

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN
B

Bogotá DC, diecisiete (17) de junio de dos mil veinticuatro (2024)

Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ Expediente: 11001-03-26-000-2013-00120-00 (48.370) Demandante: RAMIRO RODRÍGUEZ LÓPEZ

Demandado: NACIÓN ? AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA

JURÍDICA DEL ESTADO ? DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (DNP) ?
PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA ? AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA ? COLOMBIA COMPRA EFICIENTE

Medio de control: NULIDAD SIMPLE

Asunto: EXIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS EN LOS PROCESOS DE
CONTRATACIÓN DE MÍNIMA CUANTÍA

Síntesis del caso: se pretende la nulidad de los artículos 35 y 87 del Decreto 1510 de 17 de julio de 2013 por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública por ser contrarios a los artículos 13, 121 y 189 (numeral 11) de la Constitución Política y a las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

Temas: medio de control de nulidad simple - derogación de las normas objeto de demanda - subsistencia del control de legalidad por el término de su vigencia.

Decide la Sala en única instancia la demanda de nulidad simple formulada por el señor Ramiro Rodríguez López en contra de los artículos 35 y 87 del Decreto 1510 de 2013 expedido por el Departamento Nacional de Planeación "[p]or el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública", que disponen lo siguiente:

"EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en particular las que le confieren el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y la Ley 80 de 1993, la Ley 361 de 1997, la Ley 590 de 2000, la Ley 816 de 2003, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1450

de 2011, la Ley 1474 de 2011, el Decreto ley 4170 de 2011 y el

Decreto ley 019 de 2012, y

Expediente no. 11001-03-26-000-2013-00120-00 (48.370)

Actor: Ramiro Rodríguez López

Nulidad simple

CONSIDERANDO

Que el Gobierno Nacional por medio del Decreto ley 4170 de 2011 creó la Agencia Nacional de Contratación Pública "Colombia Compra Eficiente", como ente rector de la contratación pública para desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas orientadas a asegurar que el sistema de compras y contratación pública obtenga resultados óptimos en términos de la valoración del dinero público a través de un proceso transparente.

Que en desarrollo del Decreto ley 4170 de 2011 la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente- definió los lineamientos técnicos, conceptuales y metodológicos para la consolidación de un sistema de compras y contratación pública.

Que el sistema de compras y contratación pública es esencial para la aplicación de los principios del Buen Gobierno y el cumplimiento de los fines del Estado.

Que el sistema de compras y contratación pública tiene una función estratégica pues permite materializar las políticas públicas y representa un porcentaje considerable del gasto público.

Que es necesario desarrollar la Ley 1150 de 2007 y el Decreto Ley 4170 de 2011 para que la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente- pueda diseñar, organizar y celebrar acuerdos marco de precios, así como diseñar y proponer políticas y herramientas para la adecuada identificación de riesgos de la contratación pública y su cobertura.

Que las Entidades Estatales y los servidores públicos a través de la contratación pública deben procurar obtener los objetivos y metas de la Entidad Estatal y del Plan Nacional de Desarrollo o los planes de desarrollo territorial, según sea el caso.

Que es necesario incorporar a la reglamentación las mejores prácticas internacionales en la planeación de la contratación y la compra pública, hacer ajustes en el registro único de proponentes, en la capacidad residual, la subasta inversa, el concurso de méritos, la aplicación de acuerdos comerciales y el régimen de garantías, entre otros.

Que es necesario ajustar la reglamentación del sistema de compras y contratación pública a la institucionalidad creada con la expedición del Decreto ley 4170 de 2011 y sus funciones.

Que es conveniente mantener en un solo instrumento la reglamentación aplicable al sistema de compra y contratación pública.

DECRETA:

TÍTULO II

Estructura y documentos del proceso de Contratación (...).

Expediente no. 11001-03-26-000-2013-00120-00 (48.370)

Actor: Ramiro Rodríguez López

Nulidad simple

CAPÍTULO IV

Ejecución

Artículo 35. Patrimonio autónomo para el manejo de anticipos. En los casos previstos en la ley, el contratista debe suscribir un contrato de fiducia mercantil para crear un patrimonio autónomo, con una sociedad fiduciaria autorizada para ese fin por la Superintendencia Financiera, a la cual la Entidad Estatal debe entregar el valor del anticipo.

Los recursos entregados por la Entidad Estatal a título de anticipo dejan de ser parte del patrimonio de esta para conformar el patrimonio autónomo. En consecuencia, los recursos del patrimonio autónomo y sus rendimientos son autónomos y son manejados de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil.

En los pliegos de condiciones, la Entidad Estatal debe establecer los términos y condiciones de la administración del anticipo a través del patrimonio autónomo.

En este caso, la sociedad fiduciaria debe pagar a los proveedores, con base en las instrucciones que reciba del contratista, las cuales deben haber sido autorizadas por el Supervisor o el interventor, siempre y cuando tales pagos correspondan a los rubros previstos en el plan de utilización o de inversión del anticipo.

(...).

CAPÍTULO V

Mínima cuantía

(...).

Artículo 87 Garantías. La Entidad Estatal es libre de exigir o no garantías en el proceso de selección de mínima cuantía y en la adquisición en Grandes Superficies.

(...)." (fls. 27, 28 y 41 cdno. ppal. ? mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

ANTECEDENTES

La demanda

El 17 de julio de 2013, en ejercicio de la potestad reglamentaria el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1510 de 2013 "[p]or medio del cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública", cuerpo normativo que en el artículo 35 reglamentó las figuras de la fiducia y el patrimonio autónomo como medios para garantizar los recursos de las entidades estatales.

En el artículo 87 del mismo cuerpo normativo se facultó a las entidades estatales para determinar la exigencia o no de las garantías en los procesos de

Expediente no. 11001-03-26-000-2013-00120-00 (48.370)

Actor: Ramiro Rodríguez López

Nulidad simple

contratación en la modalidad de mínima cuantía y adquisiciones a través de grandes superficies.

Fundamento de demanda

En los términos de la parte actora, el Decreto 1510 de 2013 es nulo parcialmente por desconocer

las normas en que debía fundarse, de manera concreta expuso como fundamento un único cargo:

"Violación de la ley e incompetencia", con base en lo siguiente:

La acción de traslado de recursos de las entidades estatales a patrimonios autónomos no está prevista como figura jurídica en la Ley 80 de 1993 ni en la Ley 1150 de 2007, pues, lo que el legislador previó en tales cuerpos normativos fue el encargo fiduciario que, a diferencia de la fiducia, en el cual los recursos siguen siendo propiedad del Estado, aspecto que permite que en caso de ser apropiados o mal utilizados los recursos dejan de constituir conductas punibles en contra del patrimonio del Estado para pasar a ser de menor punibilidad, como ocurre con el abuso de confianza.

De otra parte, constituye una delegación indeterminada de atribuciones el hecho de permitir a las entidades estatales exigir sin parámetro legal alguno los eventos en los que los particulares pueden quedar exonerados de constituir garantías en los procesos de contratación de mínima cuantía y con grandes superficies, atribuciones estas que conllevan a una clara y evidente ventaja comercial sobre los demás competidores del mercado.

Contestación de la demanda

Mediante escrito radicado el 1 de marzo de 2016, el Departamento Nacional de Planeación se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 68 a 76 cdno. ppal.) con fundamento en lo siguiente:

El Decreto demandado reglamenta la situación especial originada con la creación de la entidad Colombia Compra Eficiente como ente rector del sistema

Expediente no. 11001-03-26-000-2013-00120-00 (48.370)

Actor: Ramiro Rodríguez López

Nulidad simple

de compras y contratación pública, sin que en modo alguno con su expedición se haya desconocido o quebrantado la normatividad que rige la materia.

En relación con la facultad reglamentaria, el Consejo de Estado en sentencia del 29 de octubre de 2012¹ sostuvo que la facultad reglamentaria es una típica función administrativa que faculta al Gobierno para la formulación de actos indispensables y las medidas necesarias para la efectividad práctica del precepto legal, en cuyo desarrollo el Gobierno no puede establecer una cláusula abierta que no corresponda a los parámetros específicos de la ley.

En el artículo 159 del Decreto 1510 de 2013 se impone a Colombia Compra Eficiente que, en ejercicio de las funciones contenidas en el Decreto 4170 de 2011, diseñe e implemente manuales y guías para el adecuado manejo de los procesos de selección en las diversas modalidades.

La demanda plantea una serie de percepciones, consideraciones e hipótesis de carácter subjetivo sin descender a la forma en que se concreta esa violación, a través de una acusación indirecta, de manera que no es posible debatirla en el marco constitucional o legal.

Trámite procesal

El 20 de abril de 2016, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia

- Compra Eficiente presentó coadyuvancia a la parte demandada del proceso de la referencia, oponiéndose a las pretensiones de la demanda con base en los siguientes fundamentos:

La figura del anticipo se encuentra regulada en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, constituye en un adelanto del precio pactado que debe ser destinado en la ejecución del contrato, de suerte que los recursos que lo componen solo pueden ser transferidos al patrimonio del contratista en la medida en que se cause su amortización mediante la ejecución de actividades programadas del contrato.

¹ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B del 29 de octubre de 2012, expediente con radicación no. 39.093, MP Danilo Rojas Betancourth.

Expediente no. 11001-03-26-000-2013-00120-00 (48.370)

Actor: Ramiro Rodríguez López

Nulidad simple

El Gobierno Nacional reglamentó el proceso de contratación de mínima cuantía con el Decreto 2516 de 2011, luego por el Decreto 734 de 2012 que fue derogado por el Decreto 1510 de 2013 y este, a su vez, derogado por el Decreto 1082 de 2015 el cual a la fecha se encuentra vigente, normatividad que contrario a lo señalado por el actor, el Decreto 1510 de 2013 se limitó a desarrollar lo ya establecido en los artículos 2 y 11 de la Ley 1150 de 2007.

De otra parte, en relación con la supuesta trasgresión del derecho a la igualdad, los artículos 35 y 87 del decreto demandado en ningún caso contravienen la normatividad constitucional ni legal, en tanto no establece un trato diferenciado en favor de algún sujeto.

Por auto de 11 de noviembre de 2016, el entonces magistrado sustanciador del caso aceptó la vinculación en calidad de coadyuvante de la parte demandada a la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente (fls. 93 a 97 cdno. ppal.).

El 13 de febrero de 2018 se adicionó el auto de 11 de noviembre de 2016, en el sentido de incluir como entidad demandada a la Nación ? Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (fls. 119 a 121 ibidem).

Mediante escrito del 3 de julio de 2018, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República contestó la demanda, se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló excepciones, con fundamento en el siguiente razonamiento:

El Decreto 1015 de 2013 no es contrario a la Constitución Política ni a la ley, no existe ningún defecto en su formación, ni desviación de poder, ni tampoco un uso excesivo de la potestad reglamentaria.

El decreto objeto de demanda fue expedido con el objeto de normalizar la especial situación legal derivada de la creación de la Agencia Nacional de Contratación Pública ? Colombia Compra Eficiente como ente rector del sistema de compras y contratación pública.

Expediente no. 11001-03-26-000-2013-00120-00 (48.370)

Actor: Ramiro Rodríguez López

Nulidad simple

Contrario a lo señalado por el actor en la demanda, la Ley 80 de 1993 ni la Ley 1150 de 2007 contemplaron la fiducia mercantil como modalidad válida para el traslado de los recursos, pues, esa figura fue prevista en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 para los contratos de obra, concesión, salud y los que se realicen con ocasión del proceso de selección de licitación pública, siempre que no sean de menor o mínima cuantía.

De otra parte, el legislador no admitió otra clase de negocios para el manejo de los anticipos que la fiducia mercantil irrevocable para la administración y pagos durante la ejecución de los contratos.

Propuso la excepción que denominó "[i]ndebida representación judicial de la Nación por parte de la Presidencia de la República", pues, la vinculación del primer mandatario de la Nación a un proceso contencioso de nulidad es contraria a la jurisprudencia del Consejo de Estado según la cual él no es una de las autoridades señaladas en el CPACA para representar a la Nación en procesos contenciosos, y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República solo debe asumir su representación judicial en casos específicos y distintos al presente.

Alegatos de conclusión

En la oportunidad procesal correspondiente², las partes se pronunciaron así:

La Nación ? Departamento Nacional de la Presidencia de la República (índice no. 84 SAMAI) insistió en sus argumentos de defensa, según los cuales el Decreto 1510 de 2013 reglamentó el procedimiento a seguir para el desembolso de los anticipos dispuesto en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, razón por la cual no resulta contrario a la ley.

La Nación ? Departamento Nacional de Planeación (índice 88 SAMAI) se ratificó en los argumentos de oposición expuestos con la contestación de la demanda, en el sentido de manifestar que los cargos con los que se fundamentó

² En atención a lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, como el asunto es de puro derecho y no se tiene petición probatoria pendiente de resolver, se dispuso el traslado a las partes para alegaciones finales (índice no. 79 SAMAI).

Expediente no. 11001-03-26-000-2013-00120-00 (48.370)

Actor: Ramiro Rodríguez López

Nulidad simple

la nulidad del Decreto 1510 de 2013 no pueden prosperar porque parten de premisas falsas, razón por la cual deben desestimarse las pretensiones de la demanda, por cuanto el Decreto 1510 de 2013 fue expedido con base en las disposiciones constitucionales y legales vigentes, adicionalmente, con su expedición el Gobierno Nacional no excedió su potestad reglamentaria.

Por su parte, el Ministerio Público (índice 89 SAMAI) solicitó la negación de las súplicas de la demanda por considerar que el cargo de nulidad formulado en contra de los artículos 35 y 87 del Decreto 1510 de 2013 no tiene vocación de prosperidad, por cuanto, el parágrafo del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 estableció el control y vigilancia que pueden realizar los órganos de control fiscal sobre la gestión financiera de la fiducia constituida, por lo cual, los recursos allí depositados no están exentos de supervisión, y en cuanto a la delegación indeterminada en

cabeza de las entidades estatales, para que a su arbitrio, decidan en qué contratos en la modalidad de contratación de mínima cuantía y de grandes superficies resultan exigibles las garantías, el legislador en el párrafo 1 del numeral 5 del artículo 2 y en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 determinó las pólizas que deben constituirse y en qué situaciones o eventos no es necesario, razón por la cual en modo alguno tales disposiciones resultan contrarias a la Constitución o la ley.

CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración, con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, 2) análisis del caso concreto, 3) conclusión y, 4) costas.

Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

La demanda se dirige a obtener la declaración de nulidad de los artículos 35 y 87 del Decreto 1510 de 17 de julio de 2013, por cuanto, en criterio de la parte demandante, en él se reglamentó la fiducia mercantil como modalidad válida para trasladar recursos de entidades estatales a patrimonios autónomos, sin que esa figura haya sido regulada por la Ley 80 de 1993 ni la Ley 1150 de 2007, ya que

Expediente no. 11001-03-26-000-2013-00120-00 (48.370)

Actor: Ramiro Rodríguez López

Nulidad simple

tales cuerpos normativos solo hacen referencia a encargos fiduciarios y, además, con él se permitió que las entidades estatales decidieran, sin ningún parámetro legal, la exoneración de otorgar garantías en las modalidades de contratación de mínima cuantía y adquisiciones en las grandes superficies, constituyéndose en una delegación indeterminada de atribuciones.

En ese contexto, advierte la Sala que esta Corporación a través de la sentencia de 11 de abril de 2019³ desató el debate de legalidad del Decreto 1510 de 17 de julio de 2013 el cual concluyó con la declaración de nulidad parcial del artículo 159 de dicho cuerpo normativo y denegó las demás súplicas de la demanda encaminadas a la nulidad integral del decreto demandado.

De otra parte, en atención a lo expresamente dispuesto en el artículo 189 del CPACA, si bien la decisión consistente en denegar "la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes", lo cierto es que procede "solo en relación con la causa petendi juzgada", aspecto este que en modo alguno se dirigió a la oposición de la reglamentación de la fiducia mercantil ni a la exoneración de exigir garantías en las modalidades de contratación de mínima cuantía y negociaciones con grandes superficies, razón por la cual no existe cosa juzgada definitiva sino apenas parcial y, por consiguiente resulta jurídicamente viable el proceso de nulidad de la referencia.

La Sala abordara el análisis de legalidad de los artículos 35 y 87 del Decreto 1510 de 2013 mediante el cual se reglamentó "el sistema de compras y contratación pública" por el hecho de resultar contrarios a los artículos 13, 121 y 189 (numeral 11) de la Constitución Política, y a las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, para concluir con la decisión de mantener la legalidad de los artículos 35 y 87 del Decreto 1510 de 2013, por cuanto el cargo de nulidad formulado en su

contra no tiene vocación de prosperidad.

³ Sentencia de la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación del 11 de abril de 2019, expediente con radicación no. 11001-03-26-000-2014-00135-00 (52.055), MP María Adriana Marín.

Expediente no. 11001-03-26-000-2013-00120-00 (48.370)

Actor: Ramiro Rodríguez López

Nulidad simple

Análisis del caso concreto

Aspecto preliminar

La Sala pone en evidencia que a través del Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015 "[p]or medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional" se compilaron precisamente entre otras disposiciones del Decreto 1510 de 17 de julio de 2013, los artículos 35 y 87⁴.

Sobre este preciso punto, advierte la Sala que si bien en la parte considerativa del Decreto 1082 de 2015 se expuso como finalidad del Gobierno Nacional la necesidad de integración en un solo cuerpo normativo las diversas disposiciones que regulan el "Sector Administrativo de Planeación Nacional", lo cierto es que en el artículo 3.1.1 del Decreto 1082 de 2015 se derogaron las disposiciones compiladas en este⁵.

Así las cosas, como la entrada en vigencia del Decreto 1082 el 26 de mayo de 2015 con la publicación de este en el Diario Oficial no. 49.523 genera la inexistencia del Decreto 1510 de 2013, ello no implica necesariamente la imposibilidad de pronunciamiento judicial sobre su validez y legalidad, pues, el control de legalidad de los actos administrativos generales no está condicionado

⁴ Disposiciones que en el Decreto 1082 de 2015 corresponden a los artículos 2.2.1.1.2.4.1 y 2.2.1.2.1.5.5, cuyos textos son como siguen: **"ARTÍCULO 2.2.1.1.2.4.1. Patrimonio autónomo para el manejo de anticipos. En los casos previstos en la ley, el contratista debe suscribir un contrato de fiducia mercantil para crear un patrimonio autónomo, con una sociedad fiduciaria autorizada para ese fin por la Superintendencia Financiera de Colombia, a la cual la Entidad Estatal debe entregar el valor del anticipo.**

Los recursos entregados por la Entidad Estatal a título de anticipo dejan de ser parte del patrimonio de esta para conformar el patrimonio autónomo. En consecuencia, los recursos del patrimonio autónomo y sus rendimientos son autónomos y son manejados de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil.

En los pliegos de condiciones, la Entidad Estatal debe establecer los términos y condiciones de la administración del anticipo a través del patrimonio autónomo.

En este caso, la sociedad fiduciaria debe pagar a los proveedores, con base en las instrucciones que reciba del contratista, las cuales deben haber sido autorizadas por el Supervisor o el Interventor, siempre y cuando tales pagos correspondan a los rubros previstos en el plan de utilización o de inversión del anticipo.

(...).

ARTÍCULO 2.2.1.2.1.5.5. Garantías. La Entidad Estatal es libre de exigir o no garantías en el proceso de selección de mínima cuantía y en la adquisición de "grandes almacenes" (mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

⁵ El texto de la norma en comento es del siguiente tenor: "**ARTÍCULO 3.1.1. Derogatoria Integral.** Este decreto regula íntegramente las materias contempladas en él. Por consiguiente, de conformidad con el art. 3 de la Ley 153 de 1887, quedan derogadas todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria relativas al Sector Administrativo de Planeación Nacional que versan sobre las mismas materias (...)."

Expediente no. 11001-03-26-000-2013-00120-00 (48.370)

Actor: Ramiro Rodríguez López

Nulidad simple

a su vigencia, tan solo limita los efectos de la misma en el tiempo, pues, la decisión de legalidad surtirá efectos desde el nacimiento a la vida jurídica del decreto objeto de análisis hasta la fecha de entrada en vigencia del decreto que lo derogó.

En atención a los posibles efectos que las citadas disposiciones pudieron producir durante su vigencia procede la Sala al estudio y análisis de las normas demandadas, con la advertencia de que las mismas fueron derogadas el 26 de mayo de 2015 con la entrada en vigencia del Decreto 1082 de 2015⁶.

Violación de la ley e incompetencia

El artículo 35 del Decreto 1510 de 2013 a juicio de la parte actora deber ser declarado nulo por cuanto, en la Ley 80 de 1993 ni en la Ley 1150 de 2007 se estableció la fiducia mercantil como una modalidad válida para trasladar recursos de las entidades estatales a patrimonios autónomos, al punto de generarse una disposición definitiva de los dineros públicos a favor de dichos patrimonios.

De otra parte, según la demandante el artículo 87 del Decreto 1510 de 2013 debe ser declarado nulo por cuanto en él se establece una delegación indeterminada en cabeza de las entidades estatales, para que a su arbitrio, decidan en qué contratos en la modalidad de contratación de mínima cuantía y con grandes superficies resultan exigibles las garantías.

En forma previa al análisis de legalidad propuesto por infracción a las normas constitucionales, se procede con la transcripción de los artículos indicados como vulnerados con la expedición de los artículos 35 y 87 del Decreto 1510 de 2013, esto es, los artículos 13, 121 y 189 (numeral 11) de la Constitución Política, así:

"ARTÍCULO 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

⁶ Esta posición fue adoptada por la Sala Plena de esta Corporación en sentencia del 14 de enero de 1991, expediente S-157, MP Gustavo Arrieta Padilla y entre otras providencias que la han reiterado, véanse de las Sección Primera las sentencias del 23 de febrero de 1996, expediente

número 3366, MP Libardo Rodríguez, y del 24 de enero de 2010, expediente número 50.301, MP María Claudia Rojas Lasso, y de la Sección Tercera las sentencias del 3 de julio de 2003, expediente número 13.433, MP María Elena Giraldo Gómez y del 10 de junio de 2022, expediente número 53.892, MP Martín Bermúdez Muñoz.

Expediente no. 11001-03-26-000-2013-00120-00 (48.370)

Actor: Ramiro Rodríguez López

Nulidad simple

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.

(...).

ARTÍCULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

(...).

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

(...).

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes." (mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

De la lectura de las disposiciones constitucionales antes transcritas, se tiene que el Gobierno Nacional debe garantizar condiciones de igualdad material y real en todo ámbito en la "expedición de los decretos, resoluciones y órdenes" para dar cabal cumplimiento y ejecución de las leyes.

En este primer punto de análisis, advierte la Sala que la parte actora en relación con las normas legales que estima violadas con la expedición del artículo 35 del Decreto 1510 de 2013, se limitó a la negación indefinida consistente en que "[n]i la Ley 80 de 1993 ni la 1150 del 2007 contemplaron la fiducia mercantil como modalidad válida para trasladar recursos de las entidades estatales a patrimonios autónomos" (fl. 3 cdno. ppal.).

Al respecto, las entidades accionadas, las vinculadas en condición de coadyuvantes de la parte demandada y el Agente de Ministerio Público, señalaron en sus intervenciones que, en efecto, ni la Ley 80 de 1993 ni la Ley 1150 de 2007 desarrollan la fiducia mercantil, pues la disposición normativa que lo hace es la prevista en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, que dispone lo siguiente:

Expediente no. 11001-03-26-000-2013-00120-00 (48.370)

Actor: Ramiro Rodríguez López

Nulidad simple

"ARTÍCULO 91. ANTICIPOS. En los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía.

El costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el contratista.

PARÁGRAFO. La información financiera y contable de la fiducia podrá ser consultada por los Organismos de Vigilancia y Control Fiscal." (mayúsculas y negrillas del original ? adicionales de la Sala).

De la lectura del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, evidencia la Sala que en efecto el legislador dispuso la fiducia mercantil como figura válida para el traslado de los recursos de las entidades estatales, aspecto este del cargo de nulidad que se encuentra superado, pues es claro que el artículo 35 del Decreto 1510 de 2013 no modificó, subrogó o limitó el alcance o, el sentido de dicho precepto legal, en ese sentido, no se encuentra probado el exceso de la potestad reglamentaria⁷, pues, se trata de una norma que tan solo tiene por contenido y alcance instrumentar la debida aplicación de las disposiciones de orden legal objeto de reglamentación.

Ahora bien, afirma además el actor en el cargo de nulidad que con el artículo 35 del Decreto 1510 de 1993 deja sin vigilancia y control el manejo de los recursos, pues, permite "que los dineros de las entidades estatales, al dejar de ser de propiedad de estas, como ocurre en la fiducia mercantil, en caso de ser apropiadas o mal utilizadas, dejan de constituir conductas punibles en contra del patrimonio del estado, para pasar a ser unas de mucha menor punibilidad, como pueden ser los abusos de confianza" (fl. 3 cdno. ppal.).

En atención a lo expuesto por el actor, la Agencia Nacional de Contratación Pública ? Colombia Compra Eficiente, en el escrito contentivo de la contestación de la demanda, trajo a colación la exposición de motivos de la Ley 1474 de 2011, documento en el que, en cuanto se refiere al artículo 91, señaló lo siguiente:

⁷ Al respecto, puede consultarse la sentencia de 22 de octubre de 2021, de la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación, en el expediente 11001-03-26-000-2016-00015-00 (56-165), MP Marta Nubia Velásquez Rico.

Expediente no. 11001-03-26-000-2013-00120-00 (48.370)

Actor: Ramiro Rodríguez López

Nulidad simple

"Se ha identificado que de manera muy frecuente los contratistas no están aplicando los anticipos a la ejecución del contrato correspondiente, situación que finalmente produce el incumplimiento de las obligaciones o la entrega extemporánea de las obras. Por ello, se establecer un sistema de

seguimiento a los anticipos imponiendo la obligación del contratista de constituir una fiducia revocable con lo que reciba de los mismos, para que sea esta la que garantice que tales recursos se aplicarán exclusivamente a la ejecución del contrato"⁸.

La Agencia Nacional de Contratación Pública ? Colombia Compra Eficiente señala además que, la figura de la fiducia mercantil está instituida en el artículo 1226 del Código de Comercio⁹, disposición normativa que establece con claridad que "[s]olo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios".

En ese sentido, contrario a lo afirmado por el actor en la demanda, la fiducia mercantil no es una figura que se haya instituido aislada y sin el debido manejo y responsabilidad, ya que, como lo establece el Código de Comercio, solo puede ser administrada por los establecimientos autorizados por la Superintendencia Bancaria.

Sobre este preciso punto de análisis, esta Corporación ha sostenido que "la actividad reglamentaria carece de aptitud para derogar, modificar, subrogar, o limitar el alcance o sentido del precepto legal que desarrolla, de modo que los linderos constitucionales que definen esta potestad se sobrepasan cuando se contradice la ley o se intenta suplir la voluntad del legislador, pues esto se opone a su desarrollo; por tanto, no puede el Gobierno Nacional, sin incurrir en extralimitación, restringir o hacer parcial el mandato legal, pues le está vedado

⁸ Gaceta del Congreso de la República de Colombia ? Senado de la República no. 607 del 7 de septiembre de 2010, proyecto de Ley 142 de 2010 "proyecto de ley para 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", página 23.

⁹ El artículo 1226 del Código de Comercio dispone lo siguiente: "**ARTÍCULO 1226. <CONCEPTO DE LA FIDUCIA MERCANTIL>**. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios."

Expediente no. 11001-03-26-000-2013-00120-00 (48.370)

Actor: Ramiro Rodríguez López

Nulidad simple

cercenar lo expresamente establecido en la ley, o el efecto que de ella se desprenda"¹⁰.

Así las cosas, contrario a lo afirmado y expuesto por el actor en el escrito de la demanda, es claro que el Gobierno Nacional con la expedición del artículo 35 del Decreto 1510 de 2013 no excedió la potestad reglamentaria, pues, en modo alguno se limitó ni impidió la realización de los fines perseguidos con la figura de la fiducia mercantil, prevista por el legislador primigeniamente en el artículo 1226 del Código de Comercio y en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, razón por la

cual, este preciso aspecto del cargo de nulidad no tiene vocación de prosperidad y deberá denegarse.

A su turno, en cuanto a la oposición del artículo 87 del Decreto 1510 de 2013, el actor sostiene que se autorizó a las entidades estatales a exonerar a los particulares de otorgar garantías en las modalidades de contratación de mínima cuantía y con grandes superficies, lo cual constituye una delegación indeterminada de funciones para otorgar ventajas a los grandes comerciantes sin ningún parámetro legal.

En la oportunidad para intervenir en el proceso, las entidades demandadas señalaron que el parámetro legal con el que se expidió el artículo 87 del Decreto 1510 de 2013 se encuentra desarrollado en los artículos 6 y 7 de la Ley 1150 de 2007 que dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La

escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

(...).

Contratación mínima cuantía. <Numeral subrogado por el artículo

94 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> **La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:**

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

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 16 de julio de 2021, en el expediente 11001-03-26-000-2018-00061-00 (61.463), MP José Roberto Sáchica Méndez.

Expediente no. 11001-03-26-000-2013-00120-00 (48.370)

Actor: Ramiro Rodríguez López

Nulidad simple

El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil;

La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas;

La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.

PARÁGRAFO 1o. Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones en establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

(...).

ARTÍCULO 7o. DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN. Los

contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento." (mayúsculas sostenidas y negrillas del original ? adicionales de la Sala).

En atención a lo expresamente previsto en los artículos 6 y 7 de la Ley 1150 de 2007, para la Sala resulta evidente que el legislador estableció para las

Expediente no. 11001-03-26-000-2013-00120-00 (48.370)

Actor: Ramiro Rodríguez López

Nulidad simple

modalidades de contratación de mínima cuantía y con grandes superficies la posibilidad de no exigir las garantías, con la advertencia de que la entidad deberá "determinar la necesidad de exigirla atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago".

Sobre este preciso punto de análisis señala la Sala que, atendiendo a que son las entidades estatales las directoras y conductoras de los procesos de selección, en el sentido de que con estos atienden sus propias necesidades, es claro que son estas las llamadas a establecer la necesidad de exigencia de las garantías en los procesos de contratación en las modalidades de mínima cuantía y con grandes superficies, dado que, son precisamente, quienes conocen y analizan el mercado para sustentar su necesidad, razón esta por la cual no resulta acertado el cargo de nulidad en el sentido de indicar que "sin ningún parámetro legal" se les atribuye a las entidades estatales la decisión de determinar los casos en que resultan exigibles las garantías, ya que, se insiste, solo ellas tienen la potestad de sustentar tal requerimiento, ya que no resulta lógico una contratación

en la que resulte más alto el valor de la constitución de una garantía que el propio objeto comercial.

Por lo tanto, el cargo de nulidad propuesto por el actor, en contra del artículo 87 del Decreto 1510 de 2013, por el hecho de crear una delegación indeterminada de funciones excediendo la potestad reglamentaria, no está llamado a prosperar ya que en modo alguno con dicha normativa se limitó, modificó, subrogó o derogó lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Ley 1150 de 2007, puesto que lo que hizo el Gobierno Nacional fue garantizar la cumplida y estricta ejecución de la Ley, simplemente se instrumentó su efectiva aplicación.

Ahora bien, advierte la Sala que con la redacción del concepto de violación, el actor asume una infracción al derecho a la igualdad por cuanto con el artículo 87 del Decreto 1510 de 2013, se permite a las grandes superficies contratar sin la exigencia de garantías o pólizas de seguros, todo lo cual se traduce en "ventajas solamente para las grandes superficies, que en Colombia funcionan en un esquema monopólico o al menos oligopólico y son de inversionistas extranjeros, cuando menos las tiendas JUMBO y las del grupo CASINO (Éxito, Merquefácil, Surtimax), genera una discriminación inconstitucional en contra de comerciantes

Expediente no. 11001-03-26-000-2013-00120-00 (48.370)

Actor: Ramiro Rodríguez López

Nulidad simple

que si se dedican a labores de mercadeo y son, además, de inversionistas colombianos" (fl. 4 cdno. ppal.).

Al respecto, la Agencia de Contratación Pública ? Colombia Compra Eficiente, en condición de coadyuvante de la parte demandada, señaló que el artículo 87 del Decreto 1510 de 2013 en modo alguno contraviene el principio constitucional de igualdad, "en tanto no establece un trato diferenciado en favor de ningún sujeto determinado o determinable y en detrimento de los intereses de otro sujeto" (fl. 94 vlto. cdno. ppal.).

En relación con el principio de igualdad, la Corte Constitucional con ocasión de decidir sobre la exequibilidad del parágrafo del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022¹¹ en relación con el artículo 13 de la Constitución Política sostuvo que "el trato diferenciado entre los sujetos comparables se basa en que estos se encuentran en situaciones diferentes, obedece a decisiones adoptadas por ellos mismos y dispone de una consecuencia razonable con el fin de obtener los beneficios perseguidos por la norma. La Corte advierte que no puede haber un trato diferenciado que sea discriminatorio o que ponga en peligro la libre competencia, cuando el criterio diferenciador se basa en una acción u omisión de quien podría alegar la propia discriminación o trato diferenciado. Del mismo modo, la norma objeto de control se puede interpretar como una forma de garantizar que más proponentes pueden ingresar a la fase de selección sin reducciones del puntaje debido a multas que son objeto de control jurisdiccional. Ello optimiza, en lugar de menoscabar, la libre competencia."¹²

Adicionalmente, la Corte Constitucional en esa misma decisión señala que "ha aplicado el test de nivel intermedio cuando se trata de aquellas materias en las que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración, pero cuyas medidas deben respetar unos principios y límites constitucionales expuestos. En concreto, la Sala Plena ha indicado que, en relación con el sistema de contratación estatal, se debe aplicar una graduación intermedia en el juicio de

¹¹ La Ley 2195 de 2022 "por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones", en el parágrafo del artículo 58 señaló que "[l]a reducción del puntaje no se aplicará en caso de que los actos administrativos que hayan impuesto las multas sean objeto de medios de control jurisdiccional a través de las acciones previstas en la Ley 1437 de 2011 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan."

¹² Sentencia C-320 de 24 de abril de 2006, MP Humberto Antonio Sierra Porto.

Expediente no. 11001-03-26-000-2013-00120-00 (48.370)

Actor: Ramiro Rodríguez López

Nulidad simple

igualdad debido a la estrecha relación de esa materia tanto con el interés general como con los fines del Estado social de Derecho.¹³

En ese sentido, en un primer escenario el deber es establecer si se está ante un trato desigual, y si ello es así, lo que precede a continuación es la determinación de la validez, necesidad y proporcionalidad de la medida, de manera tal que puede establecerse con el rigor que los postulados constitucionales lo exigen, que existe un evento de discriminación con el que se vulnera el principio constitucional a la igualdad¹⁴.

Advierte la Sala que la medida desarrollada en el artículo 87 del Decreto 1510 de 2013 dirigida a permitir que las entidades estatales establezcan la necesidad de exigir garantías en las modalidades de contratación de mínima cuantía y con grandes superficies, no constituye, como lo afirma el actor, un trato diferente y discriminatorio, pues la redacción de la disposición es clara en determinar que "la entidad es libre de exigir o no garantías en el proceso de selección de mínima cuantía y en la adquisición en grandes superficies".

En ese sentido, contrario a lo aducido por el actor en la demanda, el trato impuesto en la disposición bajo análisis resulta igualitario para ambas modalidades de contratación previstas, razón por la cual este otro aspecto del cargo de nulidad tampoco tiene vocación de prosperidad y deberá desestimarse.

Conclusión

- I. La parte actora pretendió la nulidad de los artículos 35 y 87 del Decreto 1510 de 17 de julio de 2013 por medio del cual se reglamentó el sistema de compras y contratación pública, por haber sido proferidos con violación a la normatividad en la que debía fundarse, sin que en el proceso en modo alguno la parte actora lograra acreditar que este fuera contrario a lo dispuesto en los artículos 13, 121 y 189 (numeral 11) de la Constitución Política, en la Ley 80 de 1993, ni en la Ley 1150 de 2007.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Al respecto, pueden consultarse las sentencias de tutela de la Corte Constitucional T-141 de 2013, MP Luis Ernesto Silva, T-222 de 2011, MP Nilson Pinilla Pinilla y T-577 de 2005, MP Humberto Sierra Porto.

Expediente no. 11001-03-26-000-2013-00120-00 (48.370)

Actor: Ramiro Rodríguez López

Nulidad simple

II. En consonancia con lo expuesto, la Sala denegará las súplicas de la demanda.

Costas

En aplicación del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no hay lugar a la imposición de condena en costas porque el asunto corresponde a una acción pública en la cual se ventiló un interés público.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1º) Deniéganse las pretensiones de la demanda.

2º) Abstiénese de condenar en costas.

3º) En firme esta providencia archívese el expediente previas las correspondientes constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firmado electrónicamente)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado Presidente de la Sala

(Firmado electrónicamente)
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado Ponente

(Firmado electrónicamente)
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

CONSTANCIA: la presente providencia fue firmada electrónicamente por el Magistrado Ponente de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma digital SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior
n.d.

Última actualización: 15 de octubre de 2024 - (Diario Oficial No. 52.894 - 29 de septiembre de 2024)

