

Sentencia C-119/20

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cumple con los requisitos de aptitud sustantiva

PRINCIPIO PRO ACTIONE EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Examen de los requisitos no debe ser sometido a un escrutinio excesivamente riguroso y debe preferirse una decisión de fondo antes que una inhibitoria

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Aplicación del principio pro actione

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Carácter rogado

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Certeza del cargo

CARGO DE INCONSTITUCIONALIDAD-Certeza de los argumentos

La Corte Constitucional coincide parcialmente con los intervinientes, en cuanto que no es posible cuestionar la constitucionalidad de una norma abstracta, a partir de suponer cómo sería eventualmente su aplicación, olvidando, por demás, que el control de los pliegos tipo que se expidan, no hace parte de la competencia de este tribunal. Sin embargo, el cuestionamiento central del accionante consiste en que los pliegos tipo afectan la autonomía de las entidades territoriales para gestionar sus propios asuntos, razón por la que el hecho de que la norma disponga que el Gobierno Nacional tendrá en cuenta las características propias de las regiones no enerva por sí solo el cuestionamiento, ya que la norma dispone que la finalidad de este mandato es únicamente “promover el empleo local” y, por otra parte, lo que en esencia se cuestiona, no es que los pliegos tipo sean inadaptados frente a la realidad local, sino que su adopción corresponda al Gobierno Nacional, en detrimento de la autonomía de los entes territoriales para gestionar sus propios asuntos, a través de la contratación estatal.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Carga de especificidad/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-No pertinencia del cargo/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Existencia de formulación del concepto de violación/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cumplimiento del requisito de suficiencia

ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Función legislativa

PRINCIPIO UNITARIO DEL ESTADO Y PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-Límites

El artículo 1º de la Constitución Política, dispuso que Colombia se encuentra organizada en forma de República unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales. A partir de esta norma, la autonomía de los entes territoriales adquiere la naturaleza jurídica de principio constitucional, inspirador de la labor legislativa, de la actuación administrativa y guía de la interpretación de las normas relacionadas con las entidades territoriales. La autonomía fue reiterada y desarrollada en el artículo 287 de la norma superior donde, a la vez, ésta adquirió la naturaleza de derecho y garantía de los entes territoriales y se establecieron los elementos mínimos que la conforman y determinan su fisonomía constitucional: “Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales”.

AUTONOMIA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES-Contenido y alcance

AUTONOMIA TERRITORIAL-Capacidad para dirigir y gestionar determinados asuntos y materias a nivel local, departamental o regional

Del artículo 287 de la Constitución surge el criterio que determina el contenido y alcance de la autonomía de los entes territoriales: la “gestión de sus intereses”, entiéndase, los asuntos locales o propios de la colectividad correspondiente los que, en principio, no trascienden a lo nacional. Por lo tanto, en lo que respecta la gestión de intereses nacionales o que sobrepasan lo local, en principio no se encuentra en juego la autonomía territorial, sin que pueda entenderse que los locales y los nacionales son intereses contrapuestos, sino que, por el contrario, deben armonizarse. Igualmente, dicha norma constitucional prevé los contenidos mínimos que se encuentran comprendidos en la autonomía de los entes territoriales y que se convierten en sus derechos: (i) el autogobierno, que significa la potestad de elegir sus propias autoridades, así como la ausencia de subordinación de éstas, respecto de las autoridades nacionales, en lo que respecta la gestión de sus intereses o de los asuntos propios. Por el contrario, en materia de orden público, al tratarse de un interés nacional, de

conformidad con el artículo 296 de la Constitución, las autoridades locales se encuentran sometidas al principio jerárquico; (ii) ejercer las competencias que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, le correspondan a la entidad territorial. La autonomía no se basta con la atribución formal de funciones, sino exige que exista la posibilidad real de ejercer las competencias que le son propias, y (iii) administrar los recursos, establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales.

PRINCIPIO DE COORDINACION, CONCURRENCIA Y SUBSIDIARIEDAD EN EL REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE LA NACION Y LAS ENTIDADES TERRITORIALES-Alcance

AUTONOMIA TERRITORIAL-No es absoluta/CONCEPTOS DE AUTONOMIA Y UNIDAD NACIONAL-Deben entenderse en forma armónica

(...) la autonomía de los entes territoriales no es absoluta y no significa ni soberanía, ni autarquía, ya que se encuentra constitucionalmente limitada por el principio de Estado Unitario, igualmente previsto en el artículo 1º de la Constitución. Este principio indica que las autonomías constitucionalmente reconocidas, no resquebrajan la unidad política del Estado ya que, carentes de potestades soberanas o propias de la soberanía estatal, los entes territoriales no disponen, entre otras, de función legislativa, por lo que las funciones que ejercen son de naturaleza administrativa y las normas jurídicas que expiden sus corporaciones públicas de elección popular, carecen de fuerza y rango de ley, es decir, son actos administrativos, sometidos, por lo tanto, a la Constitución y a las leyes de la República, bajo la garantía del control judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

ENTIDADES TERRITORIALES-Gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites previstos en la Constitución y la ley

(...) En virtud de lo anterior, las entidades territoriales deben respetar las leyes de la República, en lo relativo a los instrumentos de gestión administrativa y se someten a los controles judiciales y administrativos al ejercicio de las funciones públicas. En cuanto a los instrumentos regulados por el Legislador, se encuentran, entre otros, (i) la planeación, cuya Ley orgánica se aplica también a la actividad de las entidades territoriales; (ii) el presupuesto; y, (iii) la contratación

PRINCIPIO DE AUTONOMIA TERRITORIAL-Contenido y límites que surgen para el Legislador

Ahora bien, la competencia del Legislador para determinar el régimen jurídico de la actividad de las entidades territoriales no es absoluta o ilimitada, teniendo en cuenta que, así como el principio de autonomía de las entidades territoriales se limita por el de unidad estatal, el principio de Estado Unitario no puede desconocer, desnaturalizar o dejar sin contenido efectivo, la autonomía de las entidades territoriales, para la gestión de sus intereses. La extensión del margen de configuración del Legislador, en lo que respecta a las entidades territoriales se determina, caso a caso, por la conjunción de tres criterios: (i) el nivel al que la Constitución le atribuyó la función, incluida la identificación de si es una función asignada al Legislador o a las corporaciones públicas territoriales; (ii) la naturaleza del interés que se encuentra en juego: local o nacional; y, (iii), en el caso de medidas que afecten el manejo de los recursos financieros, la naturaleza de los mismos: de fuente endógena o exógena. Así, por ejemplo, si se trata de una materia directamente atribuida a las corporaciones públicas territoriales, el margen de configuración normativa del Legislador será mínimo, en cuanto que no podrá usurpar la función propia de la Asamblea o del Concejo municipal. Igualmente, en tratándose de intereses nacionales, el margen legislativo es mucho más amplio que en lo que respecta a los intereses locales y, finalmente, la intervención en lo que respecta el manejo de las fuentes de financiación exógenas, la competencia legislativa es amplia. Sin embargo, la mezcla de estos criterios es la que determina, igualmente, la intensidad con la que debe juzgarse la constitucionalidad de la intervención legislativa y, en últimas, la constitucionalidad de la medida.

CONGRESO DE LA REPUBLICA-Competencia para expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública/ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Libertad de configuración del legislador

FACULTAD LEGISLATIVA-Alcance

ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACION PUBLICA-No se puede asimilar la expresión estatuto y leyes estatutarias

ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-No regulación integral y casuística

NORMA DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Expedición por Congreso/NORMA DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Facultades extraordinarias al Ejecutivo

ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-No especial rango legal/CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Naturaleza de sus normas

(...) el carácter “general” del estatuto de contratación de la administración pública determina, (i) que se trata del régimen jurídico uniforme que rige las relaciones contractuales de las entidades públicas, con vocación a regir, por principio, su actividad contractual. Pero ello no significa que resulte inconstitucional que el Legislador adopte regímenes de contratación especiales o exceptuados del estatuto general. Ese carácter uniforme del régimen jurídico, aplicable de manera transversal a diversas entidades públicas de distintos niveles, es el que explica, (ii) que lo general del estatuto de contratación significa que se trata de la regulación de los aspectos comunes y transversales de la actividad contractual, tales como, por ejemplo, los fines y principios que gobiernan toda la actividad contractual de las entidades públicas; la determinación de la capacidad contractual, tanto de las entidades públicas, como de los particulares, incluido el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar; la determinación de los elementos esenciales del contrato del Estado, sus condiciones de validez y de eficacia; la enunciación de los derechos y deberes de las partes del contrato, así como la enunciación de categorías contractuales genéricas; la regulación de los distintos procedimientos administrativos que deben desarrollarse para la escogencia del contratista; las cláusulas excepcionales y la manera de liquidar los contratos y de resolver las controversias que surjan entre las partes. Igualmente, (iii) el estatuto general de contratación no podría ser, entonces, una regulación detallada, precisa o casuística de los aspectos más concretos y operativos de cada contrato, sino que debe dejar espacio, tanto al poder reglamentario del Presidente de la República, como a la adaptación concreta de cada contrato, como instrumento de cumplimiento de fines de interés general, a la necesidad que se pretende satisfacer en la entidad pública contratante. (iv) El carácter general del estatuto de contratación, no significa constitucionalmente que éste debe estar contenido en una única ley o cuerpo normativo, ya que es legítimo que el Legislador ejerza esta competencia a través de varias leyes las que, en su conjunto, conforman el estatuto general de contratación de la administración pública. Todo lo anterior implica que la regulación transversal, de los aspectos generales de la contratación administrativa, tiene reserva de ley, por lo que no podría ser un asunto regulado mediante actos administrativos

ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACION PUBLICA-Constituyente no concibió un estatuto único que regule toda la actividad contractual del Estado

ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-No especial rango legal

ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Competencia para expedición

Ahora bien, la explicación dada por las sentencias C-449 de 1992 y C-949 de 2001 a la expresión “y en especial de la administración nacional”, no es correcta, ni desde un punto de vista gramatical, ni desde un punto de vista jurídico. En realidad, el inciso final del artículo 150 de la Constitución autoriza al Congreso para expedir el estatuto general de contratación de la administración pública, la que necesariamente comprende a la administración del nivel territorial. La expresión “y en especial” no puede ser interpretada como una restricción a su competencia, sino como un énfasis, por lo que no excluye la competencia claramente atribuida respecto de toda la administración pública.

ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Competencia para reglamentación

Lo anterior no significa que las entidades públicas, incluidas las entidades territoriales, no puedan expedir actos administrativos reglamentarios que, en ejercicio de la potestad administrativa de auto organización, precisen los órganos internos, los responsables, las actividades, procesos y procedimientos que deben desarrollarse, para el adecuado cumplimiento de la Ley y de los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución. En la actualidad, dichos actos administrativos se denominan manuales de contratación. Sin embargo, estos actos jurídicos no pueden desconocer o pretender modificar el estatuto de contratación expedido por el Legislador y, por lo tanto, entre otras cosas, no pueden crear procedimientos de selección de contratistas o modificar la regulación legal de los existentes. Igualmente, las entidades públicas gozan de facultades reglamentarias concretas para expedir actos administrativos de carácter general que, dentro del margen de configuración atribuido por la Ley, rijan, en concreto, los elementos particulares del procedimiento de selección de contratista. Se trata de los pliegos de condiciones.

AUTONOMIA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES EN LA CONTRATACION ESTATAL-Contenido

(...) la aplicación del Estatuto de Contratación a las entidades territoriales no significa desconocimiento de su autonomía constitucional, fundamentalmente, porque reconoció expresamente su capacidad contractual, lo que no se limita a la suscripción del contrato, sino, de manera amplia, a utilizar la potestad contractual, de manera autónoma, pero dentro del margen legal. En materia contractual, al ser el contrato un instrumento de gestión para lograr los fines de interés general y de ejecución financiera, la autonomía de las entidades territoriales, para la gestión de sus propios intereses, materializa dos de las potestades que les reconoce el artículo 287 de la Constitución: la de ejercer las competencias que les correspondan y la de administrar los recursos para el cumplimiento de sus funciones.

AUTONOMIA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES EN LA CONTRATACION ESTATAL-En principio ausencia de control de tutela

En materia contractual, la autonomía constitucional de las entidades territoriales se opone, en principio, a cualquier forma de control de tutela ejercido por autoridades del nivel central, respecto de la administración descentralizada territorialmente. Lo anterior, teniendo en cuenta que, a diferencia de la denominada descentralización administrativa por servicios, en la que necesariamente las personas jurídicas descentralizadas deben encontrarse ligadas a una autoridad del orden nacional, quien dispone diversas facultades para controlar su actividad, la descentralización territorial riñe en principio con estas formas de control administrativo, en razón de la autonomía que la Constitución reconoce a las entidades territoriales. Así, la jurisprudencia constitucional ha reprochado normas que han sometido la actividad contractual de las entidades territoriales, a controles y autorizaciones previas, por parte de entidades del nivel central, luego de considerar que la tutela contractual contraría la autonomía de las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses.

AUTONOMIA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES EN LA CONTRATACION ESTATAL-Excepciones al principio en control de tutela

AUTONOMIA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES EN LA CONTRATACION ESTATAL-Alcance

En suma, en materia contractual, la conjunción de los principios de autonomía de las entidades territoriales y de unidad estatal, determina la exclusión de extremos que serían igualmente inconstitucionales: la insumisión de la actividad contractual a las leyes de la República, incluidos sus decretos reglamentarios, significaría el desconocimiento del carácter

unitario del Estado; la privación de la autonomía de los entes territoriales, por la sumisión de la actividad contractual a una tutela contractual respecto del manejo de recursos propios y frente a intereses locales o en razón de la privación de la facultad de gestionar autónomamente sus intereses, mediante la identificación libre de sus necesidades, la configuración concreta y específica del contrato acorde a las mismas y la dirección tanto la selección del contratista, como la ejecución contractual, significaría el desconocimiento de la autonomía constitucional de las entidades territoriales.

PLIEGO DE CONDICIONES-Definición

Los pliegos de condiciones son actos jurídicos prenegociales y con vocación negocial, rectores de la contratación pública que, al ser expedidos unilateralmente en ejercicio de funciones administrativas y prever normas jurídicas impersonales, constituyen actos administrativos de contenido general y con fuerza vinculante. Se trata de una invitación pública a ofrecer en los que la autoridad administrativa ejerce su facultad de autosujeción por lo que, su respeto no sólo se predica de quienes pretendan plegarse a dichos términos para participar en el procedimiento de selección de contratista, sino de la entidad misma que los profirió la que, en principio, carece de competencia para modificarlos.

PLIEGO DE CONDICIONES-Contenido

El contenido de los pliegos de condiciones se encuentra determinado por su triple función de disciplinar tanto la escogencia del contratista, como la ejecución contractual y regir la interpretación del contrato, sobre el cual priman, en caso de incompatibilidad. Es por esto que, de acuerdo con las normas aplicables, los pliegos de condiciones contienen dos grupos de normas: por una parte, aquellas relativas a la selección del contratista, cuya igualdad de oportunidades constituye la regla de oro del procedimiento competitivo donde se especifican, entre otros aspectos, tanto los requisitos que habilitan para la presentación de ofertas, como los factores de evaluación y selección que, en el momento de la evaluación, deben determinar objetivamente cuál es la mejor oferta. Por otra parte, los pliegos contienen normas relativas al contenido concreto y específico del contrato que se celebrará, en particular los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, toda vez que el principio de planeación en la contratación, así como la igualdad en el acceso a los contratos públicos, exigen que la selección del

contratista se realice a partir de un contrato concreto, por lo que debe existir congruencia entre los pliegos y el contrato finalmente celebrado. De ahí que uno de los contenidos mínimos de los pliegos de condiciones sea la minuta misma del contrato que se celebrará por la adhesión de quien resulte seleccionado como contratista y la jurisprudencia administrativa haya considerado que los pliegos de condiciones se integran al contrato, como cláusula contractual. De esta manera, es posible identificar el pliego de condiciones concreto y específico como el acto jurídico que regirá fundamentalmente la relación contractual (artículo 1602 del Código Civil).

PLIEGO DE CONDICIONES-Desarrollo de principios de la función pública

Los pliegos de condiciones también responden al principio de publicidad en el ejercicio de las funciones públicas, en cuanto que advierten de manera precisa a la comunidad en general, los elementos del contrato que se celebrará y los criterios que determinarán la selección del contratista. De esta manera, los pliegos de condiciones permiten realizar un control ciudadano de la actividad contractual, como actuación pública sometida al escrutinio ciudadano. Igualmente, los pliegos de condiciones son una manera de realizar los principios de igualdad, imparcialidad y moralidad en el ejercicio de las funciones administrativas, porque es en ellos donde se deben fijar condiciones objetivas, que permitan la amplia participación de oferentes, sin discriminación negativa, mediante una selección objetiva y en pro del interés general.

PLIEGO DE CONDICIONES-Clara manifestación de la autonomía de la voluntad de la que gozan las entidades públicas

La elaboración de los pliegos de condiciones por parte de las entidades públicas es una clara manifestación de la autonomía de la voluntad de la que gozan en materia contractual. Sin embargo, esta facultad no es absoluta, al ser un acto administrativo sujeto al ordenamiento jurídico, por lo que, de manera razonable, el Legislador podría limitarla, como lo ha reconocido la jurisprudencia administrativa.

RACIONALIZACION DEL GASTO PUBLICO-Eficiencia de la administración pública

FUNCION ADMINISTRATIVA-Principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD RECONOCIDA A ENTIDADES PUBLICAS Y AUTONOMIA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES-Distinción

PLIEGOS TIPO-Elementos/PLIEGOS TIPO-Contenido y fuerza obligatoria/PLIEGOS TIPO-Competencia del Gobierno Nacional

AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-No afectación por la atribución de la facultad al Gobierno Nacional de expedir pliegos de condiciones tipo

Expediente: D-12637

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4 (parcial) de la Ley 1882 de 2018, que adicionó un párrafo al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

Actor: Efraín Gómez Cardona.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D. C., quince (15) de abril de dos mil veinte (2020).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

ANTECEDENTES

1. 1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40.6, 241 y 242 de la Constitución Política, el ciudadano Efraín Gómez Cardona demandó la declaratoria de inconstitucionalidad de algunas expresiones contenidas en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, que adicionó un párrafo al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

2. Mediante providencia del 23 de abril de 2018, el Magistrado sustanciador dispuso admitir la demanda contra el artículo demandado, por la posible vulneración de los artículos 1 y 287

de la Constitución Política. Sin embargo, en virtud del Auto 305 de 2017, proferido por la Sala Plena de la Corte Constitucional, decidió suspender el trámite del proceso. También ordenó que una vez se levantara la suspensión, se fijara en lista el proceso para permitir la intervención ciudadana y se corriera traslado al Procurador para que rindiera el correspondiente concepto y se comunicara la iniciación del proceso al Presidente del Congreso y a la Presidencia de la República para que, si lo consideran conveniente, intervinieran en el presente proceso. También decretó la práctica de pruebas. Finalmente, invitó a participar en el presente juicio Defensoría del Pueblo; a la Federación Nacional de Departamentos; a la Federación Colombiana de Municipios; a la Agencia Nacional de Infraestructura; a la Agencia Colombia Compra Eficiente; a la Cámara Colombiana de Infraestructura; a la Cámara Colombiana de la Construcción – CAMACOL-; a la Cámara de Servicios Legales de la ANDI; al profesor Jorge Enrique Santos Rodríguez; a la Academia Colombiana de Jurisprudencia; a la ONG Transparencia por Colombia; a las alcaldías de Medellín, Cali, Bucaramanga, Cúcuta, Barranquilla, Tunja, Neiva, Pasto y Cartagena y a varias universidades.

3. Mediante Auto 423 del 31 de julio de 2019, la Sala Plena ordenó levantar la suspensión de términos decretada en el presente proceso.

NORMA DEMANDADA

4. El siguiente es el texto de la norma demandada. Se resaltan los apartes cuestionados:

LEY 1882 de 2018

(enero 15)

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de Infraestructura y se dictan otras disposiciones

“Artículo 4°. Adiciónese el siguiente párrafo al artículo 20 de la Ley 1150 de 2007:

Parágrafo 7°1 El Gobierno nacional adoptará documentos tipo para los pliegos de condiciones

de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten. Dentro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, que deberán incluirse en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Para la adopción de esta reglamentación el Gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local.

La facultad de adoptar documentos tipo la tendrá el Gobierno Nacional, cuando lo considere necesario, en relación con otros contratos o procesos de selección.

Los pliegos tipo se adoptarán por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación, según la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.”.

B. LA DEMANDA

5. El ciudadano Efraín Gómez Cardona cuestiona la constitucionalidad de algunas expresiones contenidas en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2017 (sic), que adicionó un párrafo al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en las que se atribuye competencia al Gobierno Nacional para adoptar documentos tipo para los pliegos de condiciones de determinados contratos, aunque también lo autoriza para adoptar dichos documentos tipo respecto de los otros contratos o procesos de selección (inciso segundo) y se prevé que los mismos deberán ser utilizados obligatoriamente por todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los procesos de selección que adelanten.

Asegura que en la sentencia C-478 de 1992 se determinó el alcance del carácter unitario del Estado, frente a la autonomía territorial en materia normativa y se resaltó la autonomía como un estado de cosas en permanente expansión. A partir de lo anterior, considera el demandante que constituye un retroceso en la autonomía que reconocía el Decreto 222 de

1983 a las entidades territoriales en materia contractual, el hecho de que la ley cuestionada les retire la misma, a través de la unificación central de los pliegos, contrariando así el principio constitucional de subsidiariedad.

C. PRUEBAS RECAUDADAS

7. En el auto admisorio de la demanda, el Magistrado Ponente requirió a la Agencia Colombia de Contratación Colombia Compra Eficiente, para que respondiera una serie de interrogantes. Dichas respuestas fueron allegadas en oficio recibido el 24 de septiembre de 2018, en los siguientes términos:

1. 1. ¿Cuál es la autoridad competente para la expedición o adopción de pliegos tipo?

El Presidente de la República en ejercicio de la facultad reglamentaria, pero puede asignarle a Colombia Compra Eficiente la facultad de “micro-regular” dichos documentos.

2. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de los pliegos tipo, en particular, se trata de actos administrativos sujetos a control judicial?

Son actos administrativos generales susceptibles de ser demandados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los términos del CPACA.

3. ¿Cuál es el contenido de los pliegos tipo? ¿Se trata de contenidos mínimos o de todos los elementos de la contratación?

No es posible hablar del contenido de los pliegos tipo, porque no han sido aún adoptados por el Presidente, pero puede identificarse el contenido que podría estar incluido: requisitos de selección del contratista y condiciones de ejecución del contrato. Debe tratarse de condiciones estándar aplicables a cualquier proceso de contratación de los señalados en la norma demandada. Adicionalmente, pueden incluir aspectos por sector, industria o tipo de servicio y deben incluir “aquellos aspectos que debe diligenciar la Entidad Estatal en cada proceso de contratación en particular”.

Las entidades estatales deben fijar criterios particulares para la ejecución del negocio jurídico, como requisitos técnicos o plazos de ejecución, de acuerdo con las particularidades de cada proyecto.

4. ¿Tienen fuerza vinculante u obligatoria los pliegos tipo, en particular, respecto de las entidades territoriales o existe la posibilidad de apartarse de los mismos o adaptarlos? ¿Existen a la fecha pronunciamientos jurisprudenciales relativos a la fuerza jurídica de los pliegos tipo? ¿Qué margen de maniobra para la adaptación a las necesidades concretas y a las realidades de la necesidad y de la oferta permiten los pliegos tipo?

Los pliegos tipo son actos administrativos con fuerza vinculante para todas las entidades sometidas al Estatuto de Contratación, incluidas las entidades territoriales. Su fuerza se deriva de la Ley cuestionada y del reglamento que expida el Gobierno Nacional. Por ello, las entidades territoriales no podrán apartarse o inobservar su contenido, pues ello contrariaría estas normas. Las entidades territoriales podrán establecer medidas dentro de sus procesos de selección que se acompasen con las características propias del territorio, lo que garantiza la autonomía territorial.

Debe recordarse que existen normas reglamentarias expedidas por el Presidente que son obligatorias para las entidades territoriales. “Por supuesto que el acatamiento de los pliegos tipo es una regla que encuentra excepciones, por ejemplo, si es que en un caso específico debe aplicarse la excepción de inconstitucionalidad, con miras a evitar que un precepto reglamentario que haga parte del pliego tipo, produzca efectos inconstitucionales”.

No existen pronunciamientos a la fecha, pero cursa en el Consejo de Estado, una demanda de nulidad simple contra el artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, relativo la facultad de Colombia Compra Eficiente para diseñar e implementar pliegos tipo. El radicado de la demanda es 11001032600020140013500. El asunto fue asumido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

¿Qué margen de maniobra para la adaptación a las necesidades concretas y a las realidades de la necesidad y de la oferta permiten los pliegos tipo?

Los pliegos tienen parámetros y exigencias generales y otras particulares que responden a las características propias del contrato a celebrar. Las condiciones técnicas, de ejecución, los plazos del proceso de contratación, entre otros, deberán ser fijados por la entidad estatal de acuerdo con las características propias del bien o servicio cubierto por un pliego de condiciones tipo.

¿Qué consecuencias acarrea apartarse del pliego tipo respecto del contrato y respecto del servidor público?

Significa desconocer un acto administrativo general, es decir, puede acarrear la nulidad del pliego de condiciones que expida la entidad por infringir las normas en las que debería fundarse o en forma irregular o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió y, por esta vía, la nulidad de los contratos, por declaración de nulidad de los actos en los que se fundó. Respecto del servidor público, se trata de las consecuencias de desconocer un acto administrativo general, en lo penal o disciplinario, si se configuran sus respectivos elementos.

5. ¿De qué manera pueden los pliegos tipo tener en cuenta las realidades locales o territoriales?

Colombia Compra Eficiente ha involucrado entidades territoriales en la construcción de los documentos y ha realizado socializaciones sobre su contenido en 10 regiones del país con el fin de incorporar a los pliegos tipo, las buenas prácticas de las entidades territoriales, sus recomendaciones y dar respuesta a sus inquietudes. La socialización de los parámetros generales es esencial en la construcción de unos documentos que reconozcan las necesidades y particularidades de las entidades territoriales. Los pliegos tipo pueden impulsar el empleo local con estrategias que fomenten la vinculación de personal de la zona de influencia del bien o servicio. Una de ellas, es crear una obligación de vincular personal de la zona de influencia del proyecto durante la ejecución del contrato. Esta estrategia no genera barreras de entrada a los nuevos competidores porque es un requisito exigible durante la ejecución del contrato y beneficia la economía local.

D. INTERVENCIONES

8. Durante el trámite del presente asunto se recibieron oportunamente veintitrés escritos de intervención y dos escritos extemporáneos, por medio de los cuales se solicitó a la Corte que se adopte una de las siguientes decisiones, a saber: (i) se inhiba de proferir un pronunciamiento de fondo; (ii) se declare la exequibilidad de la norma acusada; (iii) se declare su inexequibilidad; (iv) se condicione su exequibilidad. A continuación se exponen los argumentos que fundamentan cada una de dichas solicitudes:

9. Solicitud de inhibición. La demanda no es clara, porque recurre a argumentos que se contradicen entre sí. Carece de certeza, porque presupone que los pliegos tipos serán obligatorios en todos los casos, cuando, en realidad, únicamente lo serán respecto de las tipologías expresamente allí previstas, mas no respecto de las otras en las que el Presidente decida expedir pliegos tipos. Igualmente, presupone que el gobierno ejercerá mal la función de expedir los pliegos tipo. También, desconoce que la norma misma dispone que los pliegos tipo deberán tener en cuenta la variedad regional. Por otra parte, se recurren a argumentos impertinentes, de rango legal, jurisprudencial y de conveniencia. Por lo tanto, la demanda es insuficiente ya que no es suficientemente convincente.

10. Solicitud de exequibilidad. La autonomía de las entidades territoriales, en el Estado Unitario, no es absoluta y puede ser limitada por la Constitución y la Ley. Igualmente, en materia de contratación estatal, en virtud del artículo 150 de la Constitución, el Legislador dispone de un amplio margen de configuración normativa. Dicha facultad no se limita a la administración nacional, ya que la expresión “especialmente” utilizada por el artículo 150, no significa que el Legislador carezca de competencia respecto de la contratación de las entidades territoriales. La norma bajo control, no afecta de manera alguna la autonomía de las entidades territoriales, ya que no se impide que éstas administren sus recursos propios, determinar sus necesidades, formular el plan anual de adquisiciones y escoger el tipo contractual. La autonomía de los entes territoriales no se materializa en la selección del contratista y la adjudicación, sino en la determinación de las necesidades, la planeación, la ejecución y la liquidación del contrato. Los pliegos tipo no incluyen la determinación de la necesidad, la cuantía y las condiciones del contrato. La norma no afecta entonces la autonomía de las entidades territoriales, pero si se concluyera que sí, esta es razonable y proporcionada, porque persigue fines como la lucha contra la corrupción, la protección del patrimonio público, la democratización en el acceso a los contratos estatales, la participación libre en los procesos de selección, la libre competencia, la selección objetiva y la transparencia. Se trata de una buena práctica internacional que desarrolla principios constitucionales, como la transparencia y la moralidad y aumenta el número de oferentes, materializa los principios de igualdad, economía, celeridad e imparcialidad. Facilita el control fiscal de la actividad contractual. Además, se funda igualmente en la facultad otorgada en el artículo 334 de la Constitución, para intervenir la economía con el de racionalizarla. Finalmente, la facultad presidencial para expedir los pliegos tipo, es una manifestación de su poder reglamentario de la ley.

11. Solicitud de inexecutable. Resulta paradójico que las normas que regulaban la contratación administrativa en vigencia de la Constitución de 1886, centralista, otorgaran mayor autonomía a los entes territoriales en materia contractual, que las expedidas en vigencia de la Constitución actual. El respeto de la autonomía territorial implica del Legislador el respeto de la competencia normativa residual de las corporaciones públicas territoriales. Los pliegos tipo, al ser actos administrativos de trámite, no son demandables y el detalle de su contenido, impide que permitan el ejercicio autónomo del gobierno local. Ahora bien, los pliegos tipo no sólo afectan la autonomía de los entes territoriales, sino de todos los órganos que constitucionalmente gozan de autonomía y que son sujetos del Estatuto de Contratación Estatal. Se trata de una norma regresiva en el proceso de descentralización, al impedir que las autoridades locales elaboren los pliegos de manera concordante con sus propias realidades y necesidades.

12. Solicitud de exequibilidad condicionada. La estandarización es constitucional, por los fines que persigue: eficiencia y objetividad en la selección de contratistas. Además, la autonomía de las entidades territoriales es legítimamente objeto de límites legales. Sin embargo, dichas limitaciones deben ser razonables y proporcionadas, lo que no ocurre con la norma cuestionada, ya que no prevé que los pliegos tipo tendrán condiciones generales de la contratación, sino regulan requisitos precisos y detallados como condiciones habilitantes, factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos. Por lo tanto, indebidamente interpretados, no dejarían margen a la entidad para individualizar su contratación. Por esta vía, se afectaría la autonomía de los entes territoriales para gestionar sus propios asuntos y para intervenir la economía, a través de la contratación. Por lo tanto, debería condicionarse su exequibilidad a que cuando se expidan los pliegos tipo, éstos únicamente contengan condiciones generales, dejando margen a la entidad territorial.

Para otro interviniente, si se concluye que los pliegos tipo son actos administrativos de carácter general, serían inexecutable, porque serían rígidos e inmodificables, lo que afecta la autonomía de las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses. Por el contrario, si se identifican como un proyecto de negocio jurídico, permitirían su adaptación si resultan incoherentes, inadaptados o incluyen condiciones técnicas, económicas o habilitantes, que no responden a la realidad del mercado local.

E. CONCEPTO DEL VICEPROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

IMPEDIMENTO

13. Mediante escrito recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional, el Procurador General de la Nación, Fernando Carillo Flórez, manifestó su impedimento para conceptuar en el proceso de referencia, al considerar que se encuentra incurso en la causal relativa a haber intervenido en la expedición de la norma objeto de control. Explica que el 9 de noviembre de 2018, presentó un documento ante la Cámara de Representantes, con algunos comentarios respecto del proyecto de Ley número 285 de 2017 Cámara y 84 de 2016, Senado, proyecto que se convertiría finalmente en la Ley 1882 de 2018, objeto del presente control de constitucionalidad. Indica que, en dicho documento “Específicamente, y sobre la disposición acusada, se sostuvo que el precepto acusado no contradice el principio de autonomía de las entidades territoriales, pues de acuerdo con el artículo 1º de la Constitución Política Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República Unitaria y descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, y se señaló que el artículo 287 establece que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, razón por la cual se pueden establecer por el legislador algunas limitaciones. ¶ En consecuencia, no hay duda de que intervino en la expedición de la norma objeto de control y que la intervención versó justamente sobre el objeto de control y el parámetro de control con este caso, razón por la cual se configura la causal de impedimento de conformidad con el artículo 25 del Decreto 2067 de 1991 (...) En este orden de ideas, considero que en este caso se configura el impedimento por haber actuado en el proceso de formación de la norma objeto de control, razón por la cual solicito a la Sala Plena de la Corte Constitucional que lo declare FUNDADO”.

14. Mediante Auto 531 de 2019, del 25 de septiembre, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió aceptar dicho impedimento.

CONCEPTO:

15. La vista fiscal en el presente asunto fue rendida por el Viceprocurador General de la Nación, quien mediante concepto 6677, solicita, de manera principal, la inhibición respecto de la presente demanda y, en subsidio, la exequibilidad.

16. Considera el viceprocurador que la interpretación de la norma dada por el accionante carece de certeza, porque los pliegos tipo aplicables a contratos diversos a los allí previstos,

contrario a lo afirmado por el accionante, no son obligatorios.

17. En cuanto al fondo de la demanda, conceptúa que la norma no desconoce el derecho a la autonomía de las entidades territoriales, porque la autonomía se limita por la Constitución y la Ley.

18. En la materia, señala que existe autorización constitucional expresa para que el Legislador regule la materia, prevista en el artículo 150 de la Constitución y que la norma no tiene por efecto afectar el núcleo esencial de la autonomía de las entidades territoriales, porque el instrumento no afecta la facultad para administrar sus propios recursos por medio de la contratación pública, al poder seguir ejecutando su presupuesto y creando su Plan Anual de Adquisiciones, de acuerdo con sus necesidades. La norma no establece todos los elementos del pliego, ya que se refiere únicamente a las condiciones habilitantes. Es decir, que la norma no priva a las entidades territoriales de su capacidad contractual, para administrar sus propios recursos, como manifestación de su autonomía. Sostiene que los pliegos tipo se justifican en aras del interés general y la protección del patrimonio público; se democratizan las condiciones de participación, propicia la libre competencia, la selección objetiva y se reduce la discrecionalidad en la materia.

19. Precisa que la habilitación al Gobierno para establecer los pliegos tipo tiene asidero constitucional, porque materializa los principios de la función administrativa, al simplificar, acelerar la contratación y eliminar la arbitrariedad. Se trata de una medida de transparencia y anticorrupción que contribuye a lograr los fines del Estado y los principios de selección objetiva, economía y responsabilidad. La contratación estatal es un asunto de interés nacional, que trasciende lo local. También se activan los principios de coordinación y subsidiariedad, como instrumento de armonización de competencias entre la Nación y las entidades territoriales.

20. En suma, los escritos de intervención, la vista fiscal y las solicitudes presentadas a la Corte en relación con la presente demanda, se resumen en el siguiente cuadro, organizado según su fecha de presentación ante la Secretaría General de la Corte Constitucional:

Interviniente

Argumentos

Solicitud

Universidad del Rosario

La demanda carece de certeza porque presupone la negligencia del gobierno en la expedición de los pliegos tipo. Además hay un defecto de pertinencia, porque recurre a argumentos de tipo legal para fundar la inconstitucionalidad.

El artículo 150 de la CP le otorga competencia al Legislador para expedir el Estatuto de Contratación y así le otorga libertad de configuración normativa en la materia. Por lo tanto, debe realizarse un test de proporcionalidad de intensidad leve en el que se identifique que la medida busca combatir la corrupción, fin constitucionalmente no prohibido y el instrumento es idóneo, porque se evita que se fabriquen pliegos para satisfacer intereses particulares y así disminuirán los índices de corrupción. Asegura que el 150 de la CP utiliza la palabra “especialmente” para referirse al estatuto de contratación nacional, pero eso no excluye que el Legislador también lo haga respecto de las entidades territoriales.

Inhibición

Exequibilidad

Jorge Hernán Beltrán Pardo

La demanda no responde a la carga de certeza porque presupone que el Gobierno no será capaz de expedir pliegos acordes a las necesidades y posibilidades de los municipios. También carece de pertinencia, porque recurre a argumentos de inconveniencia del uso de los pliegos tipo.

Los pliegos tipos no impiden que las entidades territoriales determinen sus necesidades y seleccionen el tipo contractual más idóneo, pero dentro de los derroteros fijados por el Legislador. Los pliegos tipo son un modelo formal que no impide que las entidades territoriales, en desarrollo de su autonomía de voluntad, agreguen cláusulas contractuales

adicionales para satisfacer las necesidades de la entidad.

Aunque el Legislador cuenta con competencia especial para reglamentar la contratación en el orden nacional, no hay ningún impedimento constitucional para que legisle lo relativo a la contratación territorial porque los concejos y las asambleas departamentales carecen de competencia para legislar la materia, ya que únicamente disponen de función reglamentaria. Como la norma demandada se inserta en el Estatuto de Contratación, la aplicación de los pliegos tipo al ámbito local no podría desconocer la realidad local, porque esto contrariaría los principios de economía y eficacia y la eficiencia en la prestación del servicio y por ello en el trámite legislativo se evidencia la preocupación por respetar la autonomía local. La norma persigue el fin legítimo de imprimir transparencia a la selección del contratista y el medio es idóneo para lograrlo.

Inhibición

Exequibilidad

Federación Colombiana de Municipios

Es paradójico que las normas que regulaban la contratación de las entidades territoriales, en vigencia de la Constitución de 1886, centralista, otorgara mayor autonomía contractual, que en vigencia de la Constitución de 1991, descentralizada. La descentralización exige que la Ley defina los aspectos que deben ser uniformes, mientras que las entidades territoriales determinan aquellos aspectos que deben ser diferentes, como la formación, adjudicación y celebración de los contratos, pero la realidad ha sido contraria a la intención de la Constitución que se evidencia en el artículo 150, al hacer especial énfasis en la competencia para la contratación nacional, con normas que deben ser uniformes. Así, se debe reconocer la facultad normativa residual de las entidades territoriales en la materia, para normas que deben ser diferentes. Es irracional que el Congreso establezca el detalle de la contratación y que el Presidente redacte los documentos tan puntuales como el pliego de condiciones para megaobras o para obras menores, como reconstruir una pared de una escuela rural, en cualquier tipo de contrato o proceso de selección, como lo prevé la norma. Los pliegos tipo, por su falta de concreción, serían actos preparatorios no susceptibles de control judicial. Además, impedirán que las autoridades locales ejerzan sus atribuciones; esto afecta no sólo las atribuciones normativas de los concejos, sino las ejecutivas de gobernadores y alcaldes.

Inexequibilidad

Jorge Enrique Santos Rodríguez

La estandarización responde a una política de transparencia que pretende objetividad y mayor competencia en la contratación a través de instrumentos de eficiencia y objetividad, que se inspira de la experiencia de varios países y de exigencias de organismos internacionales. Pero en el derecho comparado, la estandarización de las condiciones generales de la selección no pretende agotar las competencias del órgano con función de adjudicación, quien debe desarrollar las especificaciones particulares y las características técnicas.

La autonomía de las entidades territoriales no implica libertad absoluta de funcionamiento, por lo que el Legislador tiene competencia para fijar los límites a su autonomía, sin desconocer su núcleo esencial.

La norma demandada prevé que los pliegos tipo determinarán (i) condiciones habilitantes, (ii) factores técnicos de escogencia, (iii) factores económicos de escogencia y (iv) ponderación precisa y detallada de los factores, por lo que resultan agotando toda la competencia constitucional de las entidades territoriales para administrar sus asuntos a través de los recursos a disposición, de acuerdo con sus propias necesidades concretas. No se trata de condiciones generales, sino requisitos precisos y detallados, por lo que las entidades territoriales no dispondrán de margen para estructurar los documentos de selección concreta del contratista. Así, esta norma no concuerda con la tendencia comparada y afecta la autonomía de las entidades territoriales.

Las entidades territoriales utilizan la contratación pública como instrumentos de fomento y desarrollo de economías regionales, como política pública territorial, por lo que la norma afecta igualmente el modelo económico y la libertad de empresa al privar a estos entes de dicho instrumento.

Exequibilidad condicionada “bajo el entendido de que mediante la adopción de documentos tipo para los pliegos de condiciones, el Gobierno Nacional debe adoptar estándares generales

de contratación y no puede vaciar de contenido la autonomía de que gozan las entidades territoriales”

Universidad Externado de Colombia

Primera intervención: El modelo de organización constitucional a partir de 1991 establece la autonomía de las entidades territoriales como un valor con tendencia expansiva, lo que implica buscar progresivamente ampliar la autogestión de dichos entes. Por lo tanto, la imposición de los pliegos tipo constituye una afectación de la autogestión de sus asuntos, al imponer las condiciones concretas de contratación.

Segunda intervención: El inciso primero del artículo 4 demandado únicamente establece pliegos tipo obligatorios respecto de los tipos contractuales allí señalados; respecto de otros contratos o procesos de selección, éstos no son de obligatoria aplicación, interpretación compartida por Colombia Compra Eficiente. Por lo tanto, los cargos contra el inciso segundo carecen de certeza y la Corte debe inhibirse al respecto y si se decide juzgarlo, deberá concluir que no afecta la autonomía territorial el hecho de permitir expedición de pliegos tipo de uso facultativo.

La autonomía territorial no cubre la facultad de determinar todo el contenido de los pliegos de condiciones. Las normas contractuales y procedimentales no impiden que las entidades territoriales gestionen sus propios intereses, porque son simples medios para alcanzar el fin que la entidad persiga. En el “ciclo de contratación”, la autonomía de las entidades territoriales se ejerce en el ciclo de identificación de las necesidades, planeación y presupuesto, así como en el ciclo de ejecución y liquidación del contrato, mas no en el ciclo de selección y adjudicación, porque a la entidad territorial debería serle indiferente quién es el contratista. Su autonomía se materializa en el qué y en el cómo de la contratación, pero no en el quién, salvo intereses ilegítimos. Por lo tanto, hay elementos del pliego de condiciones que no guardan relación con la autonomía territorial. Por lo tanto, para que la demanda fuera apta, hubiera sido necesario que el accionante diferenciara los diferentes elementos del pliego, para precisar cuáles de ello se relacionan con la autonomía territorial.

La cuantía, naturaleza, necesidad y condiciones no hacen parte de la estandarización y, por lo tanto, no se afecta ningún elemento del núcleo esencial de la autonomía territorial. La

expedición del estatuto general de contratación es competencia del Legislador y enmarca la autonomía de las entidades territoriales. Para esto, el Legislador goza de amplia facultad. La determinación de los requisitos habilitantes y de calificación son asuntos que responden a la unidad político-jurídica del país, límite a la autonomía territorial.

Si se concluye que sí existe afectación a la autonomía territorial, ésta es razonable y proporcionada: Los pliegos tipos permiten que entidades idóneas y con capacidad determinen los requisitos habilitantes y los criterios para identificar la mejor oferta, lo que permite democratizar el sistema de contratación pública, lo que genera seguridad y disminuye la litigiosidad respecto de los requisitos habilitantes y criterios de evaluación. Esta determinación abstracta, permite a las entidades territoriales concentrarse en el ejercicio de su autonomía. Se trata de un instrumento de optimización de costos. Igualmente incrementa la seguridad jurídica, al tiempo que se combate la corrupción. Con esta medida, se acaban los mercados regionales de contratación y se crean mercados nacionales con amplia competencia. Igualmente la medida es necesaria, porque es poco lesiva de la autonomía territorial y no se conoce una herramienta más eficiente para lograr los mismo objetivos.

Finalmente, la medida es proporcionada en sentido estricto porque frente a la afectación tenue de la autonomía territorial, los beneficios son importantes.

Inhibición o, en subsidio exequibilidad

Municipio de Bucaramanga

Los pliegos tipo incentivan las buenas prácticas en las entidades públicas, una vez el gobierno ejerza el poder reglamentario al respecto. La medida combate la corrupción y colusión, porque estimula la participación plural de oferentes e imprime objetividad, rapidez y transparencia que permitirá desarrollo de infraestructura y económico del país. El Legislador tiene competencia para unificar el proceso de contratación, ya que los mecanismos actuales no son apropiados.

El alcalde suscribió compromisos para la transparencia y se comprometió a adoptar los pliegos tipo elaborados por Colombia Compra Eficiente y por el Invías.

Exequibilidad

Municipio de Medellín

La alcaldía suscribió el Pacto de transparencia y anticorrupción en el sector transporte y un compromiso con la Secretaría de Transparencia de la Presidencia. En ambos, Medellín se comprometió a adoptar los pliegos tipo elaborados por Colombia Compra Eficiente y por el Invías.

Los pliegos tipo respecto de compras de bienes y servicios de condiciones uniformes puede generar objetividad y cumplimiento de la Ley en los procesos de selección. Actualmente los pliegos tipo no violan la autonomía de las entidades territoriales, porque no han sido aún adoptados, pero esperan que contengan “requisitos y procedimientos mínimos que deben ser adoptados, pero que también permitan que cada entidad pública pueda establecer condiciones acordes a su necesidad y particularidad, de acuerdo a los contextos socio políticos, de tiempo y territorio. || Es decir, los pliegos tipo deberán tener la posibilidad de ajustarse con las necesidades propias de cada entidad, toda vez que de no ser así, es muy probable que las entidades públicas se enfrenten a pliegos que no aseguren el cumplimiento efectivo del contrato y la idoneidad esperada del contratista, y en efecto, se vulneraría la autonomía propia de cada entidad”.

Exequibilidad

U.P.T.C.

La norma vulnera no sólo la autonomía de las entidades territoriales, sino también la de otros órganos regidos por la Ley 80 de 1993, pero que gozan de autonomía administrativa, como el Congreso, las contralorías, la Procuraduría, la Registraduría, el Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía. Con los pliegos tipo, estas entidades no podrán administrar autónomamente su entidad, sino deberán obedecer la normativa expedida por el Gobierno Nacional.

El Congreso únicamente podría establecer requisitos generales de los pliegos de condiciones, pero no puede entrar en la minucia y coartar así la autonomía de entidades especiales. Esta norma es regresiva en la consolidación de la descentralización administrativa al no permitir que los entes territoriales satisfagan las necesidades de la población e impedir elaborar pliegos de condiciones que interpreten la realidad del entorno y las necesidades.

Inexequibilidad

Juan Mauricio Gonzáles Negrete

La autonomía de las entidades territoriales no es absoluta y no permite desconocer el interés general, los intereses regionales y nacionales en las que el Legislador debe intervenir.

La Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente tiene, desde su origen, la función de adoptar documentos tipo para las diferentes etapas de la gestión contractual.

Los pliegos tipo no definen la totalidad de los elementos propios del pliego de condiciones, porque esto lo hace cada entidad.

Exequibilidad

Cámara Colombiana de Infraestructura

La demanda carece de claridad, especificidad y pertinencia porque parte de apreciaciones subjetivas. Las apreciaciones sobre normas expedidas en vigencia de la Constitución de 1886 son impertinentes. La cita de la sentencia C-535 de 2016 es impertinente.

De acuerdo con un estudio, el 85% de los procesos de infraestructura llega a la audiencia de adjudicación con un único oferente habilitado, de los cuales, el 96% ocurre en municipios, 76% en departamentos y 79% en la Nación. Esto es resultado del desbordado poder discrecional de las entidades, subjetividad y cambios de requerimientos y criterios, corrupción y colusión entre oferentes. Los pliegos sastre direccionan la contratación contrariando principios constitucionales. La respuesta a esta problemática son los pliegos tipo, que permiten transparencia, sana competencia y pluralidad de oferentes.

El Legislador es competente para expedir el Estatuto de Contratación pública no únicamente en el nivel nacional, sino también respecto de los entes territoriales, en razón del principio de Estado unitario. La norma cuestionada responde al principio de transparencia del artículo 209 de la CP. Igualmente, la norma valoró la autonomía territorial porque indicó la necesidad de tener en cuenta la promoción del empleo local en la reglamentación de la Ley. La demanda pretende que las entidades territoriales actúen como repúblicas independientes y que se

permita favorecer a únicos oferentes. Los pliegos tipo no vulneran la autonomía de las entidades territoriales, porque estas conservan la facultad de definir sus necesidades, inversiones y determinar el gasto público, así como determinar la gestión de riesgos y determinar las reglas de ejecución del contrato.

Inhibición

Exequibilidad

ANDI

Las razones de la demanda son impertinentes porque se basan en interpretaciones y suposiciones respecto de qué sucederá. Tampoco hay certeza ni suficiencia porque se parte de interpretaciones sobre normas anteriores a la Constitución de 1991 y las citas de jurisprudencia son impertinentes.

Los entes territoriales no disponen de un poder soberano, lo que afectaría el principio de unidad nacional. Su autonomía les permite determinar sus necesidades, inversiones y la forma en que determinan su gasto público, pero de acuerdo con la Ley, como es el caso de la Ley 1882 de 2018. Los pliegos tipo pretenden hacer efectivos los principios de la contratación estatal y de la función administrativa, pero sin desconocer la autonomía de las entidades territoriales para disponer de sus recursos y establecer prioridades de inversión.

La normalización de los documentos contractuales constituye una buena práctica reconocida internacionalmente. Esta práctica concuerda con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en la distribución de competencias y no limita la autonomía de las entidades territoriales. Si se concluye que sí constituye una limitación, ésta es razonable y proporcionada, porque se compensa con los beneficios de la medida en la lucha contra la corrupción y la ampliación de la competencia.

Inhibición

Exequibilidad

Ministerio de transporte

La demanda carece de claridad, porque el escrito no es coherente porque acude a argumentos sin relación entre ellos. Certeza, porque la demanda se construye a partir de una apreciación subjetiva del demandante que no se desprende de la norma, porque ésta únicamente prevé pliegos tipos generales, que no excluyen que las entidades territoriales precisen los demás elementos. Especificidad, porque la norma contiene mandatos generales y abstractos que no explica cómo podrían afectar la autonomía territorial. Sus argumentos son abstractos. También carece de pertinencia, porque sus argumentos son de mera conveniencia, literarios, de rango legal y recurre a normas derogadas. Finalmente, la demanda es insuficiente porque no es convincente.

La autonomía de las entidades territoriales puede ser limitada si la medida es razonable y proporcionada, como en el presente asunto, por buscar intereses nacionales de transparencia, objetividad y libre concurrencia, al tiempo que lucha contra el direccionamiento contractual. El mecanismo es adecuado para alcanzar estas finalidades y es necesario al no existir mecanismos alternativos igualmente eficaces. Finalmente, también existe proporcionalidad estricta, porque comporta un mayor beneficio que la limitación que podría generar.

El Legislador goza de competencia por existir reserva de ley en aspectos sustanciales de la contratación estatal y la materia de los pliegos tipo, hace parte de la reserva de ley. La sentencia C-315 de 2004 determinó que cuando haya “alta relevancia constitucional”, el Legislador puede intervenir restringiendo la autonomía de las entidades territoriales. La facultad reglamentaria reconocida por la norma al Presidente es constitucional porque no suplirá la labor legislativa, sino materializará los principios de la contratación pública.

Inhibición

Exequibilidad

Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente

Primera intervención: Varios de los argumentos del demandante son impertinentes, carentes de certeza y especificidad. Los pliegos tipo no privan a las entidades territoriales de la facultad de expedir sus pliegos de condiciones, porque los documentos tipo no agotan el contenido de lo que debe tener el pliego. Igualmente, el mismo artículo 4 de la Ley dispone

que en dichos documentos se deberá tener en cuenta la variedad regional con que cuenta el país. Es impertinente el argumento según el cual las entidades territoriales deberán aplicar los pliegos tipo así sean absurdos frente a las necesidades locales, porque esto presume que la reglamentación gubernamental será absurda. También son impertinentes los argumentos relativos a normas preconstitucionales. Es igualmente impertinente la referencia al CISE como un sistema quimérico “dado que el término “quimérico” no es una calificación válida para provocar la inconstitucionalidad de una norma” y recurre a argumentos de conveniencia. De todo esto, se concluye la falta de razones específicas de la demanda. Sin embargo, el principio pro actione podría permitir cotejar la norma con el principio de autonomía territorial.

La figura de los pliegos tipo desarrolla los principios de la función administrativa, en particular, los de (i) transparencia y moralidad, porque la selección mediante estos documentos permite procedimientos más transparentes, al evitar incluir condiciones que favorezcan a determinada persona. También porque se logra ampliar la cantidad de oferentes, como lo demuestra la experiencia de los pliegos tipo del INVÍAS. (ii) Igualdad, porque estandariza las condiciones para contratar respecto de todos los contratantes y así se evita que cada entidad, injustificadamente, incluya condiciones diferente frente a situaciones semejantes. (iii) Economía, porque se requieren menos recursos humanos y financieros para la estructuración de los procesos de selección de contratistas, al tiempo que se eliminan requisitos innecesarios. (iv) Celeridad, ya que los procesos de selección van a realizarse en menor tiempo, al simplificar la tarea de los oferentes y de las entidades públicas. (v) Imparcialidad, porque las valoraciones de las ofertas ya no serán subjetivas por cada autoridad y se garantiza el principio de selección objetiva.

La expedición de pliegos tipo por parte del Presidente es desarrollo de la función reglamentaria del numeral 11 del artículo 189 de la CP. Así, los pliegos tipo establecen específicamente los requisitos habilitantes y factores de ponderación con su cálculo preciso, como forma de reglamentación de la Ley. Por su parte, Colombia compra eficiente también ejerce una función de “micro-regulación” en la expedición de documentos tipo, en aspectos no previstos en la Ley o el reglamento y pormenoriza las normas expedidas por el Presidente.

La aplicación de los pliegos tipo en las entidades territoriales genera una tensión entre los principios de la función administrativa y la autonomía territorial, pero la aplicación del

principio de proporcionalidad conduce a declarar la exequibilidad. La Ley en cuestión se funda en el principio de Estado unitario. La intensidad del test de proporcionalidad debe ser leve, porque la medida se encuentra en el Estatuto de Contratación Estatal, donde el Legislador dispone de amplio margen de configuración y no corresponde a aquellas en las que la intensidad debe ser mayor. El fin buscado es la transparencia, mayor participación, igualdad de los oferentes y materializar los principios de la función administrativa, fines legítimos y con fuerte respaldo constitucional y el medio es absolutamente adecuado para lograr dichos fines. Igualmente, la medida es necesaria porque la reforma al Estatuto busca hacer obligatorias normas infralegales. Finalmente, la medida es proporcionada en sentido estricto, porque la afectación de la autonomía territorial es sumamente leve y coincide con la misma que genera la aplicación del Estatuto de Contratación Estatal y la norma misma prevé que la reglamentación debe tener en cuenta las características de cada territorio, mientras que los beneficios que se lograrán son ciertos e importantes y soportados en datos.

Segunda intervención: Los pliegos tipos ya se encuentran siendo aplicados. De 21 procesos de obra pública revisados, 14 de ellos han aplicado cabalmente los documentos tipo, generando mejores prácticas en contratación, con un promedio de 33 oferentes, lo que permite escoger al más idóneo. Un municipio no respetó los pliegos tipo y recibió una sola oferta. Por lo tanto, es indiscutible que los pliegos tipo están contribuyendo a materializar los principios de la contratación estatal, sin desconocer la autonomía de los entes territoriales “en la medida en que ellos definen el alcance de los proyectos y las condiciones técnicas particulares de la obra”. Los documentos tipo permitirán proteger los recursos públicos y hacer efectivos los principios, deberes y derechos constitucionales, así como los fines esenciales del Estado.

Inhibición

Departamento Nacional de Planeación

La demanda plantea una serie de percepciones, consideraciones o hipótesis subjetivas, sin descender concretamente a la acusación. La demanda carece de precisión, suficiencia y claridad. La argumentación es vaga y subjetiva.

Los pliegos tipo buscan implementar buenas prácticas en la contratación para la transparencia y la eficacia, aunque la responsabilidad de la contratación seguirá siendo única

y exclusivamente de las entidades territoriales y, en general, de las entidades sometidas al Estatuto. La regulación del ejercicio de la función pública tiene reserva de ley, por lo que es legítimo limitar la autonomía, para salvaguardar la moralidad. El principio de Estado Unitario moldea la autonomía territorial, en los términos que determine el Legislador. El interés local cede frente al nacional, cuando está de por medio el interés nacional, pero si hay intereses compartidos, debe tomarse medidas que permitan la adaptación de los lineamientos nacionales, en protección de la garantía institucional. En este caso, los pliegos tipo buscan garantizar la transparencia y eficiencia en la contratación pública, pero la responsabilidad de la contratación seguirá siendo de las entidades sometidas al Estatuto de Contratación.

Inhibición

Exequibilidad

Municipio de Santiago de Cali

La Corte debe definir la naturaleza de los pliegos, como acto administrativo general o como proyecto de negocio jurídico, lo que determina si se afecta o no la autonomía de las entidades territoriales. Debe realizarse un test intermedio de proporcionalidad teniendo en cuenta que lo que está en juego es el núcleo esencial de la autonomía territorial. Los pliegos tipo buscan transparencia y eficiencia en la contratación, fines legítimos e importantes. Los pliegos tipos pueden fortalecer la transparencia y ser así adecuados para el fin, siempre que no afecten la capacidad de decisión de las entidades territoriales. Pero también es necesario implementar otras medidas para generar transparencia en el acceso a la información sobre compras públicas. Tal como está prevista la medida, afecta de manera injustificada el núcleo esencial de la autonomía territorial para gestionar sus propios intereses. Lo anterior, porque desconoce las condiciones técnicas y económicas de cada entidad. La vulneración se da “al no permitir que las alcaldías o gobernaciones planeen, programen, dirijan, organicen, ejecuten, coordinen y controlen las actividades administrativas y financieras, en aras del cumplimiento de las funciones y fines del Estado, en el margen de su discrecionalidad, poniendo en riesgo la satisfacción de las necesidades de la población”. Entonces, para garantizar la autonomía territorial, los pliegos tipo no deben ser considerados un acto administrativo general, por lo tanto rígido e inmodificable, sino una oferta mercantil que permita a las entidades territoriales, de manera justificada, adaptarlos a sus necesidades e

inaplicarlos cuando resulten incoherentes o inconducentes para adquirir sus obras, bienes o servicios, o cuando las condiciones técnicas, económicas o habilitantes definidas allí no respondan a las condiciones del mercado del lugar.

Exequibilidad condicionada en el entendido de que “en caso de que los pliegos tipo obligatorios, y en particular, los requisitos habilitantes, los factores técnicos o los factores económicos, no sean aplicables al municipio, distrito o departamento, o al bien, obra o servicio a adquirir, la Entidad Estatal puede adaptar, inaplicar o abstenerse de usar la herramienta, siempre y cuando lo justifique de manera suficiente en los documentos del proceso de contratación, concretamente, en los estudios y documentos previos”

Sociedad Colombiana de Ingenieros

Los pliegos tipo son una herramienta de transparencia utilizada en varios países. La falta de estandarización ha permitido la corrupción en Colombia, al permitir la inclusión de condiciones de imposible cumplimiento para la generalidad de los oferentes, como se demuestra estadísticamente. El artículo 24 de la Ley 80 ya introducía requisitos mínimos uniformes de los pliegos de condiciones.

La norma demandada exige que la reglamentación tenga en cuenta las características propias de las regiones, para promover el empleo local. No es cierto que los pliegos tipo priven a las entidades de la facultad de determinar su necesidad, porque éstos no determinan el objeto, sus características, presupuestos de contratación, verificación del proyecto frente a planes de desarrollo, etc. Por otra parte, la autonomía territorial no es absoluta, por lo que los entes territoriales deben aplicar los documentos tipo que fije el gobierno nacional. La norma no los priva de la facultad de expedir planes de desarrollo, ni de la realización de estudios previos, que son los insumos de los pliegos de condiciones, definir tiempos de ejecución, evaluar y distribuir riesgos. Se trata de limitaciones constitucionales, en nombre del principio de unidad. Así, los pliegos tipo no priven a las entidades territoriales de la facultad de gestionar sus propios intereses; los aspectos del negocio contractuales encuentran por fuera de la esfera del Legislador. Los aspectos que resultan de la planeación propia de la entidad escapan al objeto de los pliegos tipo. Cada entidad deberá determinar la necesidad, precio, objeto del contrato, etc. El Decreto 342 de 2019 permite que, de manera excepcional, se incluya experiencia adicional para evaluar idoneidad respecto de los bienes o

servicios ajenos a la obra pública. Lo único que se estandariza es lo que garantiza transparencia y selección objetiva. Por lo tanto, no se requiere condicionar la norma. En cuanto a la proporcionalidad de la medida, ésta persigue luchar contra la corrupción, al excluir los pliegos sastre, mediante la estandarización de los requisitos que garantizan la selección objetiva, como la experiencia de los documentos tipo del INVÍAS lo ha demostrado. Las experiencias de implementación de pliegos tipo en Colombia han evidenciado ampliación de la participación en igualdad de condiciones, en los procesos de selección. Debe reiterarse la prevalencia del interés nacional presente en la transparencia, eficacia y lucha contra la corrupción, de cara a la autonomía territorial, en nombre del principio de Estado unitario, sin desconocer la autonomía de los entes territoriales. Finalmente, la norma es razonable porque aunque es obligatoria para las entidades territoriales, exige tener en cuenta las diferencias económicas, geográficas, sociales y culturales del nivel local.

Exequibilidad

Ministerio del Interior

La autonomía local se limita frente a los asuntos que rebasan el ámbito meramente local o regional y se trata de materia propia de la Ley. De acuerdo con la sentencia C-1514 de 2000, el sometimiento de la actividad contractual a la Ley y a los principios de la función administrativa es un asunto que excede el interés local y en los que el Legislador cuenta con una amplia facultad. Esto no interfiere con la facultad de los entes territoriales para definir sus necesidades y establecer las inversiones dentro de sus propias agendas. El Decreto 342 de 2019 reglamenta el instrumento y evidencia que se trata del cumplimiento de los principios de la contratación estatal, legalidad y transparencia, así como de acceso igualitario a los recursos de inversión.

Exequibilidad

Cámara Colombiana de la Infraestructura – Seccional Antioquia

La norma materializa los principios de la función administrativa de igualdad e imparcialidad, porque permiten el acceso a la contratación en condiciones de igualdad, sin direccionamiento y se funda, también, en el artículo 334 de la CP, que ordena intervenir la economía para racionalizarla. El pliego tipo racionaliza, porque corrige la mala práctica de manipular los

pliegos para favorecer a determinado oferente. Entre enero y agosto de 2019, se analizaron los efectos de la aplicación de los documentos tipo expedidos por Colombia Compra Eficiente, su aplicación generó un aumento significativo del número de oferentes, gracias a las condiciones estándar. Por lo tanto, con datos se evidencia su incidencia favorable en la lucha contra la corrupción.

Exequibilidad

Cámara Colombiana de la Infraestructura – Seccional Occidente

Los pliegos tipo no afectan la capacidad y libertad de los entes territoriales para planificar, dirigir, ejecutar y organizar sus proyectos, definir sus condiciones técnicas, económicas y administrativas. Así los documentos correspondientes al anexo técnico, cronograma, glosario, pacto de transparencia y minuta de contrato continúan siendo determinados exclusivamente por cada entidad territorial. Este instrumento busca el interés constitucionalmente legítimo de proteger los recursos públicos e instaurar buenas prácticas de transparencia, salvaguardando la capacidad planificadora de los entes territoriales. Por esta vía, los entes territoriales podrán enfocar esfuerzos en su actividad planificadora, sin desgastarse en estructurar requisitos habilitantes y factores de escogencia. Los pliegos tipo impiden la restricción de la competencia en el sistema de compras públicas, al excluir condiciones que únicamente pueda cumplirlas un oferente. Facilita también el control fiscal, optimiza los procesos de selección y excluye el direccionamiento contractual. La medida también persigue los fines de igualdad e imparcialidad, como principios de la función administrativa, porque se corrige la falla del mercado del direccionamiento contractual. Esta intervención económica se funda en el artículo 334 de la CP, en particular, porque racionaliza la economía y es un instrumento idóneo para ello. Finalmente, en la práctica los pliegos tipo han fomentado la participación plural de oferentes en las licitaciones de obra pública de infraestructura de transporte, soportado con datos estadísticos.

Exequibilidad

Cámara Colombiana de la Infraestructura – Seccional Norte

Exequibilidad

. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

21. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241 numeral 4º de la Constitución, esta Corte es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia.

B. CUESTIÓN PREVIA: APTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA

22. Varios de los intervinientes, así como el Viceprocurador General de la Nación, consideran que la demanda no es apta para permitir el control de constitucionalidad, aunque, subsidiariamente, exponen argumentos en cuanto al fondo del asunto. En esencia, se indica que la demanda no cumple con la exigencia de claridad, porque el escrito recurre a argumentos que se contradicen entre sí. Igualmente, afirman que carece de certeza, porque (i) presupone que los pliegos tipos serán obligatorios en todos los casos, a pesar de que solamente lo serán respecto de las tipologías expresamente allí previstas, pero no respecto de las otras en las que el Presidente decida expedir pliegos tipos, (ii) la norma cuestionada no priva a las entidades territoriales de la facultad de expedir pliegos de condiciones, (iii) la demanda supone que el gobierno ejercerá mal la función de expedir los pliegos tipo y (iv) olvida que la norma misma dispone que los pliegos tipo deberán tener en cuenta la variedad regional. Igualmente se sostiene que la demanda no especifica adecuadamente el cargo porque, al tratarse de una norma general y abstracta, no logra precisar la manera como podría, no obstante lo anterior, desconocer la autonomía de las entidades territoriales. También se expone que la acusación es impertinente, porque para especificar la manera como se estaría desconociendo la autonomía de las entidades territoriales, se recurre a argumentos de conveniencia, de rango legal y jurisprudencial; se hace referencia a la Constitución anterior, se indican normas legales derogadas y se refiere al CISE como un sistema quimérico, a pesar de que la quimera no es un asunto de constitucionalidad. Finalmente, se sostiene que la demanda no es convincente, por lo que es insuficiente para desatar el control de constitucionalidad.

23. La Corte concuerda parcialmente con los intervinientes, en cuanto que efectivamente la demanda incurre en varios defectos argumentativos, como se explicará a continuación. No obstante lo anterior, la demanda es apta para desatar el control de constitucionalidad, en la

medida en que formula un problema jurídico pertinente respecto del contenido normativo demandado y genera una duda preliminar en cuanto a la constitucionalidad de la norma cuestionada, respecto de la acusación del accionante. Esto quiere decir que las fallas argumentales del accionante pueden, en el presente asunto, ser superadas en aplicación del principio pro actione, que se deriva del carácter público del control de constitucionalidad y permite evitar, en cuanto sea posible, los fallos inhibitorios. Lo anterior es procedente ya que, a pesar de dichos defectos de la demanda, la esencia de la acusación proviene del escrito ciudadano y, por lo tanto, no se desnaturaliza el carácter rogado del control de constitucionalidad, como se ve a continuación:

24. En lo relativo a la certeza de la acusación, el accionante efectivamente sostiene que los pliegos tipo privan a los entes territoriales de la facultad de proferir pliegos de condiciones para las contrataciones que adelanten, porque éstos serán estandarizados por parte del Gobierno Nacional. Consideran algunos intervinientes, que esta afirmación es meramente subjetiva y no se predica del tenor literal de la norma en cuestión. Sostienen que los pliegos tipo tienen un alcance general que no excluye que la entidad contratante precise los elementos concretos del procedimiento de selección. En realidad, aunque la lectura hecha por el accionante no es la única interpretación posible de la norma demandada, no resulta del todo inconexa respecto de su tenor literal, teniendo en cuenta que se dispone que los documentos tipo deberán incluir “las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, que deberán incluirse en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos”. La interpretación del accionante es compartida por algunos intervinientes, quienes resaltan que, de acuerdo con la literalidad de la norma, los pliegos tipo no se refieren únicamente a las generalidades de la contratación, sino que, al hacer una “ponderación precisa y detallada” de los factores de escogencia, ciertamente podrían despojar a los entes sometidos al Estatuto de Contratación Estatal, de la esencia de la facultad de elaborar los pliegos de condiciones para, en cada caso, escoger la oferta más favorable respecto de la necesidad a satisfacer, ya que es el pliego tipo el que determina cuál será la oferta ganadora del proceso. Es decir que la afirmación del accionante no es ilógica, a la luz de la norma cuestionada y, por lo tanto, responde a la carga argumentativa de certeza.

25. Por otra parte, el accionante construye su escrito a partir de la idea según la cual los

destinatarios de los pliegos tipo no tendrán la posibilidad de apartarse de los mismos. Esta afirmación encuentra sustento en la norma misma, la que dispone que estos documentos “deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten” y se agrega que el Gobierno los adoptará “de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. El interviniente de la Universidad Externado de Colombia sostiene que la afirmación no es completamente cierta, ya que la obligatoriedad de los pliegos tipo únicamente se predica de los tipos contractuales previstos en el primer inciso de la norma pero, en lo que respecta al segundo inciso, donde se prevé que el Gobierno Nacional podrá expedir los documentos tipo, “cuando lo considere necesario, en relación con otros contratos o procesos de selección”, la demanda carecería de certeza, ya que frente a esos otros tipos contractuales o procesos de selección, el cumplimiento de los pliegos tipo sería meramente facultativo. En verdad, lo cierto es que el segundo inciso de la norma cuestionada no dispone expresamente que esos otros pliegos tipo sean de cumplimiento optativo por parte de los destinatarios del Estatuto de Contratación Estatal y, aunque no prevé que son obligatorios, el enunciado general relativo a la fuerza vinculante de los pliegos tipo, sí dispone su carácter obligatorio. Por lo tanto, en este aspecto, la demanda tampoco realiza una interpretación que se separe del tenor literal de la norma.

26. Finalmente, se cuestiona la certeza de la demanda, al afirmar que los pliegos tipo son “quiméricos”, porque no tienen en cuenta las especificidades de las entidades territoriales en las que se aplicarán. Al respecto, algunos intervinientes cuestionan la certeza de esta afirmación, ya que presupone que, en concreto, los pliegos tipo estarán necesariamente mal elaborados y serán inaplicables a las realidades locales, a pesar de que ello no surge del tenor literal de la norma, sino de una suposición. Igualmente, destacan que la norma misma, por el contrario, dispone que “Para la adopción de esta reglamentación el Gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local”. La Corte Constitucional coincide parcialmente con los intervinientes, en cuanto que no es posible cuestionar la constitucionalidad de una norma abstracta, a partir de suponer cómo sería eventualmente su aplicación, olvidando, por demás, que el control de los pliegos tipo que se expidan, no hace parte de la competencia de este tribunal. Sin embargo, el cuestionamiento central del accionante consiste en que los pliegos tipo afectan la autonomía de las entidades territoriales para gestionar sus propios asuntos, razón por la que el hecho de

que la norma disponga que el Gobierno Nacional tendrá en cuenta las características propias de las regiones no enerva por sí solo el cuestionamiento, ya que la norma dispone que la finalidad de este mandato es únicamente “promover el empleo local” y, por otra parte, lo que en esencia se cuestiona, no es que los pliegos tipo sean inadaptados frente a la realidad local, sino que su adopción corresponda al Gobierno Nacional, en detrimento de la autonomía de los entes territoriales para gestionar sus propios asuntos, a través de la contratación estatal.

27. En materia de especificidad, el accionante cuestiona la facultad del Gobierno Nacional de adoptar pliegos tipo para la contratación de las entidades territoriales porque, a su juicio, la formación, adjudicación y celebración de los contratos, son asuntos que hacen parte de la autonomía local, en razón de las particularidades de cada entidad, lo que permitiría, por ejemplo, determinar la amplitud de la oferta y la cantidad de interesados en ofrecer. Para el demandante, la autonomía de las entidades territoriales, que se funda en los artículos 1 y 287 de la Constitución, se materializa en una limitación de la facultad legislativa del Congreso para expedir el Estatuto de Contratación Estatal, cuando se trate de las entidades territoriales, teniendo en cuenta que el inciso final del artículo 150 de la Constitución prevé que dicha corporación legislativa adoptará el estatuto de contratación, “en especial de la administración nacional”. Así, en su concepto, esta norma implicaría que la Ley debe dejar, en materia de contratación, un margen para el ejercicio de la autonomía de las entidades territoriales, lo que no ocurriría respecto de la administración nacional.

28. Algunos intervinientes consideran que el accionante no especificó adecuadamente la demanda, porque no explica cómo, con los pliegos tipo, que son generales, se podría desconocer la autonomía de los entes territoriales. Al respecto, aunque es cierto que, como se verá, el accionante recurre a algunos argumentos impertinentes, la esencia de la acusación plantea una contradicción concreta entre la norma legal y disposiciones constitucionales. El cuestionamiento puesto de presente por el accionante logra comprenderse, a tal punto que, aunque algunos de los intervinientes consideraron que la Corte debía inhibirse de fallar, la totalidad de los veintitrés intervinientes formularon argumentos de fondo en defensa o en contra de la norma bajo control y las ideas expuestas son congruentes con las objeciones puestas de presente por el accionante, lo que necesariamente indica que el problema jurídico planteado por el ciudadano fue claro, permitió una efectiva intervención ciudadana y especifica una posible vulneración de

contenidos constitucionales, que exige un pronunciamiento de fondo por parte de este tribunal. La cuestión planteada por el accionante es tan relevante, que el asunto fue debatido durante el trámite legislativo de la norma bajo control y se refiere justamente al objeto de la intervención del Procurador General de la Nación ante el Congreso de la República, que condujo a que esta corporación judicial aceptara el impedimento formulado para conceptuar en el presente proceso.

29. En cuanto a la pertinencia de la demanda, es cierto que la referencia a la Constitución anterior, así como al Decreto Ley 222 de 1983, sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y al Decreto 1333 de 1986, Código de Régimen Municipal, no son argumentos que permitan cuestionar la constitucionalidad de la norma legal. Sin embargo, dichas referencias son utilizadas por el accionante para plantear lo que él considera como un retroceso en la autonomía de las entidades territoriales la que, en su concepto, tiene una vocación expansiva y progresiva. Igualmente, algunas de las razones expuestas en la demanda, como las relativas a los efectos negativos que aparejaría la aplicación de los pliegos tipo respecto de las entidades territoriales, son impertinentes en el control abstracto de constitucionalidad, por tratarse de problemas de conveniencia de la norma. Pese a lo anterior, el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, que funda el principio pro actione, impone que el juez haga caso omiso de los argumentos impertinentes y falle de fondo, si más allá de los defectos argumentativos, existe un concepto de la violación que identifique adecuadamente una eventual inconstitucionalidad, como ocurre en el presente caso.

30. En fin, la demanda es suficiente para provocar un pronunciamiento de fondo de la Corte Constitucional frente al planteamiento del ciudadano, porque genera una duda mínima en cuanto a la compatibilidad de la norma con la Constitución; desató una controversia material entre los intervinientes y permitió un concepto material por parte del Viceprocurador General de la Nación, en cuanto a la constitucionalidad de la norma en cuestión.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

31. Le corresponde a la Corte Constitucional determinar si la facultad atribuida al Gobierno Nacional por el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, para adoptar documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las

obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras o en cualquier otro tipo de contrato o proceso de selección, que considere el Gobierno Nacional y que deben ser obligatoriamente utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación, en sus respectivos procesos de procesos de selección, desconoce la autonomía de las entidades territoriales, prevista en los artículos 1 y 287 de la Constitución Política.

32. Para resolver este problema jurídico, la Sala Plena de la Corte Constitucional estudiará (i) el margen de configuración del Legislador en materia de contratación pública, respecto de la autonomía de las entidades territoriales; (ii) los pliegos de condiciones y los pliegos tipo, como instrumentos que pretenden materializar los principios de la función administrativa y, de esta manera, determinará (iii) el alcance de los pliegos tipo, respecto de la autonomía de las entidades territoriales. En el evento de encontrar que la norma bajo control significa una restricción de la autonomía de las entidades territoriales, se examinará si la misma resulta razonable y proporcionada y, de esta manera, se determinará su constitucionalidad.

D. EL MARGEN DE CONFIGURACIÓN DEL LEGISLADOR EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA FRENTE A LA AUTONOMÍA DE LOS ENTES TERRITORIALES

33. El inciso final del artículo 150 de la Constitución Política confía en el Legislador la competencia para adoptar el estatuto general de contratación de la administración pública. Por su parte, los artículos 1 y 287 de la Constitución garantizan la autonomía de las entidades territoriales. Sin embargo, dicha autonomía se encuentra limitada por el principio de Estado Unitario (a), que justifica que el Legislador expida el estatuto de contratación, incluso respecto de los entes territoriales (b). Esta facultad amplia del Legislador, encuentra límites en la autonomía de las entidades territoriales, la que también se manifiesta en materia contractual (c).

a. El principio de Estado Unitario limita la autonomía de las entidades territoriales

34. El artículo 1º de la Constitución Política, dispuso que Colombia se encuentra organizada en forma de República unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales. A partir de esta norma, la autonomía de los entes territoriales adquiere la naturaleza jurídica de principio constitucional, inspirador de la labor legislativa, de la actuación administrativa y guía de la interpretación de las normas relacionadas con las

entidades territoriales. La autonomía fue reiterada y desarrollada en el artículo 287 de la norma superior donde, a la vez, ésta adquirió la naturaleza de derecho y garantía de los entes territoriales y se establecieron los elementos mínimos que la conforman y determinan su fisionomía constitucional: “Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales”.

36. La autonomía implica que las relaciones entre la Nación y los entes territoriales no podrían guiarse por “el principio jerárquico, de subordinación o sometimiento de las entidades territoriales, respecto del nivel central”, sino por principios compatibles con la gestión autónoma de sus propios intereses, en particular, los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, tal como lo prevé el artículo 288 de la Constitución.

37. Ahora bien, la autonomía de los entes territoriales no es absoluta y no significa ni soberanía, ni autarquía, ya que se encuentra constitucionalmente limitada por el principio de Estado Unitario, igualmente previsto en el artículo 1º de la Constitución. Este principio indica que las autonomías constitucionalmente reconocidas, no resquebrajan la unidad política del Estado ya que, carentes de potestades soberanas o propias de la soberanía estatal, los entes territoriales no disponen, entre otras, de función legislativa, por lo que las funciones que ejercen son de naturaleza administrativa y las normas jurídicas que expiden sus corporaciones públicas de elección popular, carecen de fuerza y rango de ley, es decir, son actos administrativos, sometidos, por lo tanto, a la Constitución y a las leyes de la República, bajo la garantía del control judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

38. El sometimiento al orden jurídico estatal se confirma en todo el régimen constitucional de la organización territorial. Así, entre otras normas, el artículo 287 de la Constitución dispone que los entes territoriales disponen de autonomía “dentro de los límites de la Constitución y la ley”. Aparte de la división territorial prevista en la Constitución, “habrá las que determine la ley para el cumplimiento de las funciones y servicios a cargo del Estado” (artículo 285 de la Constitución) y “La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley” (artículo 286 de

la Constitución). Es la Ley orgánica de ordenamiento territorial la que distribuye las competencias entre la Nación y las entidades territoriales (artículo 288 de la Constitución). Los programas de cooperación e integración que los departamentos y municipios ubicados en zona fronteriza, deberá adelantarse “por mandato de la ley” (artículo 289 de la Constitución). Los exámenes de los límites de las entidades territoriales se deben realizar “con el cumplimiento y formalidades que señale la ley” (artículo 290 de la Constitución). Es la Ley de la República la que determina las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión períodos de sesiones, faltas, causas de destitución y formas de llenar vacantes de quienes ejerzan funciones públicas de elección popular, en las entidades territoriales (artículo 293 de la Constitución). La facultad de las entidades territoriales para emitir títulos y bonos de deuda pública deberá ejercerse “de conformidad con la ley que regule la materia” (artículo 295 de la Constitución). Los servicios que prestan los departamentos son los “que determinen la Constitución y las leyes” y “la ley reglamentará lo relacionado con el ejercicio de las atribuciones que la Constitución les otorga” (artículo 298 de la Constitución). Las funciones de las asambleas departamentales se supeditan a la ley (artículo 300 de la Constitución), lo mismo que las de los concejos municipales (artículo 313 de la Constitución) y dentro de la primera función de los gobernadores y alcaldes, se encuentra la de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, a más de las normas expedidas por sus respectivas corporaciones públicas (artículos 305 y 315 de la Constitución). También, el artículo 352 prevé que la Ley Orgánica del presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos, no sólo de la Nación, sino también de las entidades territoriales. Igualmente, el numeral 4 del artículo 300 de la Constitución estableció que los tributos y contribuciones que decreten las Asambleas Departamentales por medio de ordenanzas, para el cumplimiento de las funciones departamentales, deberán de ser establecidos “de conformidad con la ley”, al mismo tiempo que el numeral 3 del artículo 313, dispone que es función de los concejos municipales, votar los tributos y gastos locales “de conformidad con la Constitución y la ley”. Igualmente, el artículo 344 de la Constitución prevé que los organismos departamentales evaluarán la gestión y los resultados de los planes y programas de desarrollo e inversión de los departamentos y los municipios y deberán participar en la preparación de los presupuestos municipales, “en los términos que señale la ley”. También varias normas de la Constitución prevén la necesaria coordinación entre los planes locales de desarrollo y el Plan Nacional de Desarrollo. En virtud de lo anterior, las entidades territoriales deben respetar las leyes de la República, en lo relativo a

los instrumentos de gestión administrativa y se someten a los controles judiciales y administrativos al ejercicio de las funciones públicas. En cuanto a los instrumentos regulados por el Legislador, se encuentran, entre otros, (i) la planeación, cuya Ley orgánica se aplica también a la actividad de las entidades territoriales; (ii) el presupuesto; y, (iii) la contratación.

39. Ahora bien, la competencia del Legislador para determinar el régimen jurídico de la actividad de las entidades territoriales no es absoluta o ilimitada, teniendo en cuenta que, así como el principio de autonomía de las entidades territoriales se limita por el de unidad estatal, el principio de Estado Unitario no puede desconocer, desnaturalizar o dejar sin contenido efectivo, la autonomía de las entidades territoriales, para la gestión de sus intereses. La extensión del margen de configuración del Legislador, en lo que respecta a las entidades territoriales se determina, caso a caso, por la conjunción de tres criterios: (i) el nivel al que la Constitución le atribuyó la función, incluida la identificación de si es una función asignada al Legislador o a las corporaciones públicas territoriales; (ii) la naturaleza del interés que se encuentra en juego: local o nacional; y, (iii), en el caso de medidas que afecten el manejo de los recursos financieros, la naturaleza de los mismos: de fuente endógena o exógena. Así, por ejemplo, si se trata de una materia directamente atribuida a las corporaciones públicas territoriales, el margen de configuración normativa del Legislador será mínimo, en cuanto que no podrá usurpar la función propia de la Asamblea o del Concejo municipal. Igualmente, en tratándose de intereses nacionales, el margen legislativo es mucho más amplio que en lo que respecta a los intereses locales y, finalmente, la intervención en lo que respecta el manejo de las fuentes de financiación exógenas, la competencia legislativa es amplia. Sin embargo, la mezcla de estos criterios es la que determina, igualmente, la intensidad con la que debe juzgarse la constitucionalidad de la intervención legislativa y, en últimas, la constitucionalidad de la medida.

b. La facultad del Congreso para expedir el Estatuto de Contratación Estatal

40. La expedición el Estatuto General de Contratación de la administración pública no es un asunto constitucionalmente atribuido a las entidades territoriales. Por el contrario, el artículo 150 de la Constitución, dispone que “Corresponde al Congreso hacer las leyes” y, en su inciso final, previó que “Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”. Esta norma constitucional no fue objeto de debates particulares en la Asamblea Nacional Constituyente,

aunque es evidente que la intención fue precisar que se trata de un asunto de competencia del Congreso de la República en el que, de manera reiterada, la jurisprudencia constitucional ha reconocido en éste, un amplio margen de configuración normativa.

41. Respecto de esta atribución legislativa, la jurisprudencia constitucional ha precisado su alcance y, por lo tanto, ha identificado lo que significa la expresión estatuto, la expresión general y la referencia “en especial” de la administración nacional.

42. En primer lugar, la denominación “estatuto” de contratación, no significa que se trate de una materia de las incluidas en la reserva de ley estatutaria, ya que éstas se encuentran taxativamente determinadas en el artículo 152 de la Constitución, de interpretación estricta para amparar la competencia ordinaria del Congreso, salvo en lo que respecta a las leyes estatutarias relativas a las funciones electorales y aparejan un trámite legislativo agravado, que termina con un control previo e integral de constitucionalidad. Por lo tanto, la expresión estatuto, es genérica y hace referencia únicamente a una regulación sistemática, coherente y completa de una determinada materia, como en este caso, la contratación de la administración pública. Así, el estatuto de contratación de la administración pública corresponde a una ley ordinaria y, por lo tanto, no se encuentra dentro de las materias excluidas de la delegación legislativa al Presidente de la República, para la legislación mediante decretos leyes.

43. En segundo lugar, el carácter “general” del estatuto de contratación de la administración pública determina, (i) que se trata del régimen jurídico uniforme que rige las relaciones contractuales de las entidades públicas, con vocación a regir, por principio, su actividad contractual. Pero ello no significa que resulte inconstitucional que el Legislador adopte regímenes de contratación especiales o exceptuados del estatuto general. Ese carácter uniforme del régimen jurídico, aplicable de manera transversal a diversas entidades públicas de distintos niveles, es el que explica, (ii) que lo general del estatuto de contratación significa que se trata de la regulación de los aspectos comunes y transversales de la actividad contractual, tales como, por ejemplo, los fines y principios que gobiernan toda la actividad contractual de las entidades públicas; la determinación de la capacidad contractual, tanto de las entidades públicas, como de los particulares, incluido el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar; la determinación de los elementos esenciales del contrato del Estado, sus condiciones de validez y de eficacia; la enunciación de los derechos y

deberes de las partes del contrato, así como la enunciación de categorías contractuales genéricas; la regulación de los distintos procedimientos administrativos que deben desarrollarse para la escogencia del contratista; las cláusulas excepcionales y la manera de liquidar los contratos y de resolver las controversias que surjan entre las partes. Igualmente, (iii) el estatuto general de contratación no podría ser, entonces, una regulación detallada, precisa o casuística de los aspectos más concretos y operativos de cada contrato, sino que debe dejar espacio, tanto al poder reglamentario del Presidente de la República, como a la adaptación concreta de cada contrato, como instrumento de cumplimiento de fines de interés general, a la necesidad que se pretende satisfacer en la entidad pública contratante. (iv) El carácter general del estatuto de contratación, no significa constitucionalmente que éste debe estar contenido en una única ley o cuerpo normativo, ya que es legítimo que el Legislador ejerza esta competencia a través de varias leyes las que, en su conjunto, conforman el estatuto general de contratación de la administración pública. Todo lo anterior implica que la regulación transversal, de los aspectos generales de la contratación administrativa, tiene reserva de ley, por lo que no podría ser un asunto regulado mediante actos administrativos.

44. En tercer lugar, el inciso final del artículo 150 de la Constitución prevé que el Congreso expedirá el estatuto general de contratación de la administración “y en especial de la administración nacional”. No existen precedentes jurisprudenciales respecto del alcance de dicha expresión de la Constitución. La jurisprudencia constitucional solamente se ha preocupado por determinar el alcance de esta expresión en dos sentencias, aunque, en ambas ocasiones, se trató de afirmaciones que no eran necesarias para resolver la cuestión planteada (*obiter dicta*). En la primera, la sentencia C-449 de 1992, la Corte declaró la “inconstitucionalidad” de la facultad atribuida por el artículo 33 de la Ley 9 de 1991 al Congreso de la República para revisar las adiciones, prórrogas o modificaciones al contrato de administración del Fondo Nacional del Café, por carecer de competencia constitucional para ello y ser una intromisión indebida en la función administrativa. Dicho de paso, la sentencia afirmó que “Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional. Se observa que esta norma tiene dos partes: de un lado debe haber un estatuto general de contratación -1ª parte- y de otro lado debe existir un estatuto especial de contratación para la Nación -2ª parte-. La primera parte estaría entonces destinada a todo el Estado, esto es, a todas las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, mientras que la segunda sólo se dirige al

nivel nacional. (...) en tanto que autónomas, las entidades territoriales gozan de facultades constitucionales para estatuir sin injerencia sobre el cumplimiento de los mismos fines del Estado, pero sin desconocer el marco normativo general establecido por el Congreso”. Es decir que la sentencia C-449 de 1992 entendió que la expresión “y en especial de la administración nacional”, contenida en el inciso final del artículo 150 de la Constitución, significaría que habría un estatuto general de contratación, expedido por el Congreso, pero con una amplitud y precisión mayor en lo que concierne a la administración pública nacional, que en lo que respecta las entidades territoriales, para dejar a ellas mayor amplitud de competencias en materia de contratación. Es decir, para el inciso final del artículo 150 de la Constitución, la facultad del Congreso estaría restringida en lo que respecta a las entidades territoriales.

45. Por su parte, citando la sentencia C-449 de 1992, la sentencia C-949 de 2001, desarrolló la idea: “En especial, tratándose de los entes territoriales, la existencia de una legislación única en materia contractual habría sido realmente perniciosa en términos de la autonomía que les reconoce la Carta Política en los artículos 2º y 287, puesto que hubiera impedido que los departamentos y municipios pudieran desarrollar las normas y principios rectores contenidos en el estatuto de contratación adecuándolos a sus necesidades particulares mediante ordenanzas y acuerdos”. Aunque allí se juzgaban varias normas de la Ley 80 de 1993, ninguno de los cargos analizados se refería a la competencia del Congreso para expedir el estatuto de contratación, respecto de las entidades territoriales. La afirmación se encuentre en un acápite denominado “Asunto preliminar: sentido y alcance de la competencia del Congreso para expedir el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública”. Se trató, nuevamente, de una explicación obiter dicta.

46. Ahora bien, la explicación dada por las sentencias C-449 de 1992 y C-949 de 2001 a la expresión “y en especial de la administración nacional”, no es correcta, ni desde un punto de vista gramatical, ni desde un punto de vista jurídico. En realidad, el inciso final del artículo 150 de la Constitución autoriza al Congreso para expedir el estatuto general de contratación de la administración pública, la que necesariamente comprende a la administración del nivel territorial. La expresión “y en especial” no puede ser interpretada como una restricción a su competencia, sino como un énfasis, por lo que no excluye la competencia claramente atribuida respecto de toda la administración pública. De la misma manera, cuando el artículo 227 de la Constitución dispone que “El Estado promoverá la integración económica, social y

política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe”, no significa que no deba promoverse la integración con cualquier país del mundo. Por otra parte, desde el punto de vista jurídico, no es posible sostener que la expresión analizada suponga la competencia de las corporaciones públicas administrativas, concejos y asambleas, para expedir normas que son propias del estatuto de contratación de la administración pública, ya que se trata de una materia reservada al Legislador; la función de dichas corporaciones se somete a la ley, en nombre del principio de unidad estatal; y, al examinar las competencias asignadas a dichos entes colegiados, en los artículos 300 y 313 de la Constitución, no existe ninguna atribución constitucional a estos órganos para expedir estatutos de contratación. De esta manera, en vigencia de la Constitución de 1991, serían inconstitucionales los códigos fiscales territoriales que, a principios del siglo XX, adoptaron reglas propias para la contratación administrativa, en su circunscripción.

47. Lo anterior no significa que las entidades públicas, incluidas las entidades territoriales, no puedan expedir actos administrativos reglamentarios que, en ejercicio de la potestad administrativa de auto organización, precisen los órganos internos, los responsables, las actividades, procesos y procedimientos que deben desarrollarse, para el adecuado cumplimiento de la Ley y de los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución. En la actualidad, dichos actos administrativos se denominan manuales de contratación. Sin embargo, estos actos jurídicos no pueden desconocer o pretender modificar el estatuto de contratación expedido por el Legislador y, por lo tanto, entre otras cosas, no pueden crear procedimientos de selección de contratistas o modificar la regulación legal de los existentes. Igualmente, las entidades públicas gozan de facultades reglamentarias concretas para expedir actos administrativos de carácter general que, dentro del margen de configuración atribuido por la Ley, rijan, en concreto, los elementos particulares del procedimiento de selección de contratista. Se trata de los pliegos de condiciones.

48. La posibilidad de precisar mediante actos administrativos de contenido general estos aspectos internos de la gestión contractual, a través de los denominados manuales de contratación o de reglamentar los aspectos precisos de determinado proceso de selección de contratista, mediante pliegos de condiciones, se encuentra igualmente sometida, en ambos casos, a más de la Ley, a la potestad reglamentaria de la ley que, de acuerdo con el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, recae exclusivamente en el Presidente de la República.

Es decir que el reglamento de la ley, expedido por el Presidente de la República, así como los manuales de contratación y los pliegos de condiciones, expedidos por las entidades públicas, tienen en común la naturaleza jurídica de actos administrativos de contenido general, necesariamente sometidos a la Constitución y a las leyes. Sin embargo, se diferencian en cuanto a su jerarquía normativa, amplitud de la competencia y ámbitos de aplicación.

c. El contenido de la autonomía de las entidades territoriales, en materia contractual

49. La contratación pública es un instrumento de gestión para la consecución de los fines de interés general. A la vez, se trata de un mecanismo de ejecución presupuestal y, por lo tanto, de manejo de recursos financieros. Ya que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de los asuntos propios, es forzoso concluir que, también en materia contractual se manifiesta la autonomía constitucional de la que gozan estos entes públicos. Sin embargo, como quedó precisado, en lo relativo a los contratos, su autonomía no implica ni exclusión de la aplicación de la Ley respecto de estos entes públicos (artículo 1 de la Constitución), ni mayor restricción a la competencia del Legislador, en lo relativo a la adopción del estatuto general de contratación de la administración pública (artículo 150 de la Constitución).

50. Es por lo anterior que el artículo 2 del Estatuto de Contratación Estatal, Ley 80 de 1993, entre otros, incluyó a los departamentos y a los municipios dentro de las entidades públicas destinatarias del mismo. Aunque dicha norma nunca ha sido objeto de control de constitucionalidad, esta Corte sí ha afirmado que la competencia del Legislador para expedir el estatuto de contratación de la administración pública se extiende a la administración territorial. Por otra parte, encontró que la aplicación del estatuto a las cooperativas y asociaciones creadas por entidades territoriales, entidades descentralizadas de segundo nivel, creadas por la voluntad autónoma de estos entes, no desconoce la autonomía de las entidades territoriales y, por lo tanto, es constitucional, al ser un asunto de la competencia del Congreso de la República, como manifestación del principio de unidad estatal.

51. Sin embargo, la aplicación del Estatuto de Contratación a las entidades territoriales no significa desconocimiento de su autonomía constitucional, fundamentalmente, porque reconoció expresamente su capacidad contractual, lo que no se limita a la suscripción del contrato, sino, de manera amplia, a utilizar la potestad contractual, de manera autónoma,

pero dentro del margen legal. En materia contractual, al ser el contrato un instrumento de gestión para lograr los fines de interés general y de ejecución financiera, la autonomía de las entidades territoriales, para la gestión de sus propios intereses, materializa dos de las potestades que les reconoce el artículo 287 de la Constitución: la de ejercer las competencias que les correspondan y la de administrar los recursos para el cumplimiento de sus funciones.

52. En materia contractual, la autonomía constitucional de las entidades territoriales se opone, en principio, a cualquier forma de control de tutela ejercido por autoridades del nivel central, respecto de la administración descentralizada territorialmente. Lo anterior, teniendo en cuenta que, a diferencia de la denominada descentralización administrativa por servicios, en la que necesariamente las personas jurídicas descentralizadas deben encontrarse ligadas a una autoridad del orden nacional, quien dispone diversas facultades para controlar su actividad, la descentralización territorial riñe en principio con estas formas de control administrativo, en razón de la autonomía que la Constitución reconoce a las entidades territoriales. Así, la jurisprudencia constitucional ha reprochado normas que han sometido la actividad contractual de las entidades territoriales, a controles y autorizaciones previas, por parte de entidades del nivel central, luego de considerar que la tutela contractual contraría la autonomía de las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses.

53. La ausencia de tutela contractual de la administración central, respecto de la administración descentralizada territorialmente, significa que en las entidades territoriales radica una serie de facultades que, de acuerdo con la ley y sometidas a ella, pueden ejercer sin intromisión de parte de las autoridades nacionales: (i) derivado de la facultad constitucional de planear su desarrollo, a través de los planes departamentales y municipales de desarrollo, las entidades territoriales adoptan la decisión política de señalar lo que consideran de interés general en el gobierno local, pero de manera concertada con el Gobierno Nacional, en vista de su armonización respecto del Plan Nacional de Desarrollo (artículos 300, n. 2 y 3, 313, numeral 2, inciso 2 del artículo 339 y 342 de la Constitución). La planeación es el primer paso para el ejercicio de la autonomía contractual, ya que este instrumento macro, se implementa y ejecuta a través de programas que requieren la celebración de contratos. (ii) La elaboración de los presupuestos, en segundo lugar, también hace parte de la autonomía de las entidades territoriales, que se manifiesta en lo contractual, ya que el presupuesto moviliza recursos para la realización de los objetivos de la planeación y predetermina la posibilidad de celebrar contratos, a través de los cuales, se afectarán y

ejecutarán dichos recursos. Luego, (iii) las entidades territoriales, en el proceso continuo de planeación, que no se limita al instrumento macro, identifica y prioriza las necesidades concretas que deben satisfacerse, (iv) adopta una decisión que manifiesta su autonomía para gestionar sus propios intereses: decide si dicha necesidad será satisfecha a través de los recursos humanos y materiales que tiene a su disposición o, por el contrario, adopta la decisión de acudir al contrato e identifica de qué tipo contractual se tratará. En la decisión de contratar, de acuerdo con los artículos 300, n. 9 y 313, n. 3 de la Constitución, es posible que se requiera la autorización para contratar, por parte de la respectiva corporación pública administrativa, como, en el nivel nacional, es competencia del Congreso de la República, según el artículo 150, n. 9 de la Constitución. (v) La autonomía contractual también implica la estructuración del proceso para seleccionar al contratista, dentro del margen de configuración permitido por la Ley y por sus decretos reglamentarios y las condiciones de tiempo, modo y lugar. Para ello, entre otras cosas, precisa las características concretas y específicas del objeto contractual (alcance, tipo de contrato, cantidad, precio, plazo de entrega, forma de pago, etc.), acorde con la necesidad a la que pretende responder y establece el presupuesto y los tiempos en los que se desarrollará el procedimiento, de acuerdo con la Ley. (vi) La dirección del procedimiento de selección del contratista compete, igualmente, a la entidad territorial, hasta la celebración del contrato. (vii) Una vez perfeccionado el contrato, se activan competencias de dirección y vigilancia de la ejecución del contrato que va desde la identificación de las condiciones para comenzar la ejecución del contrato y terminan con su liquidación, pasando por el ejercicio de potestades excepcionales durante la ejecución.

54. Al ser la decisión de contratar o no, una de las manifestaciones de la autonomía de las entidades territoriales en materia contractual, también hace parte de ella, la facultad de reglamentar la potestad de las asambleas departamentales y de los concejos municipales para autorizar la contratación. Para este tribunal, al tratarse la autorización para contratar de una materia expresamente atribuida por la Constitución a las entidades territoriales, es decir, con “fundamento constitucional propio”, el Legislador y, por consiguiente, el poder reglamentario, no podrían intervenir para suplantar las competencias autónomas de las entidades territoriales. Por lo tanto, es constitucional que las corporaciones públicas administrativas territoriales reglamenten autónomamente el ejercicio de esta función, ya que la primera de las funciones de las asambleas (artículo 300 de la Constitución) y de los concejos (artículo 313 de la Constitución) es la de reglamentar el ejercicio de las funciones de

la entidad territorial. Sin embargo, advirtió la Corte que esta facultad reglamentaria no puede comprender materias con reserva de ley, en particular, las del estatuto de contratación de la administración pública: “En otras palabras, la reglamentación que expidan estas corporaciones deberá limitarse a trazar las reglas aplicables al acto concreto y específico mediante el cual el concejo autoriza al alcalde para contratar, señalando los casos en que es necesario, sin entrar a regular aspectos como la selección de los contratistas, los contratos específicos a realizar, etc (...)”. Se trata entonces de una facultad reglamentaria de una función claramente atribuida a los entes territoriales “sin que por ello pueda generar un estímulo para la existencia de diversos Códigos Fiscales Municipales, puesto que siempre habrá de respetarse lo dispuesto por el legislador en la Ley 80 de 1993 y demás legislación aplicable”.

55. Al ser esa serie de actividades que comienzan en la planeación y terminan con la liquidación del contrato, manifestaciones de la autonomía de las entidades territoriales, ninguna de ellas podría ser retirada al gobierno local, para ser ejercido por autoridades nacionales o sometidas a mecanismos de tutela administrativa. No obstante, la prohibición de tutela contractual no es absoluta, por ejemplo, cuando la contratación se realiza con recursos transferidos por parte de la Nación o cuando hay un interés que supere el meramente local. Así, la Corte Constitucional ha encontrado que resultan constitucionales mecanismos precisos y excepcionales de control de la actividad contractual, ejercidos por la administración central, luego de ponderar el principio de autonomía de las entidades territoriales, frente a otras normas constitucionales. Así, (i), consideró que resulta constitucional que las entidades territoriales que, fruto de procedimientos concursales, han celebrado acuerdos para la reestructuración de su pasivo, no puedan suscribir contratos de deuda pública, sin obtener la autorización previa del Ministerio de Hacienda. Consideró la Corte que la autonomía de los entes territoriales no es absoluta y, para el caso concreto, en el endeudamiento de las entidades territoriales no existen únicamente intereses locales, de los que se predica la autonomía, sino también, intereses nacionales, por los efectos macroeconómicos que engendra el endeudamiento y la cesación de pagos de los entes territoriales. Igualmente, puso de presente que, en la materia, tanto el artículo 295, como el 364, otorgan al Legislador la facultad de regular lo relativo al endeudamiento público, incluido el de las entidades territoriales.

56. (ii) Por otra parte, la Corte también encontró que era compatible con la autonomía de las

entidades territoriales la suspensión de procesos contractuales en los que se ejecutan recursos del Sistema General de Participaciones, cuando habiendo identificado riesgos, la entidad no implementó el correspondiente plan de desempeño. Consideró la Corte que se trataba de un desarrollo del artículo 3 del Acto Legislativo 4 de 2007 según el cual “El Gobierno Nacional definirá una estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto ejecutado por las entidades territoriales con recursos del Sistema General de Participaciones, para asegurar el cumplimiento del metas de cobertura y calidad”. Igualmente, puso de presente que se trata de una medida que recae sobre recursos de fuente exógena, en donde el Legislador goza de amplitud en el ejercicio de la potestad normativa y que únicamente procede cuando se identifiquen riesgos y negligencia en la implementación de correctivos, por lo que se respeta el principio de subsidiariedad vertical, en lo territorial. Ahora bien, debe resaltarse que, en estricto sentido, esta no es una forma de tutela en materia contractual de la administración nacional hacia los entes territoriales, ya que se trata de una medida adoptada por un órgano de control, como es la Procuraduría General de la Nación la que, incluso dispone de la misma facultad en desarrollo de un proceso disciplinario.

57. En suma, en materia contractual, la conjunción de los principios de autonomía de las entidades territoriales y de unidad estatal, determina la exclusión de extremos que serían igualmente inconstitucionales: la insumisión de la actividad contractual a las leyes de la República, incluidos sus decretos reglamentarios, significaría el desconocimiento del carácter unitario del Estado; la privación de la autonomía de los entes territoriales, por la sumisión de la actividad contractual a una tutela contractual respecto del manejo de recursos propios y frente a intereses locales o en razón de la privación de la facultad de gestionar autónomamente sus intereses, mediante la identificación libre de sus necesidades, la configuración concreta y específica del contrato acorde a las mismas y la dirección tanto la selección del contratista, como la ejecución contractual, significaría el desconocimiento de la autonomía constitucional de las entidades territoriales.

E. LOS PLIEGOS DE CONDICIONES INDIVIDUALIZADOS Y LOS PLIEGOS DE CONDICIONES ESTANDARIZADOS: INSTRUMENTOS PARA LA MATERIALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

58. En los procedimientos de selección de los contratistas del Estado, los pliegos de

condiciones materializan, desde distintos puntos de vista, los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución. Esta característica no es exclusiva de aquellos expedidos, caso a caso, por parte de las entidades públicas, sino, también de su estandarización. Sin embargo, las especificidades de los pliegos de condiciones individualizados y de los pliegos de condiciones tipo, implican consecuencias distintas en cuanto a dichos principios.

59. En ejercicio de la atribución legislativa del último inciso del artículo 150 de la Constitución, el Congreso de la República expidió la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Dicho estatuto pretendió materializar los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución de 1991 y, por lo tanto, el estatuto se concibió a partir de la idea de que la lucha contra la corrupción en la contratación estatal, no puede sacrificar el principio de eficacia administrativa, para el logro de los fines del Estado. Así, contrario a lo dispuesto en el Decreto Ley 222 de 1983, anterior estatuto de contratación, entre otros aspectos, la Ley 80 de 1993 confirió de manera amplia la capacidad contractual, incluso a entes públicos desprovistos de personalidad jurídica propia, con el fin de que pudieran, cada de uno de ellos, de manera autónoma, y actuando de buena fe (artículo 83 de la Constitución), dirigir procedimientos de selección de contratistas y celebrar contratos, como instrumento indispensable para el logro de los fines de interés general confiados a cada entidad pública.

60. Igualmente, el estatuto contractual de 1993 recurrió a la técnica legislativa de formular principios que estructuran y guían la actuación de las entidades públicas en materia contractual (los propios de la contratación de las entidades públicas -transparencia, economía y responsabilidad-, los principios de la función administrativa y los principios generales del derecho administrativo) y, aunque también recurrió a formular reglas precisas, a través de los principios buscó configurar un sistema normativo completo en el que, a más de la integración con las normas civiles y comerciales, en ausencia de reglas precisas o incluso frente a ellas, las entidades públicas deben guiar su actividad hacia la materialización de dichos mandatos de optimización, que resultan también exigibles respecto de los contratistas, colaboradores de las entidades públicas en la realización del interés general. De esta manera, el estatuto confirió importantes márgenes de discrecionalidad a las entidades públicas para satisfacer, de la mejor manera, el interés general que les es confiado. Para el estatuto de contratación, la discrecionalidad administrativa, lejos de ser un desconocimiento

del sometimiento al ordenamiento jurídico y permisión de arbitrariedad, es un instrumento para la actuación administrativa eficiente y eficaz, al permitir márgenes adecuados de valoración y decisión para la toma de la decisión y la actuación que mejor responda a las necesidades de interés general. Constituye entonces la Ley 80 de 1993 un instrumento de dirección o programación administrativa legal guiada hacia satisfacción de fines -eficacia-, más que al cumplimiento de reglas concretas.

61. En lo que ocupa a la Corte en el presente asunto, el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 80 asignó a cada una de las entidades públicas, la facultad de elaborar los pliegos de condiciones para cada procedimiento de selección de contratista que desarrollarán, “en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas”. La prerrogativa administrativa de elaboración de los pliegos pretende que cada entidad diseñe el contrato más adecuado respecto de la necesidad identificada y seleccione el mejor contratista, respecto de dicho contrato. Es por ello que, de manera congruente, el estatuto autorizó a las entidades públicas a recurrir, si se requiere, a contratos atípicos, derivados de la “autonomía de la voluntad” que reconoció a las entidades estatales para configurar el contrato y recurrir a contratos típicos regulados en la ley (leyes especiales, Código Civil, Código de Comercio, etc.), e incluso, a contratos atípicos, (artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993), en vista de su eficacia frente al interés general a satisfacer. La aplicación del derecho privado a los contratos estatales es, a la vez, una manera indirecta de reconocer la eficacia de la autonomía de la voluntad como elemento configurador del contrato estatal. Sin embargo, en tratándose del ejercicio de funciones públicas y del manejo de recursos públicos, la autonomía para la configuración de los contratos y de los pliegos es relativa y se encuentra limitada por el ordenamiento jurídico, la búsqueda del interés general y los derechos de quienes participan en el procedimiento para la selección del contratista.

62. Los pliegos de condiciones son actos jurídicos prenegociales y con vocación negocial, rectores de la contratación pública que, al ser expedidos unilateralmente en ejercicio de funciones administrativas y prever normas jurídicas impersonales, constituyen actos administrativos de contenido general y con fuerza vinculante. Se trata de una invitación pública a ofrecer en los que la autoridad administrativa ejerce su facultad de autosujeción

por lo que, su respeto no sólo se predica de quienes pretendan plegarse a dichos términos para participar en el procedimiento de selección de contratista, sino de la entidad misma que los profirió la que, en principio, carece de competencia para modificarlos.

63. El contenido de los pliegos de condiciones se encuentra determinado por su triple función de disciplinar tanto la escogencia del contratista, como la ejecución contractual y regir la interpretación del contrato, sobre el cual priman, en caso de incompatibilidad. Es por esto que, de acuerdo con las normas aplicables, los pliegos de condiciones contienen dos grupos de normas: por una parte, aquellas relativas a la selección del contratista, cuya igualdad de oportunidades constituye la regla de oro del procedimiento competitivo donde se especifican, entre otros aspectos, tanto los requisitos que habilitan para la presentación de ofertas, como los factores de evaluación y selección que, en el momento de la evaluación, deben determinar objetivamente cuál es la mejor oferta. Por otra parte, los pliegos contienen normas relativas al contenido concreto y específico del contrato que se celebrará, en particular los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, toda vez que el principio de planeación en la contratación, así como la igualdad en el acceso a los contratos públicos, exigen que la selección del contratista se realice a partir de un contrato concreto, por lo que debe existir congruencia entre los pliegos y el contrato finalmente celebrado. De ahí que uno de los contenidos mínimos de los pliegos de condiciones sea la minuta misma del contrato que se celebrará por la adhesión de quien resulte seleccionado como contratista y la jurisprudencia administrativa haya considerado que los pliegos de condiciones se integran al contrato, como cláusula contractual. De esta manera, es posible identificar el pliego de condiciones concreto y específico como el acto jurídico que regirá fundamentalmente la relación contractual (artículo 1602 del Código Civil).

64. Los pliegos de condiciones también responden al principio de publicidad en el ejercicio de las funciones públicas, en cuanto que advierten de manera precisa a la comunidad en general, los elementos del contrato que se celebrará y los criterios que determinarán la selección del contratista. De esta manera, los pliegos de condiciones permiten realizar un control ciudadano de la actividad contractual, como actuación pública sometida al escrutinio ciudadano. Igualmente, los pliegos de condiciones son una manera de realizar los principios de igualdad, imparcialidad y moralidad en el ejercicio de las funciones administrativas, porque es en ellos donde se deben fijar condiciones objetivas, que permitan la amplia

participación de oferentes, sin discriminación negativa, mediante una selección objetiva y en pro del interés general. Por lo tanto, el direccionamiento contractual en la elaboración de los pliegos de condiciones, para seleccionar a un contratista, determinado previamente, constituye una clara vulneración de los fines esenciales del Estado (artículo 2 de la Constitución), así como de los principios de la función administrativa, por no perseguir los intereses generales (artículo 209 de la Constitución), que vicia estos actos administrativos, por desviación del poder y, por consiguiente, conduce a la nulidad absoluta del contrato, si éste ya se encuentra celebrado.

65. Por consiguiente, la elaboración de los pliegos de condiciones es la tarea más importante de la actividad contractual, que, en desarrollo de los principios que rigen el ejercicio de las funciones administrativas, exige una adecuada planeación previa, respeto de las normas superiores, previsión, claridad y precisión en la definición de su contenido, así como una actuación pública acorde al principio constitucional de buena fe, cuyo respeto es exigido por parte de los servidores públicos, en el artículo 83 de la Constitución y cuyo desconocimiento genera tanto invalidez de los pliegos, como responsabilidad de sus autores. Además, los pliegos de condiciones no pueden incluir exigencias de imposible cumplimiento ni exenciones de responsabilidad o la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad estatal.

66. La elaboración de los pliegos de condiciones por parte de las entidades públicas es una clara manifestación de la autonomía de la voluntad de la que gozan en materia contractual. Sin embargo, esta facultad no es absoluta, al ser un acto administrativo sujeto al ordenamiento jurídico, por lo que, de manera razonable, el Legislador podría limitarla, como lo ha reconocido la jurisprudencia administrativa. Es por esta razón que el Consejo de Estado declaró la nulidad de las facultades que un decreto reglamentario, sin asidero legal, otorgó a la Agencia Colombiana de Contratación Colombia Compra Eficiente, para expedir manuales y guías para la identificación y cobertura del riesgo, minutas tipo de contratos y pliegos de condiciones tipo, siendo los primeros dos, también elementos que integran necesariamente los pliegos de condiciones. Recalcó el máximo juez de lo contencioso administrativo, que aunque esta facultad podría eventualmente ser atribuida por la Ley a dicha autoridad, la nulidad del decreto reglamentario se debió a su contrariedad con normas legales que asignan estas funciones a las entidades públicas contratantes y, su estandarización, al poder reglamentario del Presidente de la República, del que no se podía desprender mediante un

acto de naturaleza administrativa.

b. Los pliegos de condiciones tipo como instrumentos para materializar los principios de la función administrativa

67. La primera autorización legal para la expedición de actos jurídicos que estandaricen los documentos de la contratación de las entidades públicas, se encuentra en el parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”. En dicha norma se dispuso que: “El Gobierno Nacional tendrá la facultad de estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales, cuando se trate de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades”. Esta norma que no ha sido objeto de control de constitucionalidad por parte de este tribunal y se encuentra actualmente vigente, fue incluida durante el trámite legislativo del proyecto de Ley que se convertiría en la Ley 1150 de 2007. La ponencia para primer debate en el Senado de la República señaló que la Cámara Colombiana de la Infraestructura puso de presente que lo que se persigue con esta medida es “La racionalización de la función contractual del Estado a través de la estandarización de los pliegos de condiciones y la asignación de riesgos”. No existe, en su trámite, mayor discusión o explicación al respecto.

68. En el año 2016, el Gobierno Nacional presentó un proyecto de ley que finalmente se convirtió en la Ley 1882 de 2018, cuyo artículo 4 es objeto del presente control de constitucionalidad. En la exposición de motivos, el Gobierno indicó que la contratación administrativa en el país, adolecía de ineficiencia e ineficacia, generada, entre otros factores, por altos niveles de corrupción. Como respuesta a este diagnóstico, el proyecto pretendió responder mediante la estandarización de los documentos centrales de la contratación. Así, la exposición de motivos puso de presente que: “Piedra angular de este proyecto es la búsqueda de mayor transparencia en los procesos de contratación, en especial de los entes territoriales; a partir de la exitosa experiencia internacional, se ha propuesto en el articulado la estandarización de documentos contractuales, medida transcendental para evitar futuros casos de corrupción, como los tan sonados carruseles de la contratación”. “Esta propuesta se fundamenta en la necesidad de estandarizar los pliegos de condiciones en los procesos de

contratación del Estado, con el fin de lograr un sistema de compras más transparente (...) A través de este mecanismo, se busca facilitar el control fiscal, la optimización de los procesos de selección, se garantiza el uso eficiente de los recursos públicos y se elimina el direccionamiento de los procesos de selección, en especial en las regiones, tal y como lo ha sustentado Colombia Compra Eficiente”.

69. La experiencia internacional que puso de presente la exposición de motivos, se refiere fundamentalmente a los “Documentos Estándar de Licitación Pública (LPN)” que son exigidos por el Banco Interamericano de Desarrollo, para la contratación de obras menores o adquisición de bienes, en proyectos financiados por esta entidad, lo que también ocurre en los proyectos apalancados financieramente por el Banco Mundial, como políticas de transparencia y anticorrupción, que son seguidas por varios países del continente. Igualmente, señala que el documento de la OCDE “Directorate for public governance and territorial development”, recomendó a Colombia la implementación de documentos tipo para la contratación. Así, para la exposición de motivos, la estandarización resulta de “una política de transparencia a nivel mundial, que pretende hacer de la contratación un asunto meramente objetivo. Colombia, en atención a dichos requerimientos internacionales, debe propender por hacer de los documentos de contratación pública nacional un estándar de eficiencia y objetividad atendiendo a las necesidades contractuales del caso” .

70. Durante el trámite legislativo, se puso de presente que en la elaboración de estos modelos para la contratación encuadraba adecuadamente la discrecionalidad de la que disponen las entidades públicas para la adjudicación de los contratos y que se ha prestado, en algunos casos, para direccionar los procedimientos de selección hacia determinada persona, mediante favorecimientos que constituyen típicos actos de corrupción. De manera congruente con esto, la Sociedad Colombiana de Ingenieros, en su informe relativo a la contratación regional en el año 2016, mostró estadísticas donde se evidencia una muy baja tasa de participación en los procesos de selección en los que, en un alto número, la comparación es imposible ya que, existe un único proponente. Igualmente, Transparencia por Colombia, evaluó que en el período 2015-2016, los niveles de corrupción fueron altos y se materializaron en el bajo número de oferentes en los procedimientos de selección de contratistas. Frente a este panorama, para la OCDE, la normalización de la contratación permite ampliar la participación de oferentes y ello contribuye a luchar contra la corrupción.

71. El debate parlamentario de la norma bajo control, condujo a introducir algunas modificaciones. Entre las más relevantes, la atribución de la facultad para expedir los documentos tipo, a la Agencia Colombia Compra Eficiente fue reemplazada por una asignación al poder reglamentario del Presidente de la República y, aunque se mantuvo una lista de contratos de los que podría predicarse la estandarización, se dejó la posibilidad para que el Gobierno los expidiera respecto de otros contratos u otros procedimientos de selección.

72. A partir de esta contextualización, es posible definir la parametrización, normalización o tipificación en materia administrativa, como una política de gestión administrativa que pretende, en términos generales, objetividad en los procedimientos, trazabilidad de la actuación pública y previsibilidad en las decisiones. Es por ello que la creación de modelos de actuación, tipos o actuaciones normalizadas, responde a las mismas finalidades del principio de juridicidad en materia administrativa: someter a la administración al respeto del ordenamiento jurídico, evitar el desvío del poder o la corrupción y propender por el logro de los fines de interés general que son propios de la función administrativa. Lo anterior, ya que las normas jurídicas que otorgan competencias a las autoridades administrativas son, igualmente, tipificaciones de actuaciones o de decisiones administrativas.

73. La tipificación o normalización en la actividad contractual busca, en concreto, finalidades que consultan los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución. Así, (i) la elaboración de pliegos tipo para la selección de contratistas apunta a hacer más objetiva la adjudicación de los contratos, a través de la reducción de la posibilidad de adecuar indebidamente los parámetros de la escogencia a las condiciones de determinada persona, mediante la imposición de condiciones de imposible cumplimiento para la generalidad del mercado y que no responden a una concreta necesidad de interés general, sino al interés particular y reprehensible de favorecer intereses particulares – direccionamiento contractual -. Aunque la corrupción es la antítesis de todos los principios que rigen la función administrativa (búsqueda del interés general, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), esta manera de luchar contra la corrupción administrativa y de proteger el erario, responde particularmente a los principios constitucionales de moralidad e imparcialidad. (ii) Al establecer condiciones generales para la selección de los contratistas, ampliamente conocidos y aplicados de manera uniforme en los distintos procedimientos de selección de contratista, la parametrización potencializa la

participación de oferentes, sin exclusiones arbitrarias o injustificadas, lo que permite ampliación en el cotejo para escoger la propuesta que satisfaga objetivamente y de la mejor manera, el interés general al que se pretende responder. Así, la tipificación en la actividad contractual concreta los principios de publicidad, igualdad y eficacia en la actuación administrativa. (iii) Al tratarse de documentos y procedimientos preestablecidos, se reduce el gasto de recursos financieros y humanos en la preparación caso a caso de dichos parámetros; de esta manera, se realizan los principios de economía, eficiencia y celeridad en la actuación administrativa. (iv) La reducción de la posibilidad de subjetividad en la selección de los contratistas y la aplicación de reglas uniformes, hace previsibles las decisiones administrativas en materia contractual, lo que facilita el control administrativo (fiscal y disciplinario), judicial (penal y administrativo) y ciudadano de la actividad administrativa y del gasto público, en desarrollo del principio de moralidad.

74. Así las cosas, tanto la elaboración de pliegos de condiciones individualizados, caso a caso, como la formulación de pliegos de condiciones tipo, responden a los principios que guían el ejercicio de la función administrativa. Al tratarse de mandatos de textura abierta y de cumplimiento variable, dichos principios no predeterminan en el Legislador cierto instrumento como más o menos conforme a ellos. Ahora bien, la satisfacción del principio de eficacia administrativa, a través de tipificación de actuaciones o de actos jurídicos, implica que éstos contribuyan realmente a la realización de los fines de interés general que son confiados a las autoridades públicas. Por lo tanto, el principio de eficacia en el ejercicio de la función administrativa exige, de quien formula los pliegos tipo, (i) disposición a su permanente revisión, actualización y corrección, para responder a la volatilidad de las circunstancias que motivan la normalización y, (ii) la previsión de adecuados márgenes de discrecionalidad en cabeza de quien realiza en concreto la actividad contractual para que, el acto tipo, en razón de su eventual inadaptación o rigidez, no se convierta en un obstáculo para el logro de los fines de interés general que, en abstracto, fueron definidos por el Constituyente en el artículo 2 de la Constitución, como fines esenciales del Estado.

F. EL ALCANCE DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES TIPO Y LA AUTONOMÍA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES PARA GESTIONAR SUS INTERESES

75. La autonomía de la voluntad que la Ley 80 de 1993 reconoce a las entidades públicas sujetas a dicho estatuto les confiere importantes poderes discrecionales, para una actuación

administrativa eficaz, dentro del marco legal y reglamentario, como quedó explicado. Sin embargo, la autonomía en mención no puede confundirse con la autonomía de las entidades territoriales, ya que ésta tiene una fuente constitucional propia (artículo 1 de la Constitución); unos contenidos mínimos constitucionalmente garantizados (artículo 287 de la Constitución); razones políticas, sociológicas, demográficas, geográficas, históricas y jurídicas especiales; y busca finalidades propias, en especial, permitir la progresiva descentralización en función de la creación de capacidades de autogobierno, para el adecuado desarrollo social y económico local. Así, el análisis de la constitucionalidad de la norma bajo control no se satisface con el respeto de la autonomía de la voluntad legalmente reconocida a todas las entidades públicas sujetas al estatuto general de contratación, sino que se pretende identificar si de los elementos de los pliegos tipo, en particular, de su contenido y fuerza obligatoria, se predica o no una afectación a la autonomía de las entidades territoriales.

a. Elementos legales de los pliegos tipo

76. El artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, bajo control, se compone de los siguientes elementos:

(i) en cuanto al sujeto al que se atribuye competencia, se trata del Gobierno Nacional.

(ii) la competencia material consiste en la adopción de documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, aunque, de acuerdo con el segundo inciso del párrafo, cuando lo considere necesario, el Gobierno nacional podrá adoptar dichos documentos en relación con otros contratos o procesos de selección.

(iii) La fuerza jurídica de los actos expedidos por el Gobierno Nacional es obligatoria, ya que la norma dispone que deberán ser utilizados e, insiste, con posterioridad, que tienen alcance obligatorio. Aunque, el interviniente que representa a la Universidad Externado de Colombia asegura que la obligatoriedad únicamente se predica de los pliegos tipo relacionados con las materias enlistadas en el primer inciso del párrafo (obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras), en sede de control abstracto de constitucionalidad se constata que dicha diferencia no surge del tenor literal de la norma, razón por la cual,

“resulta plenamente aplicable al tema, el principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete”. Lo anterior significa que, al ser expedidos unilateralmente en ejercicio de la función administrativa, por parte del Gobierno Nacional y tener fuerza obligatoria, los pliegos de condiciones tipo tienen la naturaleza jurídica de actos administrativos.

(iv) Los destinatarios de la reglamentación presente en los pliegos tipo y que, por lo tanto, deben obligatoriamente respetarlos, son todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, lo que, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, incluye a las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios.

(v) La amplitud o extensión de los pliegos tipo, respecto de los pliegos de condiciones individualizados está determinado por la misma norma, al disponer que se adoptarán de manera general y al disponer que los elementos dispuestos en los pliegos tipo deberán incluirse en los pliegos de condiciones, lo que significa que la norma presupone que cada entidad pública contratante seguirá elaborando pliegos de condiciones individualizados para cada contratación concreta y específica, pero allí deberá obligatoriamente incluir los contenidos estandarizados vía ley o decreto reglamentario. En razón de su generalidad, el último inciso del párrafo ordena su adopción por categorías, de acuerdo con la cuantía de la contratación.

(vi) El contenido de los pliegos tipo se encuentra delimitado, ya que, a más de ser adoptados de manera general, únicamente podrán prever, por una parte, las condiciones habilitantes para participar en el proceso de selección de contratistas y, por otra parte, los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos. Al respecto, el Magistrado Ponente requirió a la Agencia Colombia Compra Eficiente para que respondiera “¿Cuál es el contenido de los pliegos tipo? ¿Se trata de contenidos mínimos o de todos los elementos de la contratación?”. Dicha entidad precisó que no es posible hablar del contenido de los pliegos tipo, porque no han sido aún adoptados por el Presidente, pero puede identificarse el contenido que podría estar incluido: requisitos de selección del contratista y condiciones de ejecución del contrato. Indicó que debe tratarse de condiciones estándar aplicables a cualquier proceso de

contratación de los señalados en la norma demandada. Adicionalmente, pueden incluir aspectos por sector, industria o tipo de servicio y deben incluir “aquellos aspectos que debe diligenciar la Entidad Estatal en cada proceso de contratación en particular”. Precisó, igualmente, que las entidades estatales deben fijar criterios particulares, concretos y específicos, para la ejecución del negocio jurídico, como requisitos técnicos o plazos de ejecución, de acuerdo con las particularidades de cada proyecto. De la prueba recaudada, llama la atención que se afirme que en los pliegos tipo podrían estar incluidas condiciones de ejecución del contrato, teniendo en cuenta que la habilitación legal se refiere únicamente a las condiciones habilitantes para participar y los factores de escogencia, por lo que no existe competencia material para tipificar lo relativo a la ejecución contractual. Ahora bien, aunque la norma bajo control no atribuye competencia para la estandarización de las minutas de los contratos, en razón de la regla anterior se puede afirmar que incluso si el Legislador atribuyera la potestad para incluir un modelo de contrato general (por ejemplo, modelo general de contrato de obra pública, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas y consultoría en ingeniería para obras), no se afectaría una competencia propia de las entidades territoriales ya que, al ser la minuta parte de los pliegos de condiciones, dicho documento general podrá ser diligenciado en sus aspectos concretos y específicos por la entidad contratante en sus cosas puramente accidentales.

(vii) En la adopción de los pliegos tipo, el Gobierno Nacional deberá atender a una carga consistente en tener en cuenta las características propias de las regiones, con el ánimo de promover el empleo local.

b. La autonomía de las entidades territoriales frente a la estandarización de los pliegos de condiciones de la contratación

77. El demandante afirma que la autonomía de las entidades territoriales implica poder determinar “la amplitud de la oferta y la cantidad de interesados en ofrecer”. Se trataría, en este sentido, de una facultad para restringir el derecho a participar en los procedimientos de selección de contratistas en un contexto de libre competencia. Igualmente, sostiene que el inciso final del artículo 150 de la Constitución limita la competencia del Legislador en lo que respecta a la contratación de las entidades territoriales, para permitir su regulación por parte de las corporaciones públicas administrativas territoriales. Asimismo, sostiene el demandante

que la atribución de facultad para expedir pliegos tipo afecta la autonomía de las entidades territoriales, ya que son de obligatorio cumplimiento para éstas, “a pesar de que dichos pliegos puedan resultar inadaptados a las necesidades y posibilidades de contratación local”.

78. Al respecto, de acuerdo con lo explicado en la presente sentencia, la autonomía constitucional de las entidades territoriales no implica la existencia de potestades omnímodas o absolutas, que atentarían contra el principio de unidad estatal. El ámbito de la autonomía se determina por la gestión de los asuntos propios, de interés local, en tanto que, frente a intereses nacionales, la intervención del Legislador se amplía, sin atentar contra la garantía de autonomía.

79. La norma objeto de control de constitucionalidad, que autoriza al Gobierno Nacional para estandarizar unos precisos elementos de los pliegos de condiciones (requisitos habilitantes y factores de escogencia o de selección del contratista y documentos tipo), persigue finalidades que son de interés nacional y que superan lo meramente local. En particular, la estandarización de documentos contractuales es una opción del Legislador y del Ejecutivo (via reglamentaria) en la lucha contra la corrupción en la contratación pública y, por esta vía, la protección del ordenamiento jurídico y del patrimonio público. Igualmente, la ampliación de la participación de oferentes con documentos tipo o estandarizados permite una selección más plural, transparente y, potencialmente, permite la escogencia de mejores ofertas para el interés general, asuntos que hacen parte de la competencia del Legislador en lo relativo a la expedición del estatuto general de contratación de las entidades públicas. Por otra parte, al tratarse de intereses nacionales, el Legislador goza de un amplio margen de configuración normativa, sin que la autonomía de las entidades territoriales pueda ser puesta de presente para impedir la protección de dichos intereses.

80. Lo anterior significa que no existe afectación de la autonomía de las entidades territoriales por la atribución de la facultad al Gobierno Nacional de expedir pliegos de condiciones tipo, con las características y el alcance identificado precedentemente, en particular, porque, como quedó explicado, (i) el Legislador goza de competencia para expedir el estatuto general de contratación de las entidades públicas, sin que su facultad normativa se limite respecto de las entidades territoriales, ya que la expedición de estatutos locales de contratación, sería contrario a la reserva de ley en la materia; (ii) la reglamentación de los contenidos de los pliegos de condiciones y documentos tipo de manera general no es un

asunto en el que se encuentre excluida la potestad reglamentaria del Presidente de la República, ya que, no se trata de una de las materias reservadas constitucionalmente a las entidades territoriales, como, por ejemplo, la reglamentación de la facultad de los concejos municipales de autorizar la contratación; (iii) la figura de los pliegos tipo no materializa una forma de tutela administrativa en el tema contractual, ya que no permite a autoridades administrativas del orden nacional realizar controles respecto de la actividad contractual desarrollada en concreto por las entidades territoriales y se trata, únicamente, del desarrollo de la facultad reglamentaria que le asiste constitucionalmente al Presidente de la República; el control de la actividad contractual continúa siendo de la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (iv) La potestad atribuida al Gobierno Nacional, en el inciso segundo de la norma demandada, para expedir pliegos tipo, “cuando lo considere necesario, en relación con otros contratos o procesos de selección”, diferentes a “los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras”, no es inconstitucional, teniendo en cuenta que aunque se trata de una facultad discrecional, en cuanto a su ejercicio y en lo que respecta a la determinación del tipo contractual en general y del proceso de selección del que se predicarán los documentos tipos para los pliegos de condiciones, no constituye una competencia abierta o indeterminada, ya que dichos documentos tipo no se refieren a aspectos concretos y específicos de la contratación y, como lo dispone la misma norma, se predicarán únicamente de “las condiciones habilitantes, así como – de – los factores técnicos y económicos de escogencia”, elementos que no hacen parte de la autonomía de las entidades territoriales. En este sentido, el contenido de los pliegos de condiciones tipo no se encuentra indeterminado y su alcance, que está claramente delimitado por la norma bajo control, no vulnera la autonomía de las entidades territoriales. Finalmente, (v) del contenido en abstracto de los pliegos de condiciones tipo, no se evidencia una suplantación de las entidades territoriales para la gestión autónoma de los asuntos propios ya que, la determinación concreta y específica de la necesidad, oportunidad y alcance de la contratación, que comienza en la planeación del desarrollo, pasa por el presupuesto y se materializa en la configuración concreta del contrato, en la que el estatuto general de contratación reconoce autonomía de la voluntad de las entidades sometidas a él, para recurrir a la forma contractual más pertinente y para escoger y diseñar el contenido del contrato, en vista de la necesidad que se pretende satisfacer. La identificación y gestión autónoma de sus necesidades se trata de una facultad

que no resulta afectada por la estandarización, tal como, en respuesta a los requerimientos del Magistrado Ponente, explicó la Agencia Colombia Compra Eficiente.

81. Aunque la elaboración propia de los pliegos de condiciones, de manera concreta y específica, es una manifestación de la autonomía de las entidades territoriales para la gestión de sus asuntos propios, es necesario recordar que los pliegos de condiciones se componen de dos elementos: lo relativo a la selección del contratista y lo atinente al contrato que se celebrará. Es en la determinación de los elementos concretos y específicos de cada contrato, donde se manifiesta propiamente la autonomía de los entes territoriales para la gestión de los asuntos propios. Por el contrario, en los asuntos relativos a la selección del contratista, la autonomía es relativa, teniendo en cuenta que, además de la obligación de selección objetiva, la regulación de dichos procedimientos tiene reserva de ley, con amplia facultad de configuración por parte del Legislador y, por lo tanto, de allí se deriva la facultad reglamentaria presidencial. Así, en tratándose de la reglamentación de los procedimientos de selección de contratistas (criterios habilitantes para ofertar y factores de selección), no existe, en abstracto, una vulneración de la autonomía local para la gestión de sus asuntos propios, asunto que fue discutido en el Congreso de la República durante el trámite legislativo y se llegó a esta misma conclusión. En esencia, en los procedimientos de selección de contratistas existen intereses nacionales que justifican la intervención del Legislador.

82. En efecto, la norma bajo control prevé que los pliegos de condiciones tipo se refieren a los criterios habilitantes y a los factores de escogencia, asuntos ambos que hacen parte de la regulación de los procedimientos de selección de contratistas. En esta materia, en ejercicio del margen de configuración normativa en cuanto a los procedimientos de selección, el Legislador dispuso en la Ley 1150 de 2007 que no será objeto de ponderación para la selección de los contratistas, lo relativo a los criterios habilitantes, sino de simple verificación. Esta opción legislativa fue declarada exequible por este tribunal, recordando, que se trata de un asunto de la apreciación y configuración del Legislador.

83. Ahora bien, frente a la indicación del accionante según la cual los pliegos deberán cumplirse incluso si no son adaptados a la realidad local, precisa la Corte que aunque la carga en cabeza del Gobierno Nacional en la expedición de los pliegos tipo, que consiste en tener en cuenta la diversidad regional, se encuentre limitada en cuanto a la finalidad de promover el empleo local, el principio de eficacia en el ejercicio de la función administrativa

implica que el Gobierno Nacional, en la expedición de los pliegos, deberá actuar diligentemente para configurar instrumentos que permitan márgenes adecuados de discrecionalidad administrativa, sean sometidos a permanente revisión y ajuste y no se conviertan en obstáculos para la realización de fines de interés general confiados a las entidades públicas. Resulta igualmente significativo que, como lo señala la Agencia Colombia Compra Eficiente, en la preparación de dichos documentos se involucra la participación de diversos sectores y, por supuesto, de los representantes de las entidades territoriales. La Corte Constitucional encuentra que, al tratarse de actos administrativos de carácter general, el ordenamiento jurídico ofrece mecanismos para su control en pro del respeto del ordenamiento jurídico y, en particular, del principio constitucional de eficacia administrativa, tales como el control abstracto de validez, en cabeza de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y el control concreto, mediante la excepción de inconstitucionalidad, cuya declaratoria por parte de las entidades públicas requiere un acto administrativo motivado y compromete la responsabilidad del servidor público que lo profiere.

84. Así las cosas, al encontrar que la facultad conferida al Gobierno nacional para expedir documentos tipo para los pliegos de condiciones, con las características previstas en la norma bajo control, no genera afectación alguna a la autonomía de las entidades territoriales para la gestión de sus propios intereses, no resulta pertinente desarrollar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad al respecto y en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, concluye la Corte Constitucional que las expresiones demandadas del artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, que confieren competencia al Gobierno Nacional para expedir pliegos tipo en lo relativo a los criterios habilitantes y factores de selección, que serán obligatorios para todas las entidades públicas sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública, incluidas las entidades territoriales, no desconocen los artículos 1 y 287 de la Constitución y, por lo tanto, serán declaradas exequibles.

85. La Sala Plena de la Corte Constitucional adoptará la presente decisión, teniendo en cuenta que aunque el Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11532 y comunicado del 11 de abril de 2020, adoptados con ocasión de la emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia que afecta a Colombia, suspendió los términos para decidir el presente asunto entre el 16 de marzo y el 27 de abril de 2020, el artículo 1 del Decreto Legislativo 469 de 2020 dispuso que la Sala Plena de la Corte Constitucional podrá levantar

la suspensión de los términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura cuando fuere necesario para el cumplimiento de sus funciones constitucionales. Por lo tanto, en aplicación de lo dispuesto en el Auto 121 proferido por la Sala Plena de esta Corte el 16 de abril de 2020, en este caso, la Sala de Revisión dispondrá el levantamiento de la suspensión de términos para fallar el presente asunto.

86. Las consideraciones expuestas responden con suficiencia a los argumentos planteados por el demandante y los intervinientes en el proceso, como se expone a continuación:

Argumentos de la demanda y de los intervinientes

Consideraciones de la Corte

(i) La demanda no es clara, porque recurre a argumentos que se contradicen entre sí. Carece de certeza, porque presupone que los pliegos tipos serán obligatorios en todos los casos, cuando, en realidad, únicamente lo serán respecto de las tipologías expresamente allí previstas, mas no respecto de las otras en las que el Presidente decida expedir pliegos tipos. Igualmente, presupone que el gobierno ejercerá mal la función de expedir los pliegos tipo. También, desconoce que la norma misma dispone que los pliegos tipo deberán tener en cuenta la variedad regional. Por otra parte, se recurren a argumentos impertinentes, de rango legal, jurisprudencial y de conveniencia. Por lo tanto, la demanda es insuficiente ya que no es suficientemente convincente.

Aunque la demanda incurre en algunos defectos argumentativos, en esencia, no realiza una interpretación indebida de la norma y formula, de manera específica, una acusación de inconstitucionalidad que resulta suficiente para desatar el control de constitucionalidad, en aplicación del principio pro actione.

(ii) Resulta paradójico que las normas que regulaban la contratación administrativa en vigencia de la Constitución de 1886, centralista, otorgaran mayor autonomía a los entes territoriales en materia contractual, que las expedidas en vigencia de la Constitución actual. El respeto de la autonomía territorial implica del Legislador el respeto de la competencia normativa residual de las corporaciones públicas territoriales. Los pliegos tipo, al ser actos administrativos de trámite, no son demandables y el detalle de su contenido, impide que permitan el ejercicio autónomo del gobierno local. Ahora bien, los pliegos tipo no sólo afectan

la autonomía de los entes territoriales, sino de todos los órganos que constitucionalmente gozan de autonomía y que son sujetos del Estatuto de Contratación Estatal. Se trata de una norma regresiva en el proceso de descentralización, al impedir que las autoridades locales elaboren los pliegos de manera concordante con sus propias realidades y necesidades.

La autonomía constitucionalmente reconocida a las entidades territoriales no es absoluta y encuentra límites razonables en aplicación del principio de unidad estatal o de Estado Unitario. En aplicación de dicho principio, el último inciso del artículo 150 de la Constitución atribuyó competencia al Congreso de la República para expedir el estatuto general de contratación de la administración pública, facultad que comprende a las entidades territoriales. La reserva de ley en la materia determina que los entes territoriales carecen de competencia para regular, mediante actos administrativos de las corporaciones públicas territoriales, la contratación administrativa y, por lo tanto, carecen de competencia para expedir estatutos territoriales de contratación.

La estandarización de los pliegos tipo que prevé la norma bajo control no desconoce la autonomía de las entidades territoriales, ya que se refiere únicamente al proceso de selección del contratista, en cuanto a las condiciones habilitantes y los factores de ponderación, asuntos en los que las entidades territoriales carecen de autonomía, como consecuencia derivada del principio de unidad estatal, que implica el sometimiento a las leyes de la República.

(ii) La estandarización es constitucional, por los fines que persigue: eficiencia y objetividad en la selección de contratistas. Además, la autonomía de las entidades territoriales es legítimamente objeto de límites legales. Sin embargo, dichas limitaciones deben ser razonables y proporcionadas, lo que no ocurre con la norma cuestionada, ya que no prevé que los pliegos tipo tendrán condiciones generales de la contratación, sino regulan requisitos precisos y detallados como condiciones habilitantes, factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos. Por lo tanto, indebidamente interpretados, no dejarían margen a la entidad para individualizar su contratación. Por esta vía, se afectaría la autonomía de los entes territoriales para gestionar sus propios asuntos y para intervenir la economía, a través de la contratación. Por lo tanto, debería condicionarse

su exequibilidad a que cuando se expidan los pliegos tipo, éstos únicamente contengan condiciones generales, dejando margen a la entidad territorial.

Para otro interviniente, si se concluye que los pliegos tipo son actos administrativos de carácter general, serían inexecutable, porque serían rígidos e inmodificables, lo que afecta la autonomía de las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses. Por el contrario, si se identifican como un proyecto de negocio jurídico, permitirían su adaptación si resultan incoherentes, inadaptados o incluyen condiciones técnicas, económicas o habilitantes, que no responden a la realidad del mercado local.

Aunque la Corte Constitucional comparte que la indebida interpretación y aplicación de la norma demandada podría terminar poniendo en riesgo la autonomía de las entidades territoriales y el principio de eficacia administrativa, dicho riesgo no surge de la norma en cuestión, razón por la cual, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, no se hace necesario realizar condicionamientos a su exequibilidad. La verificación de la validez concreta de los pliegos tipo, deberá realizarse, caso a caso, mediante los mecanismos de control abstracto de actos administrativos, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de control concreto, mediante la excepción de inconstitucionalidad cuya declaratoria exige motivación e implica responsabilidades.

La naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones como actos administrativos no genera su inconstitucionalidad ya que, al ser expedidos por el Presidente de la República, son manifestaciones de su competencia reglamentaria constitucionalmente asignada. En tratándose de actos administrativos, son objeto de controles abstractos y concretos de validez.

(iv) La autonomía de las entidades territoriales, en el Estado Unitario, no es absoluta y puede ser limitada por la Constitución y la Ley. Igualmente, en materia de contratación estatal, en virtud del artículo 150 de la Constitución, el Legislador dispone de un amplio margen de configuración normativa. Dicha facultad no se limita a la administración nacional, ya que la expresión “especialmente” utilizada por el artículo 150, no significa que el Legislador carezca de competencia respecto de la contratación de las entidades territoriales. La norma bajo control, no afecta de manera alguna la autonomía de las entidades territoriales, ya que no se

impide que éstas administren sus recursos propios, determinar sus necesidades, formular el plan anual de adquisiciones y escoger el tipo contractual. La autonomía de los entes territoriales no se materializa en la selección del contratista y la adjudicación, sino en la determinación de las necesidades, la planeación, la ejecución y la liquidación del contrato. La norma no afecta entonces la autonomía de las entidades territoriales, pero si se concluyera que sí, esta es razonable y proporcionada, porque persigue fines como la lucha contra la corrupción, la protección del patrimonio público, la democratización en el acceso a los contratos estatales, la participación libre en los procesos de selección, la libre competencia, la selección objetiva y la transparencia. Finalmente, la facultad presidencial para expedir los pliegos tipo, es una manifestación de su poder reglamentario de la ley.

Las expresiones demandadas del artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 no vulneran la autonomía constitucional de las entidades territoriales, ya que la facultad atribuida al Presidente de la República para estandarizar algunos elementos de los pliegos de condiciones, no se predica de los elementos esenciales de la autonomía de estos entes, en materia contractual. Así, las entidades territoriales continuarán expidiendo pliegos de condiciones individualizados para cada contratación en la que podrán determinar autónomamente los elementos del contrato, como respuesta a la necesidad que, en ejercicio de su autonomía, se pretende satisfacer. La norma no introduce mecanismo alguno de tutela administrativa en materia contractual y, por el contrario, se trata de una materia en la que el Legislador goza de amplio margen de configuración normativa. Por lo tanto, no le asiste razón al accionante al considerar que, respecto de los entes territoriales, el Congreso de la República disponga de una competencia reducida, para la expedición del estatuto general de contratación de la administración pública es un asunto con reserva de ley.

En la expedición concreta de los pliegos de condiciones tipo, el Gobierno Nacional deberá evitar afectar la autonomía de las entidades territoriales o el principio de eficacia administrativa. Por lo tanto, la participación en su elaboración, su permanente revisión para ser adaptados y el control abstracto y concreto de validez, son mecanismos que contribuyen a la adecuación de dichos instrumentos, para el logro de sus objetivos, sin sacrificar otros contenidos constitucionales.

87. Con fundamento en lo anterior, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que las expresiones bajo control, deben ser declaradas exequibles, por el cargo examinado.

G. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

88. Le correspondió a la Corte Constitucional decidir una demanda contra algunas expresiones contenidas en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, que adicionó un párrafo al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en las que se atribuye competencia al Gobierno Nacional para adoptar documentos tipo para los pliegos de condiciones de determinados contratos y también lo autoriza para adoptar dichos documentos tipo respecto de los otros contratos o procesos de selección y se prevé que los mismos deberán ser utilizados obligatoriamente por todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los procesos de selección que adelanten.

89. De manera preliminar y, en aplicación del principio pro actione, concluyó la Corte que la demanda era apta para permitir un pronunciamiento de fondo en cuanto a la constitucionalidad de la norma. A continuación, a partir de los argumentos del escrito ciudadano, este tribunal formuló el siguiente problema jurídico: ¿La facultad atribuida al Gobierno Nacional por el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, para adoptar documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras o en cualquier otro tipo de contrato o proceso de selección, que considere el Gobierno Nacional y que deben ser obligatoriamente utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación, en sus respectivos procesos de procesos de selección, desconoce la autonomía de las entidades territoriales, prevista en los artículos 1 y 287 de la Constitución Política?

90. Para responder a este problema jurídico, la Corte Constitucional (i) determinó el margen de configuración del legislador en materia de contratación pública, frente a la autonomía de las entidades territoriales. Al respecto, concluyó que la competencia atribuida por el último inciso del artículo 150 de la Constitución es amplia y no se encuentra restringida en lo que concierne a la contratación de las entidades territoriales las que, carecen de competencia constitucional para expedir estatutos territoriales de contratación pública. Sin embargo, advirtió que en ejercicio de dicha facultad, el Legislador no puede desconocer la autonomía de las entidades territoriales en materia de contratación para gestionar sus propios asuntos la que, en particular, les confiere la facultad para determinar sin intervención o tutela exógena, las necesidades que se pretenden satisfacer, su priorización, la decisión de recurrir

a la contratación, la configuración concreta de los elementos del contrato y la dirección tanto de la selección, como de la ejecución contractual, en el marco del ordenamiento jurídico. (ii) Estudió igualmente la relación que existe entre los pliegos de condiciones individualizados y aquellos estandarizados, respecto de la materialización de los principios de la función administrativa. Concluyó al respecto que aunque ambas figuras encuentran fundamento constitucional en los mandatos de optimización previstos en el artículo 209 de la Constitución y el Legislador goza de un amplio margen para configurar su régimen jurídico y para combinarlos, el principio constitucional de eficacia de la función administrativa implica que la estandarización de los pliegos de condiciones no puede convertirse en un obstáculo para la consecución de los fines de interés general confiados a cada autoridad administrativa, razón por la cual, los documentos normalizados deben permitir adecuados márgenes de discrecionalidad, como instrumento indispensable para la eficacia administrativa. (iii) Finalmente, determinó la constitucionalidad de las expresiones demandadas, a través de un examen del alcance de los pliegos de condiciones tipo, respecto de la autonomía de las entidades territoriales. Encontró la Corte en el control abstracto de constitucionalidad, que de la norma no surge vulneración alguna de la autonomía de los entes territoriales, en cuanto que la estandarización se predica únicamente de los requisitos habilitantes y los criterios de escogencia, elementos propios del procedimiento de selección de contratistas, materia en la que existe reserva de ley, el Legislador goza de un amplio margen de configuración normativa y que no se encuentra atribuida a la regulación de las entidades territoriales. Resaltó que la norma cuestionada no interfiere en la facultad de las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, la que, en materia contractual, se predica particularmente de la identificación autónoma de sus necesidades y la configuración de los elementos del contrato. Finalmente, indicó que el respeto de la autonomía de las entidades territoriales, así como del principio constitucional de eficacia de la función administrativa, se garantiza a través de los mecanismos institucionales de control abstracto de validez de actos administrativos, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y concreto, mediante la excepción de inconstitucionalidad la que exige la expedición de un acto administrativo motivado e involucra la responsabilidad por su adopción.

91. En razón de las anteriores consideraciones, la Sala Plena de la Corte Constitucional declarará la exequibilidad de las expresiones demandadas del artículo 4 de la Ley 1882 de 2018.

. DECISIÓN

La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR, respecto del presente asunto, la suspensión de términos ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura.

Segundo.- Declarar la EXEQUIBILIDAD de las expresiones demandadas del artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de Infraestructura y se dictan otras disposiciones, en cuanto al cargo de vulneración de los artículos 1 y 287 de la Constitución Política.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

- Salvamento de voto -

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General