la Administración puede configurar una desviación de poder, lo que a todas luces resultaría contrario nuestro ordenamiento jurídico.

²³ Al referirse al principio de selección objetiva, la sentencia del 28 de marzo de 2012, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C (Exp: 22471; C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa) sostuvo lo siguiente: “*Recuérdese que el derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993, vigente por la época en que se celebraron los contratos que dieron lugar a este debate procesal, consagraba el principio de selección objetiva, que hoy también se prevé en el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, al disponer que “la selección de contratistas será objetiva”, que “es 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”, que “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 el 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” y que “el administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.”*”

Al referirse al tema de la desviación de poder, la Corte Constitucional la definió como el evento en que *“un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia”*²⁴.

Ahora bien, como consecuencia de la posibilidad de que se presenten vicios de la índole descrita, es evidente que los diversos mecanismos de control de las actuaciones de la administración no solo deben comprobar el cumplimiento cabal de los procedimientos y reglas establecidos para cada actividad desarrollada por los entes del Estado, sino que además éstos han de estar dirigidos a encauzar la actividad administrativa hacia la satisfacción del interés general, el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y , de manera más concreta, el verdadero desarrollo de la finalidad específica que llevó al ordenamiento jurídico a otorgar la competencia, sobre la que recae el control, al funcionario que la ejerce²⁵.

Igualmente, la alta Corporación ha definido dos circunstancias en las que ha de entenderse configurada la irregularidad en mención. Para la Corte, existe desviación de poder cuando i) *“el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario-”* o ii) en aquellos eventos en los que *“el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a las que se aproxima igualmente la desviación de*

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-456 del 2 de septiembre de 1998. M.P: Antonio Barrera Carbonell.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003. M.P: Álvaro Tafur Galvis.

*procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías.*²⁶

Dada la gravedad de las implicaciones de las conductas descritas con anterioridad, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto una multiplicidad de medios destinados al control de dichas actuaciones, de los cuales pueden derivarse sanciones dirigidas a desconocer los efectos del acto o contrato viciado²⁷ e incluso a declarar la responsabilidad del agente de la administración desde el punto de vista fiscal, disciplinario e incluso penal.

3.2.2. Violación del principio de igualdad²⁸

Con el fin de arrojar una mayor claridad sobre los cargos de ilegalidad e inconstitucionalidad que ha presentado la parte demandante respecto de la norma acusada, la Sala se pronunciará sobre el alcance y contenido del principio de igualdad, cuya violación se aduce.

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ En el marco de la contratación estatal, el artículo 24, numeral 5° de la Ley 80 de 1993 señala lo siguiente:

ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

5o. En los pliegos de condiciones:

- a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.
- b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.
- c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.
- d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.
- e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.
- f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados. (Subrayado fuera de texto original)

²⁸ Véase CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2013, Exp. 39005, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

La contratación estatal, como actividad administrativa, constituye un instrumento facilitador del cumplimiento de los fines y funciones del Estado y la satisfacción de las necesidades e intereses colectivos, mediante el cual las diversas entidades que lo componen pueden recurrir a los particulares o a otras entidades estatales que cuenten con los elementos o la idoneidad requerida para el cumplimiento de algunas de sus tareas, cuando éstas no puedan satisfacer tales necesidades de manera directa²⁹.

Por ello, la actividad contractual de la administración debe sujetarse a una serie de directrices que logren mantenerla encausada hacia el cumplimiento de los fines y funciones señalados en la Constitución y en la ley y hacia la satisfacción del interés general, directrices que, por la magnitud y diversidad de las situaciones que han de cobijar, deben estar dotadas de un elevado nivel de abstracción y generalidad, constituyendo así verdaderos principios regentes de la actividad administrativa del Estado en materia contractual.

Ahora bien, cabe señalar que los principios de la contratación estatal *“(...) no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice (...) son aplicables de manera estricta (...)”*³⁰.

En cuanto a la regulación de la contratación pública, el artículo 150.25 de la Constitución Política atribuyó al Congreso de la República la competencia para expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en especial de la administración nacional, estatuto éste que, a juicio de la Corte Constitucional, no puede ser integral o casuístico; pues de ser así, el legislador vaciaría la

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-449 de 1992, M.P.: Jorge Arango Mejía y CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-508 de 2002. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

competencia de la administración para expedir una regulación que de forma ágil y expedita ejecute la ley en esta materia³¹.

En desarrollo de dicha competencia, el Congreso de la República expidió la Ley 80 de 1993³², mediante la cual adoptó el “*Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”, con el objeto de establecer las reglas y principios bajo los cuales deben regirse los contratos de las entidades públicas³³ a los que se refiere la propia ley³⁴, y a partir del ejercicio de esta potestad legislativa el Ejecutivo podría hacer uso de su facultad reglamentaria³⁵, la cual, en todo caso, se encuentra sujeta a límites establecidos en la Constitución y en la ley³⁶.

Así las cosas, se puede concluir que “(...) de acuerdo con la jurisprudencia, la Ley 80 de 1993 contiene los principios y reglas esenciales para la contratación pública, establece los parámetros generales para acometer esta actividad por parte de las entidades públicas y consagra los mecanismos de selección que les permiten

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-949 de 2001. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

³² La Ley 80 de 1993 ha sido modificada en varias oportunidades por las siguientes leyes: i) Ley 1150 de 2007 (por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos); ii) artículo 88 de Ley 1328 de 2009 (por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones); iii) artículo 73 de la Ley 1341 de 2009 (por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones); iv) artículo 50 de la Ley 1369 de 2009 (por medio de la cual se establece el régimen de los servicios postales y se dictan otras disposiciones); v) Ley 1474 de 2011 (por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública); vi) Ley 1508 de 2012 (por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones); vii) Decreto Ley 19 de 2012 (por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública); viii) Ley 1563 de 2012 (por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones).

³³ Ley 80 de 1993, artículo 1.

³⁴ Ley 80 de 1993, artículo 2.

³⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 19 de febrero de 1996 (Demanda contra el art. 4 del Decreto 287 de 1996. En este sentido véase también, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 508 de 3 de julio de 2002, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra. En relación con los límites a la potestad reglamentaria del Presidente de la República en materia de contratación estatal véase: CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 19 de febrero de 1998, Exp. 9.825, C.P.: Luís Fernando Olarte Olarte; de 4 de julio de 1997, Exp. 9.523 C.P.: Ricardo Hoyos Duque; Sentencia de 5 de febrero de 1998, Exp. 11.795, C.P.: Luís Fernando Olarte Olarte; de 6 de julio de 2005, Exp. 11575. C.P.: Alier Eduardo Hernández Enriquez y Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

la escogencia del mejor ofrecimiento para el cumplimiento de los fines que con ella se persiguen en procura de la obtención del bienestar general³⁷, cuya observancia resulta obligatoria para el adecuado funcionamiento del Estado en esta materia, pero no agota el tema de la contratación celebrada por las entidades del Estado, ni su vigencia impide el señalamiento, en otras leyes, de asuntos referentes a los contratos celebrados por los entes públicos³⁸, o la existencia de reglamentaciones relacionadas con la actividad contractual, siempre que éstos respeten y desarrollen esas normas y principios contenidos en dicho Estatuto General de la Contratación Pública, las otras leyes y, obviamente, la Constitución Política”³⁹.

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993 enumera los principios que orientan la contratación estatal⁴⁰, incluyendo dentro de estos los de transparencia, economía y responsabilidad, al igual que aquellos que informan el ejercicio de la función administrativa⁴¹. Así mismo, el artículo 28 de la misma ley dispone que las normas relativas a los contratos estatales deberán ser interpretadas conforme a los fines y principios previstos en el mismo estatuto normativo, esto es, en la Ley 80 de 1993⁴².

En este orden de ideas se puede afirmar que la citada ley “(...) contiene en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben

³⁷ El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, establece los fines de la contratación estatal, los derechos y deberes de las entidades estatales y de los contratistas, la capacidad y competencia para contratar, las inhabilidades e incompatibilidades, las cláusulas excepcionales, los principios de la contratación, las nulidades, la forma de liquidarlos y solucionar las controversias que se originen en un contrato estatal, y el control de la gestión contractual, entre otros aspectos.

³⁸ Así lo sostuvo la Corte Constitucional, en la Sentencia C - 1262 de 20 de septiembre de 2000.

³⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁰ De los Principios en las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. “Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.

⁴¹ Constitución Política, artículo 209: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

⁴² De la interpretación de las reglas contractuales. “En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.

encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado y, en rigor, a los cuales se encuentran sujetos los procesos de selección que adelanten las entidades públicas cuando deseen contratar (...)”⁴³.

Ahora bien, como ya se señaló, la actividad contractual del Estado también se encuentra sometida a la Constitución Política, lo que sin duda se ve reflejado en que uno de los propósitos de la Ley 80 de 1993 fue, precisamente, adaptar la normatividad en materia contractual a los mandatos y principios de la Constitución Política de 1991⁴⁴, entre los que se encuentra **el principio de igualdad**, que se señala como transgredido dentro del texto de la demanda.

El principio de igualdad ha sido recogido por la casi la totalidad de las Constituciones modernas y la colombiana no es una excepción. Este postulado se encuentra en el preámbulo de nuestra Constitución como eje fundamental del Estado⁴⁵; también está previsto en el artículo 13

⁴³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁴ “*Y si lo precedente fue una verdad a los pocos días de haber sido expedido el Decreto-ley 222 de 1983, ha cobrado mayor relevancia con la nueva normatividad, con una nueva Constitución que ha modificado postulados y principios y requiere nuevos conceptos de administración y gobierno: de un estatuto que refleje una nueva Colombia acorde con las nuevas tendencias (...)*”. BENDECK OLIVELLA, Jorge, Ministro de obras Públicas, exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992, en GACETA DEL CONGRESO, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992. Tomado de CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁵ “*El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente: (...)*”. (Negrilla propia). Respecto del efecto vinculante del preámbulo de la Constitución, la Corte Constitucional ha señalado que “[n]o obstante su estructura propositiva y la apertura de muchas de sus expresiones, el preámbulo, se ha dicho por la jurisprudencia constitucional, forma parte de las normas jurídicas que consagra la Constitución y que deben ser respetadas en el desarrollo e interpretación del orden jurídico. Como se afirmó en la sentencia C-422 de 2005 sobre su efecto vinculante, “el Preámbulo de la Constitución Política de 1991 implica una referencia normativa expresa a un acto de poder político desplegado por el Pueblo de Colombia, de una manera específica y con unos propósitos determinados”. Es el acto soberano de poder ejercido a través la Asamblea Nacional Constituyente, con el cual se dicta una Constitución que establece el Estado social de derecho (...). Y aunque no incorpore un mandato específico, como se dijo en sentencia C-479 de 1992, el Preámbulo sí determina “los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al Constituyente (...); la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trasciende la pura literalidad de sus artículos (...) las metas hacia las cuales debe orientar su acción [el Estado]; el rumbo de las instituciones jurídicas”. Por ello, como se dijo otra vez en la sentencia C-422 de 2005, los principios y fines que se incluyen en el preámbulo tienen: i) “efecto vinculante sobre los actos de la legislación, la administración y la jurisdicción” y ii) “constituyen parámetro de control en los

como principio y derecho fundamental⁴⁶; y finalmente, está regulado en el artículo 209 como principio que debe regir el ejercicio de la función administrativa⁴⁷.

En primer término se puede afirmar que el contenido esencial de este principio implica la **igualdad formal** ante la ley, es decir, que la ley debe ser igual para todos, lo que significa que, en principio, todas las personas deben recibir el mismo trato, salvo aquellas que pertenezca a un grupo que presente ciertas condiciones especiales, caso en el cual, se aceptan tratos diferenciados, a fin de garantizar la **igualdad material** para quienes se encuentren en una situación de desventaja⁴⁸,

procesos de constitucionalidad". Pues de no ser así, "carecería de sentido que una fórmula política y jurídica tan densa de contenidos como la advertida en el Preámbulo, no estuviera llamada a tener implicaciones en los ejercicios de poder subordinados a la teleología en ella señalada". Sentencia C-633 de 24 de agosto de 2011, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

⁴⁶ *"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".

⁴⁷ *"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". Sobre la doble dimensión de la igualdad como derecho fundamental y como principio de la Administración, véase CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007. Exp: 15324. C.P: Mauricio Fajardo Gómez.*

⁴⁸ *Sobre la naturaleza jurídica de la igualdad y los tipos constitucionales, la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples oportunidades y la doctrina del Alto Tribunal se puede ver recogida en la Sentencia T-629 de 2010, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez, así: "Como reiteradamente se ha dicho por la Corte Constitucional, la igualdad es uno de los pilares sobre los que se funda el Estado colombiano.*

De un lado, se trata de un principio fundante del orden político que se proyecta en el carácter general y abstracto de las leyes, elemento esencial del Estado de Derecho; y en los deberes públicos para la satisfacción de los derechos constitucionales mediante la garantía de un mínimo de condiciones materiales que faciliten su ejercicio por parte de todas las personas, desde la perspectiva social del Estado. De otro lado, posee una relación inescindible con la dignidad humana, fuente y fin de los derechos fundamentales, como atributo de todos los seres humanos de donde deriva su derecho al goce pleno de los derechos humanos por igual (Artículos 2º y 5º de la Constitución Política).

(...)

7. Lo anterior se hace patente desde la propia construcción normativa del artículo 13 de la Carta, en la que la igualdad se concreta a través de tres tipos de ordenación: en el inciso 1º como principio de igualdad formal o igualdad ante la ley, o en general ante el Derecho, al cual le es consustancial la prohibición de discriminación que veda el establecer un trato desigual frente a algunos sujetos en razón de ciertos rasgos de su identidad, tales como la raza, el sexo, la religión y la filiación política o ideológica. A su vez se establece en los incisos 2º y 3º, una dimensión promocional de la igualdad material o igualdad de trato, destinada a superar las desigualdades que, de hecho, enfrentan ciertos grupos tradicionalmente discriminados o marginados, o las personas que, por diversos motivos, se encuentran en situación de vulnerabilidad o debilidad manifiesta. Esta dimensión de la igualdad permite -y en determinados contextos obliga- al Estado a adoptar medidas positivas en favor de esos colectivos o personas, que pueden consistir en una compensación transitoria para lograr la igualdad de oportunidades, en la entrega de beneficios concretos, o en cambios políticamente determinados en la distribución de recursos dentro de la sociedad.

trato éste que debe estar sujeto a un juicios de razonabilidad y proporcionalidad⁴⁹.

Al estudiar del principio de igualdad en materia de contratación estatal se observa que éste encuentra varias manifestaciones en la Ley 80 de 1993 (artículos 24 y 30) y en la Ley 1150 de 2007 (artículo 5) toda vez que para la selección del contratista, cualquiera que sea el procedimiento que la Administración utilice para ello, todos los participantes deben estar en condiciones de igualdad⁵⁰.

Así, sin duda, se advierte que se trata de un principio con un contenido bastante amplio. Es decir, se estaría haciendo referencia al deber de la Administración y al derecho de quienes pretenden contratar con el Estado a que la adjudicación de los contratos se realice a la mejor propuesta; que el Estado garantice la mayor concurrencia de ofertas; que ninguno de los oferentes sufra una discriminación no justificada; que todos los participantes tengan el mismo plazo para presentar sus

8. En efecto, una de las expresiones de la cláusula de igualdad es la protección de grupos tradicionalmente discriminados o marginados, condición que en el Estado social de derecho determina a la vez un **mandato de abstención** o interdicción de tratos discriminatorios y un **mandato de intervención**, a través del reconocimiento de exigencias al Estado que le imponen realizar acciones tendentes a superar las condiciones de desigualdad material que enfrentan dichos grupos.

9. En cuanto a lo primero y como resultado de la aplicación de la cláusula de igualdad formal y la prohibición de la discriminación (art. 13, inc 1 CP), comporta el deber del Estado de abstenerse de concebir normas, diseñar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas, o adoptar decisiones e interpretaciones del Derecho, que conduzcan a agravar o perpetuar la situación de exclusión, marginamiento o discriminación de grupos tradicionalmente desventajados en la sociedad. Un mandato que en pos de la igualdad, proscriba tanto las **discriminaciones directas** y por las cuales se coarta o excluye a una persona o grupo de personas del ejercicio de un derecho o del acceso a un determinado beneficio, como las **discriminaciones indirectas** “que se derivan de la aplicación de normas aparentemente neutras, pero que en la práctica generan un impacto adverso y desproporcionado sobre un grupo tradicionalmente marginado o discriminado”.

En cuanto a lo segundo, se habla de un **mandato de intervención**, porque para alcanzar los ideales de igualdad, es también necesario que el Estado intervenga y despliegue **actuaciones positivas** para garantizar condiciones de **igualdad real y efectiva, la igualdad de trato por parte de la ley** (art. 13, inc. 2º y 3º CP) ”.

⁴⁹ “(...) [L]a 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. En tal virtud, admite la generalidad de la doctrina de [sic] que el legislador no puede estar sometido a la exigencia de que, a fin de no desconocer el principio de igualdad, debe tratar de la misma manera o reconocer que todos son iguales por todos los aspectos. En este orden de ideas, 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”. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-154 de 18 de abril de 1996. M.P.: Antonio Barrera Carbonel.

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007. Exp: 15324. C.P: Mauricio Fajardo Gómez.

ofertas; que las mismas se sometan por igual a los términos señalados por la Administración; que el Estado justifique con criterios objetivos cuál fue la mejor propuesta; etc.

Como se observa, resulta imposible señalar mediante una lista cerrada el contenido del principio de igualdad en la contratación estatal y esto sólo puede hacerse de modo ejemplificativo; sin embargo, lo cierto es que este principio es de vital importancia pues los demás principios que rigen dicha actividad, como por ejemplo, la selección objetiva, la transparencia⁵¹, la publicidad, la legalidad, la libre concurrencia, entre otros, buscan garantizarlo.

Así lo ha entendido esta Corporación, que al respecto ha señalado lo siguiente:

“El principio de igualdad implica el derecho del particular de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, por lo cual la administración no puede establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás. En consecuencia, en virtud de este principio los interesados y participantes en un proceso de selección deben encontrarse en igual situación, obtener las mismas facilidades y estar en posibilidad de efectuar sus ofertas sobre las mismas bases y condiciones.

Por ende, este principio implica, entre otros aspectos⁵², que las reglas deben ser generales e impersonales en el pliego de condiciones; otorgar un plazo razonable para que los interesados puedan preparar

⁵¹ “(...) [E]l principio de igualdad en las actuaciones contractuales lleva implícitos elementos básicos de los principios de transparencia y de selección objetiva, postulados cuya efectividad 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.” CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007. Exp: 15324. C.P: Mauricio Fajardo Gómez.

⁵² Explica DROMI (José Roberto, La Licitación Pública, Edt. Astrea, 2002, págs. 99 y ss. 134 a 139) que el trato igualitario, se traduce en unos derechos a favor de los oferentes: “1) Consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes; 2) respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; 3) cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección de co - contratante; 4) inalterabilidad de los pliegos de condiciones; 5) respeto del secreto de su oferta hasta el acto de apertura de los sobres; 6) acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación; 7) tomar conocimiento de las demás ofertas luego del acto de apertura; 8) que se le indiquen las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta; 9) que se lo invite a participar en la licitación que se promueve ante el fracaso de otra anterior.” Es decir, en su criterio, la igualdad exige que desde el principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato o hasta la formalización del éste, todos los licitadores o oferentes se encuentran en la misma situación; contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas; y advierte, además, que la adjudicación o formalización del contrato debe hacerse exacta y precisamente sobre las bases que determinaron la adjudicación, no pudiendo después de ésta, modificar condición o modalidad alguna de la oferta aceptada ni el pliego de condiciones, sobre el que se efectuó la licitación, en dichas oportunidades.

sus propuestas (No. 5 artículo 30 de la Ley 80 de 1993); la prohibición de modificar los pliegos de condiciones después del cierre de la licitación⁵³, y como contrapartida que los proponentes no puedan modificar, completar, adicionar o mejorar sus propuestas (No. 8 art. 30 ídem); dar a conocer a los interesados la información relacionada con el proceso (presupuesto oficial, criterios de selección, pliego de condiciones, etc.) de manera que estén en posibilidad real de ser tenidos en cuenta por la administración⁵⁴; aplicar y evaluar las propuestas bajo las mismas reglas y criterios, verificando que todas las propuestas cumplan con los requisitos y condiciones establecidas en los pliegos, sin que puedan rechazarse ofertas por elementos u omisiones no sustanciales e irrelevantes; y, obviamente, la de culminar el proceso de selección con el respectivo acto de adjudicación del contrato ofrecido a quien haya presentado la mejor propuesta, sobre las mismas condiciones que rigieron el proceso”⁵⁵.

Así las cosas, el principio de igualdad implica la garantía para las personas naturales y jurídicas que pretendan contratar con el Estado de que las oportunidades para todos serán las mismas y que el Estado, finalmente, elegirá la oferta más favorable para la Administración⁵⁶.

En conclusión, “(...) el principio de la igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, tiene una doble finalidad: de una parte, como garantía de imparcialidad para los administrados y de protección de sus intereses y derechos, 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 en un proceso de contratación; y de otra parte, también como garantía para la administración, toda vez que su rigurosa observancia incrementa la posibilidad de obtención de una pluralidad de ofertas y, por ende, de una mejor selección del contratista y de la propuesta más favorable”⁵⁷.

⁵³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 11 de marzo de 2004, Exp. 13355. C.P.: Alier Eduardo Hernández Enriquez.

⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2001. Exp. 12037. C.P.: Alier Eduardo Hernández Enriquez.

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2001, Exp. 12037, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enriquez.

y CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-887 de 22 de octubre de 2002, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

i) La imposición factores diferenciadores que favorecen la elección de las Mipymes que participan como oferentes dentro de un proceso de selección objetiva

Al analizar el primero de los aspectos relativos a la supuesta vulneración del derecho a la igualdad de aquellos contratistas que no cuentan con la calidad de Mipymes, la Sala considera que la distinción realizada por la norma acusada, si bien comporta una diferenciación entre los proponentes en razón a una calidad específica derivada de la cantidad de personal, el monto de sus ventas brutas anuales y el valor total de sus activos fijos, no dispone una limitación irracional ni desproporcionada respecto del derecho en mención, por las razones que se pasan a exponer.

Al hacer referencia a las acciones afirmativas, la Corte Constitucional las ha definido como aquellas *“políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tenga una mayor representación”*⁵⁸. En una ocasión más reciente, el Alto Tribunal se pronunció respecto del concepto en mención y señaló que éste *“alude a todas aquellas medidas, políticas o decisiones públicas a través de las cuales se establece un trato ventajoso, y en cuanto tal formalmente desigual, que favorece a determinadas personas o grupos humanos que tradicionalmente han sido marginados o discriminados, con el único propósito de avanzar hacia la igualdad sustancial de todo el conglomerado social”*⁵⁹.

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-964 del 21 de octubre de 2003. M.P.: Álvaro Tafur Galvia.

⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-765 de 2012. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

A su vez, se ha dicho que dentro del género de las acciones a las que se ha hecho referencia se encuentran las medidas promoción y facilitación y aquellas que se han denominado medidas de discriminación positiva o inversa.

Estas últimas, que presentan relevancia para el asunto bajo examen, se distinguen de las primeras por cuanto: *i)* toman en consideración para su aplicación una o varias condiciones personales de los sujetos a favorecer (por ejemplo: la raza o el sexo); y *ii)* se producen en situaciones de escasez de bienes deseados (puestos de trabajo, cupos universitarios, procesos de selección de contratistas por parte de entidades del Estado, etc.)⁶⁰.

De manera más concreta, la misma Corporación en varias oportunidades se ha pronunciado respecto de las condiciones de vigencia del principio de igualdad material previsto en la Constitución Política de 1991 al interior de los procesos administrativos de contratación, señalando el deber de las autoridades del Estado de promover en esa clase de procedimientos la participación de grupos tradicionalmente excluidos. Así, en la sentencia C-932 de 2007 se dispuso⁶¹:

“(...) [L]a Corte encuentra que el establecimiento del deber de selección objetiva en la escogencia del contratista, que orienta el proceso de licitación o concurso previsto para la contratación del Estado no configura una omisión legislativa relativa, pues si bien es cierto que en desarrollo de su potestad de configuración, el legislador no estableció en forma expresa acciones afirmativas, no lo es menos que no sólo no las prohíbe, sino que las ha autorizado en otras normas que son exigibles en el proceso de selección y adjudicación de contratos estatales mediante licitación y concurso. En efecto, el hecho de que el Estatuto de la Contratación hubiere exigido al administrador la escogencia de las propuestas más favorables o del mejor ofrecimiento al Estado no niega la existencia de acciones

⁶⁰ *Ibidem*. Respecto de los escenarios de escasez de opciones públicas, en la sentencia C-744 de 2012 M.P.: Nilson Pinilla Pinilla se señaló que “(...) [l]as acciones de discriminación positiva tienen lugar en un contexto de distribución y provisión de opciones públicas escasas, tales como puestos de trabajo, cargos públicos de alto nivel, cupos educativos y selección de contratistas del Estado”.

⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia del 8 de noviembre de 2007. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

afirmativas en la contratación. O dicho de otro modo, la omisión en la regulación de medidas de discriminación positiva en el estatuto de la contratación administrativa no puede entenderse como una prohibición de regulación. (...)”.

En el mismo sentido, se pronunció en la sentencia C-862 de 2008⁶²:

“8. Específicamente en materia de igualdad de acceso a la contratación estatal, no debe olvidarse que además de los postulados generales impuestos por el preámbulo y los artículos 1º y 13 de la Constitución, el artículo 209 superior dispone que la función administrativa debe desarrollarse con fundamento, entre otros, en el principio de igualdad. En tal virtud, la jurisprudencia constitucional⁶³ ha reconocido que el principio de igualdad en la contratación administrativa puede concretarse, entre otras, en las siguientes reglas: i) todos los interesados tienen el derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa, ii) todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas, iii) los pliegos de condiciones, los términos de referencia para la escogencia de los contratistas y las normas de selección deben diseñarse de tal manera que logren la igualdad entre los proponentes, iv) el deber de selección objetiva del contratista impone evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente y, v) los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas no excluye el diseño de medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas en beneficio de grupos sociales tradicionalmente discriminados.

En este último aspecto, en sentencia reciente⁶⁴, la Corte explicó que si bien es cierto la selección objetiva del contratista busca garantizar la transparencia, imparcialidad e igualdad de acceso a la función administrativa, por lo que es válido que el legislador hubiere exigido a la administración la evaluación de la propuesta más ventajosa para el Estado, no es menos cierto que esa conclusión no puede leerse en el sentido de indicar que esté constitucionalmente prohibido el diseño de formas jurídicas transitorias dirigidas a favorecer a grupos sociales tradicionalmente discriminados o a privilegiar sujetos de especial protección constitucional, puesto que la filosofía humanista de la Constitución y la consagración del Estado Social de Derecho, conciben la contratación administrativa como uno de los instrumentos adecuados para concretar y hacer efectivos los derechos de las personas, dirigido a servir a la comunidad, a promover la prosperidad general y a garantizar la materialización de los demás fines del Estado (Preámbulo y artículos 1º y 2º de la Carta).

En consecuencia, el principio a la igualdad y el derecho subjetivo a la no discriminación, entendidos éstos conceptos desde una perspectiva material que implica el trato igual o diferente pero no discriminatorio, también se imponen en la contratación administrativa no sólo respecto del legislador en el diseño de las normas generales de acceso a la función administrativa, sino también frente a la administración en los procesos de selección y

⁶² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia del 3 de septiembre de 2008. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶³ Entre otras, pueden verse las sentencias C-887 de 2002, T-724 de 2003 y C-932 de 2007.

⁶⁴ Sentencia C-932 de 2007. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

adjudicación de los contratos estatales en concreto.” (Subrayado fuera de texto).

Conforme lo dicho, se observa que el establecimiento de medidas afirmativas de discriminación positiva al interior de los procesos de contratación adelantados por la Administración no surgen como una distinción caprichosa y arbitraria entre las personas que se presentan como oferentes dentro de los mismos. Por el contrario, tales medidas constituyen un desarrollo del principio constitucional de igualdad material que ha de informar la totalidad de las actuaciones de los entes del Estado.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿por qué las medidas de discriminación positiva pueden estar encaminadas a favorecer a aquellas organizaciones empresariales que, por ministerio de la Ley, se tienen por micro, pequeñas y medianas empresas – o Mipymes?

Dicha cuestión puede esclarecerse al revisar el contenido normativo del artículo 333 de la Constitución Política de 1991, más específicamente su inciso tercero, el que contiene un mandato dirigido al Estado relacionado con su deber de estimular el desarrollo empresarial⁶⁵.

Ahora bien, este mandato constitucional ha sido desarrollado por varias leyes, entre las que cabe destacar la Ley 590 del 2000, que fue modificada por las Leyes 905 de 2004 y 1450 de 2011, en la que se dispusieron estrategias y mecanismos dirigidos a promover el

⁶⁵ *“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

*La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. **El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.***

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. (Negrilla propia).

desarrollo integral de la micro, la pequeña y la mediana empresa, teniendo en cuenta la importancia de dichos modelos empresariales para la creación de empleo, el desarrollo regional y el aprovechamiento productivo de los pequeños capitales⁶⁶.

De manera más precisa, el artículo 12 de la Ley 590 del 2000 estableció una serie de obligaciones dirigidas a aquellas entidades cuyos procesos de contratación se encuentran regulados por el Estatuto General de la Contratación Pública, encausadas hacia la creación de escenarios de participación de las Mipymes en la materia. La norma mencionada dispone lo siguiente:

“ARTICULO 12. CONCURRENCIA DE LAS MIPYMES A LOS MERCADOS DE BIENES Y SERVICIOS QUE CREA EL FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO. Con el fin de promover la concurrencia de las micro, pequeñas y medianas empresas a los mercados de bienes y servicios que crea el funcionamiento del Estado, las entidades indicadas en el artículo 2o de la Ley 80 de 1993 o de la ley que la modifique, consultando lo previsto en esa ley y en los convenios y acuerdos internacionales:

1. Desarrollarán programas de aplicación de las normas sobre contratación administrativa y las concordantes de ciencia y tecnología, en lo atinente a preferencia de las ofertas nacionales, desagregación tecnológica y componente nacional en la adquisición pública de bienes y servicios.

2. Promoverán e incrementarán, conforme a su respectivo presupuesto, la participación de micro, pequeñas y medianas empresas como proveedoras de los bienes y servicios que aquellas demanden.

3. Establecerán, en observancia de lo dispuesto en el artículo 11 de la presente ley, procedimientos administrativos que faciliten a micro, pequeñas y medianas empresas, el cumplimiento de los requisitos y trámites relativos a pedidos, recepción de bienes o servicios, condiciones de pago y acceso a la información, por medios idóneos, sobre sus programas de inversión y de gasto.

4. Las entidades públicas del orden nacional, departamental y municipal, preferirán en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministros y servicio a las Mipymes nacionales.

PARÁGRAFO. El incumplimiento de los deberes de que trata el presente artículo por parte de los servidores públicos constituirá causal de mala conducta.”

⁶⁶ Artículo 1 de la Ley 590 de 2000.

De la misma forma, la Ley 1150 de 2007 en su artículo 12⁶⁷, incisos 2 y 3, señala la posibilidad de establecer condiciones preferenciales que favorezcan a la oferta de bienes y servicios por parte de las Mipymes, siempre que ello no se imponga en desmedro de la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas dentro del respectivo proceso de selección objetiva.

La Corte Constitucional se pronunció sobre los antecedentes de la norma mencionada, y la afirmó lo que siguiente:

“17. El artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 autorizó a las entidades estatales sometidas al Estatuto de la Contratación Administrativa a incluir en los pliegos de condiciones beneficios a favor de las micro, pequeñas y medianas empresas (Mipymes), de acuerdo con el reglamento. Los privilegios estarán destinados a fomentar la provisión de obras, bienes, servicios y mano de obra local o departamental, cuyo valor no exceda de 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)

Tal y como se evidencia en los antecedentes legislativos del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el objetivo de esa medida fue promover la contratación con las pequeñas y medianas empresas para hacerlas más competitivas y fortalecer su desarrollo. Así, en la exposición de motivos de uno de los proyectos de ley⁶⁸ se explicó que con las modificaciones puntuales del

⁶⁷ Artículo 12. PROMOCIÓN DEL DESARROLLO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. “De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que en desarrollo de los procesos de selección, las entidades estatales adopten en beneficio de las Mipymes, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés del número plural de Mipymes que haya sido determinado en el reglamento.

Asimismo, el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipymes, respetando los montos y las condiciones contenidas en los compromisos internacionales vigentes.

En todo caso, se deberá garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en la contratación y, realizarse la selección de acuerdo con las modalidades de selección a las que se refiere el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

De igual forma, en los pliegos de condiciones las entidades estatales, dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.

PARÁGRAFO 1o. En los procesos de selección que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipymes del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato.

PARÁGRAFO 2o. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, para que las Mipymes puedan participar en las convocatorias a las que se refiere este artículo, deberán acreditar como mínimo un año de existencia, para lo cual deberán presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación.

PARÁGRAFO 3o. En la ejecución de los contratos a que se refiere el presente artículo, las entidades y los contratistas, deberán observar lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifiquen, adicionen o subroguen”.

⁶⁸ En el proyecto de ley número 20 de 2005 Senado, presentado por los entonces Ministros de Transporte y del Interior y Justicia, doctores Andrés Uriel Gallego y Sabas Pretelt de la Vega, respectivamente, se propuso

Estatuto de la Contratación se pretendía asegurar la vigencia de los principios constitucionales de la función pública y en especial el de igualdad material de acceso a la contratación administrativa.

(...)

En su intervención ante la Comisión Primera del Senado y posteriormente en Plenaria la viceministra de justicia estuvo de acuerdo con utilizar la contratación pública como un mecanismo para la distribución adecuada del ingreso y para incentivar las pequeñas y medianas empresas, pero advirtió que ese objetivo no podría dejar de lado el deber de obtener contratistas que ofrezcan calidad y seriedad de las ofertas, por lo que propuso que los temas específicos sean regulados en el reglamento⁶⁹

En el texto definitivo aprobado en plenaria del Senado de la República se observa que esa corporación autorizó mayores beneficios expresos a favor de las Mipymes respecto de los que finalmente se convirtieron en ley, tales como la distribución equitativa de los contratos, anticipos superiores a los previstos en la ley para la contratación en general y la posibilidad de imponer un porcentaje del presupuesto estatal que estaría destinado a la contratación con Mipymes⁷⁰.

Posteriormente, la Cámara de Representantes aceptó la propuesta formulada en el sentido de admitir la consagración de algunas prerrogativas en los pliegos de condiciones para la contratación administrativa con micro, pequeñas y medianas empresas, aunque consideró conveniente modificar el texto para suprimir el deber de contratar un porcentaje determinado del presupuesto público con este tipo de empresas y la obligación de distribuir los contratos en forma equitativa⁷¹. Así, por ejemplo, la ponencia para segundo debate en la Cámara dejó en claro que el objetivo de la propuesta era promocionar la creación de empresa con garantías de cumplimiento y eficacia para el Estado⁷².

Como puede verse, fue clara la intención del legislador de autorizar al reglamento a fijar condiciones concretas para facilitar las acciones afirmativas en la contratación pública con micro, pequeñas y medianas empresas, con el fin de fomentar su desarrollo y promover la creación de empresa como instrumento adecuado para generar empleo.”

Así las cosas, se concluye que lo establecido por los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2 del Decreto 2473 de 2010 se identifica como una medida de discriminación positiva, que tiende a favorecer a los proponentes, singulares o plurales, que como consecuencia de i) el número de trabajadores totales que poseen, ii) el valor de las ventas

que “con el fin de garantizar el mayor beneficio socioeconómico posible de los recursos fiscales involucrados en la contratación, se podrán adoptar medidas que tengan por objeto beneficiar el desarrollo de la pequeña y mediana empresa// de conformidad con los criterios que señale el reglamento, podrán establecerse convocatorias públicas limitadas a los miembros de estas categorías de proponentes, así como establecer medidas que promuevan la subcontratación preferente de las mismas, sin perjuicio de otras que mejoren su competitividad en el mercado de la contratación estatal”. Gaceta del Congreso número 458 del 1º de agosto de 2005. Página 6

⁶⁹ Gaceta del Congreso número 23 del 30 de enero de 2006. Página 23.

⁷⁰ Gaceta del Congreso número 282 del 11 de agosto de 2006. Página 22.

⁷¹ Gaceta del Congreso número 536 del 15 de noviembre de 2006. Página 6

⁷² Gaceta del Congreso número 96 del 27 de marzo de 2007. Páginas 1 a 6

brutas anuales y iii)el valor total de sus activos⁷³, se encuentran clasificados, ellos o quienes los componen, como micro, pequeñas, o medianas empresas y que dicha acción afirmativa tiene por finalidad favorecer la contratación de Mipymes por parte de las entidades del Estado y, de esa forma, promover el desarrollo de las mismas.

Ahora bien, dicho lo anterior, esta Subsección considera pertinente la aplicación del *test* de proporcionalidad a la medida en comento, con el fin de verificar si la misma representa una afectación injustificada de los derechos de los proponentes que no son Mipymes y buscan contratar con el Estado.

Dicha metodología ha sido decantada en innumerables pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional y se han señalado diversos niveles de intensidad en relación con su aplicación. En la sentencia C-432 de 2010⁷⁴ el Alto Tribunal se pronunció al respecto en los siguientes términos:

“De manera reiterada, la Corte ha señalado⁷⁵ que el control de constitucionalidad en general, y el test de proporcionalidad en particular, adoptan diversas modalidades – leve, intermedio o estricto – según su grado de intensidad, el cual depende de la materia objeto de la disposición demandada⁷⁶. De conformidad con las líneas jurisprudenciales sentadas por esta Corporación, cuando se trata de materias económicas⁷⁷ (...) o se esté frente a asuntos en los cuales existe un amplio margen de configuración del legislador⁷⁸, la modalidad del juicio de proporcionalidad que se debe adelantar es el débil, el cual, por otra parte, es el que ordinariamente debe llevar a cabo el juez constitucional frente a las medidas legislativas, en deferencia a la legitimidad democrática del Congreso de la República para

⁷³ Según lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley 590 de 2000, tras la reforma que sobre dicha norma fue impresa por la Ley 1450 de 2011. En el texto anterior (Ley 1151 de 2007) se hablaba de 1. Número de trabajadores permanentes y 2. Valor de las Ventas Brutas Anuales y/o Activos Totales

⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia del 2 de junio de 2010. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷⁵ Entre muchas otras, ver sentencias C-333 de 1994; C-265 de 1995; C-445 de 1995; C-613 de 1996; C-197 de 1997; C-507 de 1997; C-584 de 1997; C-183 de 1998; C-318 de 1998; C-539 de 1999; C-112 de 2000; C-093 de 2001.

⁷⁶ Ver, entre otras, las siguientes sentencias C-404 de 2001; C-505 de 2001; C-048 de 2001; C-579 de 2001; C-540 de 2001; C-199 de 2001.

⁷⁷ Ver sentencia C-265 de 1994.

⁷⁸ Más recientemente, la Corte en sentencia C- 392 de 2007 consideró que *“Esta Corporación ha desarrollado una significativa línea jurisprudencial en el sentido que en materia económica el legislador tiene un amplio margen de configuración, y correlativamente no opera un control de constitucionalidad estricto, debido a que la Constitución consagra la dirección de la economía por el Estado”*. (negrillas agregadas).

configurar el ordenamiento jurídico⁷⁹. En estos casos resultan más relevantes los poderes de intervención estatales y la libertad de configuración legislativa, que la limitación de las libertades económicas que este tipo de medidas suponen”.

Así las cosas, al observarse el contenido de la norma acusa, en tanto impone unas condiciones que necesariamente van a incidir en el funcionamiento del mercado específico de adquisición de bienes y servicios por parte de entidades estatales, la Subsección considera pertinente la aplicación del test débil de proporcionalidad.

En la misma sentencia citada, la Corte Constitucional delimitó el objeto de estudio del test de proporcionalidad de intensidad débil en los siguientes términos:

“(…) La modalidad del juicio de proporcionalidad débil supone que “[e]l juez constitucional deberá entonces respetar las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política. La Corte considera que en esta materia se impone el criterio de inconstitucionalidad manifiesta, por lo cual, sólo si de manera directa la norma vulnera los derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma”⁸⁰. Por lo tanto “si la ley que regula y limita una determinada actividad económica no vulnera claramente la carta fundamental o establece regulaciones manifiestamente irrazonables debe ser considerada constitucional, por cuanto hay cláusulas constitucionales que autorizan la intervención estatal en la economía”⁸¹. De allí que su examen se circunscribirá a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limitará, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto”.

Así las cosas, el análisis a realizar respecto de la disposición acusada se limitará a verificar, por una parte, a) que el fin al que se dirige la aplicación de los criterios de desempate establecidos por el artículo 2 del Decreto 2473 de 2010 no sea ni inconstitucional ni ilegal, así como

⁷⁹ Tal y como se afirmó en sentencia C-673 de 2001 “El principio democrático (art. 1 C.P.), el principio de la separación de las ramas del poder público y de colaboración armónica entre ellas (art. 113 inciso 2 C.P.) y el principio de primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.) deben ser interpretados sistemáticamente y ponderados en concreto de forma que se respeten las competencias constitucionales tanto del legislador como de la Corte Constitucional”.

⁸⁰ Sentencia C-265 de 1994. En el mismo sentido sentencia C-445 de 1995.

⁸¹ Sentencia C-392 de 2007.

que el medio dispuesto por la norma para tal efecto respete las disposiciones constitucionales y legales que le sirven de sustento; y en segundo término, *b*) que dichos mecanismos resulten realmente idóneos para los fines a los cuales fueron dirigidos.

Frente al primero de los aspectos mencionados, resulta evidente el hecho de que la disposición cuya nulidad se demanda, no sólo no se dirige hacia un fin proscrito por la Constitución Política, sino que desarrolla una de las funciones esenciales de la intervención estatal en la economía, como es la de permitir el acceso de nuevos competidores a determinados mercados y la de promover el desarrollo empresarial. Igualmente, como se dijo, el medio utilizado para el fin descrito ha sido aceptado de manera reiterada por la jurisprudencia constitucional, cuando se afirma la posibilidad de establecer mecanismos de discriminación positiva al interior de los procesos de selección objetiva de contratistas. Ello se ve reforzado al advertir que en ningún caso los criterios favorables a la participación de las Mipymes pueden aplicarse en perjuicio de los criterios objetivos de selección de contratistas dispuestos por la ley y los respectivos pliegos de condiciones.

En relación con el segundo aspecto, la Sala considera completamente idóneos los medios establecidos por el artículo 2 del Decreto 2473 de 2010 para favorecer la participación de las Mipymes en escenarios de contratación pública, pues con su aplicación se garantiza la prelación que, en condiciones de igualdad, han de tener las ofertas presentadas por proponentes revestidos de tal calidad, cuando son singulares, o cuyos miembros la ostentan, en caso de consorcios u otros oferentes de carácter plural.

De tal manera, se advierte que la finalidad perseguida con la expedición de la disposición demandada es completamente adecuada

a la luz del ordenamiento constitucional y legal; y que los medios dispuestos para el efecto, además de legítimos, resultan idóneos.

ii) La preferencia de la oferta de bienes y servicios nacionales respecto de aquellas propuestas en las que se ofrezcan bienes y servicios de origen foráneo

La parte actora sostiene que la norma demandada vulnera el derecho a la igualdad de aquellos proponentes que ofrecen productos y servicios de origen extranjero, pues la disposición acusada implica el desconocimiento de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano respecto de otros Estados con los que ha acordado tratar como nacionales sus productos en las adquisiciones realizadas por entidades estatales. Afirmación ésta que, como se verá, carece de asidero alguno.

En efecto, la Ley 80 de 1993 en su artículo 21⁸², en concordancia con el artículo 2 de la Ley 816 de 2003⁸³, establece con total claridad la

⁸² DEL TRATAMIENTO Y PREFERENCIA DE LAS OFERTAS NACIONALES. “Las entidades estatales garantizarán la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones 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.

Quando se trate de la ejecución de proyectos de inversión se dispondrá la desagregación tecnológica.

En los contratos de empréstito y demás formas de financiamiento, distintos de los créditos de proveedores, se buscará que no se exija el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica, o que a ello se condicione el otorgamiento. Así mismo, se buscará incorporar condiciones que garanticen la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional.

En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional.

Para los oferentes extranjeros que se encuentren en igualdad de condiciones, se preferirá aquel que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica.

El Consejo Superior de Comercio Exterior determinará el régimen vigente para las importaciones de las entidades estatales.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por bienes y servicios de origen nacional y de origen extranjero y por desagregación tecnológica. Corresponde también al Gobierno Nacional diseñar mecanismos que faciliten el conocimiento oportuno tanto de la oferta de bienes y servicios de origen nacional, como de la demanda de las entidades estatales.

PARÁGRAFO 2o. El Gobierno Nacional reglamentará el componente nacional al que deben someterse las entidades estatales, para garantizar la participación de las ofertas de bienes y servicios de origen nacional.

⁸³ ARTÍCULO 2o. “Las entidades de que trata el artículo 1o asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%), para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales.

Tratándose de bienes o servicios extranjeros, la entidad contratante establecerá un puntaje comprendido entre el cinco (5) y el quince por ciento (15%), para incentivar la incorporación de componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos.

prelación que, en condiciones de competencia respecto de oportunidad, precio y calidad, debe aplicarse a la oferta de bienes y servicios de origen nacional.

De igual manera, se observa como la misma norma demandada prevé en su párrafo⁸⁴ el respeto que en todo caso ha de observarse respecto de los compromisos internacionales en virtud de los cuales el Estado colombiano debe otorgar un trato como si fuesen nacionales a los productos provenientes de determinados países, en materia de compras estatales, con lo cual, sin duda alguna, la disposición acusada, se enmarca plenamente dentro de los parámetros legales sobre la materia, específicamente, con lo previsto en el párrafo del artículo 1° de la Ley 816 de 2003⁸⁵.

En consecuencia, para esta Sala resulta claro que la disposición cuya nulidad se solicita basa su contenido en las normas que le han servido de sustento al momento de su expedición y, por tanto, no viola ninguna de las normas cuya transgresión adujo el actor, ni vulnera de modo alguno el principio de igualdad en materia de contratación estatal.

Con fundamento en lo dicho, no prospera el cargo bajo análisis.

Si una vez efectuada la calificación correspondiente, la oferta de un proponente extranjero se encuentra en igualdad de condiciones con la de un proponente nacional, se adjudicará al nacional”.

⁸⁴“(…) Parágrafo. En cualquier caso los factores de desempate contenidos en los numerales 1 al 4 se aplicarán de conformidad con el párrafo 1° del artículo 1° de la Ley 816 de 2003. Al efecto, los bienes y servicios originarios de países con los cuales Colombia tenga compromisos comerciales internacionales vigentes en materia de trato nacional para compras estatales, o de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales; deberán ser tratados en el marco de los criterios de desempate como si fueren bienes o servicios nacionales colombianos”.

⁸⁵“(…) PARÁGRAFO. Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. La acreditación o demostración de tal circunstancia se hará en los términos que señale el reglamento”.

3.2.3. Violación de los límites constitucionales y legales del poder reglamentario.

Antes de decidir sobre el cargo referido, esto es, el supuesto exceso en que habría incurrido el gobierno nacional al expedir la norma cuya nulidad se solicita, la Subsección considera pertinente estudiar la figura de la potestad reglamentaria. Así, resulta importante pronunciarse sobre su origen histórico (i); su titularidad (ii); y finalmente, sobre su contenido y alcance a la luz de la jurisprudencia, tanto constitucional, como aquella proferida por esta Corporación (iii)⁸⁶.

i) Al hablar de la potestad reglamentaria resulta necesario remontarse al debate milenario entre el rey y las corporaciones en procura de la hegemonía por la producción normativa. Conflicto este que en los ordenamientos preconstitucionales se resolvió en favor del monarca; pero que, en el Estado Constitucional se trató de una “(...) *pugna secular por la conquista de la hegemonía en el campo de la producción normativa entre el poder ejecutivo y las asambleas representativas; una pugna que ha tenido las más diversas manifestaciones y que está aún lejos de haberse cerrado definitivamente*”⁸⁷.

La Revolución Francesa significó por muy corto tiempo la inversión de fuerzas en materia normativa, con lo cual el Parlamento recuperó su capacidad absoluta de regulación bajo el pretexto de la ley como manifestación de la voluntad general, lo que implicó para el ejecutivo prácticamente el abandono de la potestad reglamentaria. Sin embargo, la realidad de las cosas y la necesidad de convertir a la administración

⁸⁶ Véase, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011. Exp: 36601, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁸⁷ Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Tomo I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA. Madrid 1991, p. 690.

en el poder central de la revolución hicieron que rápidamente la función administrativa se hiciera depositaria de los poderes normativos que caracterizaron durante el viejo régimen al soberano⁸⁸.

Sin embargo, no se puede olvidar que en otras latitudes europeas el proceso entre potestad reglamentaria y legislativa fue diferente. En el modelo germánico, por ejemplo, se presentó una distribución funcional entre Parlamento y ejecutivo, que en un comienzo fue incipiente pero que se consolidó prácticamente con la Constitución de Weimar de 1919⁸⁹.

Ahora bien, la evolución histórica de la figura de la potestad reglamentaria en Colombia ha estado ligada a los altibajos de nuestro constitucionalismo, pues las características del sistema presidencial colombiano han determinado el papel preponderante que la administración históricamente ha cumplido y la han convertido una fuente indudable e inagotable de normatividad.

ii) En cuanto a la titularidad de la potestad reglamentaria, es decir, de la capacidad de producir normas administrativas de carácter general reguladoras de la actividad de los particulares y base para la actuación de las autoridades, resulta claro que la Constitución de 1991 distribuyó dicha potestad entre las diferentes autoridades y organismos administrativos. Desde esta perspectiva es posible formular una regla general que nos traslada de inmediato a las competencias del Presidente de la República; y unas reglas de excepción, algunas de ellas previstas en la Constitución y otras en la ley, que le entregan la potestad normativa o reglamentaria a otros sujetos de la función administrativa.

⁸⁸ “Las razones que impulsaron este espectacular cambio de criterio pueden adivinarse sin dificultad. La eliminación de la potestad reglamentaria tenía sentido en los momentos iniciales del proceso, cuando dicha potestad hubiera correspondido a un rey y a una corte abiertamente opuestos al proyecto revolucionario; extinguida la monarquía, destruido casi por completo el poder de la nobleza y controlado todo el aparato político por la burguesía triunfante, la transformación completa del sistema económico y jurídico exigía un ejecutivo inequívocamente fuerte respecto al cual carecían de justificación las cortapisas diseñadas para el último de los capetos”. *Ibíd.*, pp. 698-699.

⁸⁹ En la práctica, a diferencia del sistema francés que planteaba una subordinación jerárquica entre el reglamento y la ley, en el caso alemán la ley y el reglamento se encuentran a un mismo nivel normativo, que corresponde a dos puntos horizontales de producción normativa de contenidos materiales diversos.

En este orden de ideas, la *Regla general en materia reglamentaria* la tiene el Presidente de la República por dos vías: por una parte, a través de la reglamentación directa de la ley cuando sea indispensable para hacer posible su cumplimiento (Constitución, artículo 189. 11), pues en su condición de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y suprema autoridad Administrativa le corresponde “ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes”; y por otra parte, en los casos en que la Constitución le permite desarrollar directamente sus preceptos normativos, caso en el cual la potestad normativa o reglamentaria es directamente de la Constitución⁹⁰, asunto que en algunas oportunidades la jurisprudencia de esta Corporación denominó como deslegalización de materias en favor de la administración, y que, mirado desde otro punto de vista, no es más que el reconocimiento constitucional de la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente, no ya a nivel de la ley, sino del acto administrativo de carácter general, pues orgánica y funcionalmente el acto sería administrativo y no legislativo, excepto que el constituyente le hubiera establecido efectos legislativos, como en el caso del artículo 341 inciso 3.º constitucional.

Por otra parte se encuentran las *Reglas de excepción en materia reglamentaria*, se está frente a estas cuando por mandato constitucional algunos otros organismos del Estado pueden dictar normas con carácter general en asuntos de su competencia. Incluso, como lo ha advertido el Consejo de Estado, con posibilidades de desarrollar directamente el texto constitucional sin intervención de la ley.

Tal es el caso del Consejo Superior de la Judicatura, órgano al que

⁹⁰ Ejemplos de potestad reglamentaria constitucional los encontramos de sobra en las disposiciones transitorias de la Constitución, en donde en varios asuntos se le entrega esta potestad al Presidente de la República.

corresponde *“dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, lo relacionado con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador”* (Constitución, artículo 57.3). Situación similar se plantea frente al Consejo Nacional Electoral, el cual deberá *“reglamentar la participación de los partidos y movimientos políticos en los medios de comunicación social del Estado”* (Constitución, artículo 265. 9).

Así mismo, la junta directiva del Banco de la República goza de una facultad normativa directa y excluyente, pues está facultada para *“regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito”* (Constitución, artículo 71 inciso 2.º). La Contraloría General de la Nación y las contralorías departamentales y municipales gozan de poderes similares, pues según lo previsto en la Constitución se les permite, respectivamente, *“prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas, los responsables del manejo de fondos o bienes de la nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse”,* y *“dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional o territorial”* (Artículo 268, numerales 1 y 12, en concordancia con el 272).

En este orden de ideas, resulta que la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente de la República constituye una simple regla general, objeto de excepciones previstas en el mismo texto constitucional y así lo ha reconocido Corte Constitucional:

“En materia de potestad reglamentaria existe una cláusula general de competencia en cabeza del Presidente de la República, pero la Constitución ha previsto, de manera excepcional, facultades de reglamentación en otros órganos constitucionales. Esas facultades especiales de reglamentación, ha dicho la Corte, encuentran su fundamento en la autonomía constitucional que tienen ciertos órganos, y están limitadas, materialmente, por el contenido de la función a cuyo desarrollo autónomo atienden y, formalmente, por las previsiones que la Constitución haya hecho sobre el particular. Desde esta perspectiva formal, la potestad reglamentaria que constitucionalmente tienen asignada ciertos órganos constitucionales se limita a aquellos ámbitos expresamente mencionados en la Constitución, sin

que por consiguiente, respecto de determinadas materias sea posible afirmar la concurrencia de dos competencias reglamentarias, la general propia del Presidente del República y la especial, que sin estar expresamente atribuida, se derivaría del carácter autónomo del órgano que la ejerce. No, de acuerdo con la Constitución las competencias reglamentarias especiales son aquellas expresamente conferidas por la Constitución y por fuera de ese ámbito, la potestad reglamentaria para la cumplida ejecución de las leyes corresponde al Presidente de la República”⁹¹.

“La potestad reglamentaria, entendida como la capacidad de producir normas administrativas de carácter general, reguladoras de la actividad de los particulares y fundamento para la actuación de las autoridades públicas, la tiene asignada de manera general, en principio, el Presidente de la República, en virtud de lo dispuesto en el artículo 189-11 de la Carta Política, quien puede ejercerla en cualquier momento sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. Excepcionalmente, y por disposición constitucional, existe un sistema de reglamentación especial respecto de ciertas materias y para determinados órganos constitucionales, al margen de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Tal es el caso del Consejo Superior de la Judicatura, de la Junta Directiva del Banco de la República, del Consejo Nacional Electoral y de la Contraloría General de la República”⁹².

Finalmente, respecto de la titularidad de la potestad reglamentaria, es decir, de la posibilidad de expedir actos normativos de carácter general, se ha reconocido que los ministerios también gozan de dicha competencia. Así, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“(… Tal como lo establece el artículo 208 de la Carta Política, los ministros, junto con los jefes de departamentos administrativos, son los jefes de la Administración en su respectiva dependencia.

En concordancia con esta preceptiva, la Ley 489 de 1998, que regula aspectos vinculados con la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, ha dispuesto que los ministerios son organismos pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público (Art. 38 *ibídem*), que son los principales órganos de la Administración (Art. 39 *ídem*) y que, con los departamentos administrativos y las superintendencias, constituyen el Sector Central de la Administración Pública Nacional (*ídem*).

El fundamento constitucional de las competencias asignadas a los ministerios también se encuentra normado por el artículo 208 de la Carta. El canon prescribe que a los ministros les corresponde “formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley”, todo ello bajo la dirección del Presidente de la República.

De igual forma, en acogimiento de los preceptos constitucionales, la Ley 489 de 1998 ha establecido que los ministerios son entidades cuyo destino es “la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo que dirigen” (Art. 58. *ibídem*).

⁹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-307 del 30 de marzo de 2004. Magistrados Ponentes: Rodrigo Escobar Gil, Manuel José Cepeda y Alfredo Beltrán Sierra.

⁹² Corte Constitucional. Sentencia C-384 del 13 de mayo 2003. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Ahora bien, entre las funciones concretas asignadas por la Ley a los ministerios, resaltan las contenidas en los numerales 2º, 3º y 6º del artículo 59 de la misma Ley, a saber:

“Artículo 59. Funciones. Corresponde a los ministerios y departamentos administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en sus actos de creación o en leyes especiales:

“2. Preparar los proyectos de decretos y resoluciones ejecutivas que deban dictarse en ejercicio de las atribuciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y dar desarrollo a sus órdenes que se relacionen con tales atribuciones.

“3. Cumplir las funciones y atender los servicios que les están asignados y dictar, en desarrollo de la ley y de los decretos respectivos, las normas necesarias para tal efecto.

“6. Participar en la formulación de la política del Gobierno en los temas que les correspondan y adelantar su ejecución.

Del cuadro normativo precedente se deduce que la función de los ministerios en la estructura orgánica nacional es la de ser, bajo la dirección del presidente de la República, la máxima autoridad administrativa en el área correspondientemente asignada y que, en ejercicio de dicha función, los primeros pueden formular y adoptar políticas atinentes a su despacho, pero, además, ejecutar la Ley en el ámbito de su especialidad.

Ahora bien, dado que a los ministerios se les encargan las funciones preestablecidas puede decirse, en conexión con la potestad de reglamentación que les asiste, que éstos organismos tienen una competencia residual de regulación que debe ejercerse de manera subordinada a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, pero, tal como se dijo anteriormente, exclusivamente en el área correspondiente a su especialidad.

En estos términos la Corte expresó que:

“...de manera general, se pueda afirmar la existencia de ciertas competencias de regulación para órganos administrativos diferentes, y para el caso concreto, para los Ministros del Despacho. Pero tales competencias para la expedición de normas generales por los ministros sólo pueden ejercerse, frente a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, con criterio residual y subordinado. Sobre este particular, el Consejo de Estado al referirse a las competencias de regulación de la Superintendencia Nacional de Salud expresó que:

“ ‘El Presidente de la República es, ciertamente, el titular constitucional de la potestad reglamentaria, pero ello no quiere decir que dentro de su ámbito de competencia y nivel de subordinación jerárquica y normativa, las demás autoridades administrativas no pueda adoptar medidas de carácter general a fin cumplir o hacer cumplir las disposiciones superiores relativas a los asuntos a su cargo, de donde, como titulares de autoridad administrativa, están investidas de las facultades o potestades propias de la administración, dentro de las cuales está justamente la reglamentaria. De allí que los actos administrativos generales pueden emanar de cualquier autoridad administrativa, en lo que concierna a los asuntos a su cargo’. ⁹³

(...)

“En ese contexto, es posible que la ley atribuya a los ministerios, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, la función de expedir normas de carácter general, sin que por ello se entienda disminuida la potestad

⁹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: Juan Alberto Polo Figueroa. Bogotá D.C., 24 de agosto de 2000. Radicación número 6096.

reglamentaria del Presidente de la República. Ello no implica que en cada caso concreto sea el propio legislador el que determine el ámbito propio de la potestad reglamentaria frente a las competencias de regulación que puedan tener o que se les atribuyan a los Ministerios, por cuanto eso equivaldría a vaciar de contenido la Potestad Reglamentaria, la cual quedaría reducida al espacio de regulación que quede después de que por los Ministros se haya ejercido la función de regulación atribuida por la ley. Es claro que cuando el legislador atribuye una competencia de regulación a un ente administrativo, la misma debe ejercerse sin desconocer el espacio propio de la potestad reglamentaria. Así, cuando el legislador señala que corresponde a un determinado Ministerio expedir la regulación técnica o especializada de cierta materia, resulta evidente que tal regulación debe hacerse con sujeción a la ley y al reglamento que por virtud de la competencia general que le asigna la Constitución expida el Presidente de la República.

“Se tiene entonces que los Ministros pueden ejercer competencias de regulación de carácter netamente administrativo, dentro del ámbito de sus funciones y subordinadas, en todo caso, a los reglamentos que el Presidente de la República haya expedido para la cumplida ejecución de las leyes.

“Cuando de manera general la ley atribuye a un Ministerio funciones para expedir reglamentos, debe entenderse, por una parte, que ellas constituyen simplemente una manera de atribuir competencia en razón de la materia. Esto es, para los efectos previstos en la ley, el Gobierno se conforma con la participación del Ministro al que se le ha atribuido la competencia. En segundo lugar, es claro que en la órbita propia de las funciones de cada Ministerio y con subordinación tanto a las directrices del Presidente como a los reglamentos que éste, en ejercicio de la Potestad Reglamentaria, haya expedido, pueden también los Ministros expedir reglamentos. Pero en ningún caso éstos pueden desplazar a la competencia reglamentaria del Presidente de la República, frente a la cual tienen un carácter residual y subordinado.

“Debe tenerse en cuenta que los Ministerios son órganos dependientes cuya competencias generales están previstas en la ley. La manera como están regulados en la Constitución claramente indica su subordinación al Presidente de la República, de tal modo que no tienen competencias autónomas. Todas las que se les atribuyan deben ejercerlas bajo la dirección del Presidente de la República.

“En los anteriores términos, no resulta inconstitucional que una ley atribuya, de manera directa, a los Ministros del Despacho, competencias para expedir normas de carácter general sobre las materias en ella contenidas, cuando tales normas correspondan a regulaciones de carácter técnico u operativo, dentro de la órbita competencial del respectivo Ministerio, por cuanto, en ese caso, la competencia de regulación tiene el carácter de residual y subordinada respecto de aquella que le corresponde al Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria”⁹⁴.
(Subrayas fuera del original)

En similar dirección apunta la jurisprudencia del Consejo de Estado cuando admiten que es potestad administrativa de los ministerios y

⁹⁴ Corte Constitucional. Sentencias C-085 de 2001 (Aclaración de voto de Manuel José Cepeda y Jaime Araujo Rentería). La misma posición fue reiterada por la Sentencia C-917 de 2002. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

demás dependencias administrativas y no del Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria, reglamentar mediante actos generales los asuntos que legalmente les corresponda. Así se lo ha dejado claro por la Corporación en multiplicidad de fallos, entre los que se destaca el siguiente:

“(...) Cuando la ley ordena que determinada materia sea regulada por un Ministerio, con ello quiere dar a entender el legislador que se hace innecesario hacer uso de la potestad reglamentaria consagrada en el artículo 189, numeral 11, de la Carta Política, adscrita al Presidente de la República, quien la ejercita con el Ministro o el Director del Departamento Administrativo respectivo. Sabido es que una cosa es hablar del Gobierno, entendiendo éste como presidente y Ministro o Director del Departamento Administrativo respectivo, conforme lo prevé el inciso 3o. del artículo 115 de la Carta Política, y otra muy diferente es hablar de una función administrativa que le corresponde únicamente al Ministro por mandato de la ley, porque aquí juega papel importante uno de los principios que rigen la actuación administrativa, como es el de la desconcentración de funciones”⁹⁵.

iii) Ahora bien, otro punto importante al estudiar la potestad reglamentaria es el referente a su contenido y alcance. Sin duda alguna, dicha potestad normativa está en directa relación con los poderes de orientación política, dirección, estructuración, regulación, diseño y fijación de directrices para el cometido de los fines estatales asignados a la administración; todo esto, como es obvio, dentro del contexto de los principios y parámetros constitucionales y legales respectivos. Es decir, la potestad normativa de la administración o de hacer normas rectoras de la actividad estatal, en cuanto privilegio funcional, es de naturaleza subordinada y dependiente de las normas de carácter superior. Sería absurdo pensar en la posibilidad de una potestad normativa de la administración ausente o inmune al principio de la legalidad.

Por su parte, la Corte Constitucional, en diversos pronunciamientos, ha estudiado el contenido material de la potestad reglamentaria, sosteniendo que se trata de un tema siempre problemático y complejo,

⁹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I. Sentencia del 26 de febrero de 1998. Exp.- 4500. Ernesto Rafael Ariza.

sobre todo en la definición de sus límites materiales frente a la ley; no obstante reconoce que, en lo que si hay consenso, es en que, en toda materia sometida por el Constituyente a reserva de ley, no se admite normativa reglamentaria de no haber sido tratada previamente por el legislador, pues es este el llamado a producirla y en consecuencia, que la reglamentación de la administración, depende directamente del texto legal, quedando habilitada la administración directa e intemporalmente, no de manera exclusiva el Presidente de la República, por la sola presencia y existencia de la ley, para ejercer la potestad reglamentaria que considera oportuna y necesaria con el propósito de cumplir, hacer viable y ejecutorio los postulados de la norma legal.

Así, en opinión de la Corte, la potestad reglamentaria constituye un importante y trascendental ejercicio de elaboración material y objetivo de normatividad general tendiente hacer viable el cumplimiento de la ley, haciendo explícito lo implícito en ella, determinando dentro de los marcos legales circunstancias de tiempo, modo, lugar y demás aspectos técnicos, que en cada caso exige el cumplimiento de la ley⁹⁶.

De manera concreta, tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como de la Corte constitucional han definido un marco conceptual para el estudio y análisis del alcance y límites de la potestad reglamentaria en el derecho colombiano.

Así, en cuanto a su alcance general el Consejo de Estado, consideró que *“(...) El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política le asigna al Presidente de la República la atribución de “Ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos,*

⁹⁶ Corte Constitucional. Sentencias C-557 y C-606 de 1992 (M.P.: Ciro Angarita Barón), C-228 de 1993 (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa), C-022 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz), C-206 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo) y C-216 de 1994 (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa), C-539 de 1995 (M.P.: Antonio Barrera Carbonell), C-100 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero), C-138 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo), C-433 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz), C-451 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo y Hernando Herrera Vergara) y C-629 de 1996 (M.P.: Carlos Gaviria Díaz), C-028 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero), C-290 (M.P.: Jorge Arango Mejía), C-350 (M.P.: Fabio Morón Díaz), C-428 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa) y C-512 de 1997 (M.P.: Jorge Arango Mejía), C-066 (M.P.: Fabio Morón Díaz y Alfredo Beltrán Sierra), C-302 (M.P.: Carlos Gaviria Díaz), C-372 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo), C-509 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo) y C-579 de 1999 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz).

resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”. La potestad reglamentaria es la expresión por excelencia de la función administrativa que ejerce el Presidente de la República. Es una facultad del gobierno para expedir normas generales, impersonales y abstractas para lograr la cumplida ejecución de las leyes. El acto reglamentario tiene su marco general en la ley para proveer la adecuada ejecución de ésta, precisando circunstancias o pormenores no contenidos en ella, por no haber sido regulados o por no ser de carácter sustancial. Ciertamente es imposible que la ley contenga todos los requisitos y pormenores indispensables para su cabal aplicación. No es posible que la ley tome en consideración los diversos casos particulares que se puedan comprender en determinada materia. La ley sienta los principios generales y el decreto reglamentario los hace operantes o los particulariza para hacer viable la aplicación de la ley. De consiguiente, so pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria mal puede ampliarse el ámbito de aplicación de la ley. El acto reglamentario debe aportar entonces los detalles, los pormenores de ejecución o aplicación de la ley; hace explícito lo implícito en ella; facilita su entendimiento y comprensión. Pero no puede extender su ámbito más allá de la ley. No es posible que el reglamento contenga normas que le están reservadas al legislador; no puede adicionar la ley, cambiarla, restringirla o recortarla en su esencia o sustancia; tampoco puede deslindar los límites de la potestad reglamentaria porque violaría, además de la ley, la propia constitución”⁹⁷.

Por otra parte, en relación con las acciones precisas de la administración para su desarrollo, esta Corporación ha señalado que la potestad reglamentaria debe “(...) entenderse como la facultad para expedir normas generales, impersonales y abstractas para lograr la cumplida ejecución de las leyes. De tal manera, el ejercicio de la

⁹⁷ Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 9 de julio de 1996. Exp. 854. Roberto Suárez Franco.

facultad reglamentaria no puede desconocer el marco general de la ley, pues su ejercicio sólo se justifica en la medida en que, para proveer a la adecuada ejecución de ésta, se requiera precisar circunstancias o pormenores no contenidos en ella, por no haber sido regulados. En efecto, como resulta imposible que la ley contenga todas las previsiones indispensables para su cabal cumplimiento, corresponde al reglamento precisar los pormenores necesarios para la ejecución de la ley, es decir “hacer explícito lo implícito”⁹⁸.

En cuanto a sus límites, esta Corporación ha indicado que “(...) el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria no puede dictar disposición alguna que viole una ley cualquiera, no sólo la que dice desarrollar o ejecutar sino todas las normas que tengan carácter legislativo (...)”⁹⁹ y que so pretexto de reglamentar una norma, el decreto reglamentario no puede, en ejercicio de la facultad mencionada, modificar, ampliar o restringir el sentido de la ley dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en las mismas, porque ello no sería reglamentar sino legislar¹⁰⁰.

En similar sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al determinar el marco genérico de la potestad reglamentaria. Así:

“(...) De acuerdo con los postulados de la doctrina clásica del derecho administrativo, la ejecución de los mandatos legales es la esencia de la función Administrativa del Estado. En este contexto, mientras el ejercicio de la función legislativa -que en primer lugar se le asigna al Congreso (Art. 150 C.P.) y, en circunstancias excepcionales, al Ejecutivo (Arts. 150-10, 212 C.P.)- va encaminado al establecimiento de normas obligatorias de carácter general, impersonal y abstracto, el de la función administrativa tiene por tarea la ejecución de esas medidas en el plano de lo particular y concreto.

Es la prioridad, pues, de la función administrativa, resolver en el terreno práctico los cometidos fijados por las reglas del legislador, pues dada la generalidad de estas últimas es poco probable que su implementación pueda lograrse por sí misma.

No obstante, en el terreno de la aplicación de la Ley, el aparato estatal también enfrenta la progresiva necesidad de afinar las disposiciones

⁹⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I. Sentencia del 21 de julio de 2001. Exp. 6378, C.P.: Olga Inés Navarrete Barrero. En este sentido, véase también, Sección I, Sentencia del 7 de junio de 2001. Exp. 6067, C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola y Sentencia del 28 de agosto de 1997. Exp. 4355, C.P.: Juan Alberto Polo Figueroa.

⁹⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I, Sentencia del 15 de mayo de 1997. Exp. 4015-4068, C.P.: Juan Alberto Polo.

¹⁰⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III. Auto del 2 de febrero de 2005. Exp. 28615, C.P.: Alier Eduardo Hernández.

jurídicas con el fin de extender la voluntad del legislador a todos los campos a los que va dirigida. Es así como nuestro sistema jurídico ha dispuesto que la cabeza del Ejecutivo –el Presidente de la República- tiene entre sus funciones la de reglamentar la Ley (Art. 189-11), es decir, la de determinar la forma en que aquella debe ejecutarse o cumplirse, mientras que los organismos y autoridades que en la jerarquía administrativa lo suceden asumen cierta potestad regulativa, de carácter residual, accesorio o auxiliar, que los habilita para insertar la voluntad del legislador en las últimas posibilidades de aplicación de la norma general.

Así, mientras el Presidente expide las pautas para el cumplimiento de la voluntad legislativa, los organismos subordinados emiten la reglamentación necesaria para pormenorizar el proceso de implantación de esa voluntad. Es esta una función de afinamiento que procede desde los trazos más amplios fijados por el legislador hasta los detalles prácticos más concretos, establecidos por el ejecutor de la medida.

Esta asignación gradual de potestad de reglamentación se justifica en la medida en que es en los organismos administrativos en donde reposa la información inmediatamente relacionada con el funcionamiento práctico de las herramientas de creación legislativa. La intermediación que se da entre dichos entes y los temas reales de implementación de la legislación imponen que sean estos los que señalen la microregulación de la Ley. La imposibilidad de previsión total por parte del órgano legislativo es -para muchos- suficiente sustento de la necesidad de que sea una entidad técnica la que produzca el reglamento correspondiente.

La jurisprudencia constitucional ha abordado el tema profusamente, como quiera que constituye uno de los asuntos más importantes en la estructura y funcionamiento del Estado.

La Corte Constitucional ha dicho que la función de legislar está reservada al órgano de representación popular y sólo de manera excepcional al presidente de la República. Al respecto aseguró que “la función legislativa -salvo la expresa y excepcional posibilidad de otorgar facultades extraordinarias al Presidente de la República (artículo 150, numeral 10, C.P.)- no puede ser entregada por el Congreso al Gobierno y menos todavía a otros organismos del Estado, así gocen de autonomía, ya que ésta únicamente es comprensible en nuestro sistema jurídico bajo el criterio de que se ejerce con arreglo a la ley”¹⁰¹

Y sobre el mismo punto agregó:

“... si el Congreso se desprende de la función que le es propia y la traspasa a otra rama del poder público, o a uno de sus órganos, viola el artículo 113 de la Constitución, que consagra, sin perjuicio de la colaboración armónica, la separación de funciones. Una norma que contravenga este principio despoja a las disposiciones legales de su estabilidad y les resta jerarquía.”(idem)¹⁰²

La jurisprudencia ha subrayado igualmente que la potestad reglamentaria de la Ley descansa en el jefe del Ejecutivo (Art. 189-11 C.P.). Por ello sostiene que esa facultad, que consiste en “ la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley ... [para] encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real”.¹⁰³ se concreta en la “expedición de las normas de carácter general que sean necesarias para la cumplida ejecución de la ley”¹⁰⁴

¹⁰¹ Sentencia C-564 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

¹⁰² Cfr., entre otras, las sentencias C-290 de 1997, C-136 de 1999, C-372 de 1999 y C-509 de 1999.

¹⁰³ Sentencia C-228 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, recogida en la Sentencia C-350 de 1997, M.P.: Fabio Morón Díaz.

¹⁰⁴ Sentencia C-805 de 2001 M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil

La Corte agrega en este contexto que:

“Toda facultad de regulación que tenga como contenido expedir normas para la cumplida ejecución de las leyes, pertenece, en principio, por atribución constitucional, al Presidente de la República, sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. Dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria tiene un lugar propio. Por virtud de ella el Presidente de la República expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación. Tales normas revisten, además, una forma especial, y se expiden con la firma del Presidente y el Ministro o Director de Departamento Administrativo del ramo.”¹⁰⁵

No obstante lo anterior, la jurisprudencia admite –como se precisó atrás– que otros organismos pertenecientes a la Administración también pueden expedir reglamentaciones destinadas a lograr la ejecución o aplicación de la Ley y el reglamento.

Por ello la Corte sostiene que la potestad reglamentaria no es exclusiva del Presidente de la República y que en Colombia opera un “sistema difuso” de producción normativa de alcance general, pero naturaleza reglamentaria, la cual sirve de apoyo a la actividad administrativa desarrollada por el jefe del Ejecutivo.¹⁰⁶

En este sentido, al revisar la exequibilidad de la Ley 32 de 1979, mediante la cual se confirieron ciertas potestades reglamentarias a la Comisión Nacional de Valores (Superintendencia de Valores) en relación con aspectos particulares del mercado público de valores, la jurisprudencia adujo que limitar la potestad de reglamentación de la Ley a la que reside en cabeza del presidente de la República implicaría empobrecer el papel activo del Ejecutivo en el manejo de aspectos tan importantes para la vida del Estado, como son los vinculados con las actividades financiera, bursátil, aseguradora y de intermediación.

Con todo, en dicho fallo la Corte reconoció que a pesar de que en el ordenamiento jurídico existen fuentes de reglamentación diferentes a la del Jefe del Ejecutivo, éstas se encuentran sometidas al imperio de la reglamentación presidencial y, por razón de dicha sumisión, su espectro de acción se restringe a la regulación de aspectos residuales o complementarios de la legislación general, encaminados fundamentalmente a facilitar la penetración de la voluntad del legislador en los problemas prácticos a los ésta va dirigida.

“La actividad del Estado en esas materias no se agota en la definición de políticas, en la expedición de las leyes marco, ni en la de los decretos reglamentarios que vayan adaptando la normatividad a las nuevas circunstancias, sino que necesita desarrollarse en concreto, bien mediante normas generales que, en virtud de una competencia residual, expidan entes administrativos como las superintendencias en lo no establecido por la normatividad jerárquicamente superior, ya por las actividades de control, inspección y vigilancia a cargo de tales organismos especializados. (...) Bien puede la ley establecer que el Gobierno actuará por conducto de los aludidos entes, los cuales pueden tener a su cargo funciones reguladoras, siempre que se sometan a los órdenes normativos de más alto rango, y ser titulares de atribuciones concretas de intervención, control y sanción sobre quienes caen bajo su vigilancia en cualquiera de las actividades enunciadas.”

¹⁰⁵ ídem

¹⁰⁶ Sentencia C-350 de 1997. M.P.: Fabio Morón Díaz.

“No podría sostenerse una tesis que prohiciera la absoluta imposibilidad de que las funciones gubernamentales en tan importantes y complejos asuntos fueran ejercidas por órganos desconcentrados, si bien bajo la dirección y la orientación del propio Gobierno y dentro de los lineamientos trazados por la ley”¹⁰⁷ . (Subrayas fuera del original)

Así las cosas, se puede concluir, en primer lugar, que el alcance de la potestad reglamentaria varía en atención a la extensión de la regulación legal¹⁰⁸. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que:

“(...) [L]a doctrina y la práctica han demostrado que la potestad reglamentaria del ejecutivo es inversamente proporcional a la extensión de la ley. De suerte que, ante menos cantidad de materia regulada en la ley, existe un mayor campo de acción para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y viceversa.

¿Qué factores determinan que ello ocurra?

En esencia, la mayoría de las veces, el ejercicio íntegro o precario de la potestad de configuración normativa depende de la voluntad del legislador, es decir, ante la valoración política de la materia a desarrollar, el Congreso de la República bien puede determinar que regula una materia en su integridad, sin dejar margen alguna a la reglamentación o, por el contrario, abstenerse de reglar explícitamente algunos aspectos, permitiendo el desenvolvimiento posterior de las atribuciones presidenciales de reglamentación para que la norma pueda ser debidamente aplicada.

No obstante, esta capacidad del Congreso para determinar la extensión de la regulación de una institución, tiene distintos límites que vienen dados por las especificidades de las materias objeto de dicha regulación. Así, por ejemplo, el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, somete a estricta reserva legal, entre otras, la regulación de materias tales como impuestos o leyes estatutarias. Para esta Corporación, es claro que la regulación de los elementos esenciales de materias sometidas a reserva de ley y que recaigan sobre asuntos administrativos, no son susceptibles de ser regulados a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, salvo en cuestiones accesorias y de detalle, so pena de contrariar disposiciones imperativas de raigambre Superior (C.P. arts. 152 y 338).”¹⁰⁹

Además, también es forzoso concluir que la potestad reglamentaria exige que el legislador previamente expida una regulación básica o “*materialidad legislativa*”¹¹⁰, con base en la cual el Gobierno promulgue la reglamentación correspondiente; “*si el legislador no define ese presupuesto normativo básico estaría delegando en el Gobierno lo que*

¹⁰⁷ Sentencia C-397 de 1995, 95, M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁰⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de agosto 21 de 2008, Exp.: 0294-04 y 0295-04, C. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-432 de 2004. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

¹¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-474 de 2003. M.P.: Eduardo Montealegre Linnet.

*la Constitución ha querido que no sea materia de reglamento sino de ley, pues el requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria es la existencia previa de un contenido legal por reglamentar*¹¹¹.

En otras palabras, la potestad reglamentaria no es absoluta, sus límites están determinados en la Constitución y la ley y, en consecuencia, el Ejecutivo no puede alterar o modificar el contenido y espíritu de la ley, *“ni puede reglamentar leyes que no ejecuta la administración, como tampoco puede desarrollar aquellas materias cuyo contenido está reservado al legislador*¹¹².

En este sentido, el Consejo de Estado ha establecido que la potestad reglamentaria se encuentra limitada por dos criterios, a saber: *la competencia y la necesidad*¹¹³. El primero se refiere a la extensión de la regulación que el Legislador defiere al Ejecutivo *“de manera que le está prohibido, socapa de reglamentar la ley, adicionar nuevas disposiciones, por lo que debe entonces, para asegurar la legalidad de su actuación, limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo*¹¹⁴.

De otra parte, la necesidad del ejercicio de la potestad reglamentaria se funda en el carácter genérico de la ley. Así, si la regulación legal agota el objeto o materia regulada, la intervención del Ejecutivo no deviene indispensable¹¹⁵. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación estableció que:

¹¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-290 de 1997. M.P.: Jorge Arango Mejía.

¹¹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-028 de 1997. M.P.: Alfredo Martínez Caballero.

¹¹³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de abril de 2010, Exp.: 36054, C.P.: Enrique Gil Botero.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Cfr.* CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de Septiembre 5 de 1997, Exp.: 8308. C. P.: Germán Ayala Mantilla y Sección Cuarta, Sentencia de mayo 5 de 2003. Exp.: 13212 C. P.: Ligia López Díaz.

*“Los límites del poder reglamentario de la Ley, los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado; si los ordenamientos expedidos por el Congreso, suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Pero, si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles”.*¹¹⁶

Asimismo, para la Sala resulta oportuno señalar como la reserva de ley constituye un límite a la potestad reglamentaria. En relación con este tema, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en primer lugar, se *“hace referencia a la prohibición general de que puedan establecerse restricciones a los derechos constitucionales fundamentales en fuentes diferentes a la ley”*¹¹⁷.

No obstante, la expresión *“reserva de ley”* también se utiliza como sinónimo de *“principio de legalidad”* o de *“cláusula general de competencia del Congreso”*, a partir de lo cual *“todos los temas pueden ser regulados por el órgano legislativo mediante ley y que la actividad de la administración, a través de su potestad reglamentaria, debe estar fundada en la Constitución cuando se trate de disposiciones constitucionales con eficacia directa, o en la ley”*¹¹⁸.

Asimismo, la reserva de ley define aquellos eventos en los que el constituyente insta al legislador a regular determinadas materias en razón de su trascendencia¹¹⁹.

El efecto de la reserva de ley se traduce en *“la obligación de que las prescripciones normativas que regulen materias propias de esa técnica, consten en disposiciones que pertenezcan a cuerpos*

¹¹⁶ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Sentencia de 21 de agosto de 2008, Exp. 0294-04 y 0295-04, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

¹¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1262 de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

¹¹⁸ *Ibidem.*

¹¹⁹ *Ibidem.*

normativos de rango legal¹²⁰, lo cual implica que tales materias únicamente pueden ser reguladas por el Ejecutivo en razón de una ley de facultades extraordinarias o de decretos legislativos de estados de excepción, pero nunca a través de la potestad reglamentaria del Gobierno¹²¹:

“La técnica de reserva de ley se refiere a la exigencia, dentro del ordenamiento jurídico, que ciertas materias se regulen necesariamente mediante normas con fuerza de ley. Dicho de otra manera, los asuntos reservados a las normas legislativas, no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones. ... todos los preceptos constitucionales en los que existe reserva de ley imponen la obligación que los aspectos principales, centrales y esenciales de la materia objeto de reserva estén contenidos (regulados) en una norma de rango legal. Es decir, en la ley en cualquiera de las variantes que pueden darse en el Congreso de la República, decretos leyes, o decretos legislativos. Las materias que son objeto de reserva de ley pueden ser ‘delegadas’ mediante ley de facultades extraordinarias al Ejecutivo para que sea éste quien regule la materia mediante decretos leyes. Pero las materias objeto de reserva de ley no pueden ser ‘deslegalizadas’, esto es, el legislador no puede delegar al Ejecutivo que regule esa materia mediante reglamento, en desarrollo del artículo 189.11 de la Constitución”¹²².

Así las cosas, el Legislador puede delimitar una materia y permitir que se desarrolle y concrete mediante actos administrativos, siempre y cuando no se trate de asuntos amparados con reserva legal¹²³.

Ahora bien, en materia de derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha considerado que los límites de la potestad reglamentaria deben ser mayores. Así, la Corte sostuvo que "(...) en

¹²⁰ Cita en la cita: “Las normas con rango de ley en nuestro ordenamiento jurídico son: la leyes expedidas por el Congreso en cualquiera de sus modalidades (arts 150, 151 y 152 C.N), los decretos con fuerza de ley expedidos por el Ejecutivo con fundamento, tanto en normas constitucionales (por ejemplo arts. 212, 213 y 215 C.N), como en las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso (art 150.10 C.N) y demás decretos leyes, tales como los que se dictan en virtud del artículo 241 de la Constitución, entre otros.”

¹²¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-372 de 2009. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

¹²² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1265 de 2005. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

¹²³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-570 de 1997. M.P.: Carlos Gaviria Díaz y C-1191 de 2001, M.P.: Rodrigo Uprimny Yeyes.

materia de derechos fundamentales el único órgano competente para establecer limitaciones es el Congreso de la República. La reserva de ley en materia de regulación de derechos fundamentales, como el derecho al trabajo o el derecho a escoger y ejercer profesión u oficio, constituye una de las primordiales garantías de estos derechos, frente a posibles limitaciones arbitrarias de otros poderes públicos o de particulares. Así, las materias reservadas no pueden ser objeto de transferencia, pues con ello se estaría vulnerando la reserva de ley establecida por la propia Constitución”¹²⁴.

Por último, cabe señalar que la potestad de reglamentaria, puede ser trasladada o reconocida a otros organismos de la administración a través de la expedición de actos generales para cumplir o hacer cumplir la ley. Así lo ha señalado el Consejo de Estado:

“(…) El Presidente de la República es, sin duda, el titular constitucional de la potestad reglamentaria, pero ello no obsta para que dentro de su ámbito de competencia y nivel de subordinación jerárquica y normativa, las demás autoridades administrativas adopten medidas de carácter general a fin cumplir o hacer cumplir las disposiciones superiores relativas a los asuntos a su cargo. Las autoridades administrativas, como lo ha precisado esta Corporación, están investidas de las facultades o potestades propias de la administración, dentro de las cuales está justamente la reglamentaria, de allí que los actos administrativos generales pueden emanar de cualquier autoridad administrativa, en lo que concierna a los asuntos a su cargo”¹²⁵.

Por su parte, la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

“Es posible conferir potestades reglamentarias a órganos que no configuren gobierno en sentido estricto, siempre y cuando se trate de una potestad residual y subordinada, pues de esa manera logra armonizarse el sistema de fuentes consagrado en la Carta y la responsabilidad gubernamental en este campo, con la posibilidad de contar con organismos más especializados, que desarrollen de manera más específica la intervención en estos complejos temas. Esto supone entonces que (i) la materia a ser reglamentada no tenga reserva de ley, pues el Legislador no puede desprenderse de esas atribuciones; (ii) que los reglamentos expedidos por la entidad se sujeten a lo que

¹²⁴ Sentencia C-606 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón.

¹²⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II, Sentencia del 19 de agosto de 2004. exp. 2473-1, C.P.: Alberto Arango Mantilla.

disponga la ley cuadro respectiva y sus correspondientes decretos reglamentarios; (iii) que quede claro que el legislador y el Gobierno conservan sus atribuciones, que pueden ejercer en todo momento, sin que la existencia de la función reglamentaria residual de la entidad restrinja sus posibilidades de acción; y (iv), que como consecuencia de todo lo anterior, se entienda que la entidad es dependiente del gobierno, ya que, aunque no hace parte del Gobierno en el sentido restringido del término, desarrolla atribuciones presidenciales enmarcadas dentro de la preceptiva fundamental”¹²⁶.

Al descender al caso concreto, con base en todo lo expuesto, esta Subsección considera inexistentes los excesos en la potestad reglamentaria que la parte demandante señala respecto del texto cuya nulidad solicita, por cuanto es claro que el mismo no contraviene lo establecido por el Estatuto General de la Contratación Pública, en tanto no retira, reemplaza, ni adiciona criterio alguno para la selección objetiva de contratistas.

Por el contrario, se observa con claridad que lo dispuesto por el artículo 2 del Decreto 2473 de 2010 resulta armónico con lo establecido por el artículo 21 de la Ley 80 de 1993¹²⁷, en cuanto dicha norma establece con claridad el deber de las entidades contratantes de preferir la oferta nacional de bienes y servicios en condiciones de

¹²⁶ Sentencia C-170 de 2001.

¹²⁷ Artículo 21. DEL TRATAMIENTO Y PREFERENCIA DE LAS OFERTAS NACIONALES. “Las entidades estatales garantizarán la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones 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.

Cuando se trate de la ejecución de proyectos de inversión se dispondrá la desagregación tecnológica.

En los contratos de empréstito y demás formas de financiamiento, distintos de los créditos de proveedores, se buscará que no se exija el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica, o que a ello se condicione el otorgamiento. Así mismo, se buscará incorporar condiciones que garanticen la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional.

En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional.

Para los oferentes extranjeros que se encuentren en igualdad de condiciones, se preferirá aquel que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica.

El Consejo Superior de Comercio Exterior determinará el régimen vigente para las importaciones de las entidades estatales.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por bienes y servicios de origen nacional y de origen extranjero y por desagregación tecnológica. Corresponde también al Gobierno Nacional diseñar mecanismos que faciliten el conocimiento oportuno tanto de la oferta de bienes y servicios de origen nacional, como de la demanda de las entidades estatales.

PARÁGRAFO 2o. El Gobierno Nacional reglamentará el componente nacional al que deben someterse las entidades estatales, para garantizar la participación de las ofertas de bienes y servicios de origen nacional”.

igualdad, así como frente al contenido del artículo 2 de la Ley 816 de 2003, que se manifiesta en el mismo sentido.

Igualmente, la norma demandada desarrolla en debida forma el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007¹²⁸ y el contenido del artículo 12 de la Ley 590 de 2000, en la medida en que viene a complementar aquellos vacíos que dejó el legislador al establecer la necesidad de prever mecanismos que faciliten, promuevan y favorezcan la participación de las Mipymes dentro de los procesos de contratación por parte de las entidades vinculadas por el Estatuto General de la Contratación Pública.

De ese modo, es claro que la norma demandada no contraviene lo dispuesto por aquellas disposiciones que le sirvieron de sustento al momento de su expedición y durante el término de su vigencia, pues concuerda con aquellas y sólo las complementa en la medida en que fue necesario determinar de forma más precisa la manera en que habrían de ser aplicadas. Ello se ve reforzado cuando se observa que

¹²⁸ Artículo 12. PROMOCIÓN DEL DESARROLLO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. “De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que en desarrollo de los procesos de selección, las entidades estatales adopten en beneficio de las Mipymes, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés del número plural de Mipymes que haya sido determinado en el reglamento.

Asimismo, el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipymes, respetando los montos y las condiciones contenidas en los compromisos internacionales vigentes.

En todo caso, se deberá garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en la contratación y, realizarse la selección de acuerdo con las modalidades de selección a las que se refiere el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

De igual forma, en los pliegos de condiciones las entidades estatales, dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.

PARÁGRAFO 1o. En los procesos de selección que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipymes del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato.

PARÁGRAFO 2o. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, para que las Mipymes puedan participar en las convocatorias a las que se refiere este artículo, deberán acreditar como mínimo un año de existencia, para lo cual deberán presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación.

PARÁGRAFO 3o. En la ejecución de los contratos a que se refiere el presente artículo, las entidades y los contratistas, deberán observar lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifiquen, adicionen o subroguen”.

el propio texto de la norma demandada establece como residuales los criterios dispuestos por ella, pues se afirma que los mismos sólo pueden ser aplicados tras haberse calificado las ofertas presentadas dentro del proceso de selección con los criterios señalados por la Ley, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007¹²⁹, y después de haberse intentado el desempate por medio de la priorización de criterios objetivos previstos en el pliego de condiciones.

Así las cosas, el cargo relacionado con el supuesto exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional también será desestimado.

¹²⁹ Artículo 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. *“Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

2. <Numeral modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

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

b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

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

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

PARÁGRAFO 1o. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

PARÁGRAFO 2o. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos”.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de inepta demanda respecto de los numerales 1 y 5 del artículo 2 del Decreto 2473 de 2010.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda, en virtud de lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala
Consejero Ponente

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Consejera

ENRIQUE GIL BOTERO
Consejero