

CONCURSO DE MÉRITOS – Convocatoria – Alcance

Como se aprecia, solamente se encargaba el apoyo, y no directamente la conformación de la lista o todas las etapas del proceso. [L]as labores que se encargarían no son de aquellas que el ordenamiento jurídico haya prohibido radicar en cabeza de contratistas. Por lo que [...], en ejercicio de la autonomía de la voluntad y de la habilitación legal y constitucional para contratar, y en ausencia de una prerrogativa pública que sería intransferible, la entidad podía encargar a su contratista de estas funciones, salvo que existiera una norma legal o constitucional que lo prohibiera.



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

Magistrado ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 7 de septiembre de 2023

Radicación: 11001-32-26-000-2014-00194-00 (52923)
Demandante: Marcela Patricia Suárez Egas
Demandado: Procuraduría General de la Nación
Referencia: Nulidad

Temas: Deber-principio de planeación – pliego de condiciones acto administrativo – estudios y documentos previos motivación del acto – cargos de nulidad

Síntesis del caso: la demandante solicitó la declaratoria de la nulidad de una Resolución de apertura de una licitación pública y del pliego de condiciones y sus estudios previos. Invocó la causal de nulidad por infracción de las normas en que debían fundarse, como consecuencia de la vulneración al principio de planeación y otras normas constitucionales y legales.

Decide la Sala, en única instancia, la demanda de nulidad interpuesta en contra de la Resolución 747 de octubre de 2014, expedida por la Procuraduría General de la Nación, "por medio de la cual se ordena la apertura de la Licitación Pública 8 de 2014", y el pliego de condiciones y los estudios previos que sustentan la licitación pública 8 de 2014¹.

Contenido: 1. Antecedentes – 2. Consideraciones – 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Las demandas y el concepto de la violación – 1.2. Trámite del proceso

1.1. Las demandas y el concepto de la violación

1. El 4 de diciembre de 2014 Marcela Patricia Suárez Egas presentó **demanda**, en ejercicio del medio de control de **nulidad**, en contra de la Resolución 747 de octubre de 2014, expedida por la Procuraduría General de la Nación, "por medio de la cual se ordena la apertura de la Licitación Pública 8 de 2014", y el pliego de condiciones y los estudios previos que sustentan la licitación pública 8 de 2014, expedidos por la Procuraduría General de la Nación, con el objeto de que se declarara su nulidad. Este proceso contractual tenía por objeto "seleccionar al contratista que preste los servicios de apoyo técnico, funcional y logístico en la convocatoria, reclutamiento (inscripción y aspectos

¹ El Consejo de Estado es **competente** para conocer, en única instancia, de los asuntos en los que se debata la nulidad de actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 137 y el numeral 1 del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

técnicos del proceso, y verificación de requisitos mínimos), diseño, construcción y aplicación de las pruebas escritas de conocimientos y de competencias y la de análisis de antecedentes, hasta la determinación de las personas que integran las listas de elegibles en el concurso de méritos abierto”.

2. Como concepto de la violación², la parte actora sostuvo en síntesis lo siguiente:

3. 1) En un incidente de impacto fiscal, ante la Corte Constitucional, la Procuraduría sostuvo que era imposible crear una carrera especial de procuradores sin contar con la estructura necesaria para su administración y control en condiciones similares las de la Rama Judicial. Con base en ello, argumentó que los estudios para la apertura de la licitación eran “equiparables”, y que por tanto *“la licitación 008 de 2014 se soport[ó] en unos estudios ajenos por completo a la realidad, que de la entidad, reflejan las conclusiones del escrito de impacto fiscal”*.

4. 2) *“la licitación pública contraviene el principio de planeación de la función contractual derivado del principio de economía que consagra el artículo 25 de la Ley 80 de 1993. Por tal razón los estudios en que se sustenta se muestran contrarios a la Ley”*. En desarrollo de este cargo, indicó que los actos eran contrarios al artículo 280 de la Constitución, pues no eran acordes con el principio de equiparación de derechos de los procuradores frente a los funcionarios judiciales, pues la Procuraduría carecía de la estructura para administrar el sistema de carrera. Igualmente, invocó como violados los artículos 25, 26-3 y 30-2 y 30-2 de la Ley 80 de 1993. En síntesis, indicó que estas normas contienen el principio de planeación en materia de contratación, recordó las exigencias que de él se derivan, y sostuvo que los estudios previos del procedimiento de contratación *“no son compatibles con la realidad jurídica, orgánica, técnica y presupuestal de la entidad, pues esta no logra garantizar el manejo de la carrera hacia el futuro, lo cual representa una amenaza para la función constitucional de intervención judicial”*. Sobre el punto agregó que el estado ideal de las cosas implicaba un trámite legislativo de reforma orgánica de competencias de la Procuraduría.

5. 3) La demandante también invocó como violado el artículo 15 del Decreto 1510 de 2013 sobre el deber de las entidades de realizar un estudio del sector. Al respecto, en la demanda se puso de presente que la Procuraduría solamente había tenido en cuenta un pequeño sector del mercado, constituido por las universidades, sin adentrarse en otros subsectores para la prestación de este tipo de servicios.

6. El 26 de marzo de 2015, se adicionó la **demanda**, para incluir pretensiones en contra de la Resolución 918 de 2014, *“por medio de la cual se adjudica la*

² F. 56-59 del cuaderno principal.

Radicación: 11001-32-26-000-2014-00194-00 (52923)
Demandante: Marcela Patricia Suárez Egas
Demandado: Procuraduría General de la Nación
Referencia: Nulidad
Decisión: Negar las pretensiones

licitación pública 8 de 2014”, y la Resolución 40 de 2015, “por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la Entidad”. Los cargos fueron, fundamentalmente los mismos, y se adicionó un argumento según el cual se encargó la realización del concurso de méritos a un contratista, cuando de conformidad con el Decreto 262 de 2000 ello correspondía al Procurador General o su delegado.

1.2. Contestación de la demanda y trámite del proceso

7. La Procuraduría **contestó la demanda**³ y se opuso a la prosperidad de las pretensiones. La entidad señaló que era cierto que en el incidente de impacto fiscal sostuvo que no contaba con los recursos y la estructura para la realización del concurso, pero que había gestionado los recursos para ello ante el Ministerio de Hacienda. Igualmente, la entidad indicó que sí elaboró los estudios del sector y sostuvo que se adecuaban a las normas vigentes. Sobre el particular señaló que el mercado estaba, sobre todo, constituido por universidades.

8. La entidad indicó que no entendía de qué manera se había vulnerado el artículo 280 de la Constitución Política. Sobre el principio de planeación, puso de presente que había cumplido todas las normas relevantes sobre la materia, para sustentar su defensa y detalló la calidad de la planeación realizada. La frase conclusiva de su defensa fue la siguiente “*como ha quedado demostrado, la Entidad elaboró los estudios previos y el análisis del sector conforme las normas y guías que regulan la materia, fijando los requisitos habilitantes y las condiciones de ejecución del contrato conforme a los parámetros que entrega el sector con el estudio que se haga de este, así las cosas, lo dicho por la demandante por no ajustarse a la verdad, ruego no sea considerado*”.

9. La entidad demandada propuso la excepción genérica. En la contestación a la adición de la demanda propuso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, pues los cargos de la demanda sobre actos contractuales se basan en consideraciones del régimen de carrera.

10. Mediante auto de 23 de octubre de 2020 se declaró probada la excepción de inepta demanda en relación con las Resoluciones 40 de 2015 y 918 de 2014. En relación con la Resolución 40 de 2015, la excepción se declaró probada, pues el Consejo de Estado no era la autoridad judicial competente, por lo que no podía acumularse tal pretensión de conformidad con lo normado por los artículos 88 del CGP. La misma excepción se declaró probada para la Resolución 918 de 2014, porque no se incluyeron los cargos o las normas vulneradas con la expedición de ese acto.

³ Folios 72-82 del cuaderno principal.

2. CONSIDERACIONES

11. Corresponde a la Sala decidir si la Resolución 747 de octubre de 2014, expedida por la Procuraduría General de la Nación, “*por medio de la cual se ordena la apertura de la Licitación Pública 8 de 2014*”, y el pliego de condiciones y los estudios previos que sustentan la licitación pública 8 de 2014 son nulos por infringir las normas en que debían fundarse; en particular, por contrariar el deber de planeación y el artículo 280 de la Constitución Política, o por haber encargado a un contratista una función asignada directamente al Procurador General.

12. La Sala, habida consideración de los cargos de nulidad y el concepto de la violación, negará las pretensiones contra los actos acusados.

13. La solicitud de nulidad se elevó también contra los estudios y documentos previos y los estudios del sector. Para la Sala, estos documentos no constituyen un acto administrativo, en la medida en que, en estricto sentido, no se adopta una decisión que produzca efectos jurídicos-como lo haría un acto de contenido particular- o se modifica el ordenamiento jurídico-lo que sucedería con un acto de contenido general-. Sin embargo, en esos documentos se encuentra el fundamento de las decisiones adoptadas en el pliego de condiciones; se juzga, por tanto, que estos se incorporan al pliego, ya que allí se puede consultar uno de los elementos de validez de ese acto: su motivación.

14. Los “cargos” de la demanda no tienen la entidad suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados.

15. El deber de planeación en la contratación estatal tiene fuerza normativa, en particular en los contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Como lo advirtió la actora, la Ley 80 de 1993, y otras normas del estatuto, contienen algunas de sus manifestaciones. Sin embargo, en el texto de la demanda no se advierte ningún cargo concreto sobre una vulneración de alguna de las manifestaciones del deber de planeación contenidas en las normas positivas vigentes. Por lo tanto, no se advierte ningún cargo que pueda tener el efecto, si quiera potencial, de viciar de nulidad el acto.

16. La sola afirmación de que los estudios y documentos previos y el estudio del sector no se hicieron de manera satisfactoria no desvirtúa la presunción de legalidad del pliego de condiciones. La planeación de este proceso contractual está vertida en un documento que supera las 100 páginas y en relación con el cual la demandante no detalla sus inconformidades. Además,

la Sala no pasa por alto que la planeación de un contrato es un asunto altamente técnico, en el cual se adoptan decisiones de este tipo, y no obran pruebas que demuestren tales falencias.

17. La demanda se basó, toda ella, en la presunta contradicción entre, de un lado, las afirmaciones que en su momento hizo la Procuraduría General en el trámite de un incidente ante la Corte Constitucional, sobre la ausencia de capacidad técnica y organizacional para administrar la carrera; y, del otro lado, en el hecho de que se llevara a cabo una licitación con el propósito de contratar servicios para conformar una lista de elegibles. La presunta contradicción entre unas afirmaciones, hechas tiempo atrás en el marco de un proceso judicial, y la expedición de un acto, no es una razón que pueda llevar a desvirtuar su presunción de legalidad. En otros términos, que la Procuraduría haya indicado que no tenía la capacidad técnica para administrar el sistema de carrera, y que con posterioridad a ello haya iniciado un procedimiento de selección para escoger un contratista para contribuir en la formación de una lista de elegibles, sin más elementos de juicio, no es una contrariedad de los actos demandados con normas de un rango jerárquico superior; es decir, no es un cargo de nulidad en estricto sentido.

18. En lo relativo a la violación del artículo 280 de la Constitución Política, que preceptúa: “[l]os agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo”, la Sala tampoco encuentra cargos relacionados con la manera en que este acto precontractual pudo haberlo vulnerado, por lo que negará las pretensiones sobre el punto.

19. Finalmente, la demandante sostuvo que el Pliego contrariaba el Decreto 262 de 2000, particularmente su artículo 206 que dispone:

“ARTÍCULO 206. ADMINISTRACIÓN DE LAS PRUEBAS. El jefe de la Oficina de Selección y Carrera, conforme a las orientaciones del Procurador General, es el responsable de la elaboración, calificación y aplicación de las pruebas, así como de la custodia de los bancos de preguntas. PARAGRAFO. El Procurador General o su delegado podrá suscribir contratos con personas públicas o privadas para la elaboración, calificación o aplicación de las pruebas de selección”.

20. El cargo se refiere a que no es posible encargar a un contratista la realización integral del concurso de méritos, pues el parágrafo de la norma citada solamente permite el encargo de algunas etapas “*elaboración, calificación o aplicación de las pruebas de selección*”.

21. Sobre el particular se advierten dos situaciones. En primer lugar, no es cierto que se haya desprendido la Procuraduría, visto el objeto del proceso de

Radicación: 11001-32-26-000-2014-00194-00 (52923)
Demandante: Marcela Patricia Suárez Egas
Demandado: Procuraduría General de la Nación
Referencia: Nulidad
Decisión: Negar las pretensiones

selección, de todas sus funciones sobre el punto. El objeto era “seleccionar al contratista que preste los servicios de **apoyo técnico, funcional y logístico en la convocatoria, reclutamiento** (inscripción y aspectos técnicos del proceso, y verificación de requisitos mínimos), diseño, construcción y aplicación de las pruebas escritas de conocimientos y de competencias y la de análisis de antecedentes, hasta la determinación de las personas que integran las listas de elegibles en el concurso de méritos abierto (...)” (negrillas fuera de texto). Como se aprecia, solamente se encargaba el apoyo, y no directamente la conformación de la lista o todas las etapas del proceso. En segundo lugar, las labores que se encargarían no son de aquellas que el ordenamiento jurídico haya prohibido radicar en cabeza de contratistas. Por lo que, entre otras razones, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y de la habilitación legal y constitucional para contratar, y en ausencia de una prerrogativa pública que sería intransferible, la entidad podía encargar a su contratista de estas funciones, salvo que existiera una norma legal o constitucional que lo prohibiera, como sucede, a manera de ejemplo, en materia tributaria⁴.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la pretensión de nulidad en contra de los actos demandados.

Por Secretaría, una vez ejecutoriado este proveído, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Aclaración de voto

(Con impedimento)
FREDY IBARRA MARTÍNEZ

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA

⁴ Ver en ese sentido el artículo 1 de la Ley 1380 de 2010.