

Las facultades normativas de Colombia Compra Eficiente

Por: Carolina Ariza Zapata

A casi una década de la creación de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, se ha generado un intenso debate sobre la legalidad de los actos que expide dicha Unidad Administrativa Especial. En el ojo del huracán se encuentra la competencia, como corolario fundamental del principio de legalidad. La pregunta clave es la siguiente: ¿Cuenta la Agencia con la competencia necesaria para expedir normas jurídicas, y en caso afirmativo, ¿cuál es su alcance?

Debe advertirse que Colombia Compra Eficiente profiere dos tipos de "normativas", aquellas por medio de las cuales recomienda la adopción de conductas y aquellas por medio de las cuales las ordena. Ejemplo de las primeras es el "Manual para el manejo de los acuerdos comerciales en procesos de contratación", en el cual la Agencia expresamente declara que su objetivo es ofrecer una guía. Por su parte, constituye un buen ejemplo de las segundas la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente según la cual "Las circulares externas proferidas por Colombia Compra Eficiente son actos administrativos que contienen mandatos, orientaciones e instrucciones que van dirigidas a las Entidades Estatales y al público en general y son de obligatorio cumplimiento".¹

A continuación, se analizarán las tres providencias judiciales en las cuales el Consejo de Estado ha debido pronunciarse sobre la validez de la asignación, por parte del Gobierno Nacional, de competencias normativas a favor de la Agencia: (i) Sentencia del 16 de agosto de 2017, exp. 56.166, acerca de la legalidad del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015, (ii) Sentencia del 11 de abril de 2019, exp. 52.055, sobre la legalidad del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013 y, (iii) Auto del 6 de agosto de 2019, exp. 62.003, por medio del cual se decidió la suspensión provisional de algunas disposiciones contenidas en el Decreto 92 de 2017.

(i) En el primer fallo se afirmó enfáticamente que la potestad reglamentaria en cabeza del presidente de la República constituye una regla general que solo puede ser objeto de las excepciones previstas en la Constitución Política. Con base en lo anterior y en el análisis de los artículos 2º de la Ley 1150 de 2007 y 3 del Decreto-Ley 4170 de 2011, el Consejo de Estado consideró válida la atribución hecha por el Decreto 1082 de 2015, en favor de Colombia Compra

1. Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, p. 8.

Eficiente, para determinar las condiciones de suscripción de los acuerdos marco de precios.

Lo anterior por cuanto dicha competencia se enmarca dentro la decisión adoptada por el Gobierno nacional, de designar a la Agencia como la entidad a cargo de las funciones de diseñar, organizar y celebrar los acuerdos marco de precios -según el Decreto-Ley 4170-, en cumplimiento del mandato legislativo contenido en la Ley 1150. Esta conclusión estuvo precedida de la afirmación según la cual, la competencia enjuiciada no constituye “expresión de un poder reglamentario similar o propio al atribuido por la Constitución al presidente de la República”, sino que constituye un poder de regulación subordinado a este último.

(ii) En el segundo fallo correspondió al Consejo de Estado pronunciarse sobre la legalidad de la atribución de algunas funciones a Colombia Compra Eficiente por parte del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013. El juez administrativo comenzó por afirmar que el esquema constitucional de la potestad reglamentaria no puede ser modificado por obra de una norma de rango legal, así como tampoco puede el presidente de la República, mediante un acto reglamentario, delegar dicha potestad en otra entidad. Se reiteró en este fallo que la Agencia tiene asignadas facultades de regulación de la actividad contractual del Estado, mas no es delegataria, en modo alguno, de potestades reglamentarias.

Ambas sentencias reconocen que las distintas entidades y autoridades estatales cuentan con la competencia necesaria para proferir normas jurídicas sometidas a la ley y a los decretos reglamentarios, con el fin de desarrollar y hacer ejecutables las normas superiores a las que se hallan sujetas, a lo cual se denomina regulación. Esta última podrá ser considerada un acto administrativo de carácter general, en la medida en que se trate de prescripciones impersonales y abstractas de carácter vinculante para sus destinatarios. Todo lo anterior sin perjuicio de que siempre y sin excepción, la ley y el reglamento deben anteceder a la regulación y esta última está sometida, en términos jerárquicos, a su fiel observancia.

Con base en este marco conceptual, en el segundo fallo el Consejo de Estado declaró válidas algunas competencias asignadas a Colombia Compra Eficiente para diseñar e implementar ciertos manuales, al tiempo que declaró la nulidad de la competencia para diseñar e implementar los manuales y guías para la identificación y cobertura del riesgo y minutas tipo de contratos, así como pliegos de condiciones tipo. En la providencia se afirma con contundencia que la asignación de estas últimas competencias a favor de la Agencia implicó un traslado inválido de la potestad reglamentaria. En el caso de la minuta y pliegos

tipo, el Consejo de Estado denunció lo que denominó una “orfandad normativa” absoluta, en tanto el Decreto-Ley 4170 no asignó a la Agencia la pretendida competencia tendiente a definir, en forma vinculante, el contenido de los contratos que suscriban las entidades públicas.

(iii) En reciente auto, el Consejo de Estado suspendió provisionalmente algunas disposiciones del Decreto 92 de 2015 que reglamenta la contratación con entidades sin ánimo de lucro contenida en el artículo 355 de la Constitución Política. Al encarar el problema jurídico, el Consejo de Estado afirmó de tajo que, según la disposición constitucional, a quien le corresponde reglamentar la contratación con entidades sin ánimo de lucro es al Gobierno nacional, del cual no hace parte la Agencia. Así las cosas, dejar vacíos para que sea Colombia Compra Eficiente quien los complete y permitirle dictar pautas y criterios, equivale a delegar la potestad reglamentaria, pues la debida aplicación del decreto hace necesario acudir a “los parámetros que, ex post facto, debían ser establecidos en la llamada “guía” expedida por Colombia Compra Eficiente”

Con base en este apretado resumen de las providencias del Consejo de Estado en la materia, es posible extraer al menos tres conclusiones.

(i) Es menester distinguir entre aquellas normativas de la Agencia que son vinculantes y aquellas que apenas contienen simples recomendaciones. Esto por cuanto mientras las primeras constituyen verdaderos actos administrativos, las segundas serán, a lo sumo, una manifestación de soft law.

(ii) El Gobierno nacional no puede delegar en Colombia Compra Eficiente la potestad reglamentaria que constitucionalmente le ha sido atribuida, o por lo menos no puede hacerlo en ausencia de autorización constitucional o legal. De ahí que la determinación sobre la legalidad de las facultades normativas atribuidas a la Agencia, implica siempre y en primer lugar, poder afirmar que no se trata del ejercicio de dicha potestad.

(iii) La competencia normativa que válidamente puede desarrollar la Agencia es aquella denominada regulatoria. En virtud de esta facultad, las autoridades públicas pueden, dentro de su ámbito funcional, expedir actos generales, impersonales y abstractos en los que se precisen las condiciones de ejecución del reglamento. Esta regulación estará jerárquicamente subordinada a la ley y al reglamento, no solo en cuanto al respeto debido a su contenido, sino además en la medida en que su formulación exige la existencia previa de pautas y criterios de rango reglamentario.

Ahora bien, de antaño se ha dicho que la competencia, como elemento del acto administrativo, debe ser clara, previa y expresa. Sin embargo, según se ha visto, el Consejo de Estado ha optado por utilizar la fórmula según la cual las autoridades públicas cuentan con una competencia inherente para proferir normas jurídicas con el fin de viabilizar la ejecución de las normas superiores.

Según esto, la expresa habilitación legal a favor de Colombia Compra Eficiente para proferir normas jurídicas es suficiente para fundar la competencia de la Agencia, pero su ausencia no implica incompetencia.

Esta solución es susceptible de generar el rechazo de muchos abanderados de la defensa del principio de legalidad. Lo cierto es que la competencia general de regulación desarrollada por el Consejo de Estado no cuenta con un respaldo jurídico positivo, distinto de la propia jurisprudencia analizada. Sin embargo, también es cierto que su osada utilización aparece siempre acompañada de la inquebrantable exigencia de que la regulación se derive siempre y sin excepción de la reglamentación previa del asunto por parte del Gobierno nacional y de que su alcance y contenido se sometan imperativamente al respeto de la Ley y el reglamento.

En todo caso, la perpetuidad de esta tesis deberá superar la prueba del control de legalidad de los actos proferidos por Colombia Compra Eficiente en ejercicio de la competencia regulatoria que ha venido tomando forma y fuerza. Esta será la oportunidad para que el juez administrativo establezca con mayor claridad su alcance, y por qué no, su fundamento jurídico.

Ariza & Marín

Medellín – 25 de junio de 2020