



# Sentencia 36601 de 2011 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., Veinticuatro (24) de Marzo de dos mil once (2011)

Radicación: 110010326000200900035 00

Referencia: 36601

Actor: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Demandados: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, MINISTERIO DE TRANSPORTE y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE PLANEACIÓN.

Naturaleza: Acción de nulidad

Se decide la acción de nulidad interpuesta por el actor contra el artículo 12, numeral 3, acápite b), y el artículo 14 del decreto 2474 de 2008 "por el cual se reglamentan parcialmente la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones".

## I. ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS

A continuación se transcriben las disposiciones demandadas:

"DECRETO 2474 DE 2008

(Julio 7)

Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.

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 la Ley 1150 de 2007 y de la Ley 80 de 1993,

DECRETA:

Artículo 12. *Ofrecimiento más favorable a la entidad.* El ofrecimiento más favorable para la entidad a que se refiere el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 se determinará de la siguiente manera:

1. En la selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización la oferta más favorable a la entidad será aquella con el menor precio.
2. En el concurso de méritos, la oferta más favorable a la entidad será aquella que presente la mejor calidad, de acuerdo con los criterios señalados en el presente decreto y en el pliego de condiciones, con independencia del precio, que no será factor de calificación o evaluación.
3. En los procesos de selección por licitación, de selección abreviada para la contratación de menor cuantía, y para los demás que se realicen aplicando este último procedimiento, 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;
  - b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad, para lo cual el

pliego de condiciones establecerá:

I. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.

II. Las condiciones técnicas adicionales que para la entidad representen ventajas de calidad o de funcionamiento. Dichas condiciones podrán consistir en aspectos tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.

III. Las condiciones económicas adicionales que para la entidad representen ventajas cuantificables en términos monetarios, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, valor o existencia del anticipo, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones preexistentes en la entidad directamente relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de riesgos previsibles identificados, entre otras.

IV. Los valores monetarios que se asignarán a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, de manera que permitan la ponderación de las ofertas presentadas. En ese sentido, cada variable se cuantificará monetariamente, según el valor que represente el beneficio a recibir de conformidad con lo establecido en los estudios previos.

Para efectos de comparación de las ofertas la entidad calculará la relación costo beneficio de cada una de ellas, restando del precio total ofrecido los valores monetarios de cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas, obtenidos conforme con lo señalado en el presente artículo. La mejor relación costo-beneficio para la entidad estará representada por aquella oferta que, aplicada la metodología anterior, obtenga la cifra más baja.

La adjudicación recaerá en el proponente que haya presentado la oferta con la mejor relación costo-beneficio. El contrato se suscribirá por el precio total ofrecido.

Parágrafo 1°. En caso de que el pliego de condiciones permita la presentación de ofertas en varias monedas, para efectos de evaluación y comparación, la entidad convertirá todos los precios a la moneda única indicada en el pliego, utilizando los parámetros señalados para tal efecto en los mismos.

Parágrafo 2°. Para la evaluación de las propuestas en proceso de selección por licitación, selección abreviada o concurso de méritos, la Entidad designará un comité asesor, conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del presente decreto, que deberá realizar dicha labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en el pliego de condiciones.

El comité evaluador, el cual estará sujeto a las inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses legales, recomendará a quien corresponda el sentido de la decisión a adoptar de conformidad con la evaluación efectuada. El carácter asesor del comité no lo exime de la responsabilidad del ejercicio de la labor encomendada. En el evento en el cual la entidad no acoja la recomendación efectuada por el comité evaluador, deberá justificarlo en el acto administrativo con el que culmine el proceso.

(...)

Artículo 14. *Presentación de la oferta de manera dinámica mediante subasta inversa.* De conformidad con el inciso segundo del numeral 1 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, y para los efectos del presente artículo, se entiende por subasta inversa para la presentación de la oferta, la puja dinámica efectuada electrónicamente, mediante la cual los oferentes, durante un tiempo determinado, ajustan su oferta respecto de aquellas variables susceptibles de ser mejoradas, con el fin de lograr el ofrecimiento que representa la mejor relación costo-beneficio para la entidad, de acuerdo con lo señalado en el pliego de condiciones.

El pliego de condiciones señalará si en el proceso de licitación de que se trate procede la presentación total o parcial de la oferta de manera dinámica mediante subasta inversa. Tal método sólo se empleará cuando se aplique la alternativa de evaluación de la mejor relación de costo-beneficio a que se refiere el literal b) del numeral 3 del artículo 12 del presente decreto.

Cuando se use para la presentación de la totalidad de la propuesta, el sistema permitirá, mediante lances sucesivos ascendentes o descendentes según se defina para cada variable, obtener de manera automática la relación costo-beneficio de cada propuesta. En el evento de ser utilizado para configurar una porción de las variables de la oferta, el mismo permitirá obtener la mejor postura de cada oferente en relación con cada una de las variables sometidas al procedimiento.

En la fecha señalada en el pliego de condiciones los oferentes presentarán los documentos que acrediten la capacidad jurídica y el cumplimiento de las condiciones exigidas en relación con la experiencia, capacidad administrativa, operacional y financiera requerida por la entidad. En el caso de una conformación dinámica parcial de la oferta, a los documentos señalados se acompañará el componente de la oferta que no es objeto de conformación dinámica.

La entidad dentro del plazo previsto en el pliego de condiciones verificará el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados en el numeral anterior, con el fin de determinar cuáles de los oferentes pueden continuar en el proceso de selección. Con los oferentes habilitados, en la fecha y hora previstas en el pliego de condiciones, se realizará la subasta inversa para la conformación dinámica de la oferta.

En dicha subasta, los proponentes, en relación con aquellos aspectos de la oferta que incluyan variables dinámicas de conformidad con el pliego

de condiciones, presentarán un proyecto de oferta inicial, que podrá ser mejorado mediante la realización de posturas sucesivas, hasta la conformación de su oferta definitiva, entendiéndose por esta, la última presentada para cada variable dentro del lapso de la subasta.

Se tomará como definitiva la propuesta de oferta inicial que haya realizado el oferente que no hizo uso de su derecho a presentar posturas, una vez concluido el tiempo previsto para el efecto.

En ningún caso el precio ofrecido será la única variable sometida a conformación dinámica.

La herramienta electrónica que se emplee deberá permitir que en todo momento el proponente conozca su situación respecto de los demás competidores y únicamente en relación con el cálculo del menor costo evaluado. Si la subasta recae únicamente sobre algunas variables, las que no admiten mejora deben haber sido previamente evaluadas y alimentadas en el sistema, de manera que este pueda ante cualquier lance efectuar el cálculo automático del menor costo evaluado.

Al término de la subasta, se adjudicará el contrato a quien haya presentado la oferta con la mejor relación costo-beneficio, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 del presente decreto."

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

### 1. Normas vulneradas:

Los artículos 150, 189, numeral 11, y 273 de la Constitución Política, 2 y 5 de la ley 1150 de 2007, y el numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993.

### 2. Concepto de violación:

El actor formuló cuatro cargos de ilegalidad en contra de las disposiciones demandadas, a saber:

#### a. *Las disposiciones demandadas exceden la potestad reglamentaria del gobierno y vulneran los artículos 150 y 189 de la Constitución Política.*

En opinión del actor, los preceptos demandados establecen un mecanismo de evaluación de las propuestas que no está previsto en la ley. En efecto, señala que tales disposiciones no se limitaron a describir cómo debía realizarse la evaluación por el sistema costo - beneficio, sino que establecieron tal sistema, "*con lo cual se amplió o modificó los sistemas de evaluación de las propuestas contemplados por el legislador y, por ende, excedió su potestad reglamentaria*".

#### b. *Las normas demandadas vulneran el artículo 273 de la Constitución Política por cuanto establecen un sistema de evaluación de propuestas.*

En este sentido, el actor sostuvo que los artículos 12, numeral 3, acápite b), y 14 del decreto 2474 de 2008 transgreden flagrantemente el segundo inciso de dicha norma constitucional por cuanto éste último señala que "*la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas*" será reglamentada por la ley.

#### c. *Las normas cuya nulidad se pretende contradicen el artículo 5 de la ley 1150 de 2007 por cuanto establecen que el menor precio puede constituir el único factor para la escogencia del contratista en procesos de licitación o de selección abreviada de menor cuantía.*

La demanda señala que mientras que el artículo 5 de la ley 1150 de 2007 solo contempla un evento en el cual el menor precio puede incluirse como único factor de evaluación, a saber: *la contratación cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización*; por su parte, los artículos demandados permiten "*que el menor precio pueda establecerse como único factor de evaluación en las modalidades de licitación pública y selección abreviada de menor cuantía*".

Es decir, en opinión del demandante, dichas disposiciones establecen un sistema de evaluación de las propuestas fundado en el criterio del precio menor para las modalidades de licitación pública y selección abreviada de menor cuantía, lo cual vulnera el artículo 5 de la ley 1150 de 2007 por cuanto éste reservó dicho criterio únicamente para los contratos de adquisición o suministro de bienes y servicios, y previó que en el resto de modalidades de selección deberían evaluarse las propuestas en atención a factores "*técnicos y económicos*".

#### d. *Las disposiciones sub examine vulneran el artículo 2 de la ley 1150 de 2007 al permitir que el factor "menor precio" sea el único determinante en los procesos de licitación o selección abreviada de menor cuantía.*

El actor señaló que las disposiciones demandadas vulneran el artículo 2 de la ley 1150 de 2007 "*al permitir que en los procesos de selección por licitación y de selección abreviada de menor cuantía, también el menor precio (propio del sistema de subasta) pueda convertirse en el único factor determinante en la escogencia del contratista*". Según se señaló en la demanda, dicho artículo estableció que la licitación es el procedimiento general de selección del contratista, mientras que la subasta es de carácter excepcional.

#### e. *Las disposiciones impugnadas transgreden el numeral quinto del artículo 24 de la ley 80 de 1993.*

El actor sostuvo que los artículos demandados "*conllevan a que el pliego establezca una serie de ventajas denominadas como condiciones técnicas o económicas adicionales que son optativas para los proponentes, con lo cual, en el fondo, son estos últimos quienes terminan determinando aspectos esenciales del contrato que debieron ser establecidos por la entidad*" y, por esta vía, se quebranta el principio de planeación previsto en el artículo 24 de la ley 80 de 1993.

## III. TRAMITE DEL PROCESO

## 1. Demanda.

El día 12 de marzo de 2009, el señor MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ presentó demanda de nulidad con solicitud de suspensión provisional contra los artículos 12, numeral 3, acápite b), y 14 del decreto 2474 de 2008 "por el cual se reglamentan parcialmente la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones" (Folios 1 a 29).

## 2. Auto admisorio y medida de suspensión provisional.

El día 27 de mayo de 2009, la Sala profirió auto admisorio de la demanda y decretó la medida de suspensión provisional respecto de las disposiciones cuya nulidad se pretende (Folios 78 a 94). En efecto, en opinión de la Sala, el acápite b) del numeral 3 del artículo 12 del decreto citado "evidentemente desconoce, en forma directa y palmaria, el inciso segundo del artículo 273 Constitucional, toda vez que mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, el Gobierno Nacional introdujo una modificación a la forma de evaluación de las propuestas, facultad que se encuentra deferida en la ley, lo cual impone la suspensión provisional del precepto parcialmente demandado".

Dicha modificación consistió en establecer "una alternativa no prevista en la ley para la evaluación de las propuestas frente a los procedimientos administrativos de selección por licitación y por selección abreviada, relacionada con la ponderación de elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad, con lo cual se transgrede prima facie el artículo 273 superior, pues en virtud de esta disposición suprema, la forma como habrá de efectuarse tanto la evaluación de las propuestas como las condiciones bajo las cuales aquella deberá llevarse a cabo constituyen temas cuya regulación y definición se encuentran reservados a la ley".

En relación con el artículo 14 del decreto 2474 de 2008, la Sala estableció que la finalidad de ésta disposición consistía precisamente en "dar plena aplicación a la alternativa de evaluación contemplada en la letra b) del numeral 3º del artículo 12 del Decreto 2474, disposición que, según se dejó indicado anteriormente, corresponde a un método de valoración de ofertas no prevista en la ley, a la cual le está reservado constitucionalmente el establecimiento de los métodos para tal efecto, por manera que así la norma cuestionada no posea en su contenido literal un método o alternativa de evaluación de la oferta, pues se trata de una norma que, en principio, apunta al establecimiento de la presentación de la propuesta, lo cierto es que obedece a un sistema de evaluación de las ofertas no contemplado en la ley, al punto que impone su aplicación, lo cual lleva a que se decrete su suspensión provisional, en la medida en que se trata de una norma que al aceptar una forma de evaluación no prevista en la ley y que además fue creada por vía reglamentaria, transgrede por igual el citado artículo 273 constitucional".

## 3. Recursos de reposición.

En contra del mencionado auto, los apoderados del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE PLANEACIÓN (Folios 109 a 124), MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (Folios 125 a 136), MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA (Folios 137 a 145) y MINISTERIO DE TRANSPORTE (Folios 146 a 168) presentaron recurso de reposición por cuanto, en su opinión, la solicitud de suspensión provisional formulada por el actor no cumplió con los requisitos previstos en el artículo 152 del C.C.A.

En tal sentido, señalaron al unísono que tanto el demandante como la Sala concluyeron que "el artículo 273 de la Constitución establece una competencia restrictiva en cabeza del legislador, para definir la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas", no obstante, tal postura se funda en una interpretación errada de dicha norma constitucional.

Para evidenciar tal razonamiento, los recurrentes citaron algunos apartes de las sentencias C-400 de 1999 y C-380 de 2008 proferidas por la Corte Constitucional, con base en las cuales sostuvieron que en el segundo inciso del artículo 273 constitucional "no se puede leer de manera independiente la expresión la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas del resto de su contenido y del total del artículo. Esta previsión está ligada a la audiencia pública, y a los casos en que la ley determine su aplicación".

De otra parte, señalaron que el decreto contentivo de las normas demandadas, lejos de vulnerar los artículos 2 y 5 de la ley 1150 de 2007, desarrollan la expresión "ponderación precisa y detallada" contenida en el último de éstos. En este sentido, aclararon que "la ley ordena entonces que la evaluación de las ofertas corresponda a la ponderación, lo cual, de acuerdo con el decreto 272 de 2008 se hace, bien por puntajes o formulas, o bien, por la mejor relación costo - beneficio".

Por último, mediante escrito allegado a esta Corporación el 6 de julio de 2009 (Folios 175 a 185), el actor solicitó que se confirmara la medida de suspensión provisional. En dicho memorial, el actor sostuvo que la interpretación de los recurrentes en relación con el artículo 273 constitucional "no se deduce de lo que dicha norma dispone expresamente", en efecto, "de la lectura de esta norma se deduce que la voluntad del constituyente fue disponer que 'la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas' sea señalada por la ley. Esta expresión está separada de la frase por una coma y por la conjunción 'y', lo que indica claramente la independencia de la misma".

## 4. Auto mediante el cual se confirmó la medida de suspensión provisional.

Mediante auto de 6 de agosto de 2009 (Folios 187 a 220), la Sala confirmó la medida de suspensión provisional decretada en el auto admisorio de la demanda y, para tal efecto, se verificó el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos establecidos por el artículo 152 del C.C.A.

En relación con la supuesta interpretación errada del artículo 273 de la Constitución Política, la Sala estableció en esta oportunidad que la citada disposición "no limita sus efectos únicamente a aquellos eventos en los cuales se pretenda efectuar la evaluación de las propuestas en el desarrollo de una audiencia pública, habida cuenta que la norma en ningún momento establece esa distinción, por lo cual no le es dado al

*intérprete otorgarle alcances a la norma que ésta no prevé*", en tal sentido, señaló que el artículo 273 *constitucional* regula diferentes eventos que no se relacionan necesariamente y por tanto pueden resultar independientes unos de otros. Por último, la Sala estableció que dicha interpretación del artículo 273 de la Constitución Política representa la posición unánime de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado al respecto.

De otra parte, la Sala sostuvo que las disposiciones impugnadas establecen una nueva forma de evaluación de las propuestas y no constituyen reglamentación de la expresión "ponderación precisa y detallada" contenida en el artículo 5 de la ley 1150 de 2007.

5. Escritos de contestación a la demanda.

Los representantes judiciales del MINISTERIO DE TRANSPORTE (Folios 222 a 243), MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (Folios 244 a 254), MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA (Folios 255 a 261) y del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE PLANEACIÓN (Folios 278 a 270) presentaron escritos de contestación a la demanda en los que se reiteraron los argumentos expuestos en los recursos interpuestos en contra del auto admisorio que decretó la suspensión provisional de las disposiciones demandadas.

En particular, las entidades demandadas sostuvieron que tanto la demanda como la providencia señalada se fundaron en una interpretación errónea del artículo 273 de la Constitución Política y, de otra parte, que las disposiciones demandadas no vulneran el artículo 5 de la ley 1150 de 2007, sino que, por el contrario, se limitan a reglamentar la expresión "*ponderación precisa y detallada*".

Tales argumentos fueron a su vez retomados en los escritos de alegatos de conclusión.

6. Concepto de la Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado.

Mediante concepto presentado el día 2 de diciembre de 2010, el Procurador Quinto Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se declare la nulidad únicamente respecto de los siguientes apartes de las disposiciones demandadas:

"Artículo 12. Numeral 3. Acápites b. Segundo y tercer inciso.

Para efectos de comparación de las ofertas la entidad calculará la relación costo beneficio de cada una de ellas, restando del precio total ofrecido los valores monetarios de cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas, obtenidos conforme con lo señalado en el presente artículo. La mejor relación costo-beneficio para la entidad estará representada por aquella oferta que, aplicada la metodología anterior, obtenga la cifra más baja.

La adjudicación recaerá en el proponente que haya presentado la oferta con la mejor relación costo-beneficio. El contrato se suscribirá por el precio total ofrecido.

Artículo 14. inciso 10.

Al término de la subasta, se adjudicará el contrato a quien haya presentado la oferta con la mejor relación costo-beneficio, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 del presente decreto."

Lo anterior por cuanto, según la vista Fiscal, "*el señalamiento de la alternativa de ponderación de la mejor relación de costo - beneficio, en el decreto 2474 de 2008, artículo 12, numeral 3, literal b, no se ha diseñado un mecanismo ajeno a la Ley 1150 de 2007, para la evaluación de las ofertas, sino que por el contrario, con este y los demás señalados en el mismo artículo se puede (sic) evaluar las diferentes modalidades de presentación de ofertas permitidas por la ley y en consecuencia tampoco se contraviene el artículo 273 de la Constitución Política*".

#### IV. CONSIDERACIONES

Para adoptar la presente decisión, la Sala revisará en primer lugar su competencia (punto 1); luego estudiará la naturaleza y los límites de la potestad reglamentaria del Gobierno nacional (punto 2); en tercer lugar, analizará el alcance del artículo 273 de la Constitución Política (punto 3); posteriormente, se pronunciará sobre el alcance del artículo 5 de la ley 1150 de 2007 (punto 4) y el alcance de las normas demandadas (punto 5); aspectos estos fundamentales, como se indicará, para proceder al análisis del caso concreto (punto 6).

1. Competencia.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para decidir acerca de la acción de nulidad promovida contra los artículos 12, numeral 3, acápites b), y 14 del decreto 2474 de 2008 "*por el cual se reglamentan parcialmente la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones*".

En efecto, de conformidad con los artículos 237 de la Constitución Política y 28 del C.C.A, esta Sala es competente en única instancia para pronunciarse en relación con demandas que, como en el presente caso, pretenden que se declare la nulidad de disposiciones contenidas en actos administrativos de naturaleza reglamentaria expedidos por autoridades del orden nacional.

De otra parte, en atención a lo previsto en el artículo 1 del Acuerdo 55 de 2003, mediante el cual se adoptó el Reglamento del Consejo de Estado, la Sección Tercera conoce de los procesos de simple nulidad promovidos contra actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros.

En el caso concreto, el decreto 2474 de 2008 es un acto administrativo proferido por una autoridad nacional que reglamenta parcialmente las

leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, particularmente en materias atinentes a las modalidades de selección, así como a los principios de publicidad y selección objetiva.

Así mismo, la Sala considera oportuno pronunciarse sobre la diferencia entre la acción de nulidad por inconstitucionalidad (Art. 237 de la C.P) y la acción de nulidad simple (Art. 84 del CCA) y la competencia de la Sección Tercera para conocer de la demanda *sub examine*, dado que el representante judicial del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE PLANEACIÓN cuestionó la competencia de esta Sala y sostuvo que en el presente caso debería haberse promovido acción de nulidad por inconstitucionalidad y, por lo tanto, la Sala Plena del Consejo de Estado sería la instancia competente para decidir el presente asunto.

De conformidad con lo previsto en los artículos 237 de la Constitución Política<sup>1</sup> y 33 de la ley 446 de 1998<sup>2</sup>, la Sala Plena del Consejo de Estado es competente para conocer de las demandas de nulidad por inconstitucionalidad promovidas contra los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, siempre que su "*inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa*".

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que el control de legalidad y constitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno nacional corresponde al Consejo de Estado, excepto tratándose de decretos ley y legislativos, respecto de los cuales el órgano competente es la Corte Constitucional.

Ahora bien, la Sala Plena de esta Corporación no ejerce competencia exclusiva en relación con la totalidad de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad interpuestas contra Decretos proferidos por el Gobierno Nacional; en efecto, dicha instancia únicamente es competente para conocer de las demandas contra decretos "*que no obedezcan a una función propiamente administrativa*" siempre y cuando se cuestione su inconformidad de manera directa con la Constitución Política<sup>3</sup>.

Por su parte, de aquellas demandas de nulidad, bien por inconstitucionalidad o ilegalidad, en contra de decretos de naturaleza "*propiamente administrativa*", como es el caso de los expedidos con fundamento en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, conocerán las respectivas secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de conformidad con la distribución material de competencias<sup>4</sup>.

Particularmente a la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado le corresponde conocer, en única instancia, de las acciones de nulidad que controviertan la constitucionalidad o la legalidad de todos los actos administrativos de contenido general, proferidos por autoridades del orden nacional, relacionados con asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros<sup>5</sup>.

En el caso concreto, se reitera que el actor solicitó la declaratoria de nulidad de los artículos 12, numeral 3, acápite b), y 14 del decreto 2474 de 2008, para lo cual formuló distintos cargos que cuestionan la constitucionalidad y la legalidad de tales disposiciones. Nótese que las disposiciones demandadas están contenidas en un decreto de naturaleza "*propiamente administrativa*" mediante el cual se reglamentan asuntos eminentemente contractuales<sup>6</sup>.

En conclusión, en atención a la naturaleza y materia de las disposiciones demandadas, esta Sala es competente para decidir sobre la demanda *sub examine*.

## 2. De la naturaleza y los límites de la potestad reglamentaria del Gobierno.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República "*ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes*".

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que la "*potestad reglamentaria*" o "*poder reglamentario*" es inalienable, intransferible e inagotable, por cuanto su ejercicio no está sujeto a plazo alguno<sup>7</sup>; además es irrenunciable, "*por cuanto se concibe como indispensable para que la administración cumpla con su función de ejecución de la ley*"<sup>8</sup>.

El alcance de la potestad reglamentaria varía en atención a la extensión de la regulación legal<sup>9</sup>. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que:

"... la 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)."<sup>10</sup>

Ahora bien, el ejercicio de la potestad reglamentaria por el Gobierno exige que el legislador previamente expida una regulación básica o "materialidad legislativa"<sup>11</sup>, 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 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"<sup>12</sup>.

En atención a las anteriores consideraciones, es preciso resaltar que 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"<sup>13</sup>.

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<sup>14</sup>. El primero se refiere a la extensión de la regulación que el Legislador defiende 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"<sup>15</sup>.

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 indispensable<sup>16</sup>. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación estableció que:

"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".<sup>17</sup>

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"<sup>18</sup>.

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"<sup>19</sup>.

Asimismo, la reserva de ley define aquellos eventos en los que el constituyente insta al legislador a regular determinadas materias en razón de su trascendencia<sup>20</sup>.

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 normativos de rango legal"<sup>21</sup>, 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 Gobierno<sup>22</sup>:

"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"<sup>23</sup>.

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 legal<sup>24</sup>.

### 3. Del alcance del artículo 273 de la C.P

El artículo 273 de la Constitución Política hace parte del Título X, que reúne las normas relacionadas con los organismos de control y, específicamente, del Capítulo 1° de dicho título, que trata sobre la Contraloría General de la República.

Dicho artículo establece lo siguiente:

"ARTICULO 273. A solicitud de cualquiera de los proponentes, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública.

Los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública, la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas y las condiciones bajo las cuales se realizará aquella, serán señalados por la ley."

De conformidad con la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, "*La Constitución Política reservó a la ley la potestad de establecer los casos en los que se debe utilizar el mecanismo de las audiencias públicas y la forma en que se efectuará la evaluación de las propuestas*"<sup>25</sup>.

Así las cosas, esta Sala ha establecido que "*la mencionada disposición constitucional no introdujo distinción alguna en cuanto a la remisión del legislador para que regulara la manera en que debe efectuarse la evaluación de las propuestas, razón por la cual no resulta acertado el argumento de los recurrentes tendientes a limitar el alcance y los efectos de esta norma sólo para aquellos eventos en los cuales se pretenda evaluar las propuestas en una audiencia pública*"<sup>26</sup>.

En conclusión, la Sala ha entendido de manera unánime que el artículo 273 *constitucional* remite al legislador para que regule la forma en que deben evaluarse las propuestas en todos los eventos en los cuales las entidades inicien un proceso de selección, sin que pueda limitarse únicamente a aquellos casos en los cuales se aplique el mecanismo de audiencia pública.

Por último, es preciso reiterar que de conformidad con la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la interpretación de la Corte Constitucional sobre el artículo 273 de la Constitución Política, referida en las sentencias C-400 de 1999 y C-380 de 2008, según la cual dicha disposición defiere al legislador la regulación de la forma en que debe efectuarse la evaluación de las propuestas únicamente en los casos en que se aplique el mecanismo de la audiencia pública para la adjudicación del contrato, no resultan vinculantes por cuanto constituyen meros *obiter dicta* de dichas providencias.

#### 4. Del artículo 5 de la ley 1150 de 2007.

El artículo 5 de la ley 1150 de 2007, reglamentado por el artículo 12 del decreto 2274 de 2008, desarrolla el principio de selección objetiva en los siguientes términos:

"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 6 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 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.

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".

Así las cosas, en relación con el precio como factor para determinar el mejor ofrecimiento para la entidad, la anterior disposición establece lo siguiente:



- a. En términos generales, el precio constituye uno de los factores de escogencia y ponderación para determinar el ofrecimiento más favorable a la entidad;
- b. En aquellos procesos de contratación 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 y, por último,
- c. En los procesos de selección de consultores, el precio no constituye factor de escogencia.

5. Alcance de las disposiciones demandadas.

El artículo 12 del decreto 2474 de 2008 establece los criterios a partir de los cuales se determinará el ofrecimiento más favorable para la entidad de que trata el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Dicho artículo diferencia tres eventos. En primer lugar, tratándose de selección abreviada para adquisición de bienes y servicios, el ofrecimiento más favorable a la entidad será aquel de menor precio. De otra parte, en los procesos de concursos de méritos, la oferta más favorable a la entidad será aquella de mejor calidad, con independencia del precio. Y, por último, para los procedimientos de selección por licitación y de selección abreviada para la contratación de menor cuantía, la oferta más ventajosa será la que resulte de ponderar los elementos de calidad y precio de conformidad con los puntajes señalados en el pliego de condiciones y aquellos que resulten de la mejor relación costo beneficio para la entidad.

En esta última hipótesis, la mejor relación costo beneficio será determinada en atención a los siguientes criterios establecidos en el pliego de condiciones:

"I. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.

II. Las condiciones técnicas adicionales que para la entidad representen ventajas de calidad o de funcionamiento. Dichas condiciones podrán consistir en aspectos tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.

III. Las condiciones económicas adicionales que para la entidad representen ventajas cuantificables en términos monetarios, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, valor o existencia del anticipo, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones preexistentes en la entidad directamente relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de riesgos previsibles identificados, entre otras.

IV. Los valores monetarios que se asignarán a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, de manera que permitan la ponderación de las ofertas presentadas. En ese sentido, cada variable se cuantificará monetariamente, según el valor que represente el beneficio a recibir de conformidad con lo establecido en los estudios previos.

Para efectos de comparación de las ofertas la entidad calculará la relación costo beneficio de cada una de ellas, restando del precio total ofrecido los valores monetarios de cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas, obtenidos conforme con lo señalado en el presente artículo. La mejor relación costo-beneficio para la entidad estará representada por aquella oferta que, aplicada la metodología anterior, obtenga la cifra más baja.

La adjudicación recaerá en el proponente que haya presentado la oferta con la mejor relación costo-beneficio. El contrato se suscribirá por el precio total ofrecido"

Por último, es preciso resaltar que el primer párrafo del artículo *sub examine* establece la posibilidad de que las ofertas se presenten en varias monedas. Por su parte, el segundo párrafo dispone la creación de un comité asesor para efectos de la evaluación de las propuestas en proceso de selección por licitación, selección abreviada o concurso de méritos.

De otra parte, el artículo 14 del decreto 2474 de 2008 establece el procedimiento que se deberá seguir siempre que se presenten ofertas mediante el sistema de subasta inversa únicamente cuando se aplique la alternativa de evaluación de la mejor relación de costo beneficio a que se refiere el aparte b) del numeral 3 del artículo 12 del citado decreto.

6. El caso concreto.

A juicio de la Sala, para resolver el presente caso, lo primero que debe plantearse es si las disposiciones demandadas configuran un exceso de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional, así como una evidente vulneración del artículo 273 de la Constitución Política.

En opinión de la Sala, el acápite b) del numeral 3 del artículo 12 del decreto 2474 de 2008 estableció una alternativa no prevista en la ley para la evaluación de las propuestas frente a los procedimientos administrativos de selección por licitación y por selección abreviada consistente en "*la ponderación de elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad*". En efecto, la mencionada disposición dispuso un sistema de evaluación diferente a los previstos en el artículo 5 de la ley 1150 de 2007, lo cual implica una modificación de los términos y alcances de dicha disposición legal y, por consiguiente, un exceso en la potestad reglamentaria ejercida por el Gobierno Nacional con la expedición de la disposición demandada.

En este sentido, tal como se estableció en el auto de 6 de agosto de 2009, "*A través del sistema de la relación costo-beneficio, el reglamento en*

realidad introdujo una nueva forma de evaluación, toda vez que indica la manera en la cual la entidad debe asignarle, a través de un procedimiento, el valor a cada una de las condiciones técnicas y económicas contenidas en el pliego de condiciones, para luego adjudicar el contrato al proponente que hubiere presentado la mejor oferta, según el citado sistema" (Folios 187 a 220).

De otra parte, el acápite b) del numeral 3 del artículo 12 del decreto citado evidentemente desconoce el inciso segundo del artículo 273 Constitucional, toda vez que el Gobierno Nacional introdujo una modificación a la forma de evaluación de las propuestas mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, a pesar de que dicha disposición constitucional defiere tal facultad exclusivamente a la ley.

En efecto, se reitera que de conformidad con el artículo 273 constitucional, la forma como habrá de efectuarse tanto la evaluación de las propuestas como las condiciones bajo las cuales aquella deberá llevarse a cabo, constituyen temas cuya regulación y definición se encuentran reservados a la ley.

Así las cosas, el artículo 12 del decreto 2474 de 2008, mediante el cual se estableció el método de evaluación de las propuestas en los procedimientos administrativos de selección por licitación y por selección abreviada consistente en "*la ponderación de elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad*", se declarará nulo por cuanto constituye un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional y vulnera flagrantemente los artículos 273 de la Constitución Política y 5 de la ley 1150 de 2007.

Por su parte, el artículo 14 del decreto 2474 de 2008 establece el procedimiento de presentación de la oferta mediante el sistema de subasta inversa y a través de un método dinámico. Al respecto, es preciso resaltar que la Sala en el auto de 6 de agosto de 2009, consideró que la finalidad de ésta disposición consiste precisamente en "*dar plena aplicación a la alternativa de evaluación contemplada en la letra b) del numeral 3° del artículo 12 del Decreto 2474, disposición que, según se dejó indicado anteriormente, corresponde a un método de valoración de ofertas no prevista en la ley, a la cual le está reservado constitucionalmente el establecimiento de los métodos para tal efecto, por manera que así la norma cuestionada no posea en su contenido literal un método o alternativa de evaluación de la oferta, pues se trata de una norma que, en principio, apunta al establecimiento de la presentación de la propuesta, lo cierto es que obedece a un sistema de evaluación de las ofertas no contemplado en la ley (...)*"

Particularmente, los incisos 1, 2, 3 y final del artículo 14 del decreto 2474 de 2008 establecen el procedimiento de presentación de la oferta dinámica mediante subasta inversa para los casos de selección por licitación y por selección abreviada consistente en la ponderación de elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad. Dichas disposiciones son del siguiente tenor:

"Artículo 14. Presentación de la oferta de manera dinámica mediante subasta inversa. De conformidad con el inciso segundo del numeral 1 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, y para los efectos del presente artículo, se entiende por subasta inversa para la presentación de la oferta, la puja dinámica efectuada electrónicamente, mediante la cual los oferentes, durante un tiempo determinado, ajustan su oferta respecto de aquellas variables susceptibles de ser mejoradas, con el fin de lograr el ofrecimiento que representa la mejor relación costo-beneficio para la entidad, de acuerdo con lo señalado en el pliego de condiciones.

El pliego de condiciones señalará si en el proceso de licitación de que se trate procede la presentación total o parcial de la oferta de manera dinámica mediante subasta inversa. Tal método sólo se empleará cuando se aplique la alternativa de evaluación de la mejor relación de costo-beneficio a que se refiere el literal b) del numeral 3 del artículo 12 del presente decreto.

Cuando se use para la presentación de la totalidad de la propuesta, el sistema permitirá, mediante lances sucesivos ascendentes o descendentes según se defina para cada variable, obtener de manera automática la relación costo-beneficio de cada propuesta. En el evento de ser utilizado para configurar una porción de las variables de la oferta, el mismo permitirá obtener la mejor postura de cada oferente en relación con cada una de las variables sometidas al procedimiento.

(...)

Al término de la subasta, se adjudicará el contrato a quien haya presentado la oferta con la mejor relación costo-beneficio, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 del presente decreto". (Negritas y Subrayas de la Sala).

Dichas disposiciones prevén el procedimiento que se sigue para efectos de la aplicación del método de evaluación previsto en el acápite b) del numeral 3 del artículo 12 del Decreto 2474 de 2008 y supeditan la adjudicación del contrato a dicho método no previsto en la ley.

Al respecto debe precisarse que si bien en principio la declaratoria de nulidad habría de recaer únicamente sobre aquellos apartes de los incisos 1°, 2°, 3° y final del artículo 14 del Decreto parcialmente demandado, en cuanto se refieren a la aludida alternativa de calificación de las ofertas *-ponderación de elementos de calidad y precio, que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad-*, lo cierto es que esos apartes forman parte esencial de cada uno de los referidos segmentos normativos, a tal punto que estos perderían sentido en caso de declararse la nulidad parcial de los apartes demandados, razón por la cual dicha declaratoria recaerá sobre la totalidad de tales incisos.

Así las cosas, la Sala estima que las anteriores consideraciones resultan suficientes para que proceda la declaratoria de nulidad solicitada y, en consecuencia, no será necesario pronunciarse sobre el resto de cargos de ilegalidad formulados por el demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad del inciso b) del numeral 3 del artículo 12 del decreto 2474 de 2008. El texto declarado nulo es el siguiente:

"b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad, para lo cual el pliego de condiciones establecerá:

I. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.

II. Las condiciones técnicas adicionales que para la entidad representen ventajas de calidad o de funcionamiento. Dichas condiciones podrán consistir en aspectos tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.

III. Las condiciones económicas adicionales que para la entidad representen ventajas cuantificables en términos monetarios, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, valor o existencia del anticipo, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones preexistentes en la entidad directamente relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de riesgos previsibles identificados, entre otras.

IV. Los valores monetarios que se asignarán a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, de manera que permitan la ponderación de las ofertas presentadas. En ese sentido, cada variable se cuantificará monetariamente, según el valor que represente el beneficio a recibir de conformidad con lo establecido en los estudios previos.

Para efectos de comparación de las ofertas la entidad calculará la relación costo beneficio de cada una de ellas, restando del precio total ofrecido los valores monetarios de cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas, obtenidos conforme con lo señalado en el presente artículo. La mejor relación costo-beneficio para la entidad estará representada por aquella oferta que, aplicada la metodología anterior, obtenga la cifra más baja.

La adjudicación recaerá en el proponente que haya presentado la oferta con la mejor relación costo-beneficio. El contrato se suscribirá por el precio total ofrecido".

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad de los incisos 1, 2, 3 y final del artículo 14 del decreto 2474 de 2008. Los textos declarados nulos son los siguientes:

Inciso primero: "*Presentación de la oferta de manera dinámica mediante subasta inversa*. De conformidad con el inciso segundo del numeral 1 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, y para los efectos del presente artículo, se entiende por subasta inversa para la presentación de la oferta, la puja dinámica efectuada electrónicamente, mediante la cual los oferentes, durante un tiempo determinado, ajustan su oferta respecto de aquellas variables susceptibles de ser mejoradas, con el fin de lograr el ofrecimiento que representa la mejor relación costo-beneficio para la entidad, de acuerdo con lo señalado en el pliego de condiciones".

Inciso segundo: "El pliego de condiciones señalará si en el proceso de licitación de que se trate procede la presentación total o parcial de la oferta de manera dinámica mediante subasta inversa. Tal método sólo se empleará cuando se aplique la alternativa de evaluación de la mejor relación de costo-beneficio a que se refiere el literal b) del numeral 3 del artículo 12 del presente decreto".

Inciso tercero: "Cuando se use para la presentación de la totalidad de la propuesta, el sistema permitirá, mediante lances sucesivos ascendentes o descendentes según se defina para cada variable, obtener de manera automática la relación costo-beneficio de cada propuesta. En el evento de ser utilizado para configurar una porción de las variables de la oferta, el mismo permitirá obtener la mejor postura de cada oferente en relación con cada una de las variables sometidas al procedimiento".

Inciso final: "Al término de la subasta, se adjudicará el contrato a quien haya presentado la oferta con la mejor relación costo-beneficio, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 del presente decreto".

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase,

ENRIQUE GIL BOTERO  
Presidente de la Sala  
JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA  
Magistrado Ponente

OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ  
Magistrada

Proyectó: PRS

1 Artículo 237 de la Constitución Política, inciso 2, son atribuciones del Consejo de Estado: "2. *Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional*".

2 Artículo 33 de la ley 446 de 1998, numeral 7, es competencia de la Sala Plena de lo Contencioso del Consejo de Estado, conocer "*De las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se promuevan contra los Decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa*".

- 3 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de noviembre de 2008. C.P. Enrique Gil Botero.
- 4 Acuerdo 58 de 1999 "Por medio del cual se modifico el reglamento del Consejo de Estado".
- 5 *Ibídem*. Artículo 13.
- 6 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 1 de abril de 2008. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.
- 7 Corte Constitucional. Sentencia C-805 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. El término impuesto por el Legislador para el ejercicio de la potestad reglamentaria *"no impide que el Presidente expida la reglamentación antes del término previsto, ni lo inhabilita para el ejercicio de la potestad reglamentaria vencido ese plazo. Tampoco implica que expedida una reglamentación dentro del plazo fijado por el legislador el Presidente pierda competencia para expedir nuevos reglamentos o para modificar, adicionar o derogar sus propios reglamentos. La única consecuencia normativa del término establecido por el legislador es la de imponerle al Presidente de la República el deber de reglamentar la ley dentro de dicho plazo"*.
- 8 Corte Constitucional. Sentencia C-028 de 1997. M.P. Alfredo Martínez Caballero.
- 9 *Ibídem*. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de agosto 21 de 2008. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
- 10 Corte Constitucional. Sentencia C-432 de 2004. Rodrigo Escobar Gil.
- 11 Corte Constitucional. Sentencia C-474 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Linnnet.
- 12 Corte Constitucional. Sentencia C-290 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía.
- 13 Corte Constitucional. Sentencia C-028 de 1997. M.P. Alfredo Martínez Caballero.
- 14 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de noviembre de 2008. C.P. Enrique Gil Botero.
- 15 A propósito de la imposibilidad de exigir requisitos adicionales a los establecidos por el legislador se puede consultar: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. C. P. Jaime Moreno García.
- 16 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de Septiembre 5 de 1997. C. P. Germán Ayala Mantilla. Sección Cuarta. Sentencia de mayo 5 de 2003. C. P. Ligia López Díaz.
- 17 Cfr. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 21 de agosto de 2008. *Ob. Cit.*
- 18 Corte Constitucional. Sentencia C-1262 de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- 19 *Ibídem*.
- 20 *Ibídem*.
- 21 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."*
- 22 Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- 23 Corte Constitucional. Sentencia C-1265 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- 24 Corte Constitucional. Sentencias C-570 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz. y C-1191 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yeyes.
- 25 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 13 de mayo de 2004. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Auto de 1 de abril de 2004. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Auto de 23 de septiembre de 2004. C.P. Ricardo Hoyos Duque.
- 26 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 6 de agosto de 2009. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

---

Fecha y hora de creación: 2024-09-27 08:27:44