

## **CONTRATACION PUBLICA EN ESTADOS DE EXCEPCION – Principios que la rigen. Marco legal mixto**

La norma reglamentada establece, además, que los contratos que celebre el Fondo para el cumplimiento de su finalidad, se regirán por las normas de derecho privado pero también se someterán a las disposiciones contenidas en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política y que en ellos se aplicarán los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007(...). Tales contratos i) se hallan sujetos a los principios constitucionales de la función administrativa, ii) están sometidos al control fiscal de la Contraloría General de la República, iii) en ellos deberán incluirse las facultades excepcionales consagradas en el estatuto de contratación estatal y iv) los cubre, además, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para este tipo de contratación... resulta evidente que a pesar de que el Decreto 4819 de 2010 establece que los contratos que celebre el Fondo Adaptación se sujetarán a las normas de derecho privado, en realidad consagró un marco normativo mixto, compuesto tanto por normas de esta naturaleza, como por mandatos constitucionales y legales de derecho público, que irradian sus efectos sobre la celebración de estos negocios jurídicos... De tal manera que la aplicación de las normas de derecho privado no puede implicar el desconocimiento de los principios de la función administrativa ni de las facultades excepcionales otorgadas a la entidad destinataria de la reglamentación, como tampoco las inhabilidades e incompatibilidades que el ordenamiento contempla para la celebración de los contratos estatales, naturaleza esta última que, sin duda, ostentan los contratos celebrados por el Fondo Adaptación, independientemente del régimen jurídico predominante

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 267 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 14 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 15 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 16 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 17 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 18 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 13 / DECRETO 4819 DE 2010

### **TEST DE PROPORCIONALIDAD - Aplicación en decretos extraordinarios**

La Corte Constitucional ha implementado un test de proporcionalidad para juzgar la constitucionalidad de las normas legales, el cual reviste distintos niveles de intensidad dependiendo de la materia sobre la cual recae la norma analizada, test que ha sido utilizado en ocasiones por el Consejo de Estado para examinar la legalidad de actos administrativos sometidos a su juzgamiento y que resulta útil para los efectos del particular mecanismo de control inmediato de legalidad de los decretos del gobierno nacional que son desarrollo de los decretos legislativos expedidos con base en los estados de excepción, teniendo en cuenta el marco dentro del cual dicho control se efectúa (...). Para la Sala es claro que lo que se pretende mediante la estructuración de un régimen especial para los contratos del Fondo Adaptación, es lograr la simplificación y agilización de las actuaciones y decisiones relativas a su formación para de esta forma permitir su pronta ejecución, en vista de la urgencia que reviste la solución de los graves problemas derivados de la fuerte ola invernal que origina las medidas excepcionales, pero sin perder de vista los principios que informan las actuaciones estatales en la materia y conservando las facultades que se desprenden de su naturaleza para la entidad contratante, a la luz de la normatividad vigente (...). Es evidente la legalidad del fin perseguido y del medio utilizado para ello, así como su idoneidad para alcanzarlo. Queda así en evidencia que la Sala adopta en el presente caso la versión débil del test de proporcionalidad, teniendo en cuenta que en materia de contratación

estatal, el legislador -extraordinario en el presente caso-, debe tener un amplio margen de discrecionalidad. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre la aplicación del test de proporcionalidad consultar la sentencia de la Corte Constitucional C-432 del 2 de junio de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, y la sentencia de esta Corporación del 23 de octubre de 2013, exp. 40458, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

## **PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION ESTATAL - Definición / PLANEACION CONTRACTUAL - Finalidad**

Los principios de la función administrativa y de la contratación estatal, constituyen verdaderas normas jurídicas de naturaleza finalística (...) de tal modo que los procedimientos que se adelanten y las decisiones que se tomen, deben estar inspirados en esas reglas fundamentales que apuntan a la obtención de fines superiores y a la protección de los valores involucrados en el ejercicio del poder estatal (...). Los principios que, como las reglas positivas, establecen un deber ser y exigen un determinado comportamiento (...) El Decreto 2962 de 2011, al establecer en su artículo 1 los principios rectores de la contratación del Fondo Adaptación, se limitó a definir el marco axiológico de toda su actividad contractual, consagrando para ello los criterios y conductas fundamentales de las relaciones jurídicas del Estado, puesto que los que denominó principios de igualdad, selección objetiva, buena fe, planeación, análisis de riesgos, calidad, economía, transparencia, publicidad, equidad y solemnidad del contrato, constituyen reiteración, desarrollo o manifestación directa de los consagrados en la norma superior como principios de la función administrativa –art. 209 constitucional- y/o de los establecidos en la Ley 80 de 1993, como propios de la contratación estatal. Por lo tanto, debe entenderse que la interpretación y aplicación de las normas de contratación del Fondo Adaptación contenidas en el decreto objeto de estudio, debe hacerse de conformidad con los principios que la informan (...). Los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva a los que alude el Decreto 2962, los mismos constituyen desarrollo del principio de moralidad de la norma constitucional (...). El principio de transparencia está inmerso en toda la actividad estatal y resulta de la plena aplicación del de publicidad, que rige como regla general respecto del obrar de todas las autoridades (...). El principio de igualdad, a su turno, ocupa un lugar relevante dentro del concierto normativo constitucional y legal, al ser contemplado desde el mismo preámbulo de la Carta como eje fundamental del Estado, al consagrarse en el artículo 13 de la misma como derecho fundamental y ser establecido por el artículo 209 ibídem como principio rector del ejercicio de la función administrativa (...) exigencias todas que resultan predicables de cualquier procedimiento de selección de contratistas que adelanten las entidades estatales, independientemente de si se rigen por el estatuto de contratación estatal o por un régimen especial o por las normas de derecho privado, por cuanto tienden a desterrar la arbitrariedad y subjetividad del terreno de la contratación estatal y a lograr que los contratos se celebren y ejecuten por quienes han presentado las mejores ofertas objetivamente consideradas y de esta manera estén en mejores condiciones de satisfacer la necesidad que originó la respectiva contratación (...). Los principios de economía, planeación, análisis de riesgos y calidad, los mismos no son otra cosa que una manifestación del principio de eficacia al que alude la norma constitucional, en la medida en que el mismo propende porque todas las actuaciones adelantadas por las autoridades administrativas, obtengan la finalidad para la cual se otorgó la competencia y se autorizó la actividad(...). El deber de planeación gravita sobre toda la actuación administrativa, que debe obedecer a un determinado orden, encaminado a la obtención de ciertos fines previamente trazados y dirigidos a la obtención de los objetivos impuestos como justificación de las competencias

legalmente otorgadas, que convergen, en última instancia, en el cumplimiento de los fines sociales del Estado, la promoción de la prosperidad general y la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...). El enfoque transformador en la planeación pretende que aquella vulnerabilidad socio-económica y ambiental que expuso a una parte de la población a sufrir con mayor peso los rigores del invierno, al tener que soportar una porción mayor de la destrucción, debe, en aras de la equidad, ser beneficiaria, mediante una correcta planeación, de un cambio progresivo y estructural de su entorno a través de una reconstrucción incluyente(...). La reconstrucción es también una oportunidad para recomponer una situación de histórica fragilidad, de enmendar prácticas económicas que socavan la sostenibilidad ambiental y que perpetúan formas de exclusión, todo ello mediante la creación de nuevas condiciones económicas amables con el ecosistema y que den fortaleza al tejido social. En consecuencia, la exigencia de que todos los procesos de contratación agoten una etapa previa de preparación en la que se contemplen todas las circunstancias necesarias para la correcta ejecución del futuro contrato, entre ellas las relacionadas con la calidad del objeto a adquirir y la determinación de las eventualidades que se pueden presentar y afectar la ejecución contractual así como la asignación de las responsabilidades frente a las mismas, apunta precisamente a garantizar una actividad contractual eficaz

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / DECRETO 2962 DE 2011

#### **EQUILIBRIO ECONOMICO CONTRACTUAL - Principio de conmutatividad**

El denominado en el Decreto 2962 de 2011 principio de equidad, tal y como está descrito en la norma, aparece más como un principio de conmutatividad, en la medida en que corresponde al derecho de las partes al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, figura que frente a los contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993, fue regulada en varias de sus normas: el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, establece que la entidad estatal deberá solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato (...). El artículo 5 de la mencionada ley, consagra el derecho de los contratistas a obtener oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. A su vez, el numeral 14 del artículo 25, relativo al principio de economía, dispone que cuando la Administración ejerza alguna de sus potestades excepcionales de interpretación, modificación o terminación unilateral –que también han sido establecidas para los contratos que celebre el Fondo Adaptación-, debe proceder a reconocer y ordenar el pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y que se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar (...). El artículo 27 de la Ley 80 de 1993, se refiere específicamente a la ecuación contractual (...). No obstante, la ecuación contractual o equilibrio económico del contrato no es una figura ajena a los contratos regidos por las normas del derecho privado, toda vez que el Código de Comercio en su artículo 868 prevé la posibilidad de que la ecuación contractual se vea afectada y la forma de restablecerla

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 4 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 5 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25 NUMERAL 14/ LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 27 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 868

## **PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION PUBLICA - El contrato debe constar por escrito como manifestación de los principios de la función administrativa**

El Decreto 2962, dentro de la enunciación de principios que efectúa en el artículo 1, incluyó la solemnidad del contrato referido a la obligatoriedad de que todos los contratos del Fondo Adaptación consten por escrito. Al respecto, se advierte que esta exigencia no constituye propiamente un principio (...) No obstante lo anterior, la Sala considera que la exigencia de que todos los contratos que celebre el Fondo Adaptación deben constar por escrito, es una manifestación de los principios constitucionales de la función administrativa –art. 209- de moralidad y publicidad en los procesos contractuales que adelante dicha entidad y del sometimiento de la contratación al control fiscal consagrado constitucionalmente como un mecanismo de protección de los recursos públicos –art. 267 (...) Sin embargo, se debe tener en cuenta que, al someterse a las normas del derecho privado –civiles y comerciales- en todo lo que no contravenga los principios de derecho público que lo informan, serán aplicables al contrato estatal celebrado por el Fondo Adaptación las solemnidades especiales allí exigidas, tales como la protocolización mediante instrumentos públicos y otros. Aspecto que esta Sala considera debe entenderse como parte del supuesto normativo analizado, por lo cual se declarará legal en forma condicionada, es decir, siempre y cuando se interprete que tal solemnidad escrita no agota la aplicación de las demás formalidades que se requieran de conformidad con las normas civiles y comerciales.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 267 / DECRETO 2962 - ARTICULO 1

## **PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - Marco legal / RESERVA LEGAL - Constituye una excepción al principio de publicidad por lo que solo la Constitución y la ley pueden disponer las excepciones a la publicidad contractual**

Según la norma revisada, el principio de publicidad que debe informar los contratos del Fondo Adaptación, consiste en que Todos los procesos contractuales del Fondo de Adaptación serán públicos, salvo reserva legal y/o reglamentaria excepcional y debidamente motivada. En la página web de la entidad y en el Secop se publicará toda la información necesaria para proponentes e interesados. Para la Sala, la frase resulta cuestionable por inconstitucional e ilegal, por cuanto la regla general frente a las actuaciones administrativas de las autoridades, es la de su publicidad, que constituye un principio consagrado tanto en el artículo 209 de la Carta como en el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984 (...). La publicidad de las actuaciones administrativas es un principio constitucional –artículos 74 y 209- que ha sido regulado de tiempo atrás, tal y como consta en la Ley 57 de 1985... Siendo la publicidad de las actuaciones administrativas la regla general, existen excepciones en las cuales por razones del más alto interés –de defensa o seguridad nacional, por ejemplo-, algunas informaciones o documentos están sometidos a reserva y por lo tanto no se hallan disponibles para el público en general. Sin embargo, se advierte que tal reserva sólo puede tener origen en una disposición legal, pues así lo establece la Constitución Política en su artículo 74 (...). No cabe duda de que solamente la Constitución y la ley pueden someter a reserva informaciones y documentos expedidos por las autoridades estatales, de tal manera que la disposición contenida en el artículo 1 del decreto objeto de estudio y que permite la reserva reglamentaria excepcional de procesos de contratación adelantados por el Fondo Adaptación, resulta no sólo ilegal sino inconstitucional.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 74 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / LEY 57 DE 1985 - ARTICULO 1 / LEY 57 DE 1985 - ARTICULO 12 / DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 3

### **REGISTRO DE PROYECTO Y REGISTRO DE PROPONENTES - Finalidad**

En relación con el registro de proyectos, la Sala no tiene objeciones, en la medida en que en los términos en los que se concibe su creación en el Fondo Adaptación, corresponde a un mecanismo de organización de las inversiones y obras que realizará la entidad, estableciendo de esta forma una priorización en los trabajos y actividades a emprender e introduciendo orden en su ejecución. La existencia de este registro coincide con la exigencia que en este ámbito rige para todas las entidades estatales, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 339 de la Constitución Política (...). Constituye un desarrollo del deber de planeación que se impone en la preparación, adjudicación y ejecución de todo contrato estatal, como manifestación del principio de economía que informa la actividad contractual del Estado –art. 209, C.P. y art. 13, Ley 1150 de 2007- y que implica el análisis previo a cualquier proceso de contratación, de su adecuación a los planes de inversión, de adquisición de compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso, de la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, la elaboración de los estudios, diseños y proyectos requeridos y de los pliegos de condiciones o términos de referencia a utilizar (...). No ocurre lo mismo en cuanto al registro de proponentes que se autoriza crear al Fondo, distinto del registro único establecido por la ley, por cuanto no se advierte por qué su existencia resulta necesaria o conveniente para el cumplimiento de la finalidad para la cual se autoriza la implementación de una regulación contractual especial para dicha entidad (...). El registro único de proponentes fue creado con la expedición de la Ley 80 de 1993, en la cual se dispuso –art. 22 - que las personas interesadas en celebrar con las entidades estatales contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, debían inscribirse en la Cámara de Comercio de su jurisdicción y debían estar clasificadas y calificadas de conformidad con lo previsto en la misma ley (...). De acuerdo con la norma, no se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa, contratos para la prestación de servicios de salud, contratos de mínima cuantía, enajenación de bienes del Estado, contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas, los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole, casos en los cuales corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes (...). De acuerdo con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y de organización de los proponentes, fueron establecidos como requisitos habilitantes para la participación en los procesos de selección de contratistas, lo que significa que no dan puntaje, pero su cumplimiento deberá ser verificado, para lo cual se le atribuyó a las Cámaras de Comercio la facultad de efectuar tal verificación exija la respectiva certificación (...). En el presente caso, se observa que el Decreto Legislativo 4819 de 2010 autorizó la reglamentación de las condiciones para la contratación del Fondo Adaptación que permitan mayor eficiencia en la recuperación, construcción y reconstrucción de las zonas afectadas y demás tareas necesarias para solucionar las consecuencias que se derivaron del fenómeno de La Niña, pero la norma también dice que ello debe lograrse garantizando el cumplimiento de los principios constitucionales y legales. Permitir que el Fondo Adaptación adopte e imponga la utilización de un registro de

proponentes distinto y elaborado por la entidad para los casos de convocatoria abierta, que se asimilan a la licitación pública regulada por el estatuto de contratación estatal, a juicio de la Sala no se justifica desde el punto de vista de la finalidad para la cual se autorizó la reglamentación especial de la contratación de la entidad, ni asegura en debida forma la garantía del derecho de concurrencia de oferentes, que en los mencionados procedimientos de selección de contratistas, se verá restringido por la exigencia de encontrarse inscritos en el nuevo registro implementado por la entidad (...). Por esta razón, la Sala considera que la consulta al RUP deberá realizarse por parte del Fondo en todos los procesos de convocatoria abierta y convocatoria cerrada, en la medida en que éste se considera el medio idóneo para verificar los requisitos mínimos que debe reunir una persona para contratar y para garantizar de esta forma, que posee las calidades necesarias para una correcta ejecución del objeto contractual, desde el punto de vista de su capacidad jurídica, técnica, económica y de experiencia... No se está afirmando que todas las entidades del Estado tengan que sujetarse, necesariamente, al RUP, independientemente del régimen legal de contratación al que se encuentren sujetas, sino que el Fondo Adaptación debe hacerlo, en razón de su naturaleza y finalidad especiales, surgidas de la declaratoria de emergencia económica que se originó por la ocurrencia de un desastre natural. Como consecuencia de lo expuesto, la Sala declarará la nulidad del artículo 3 del Decreto 2962 de 2011.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 339 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 6 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 22 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 5 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 13 / DECRETO LEGISLATIVO 4819 DE 2010 / DECRETO 2962 DE 2011 - ARTICULO 3

#### **SELECCION DEL CONTRATISTA - No se puede limitar las funciones reglamentarias del Presidente de la República en favor de una entidad**

El artículo 4 del decreto en estudio contiene los procedimientos de selección de contratistas que podrá adelantar el Fondo Adaptación, distinguiendo tres: i) contratación directa, ii) convocatoria cerrada y, iii) convocatoria abierta. Si bien en ellos se define en qué consiste cada uno de estos procedimientos, también lo es que el precepto posee un alto grado de indeterminación como quiera que no entra a fijar los criterios que precisen en qué casos habrá lugar a la implementación de los mecanismos enunciados... A juicio de la Sala, el otorgamiento de tales atribuciones a los órganos de administración del Fondo envuelve una extralimitación en el ejercicio de las facultades atribuidas a dicha entidad en detrimento de la potestad reglamentaria del presidente de la República de raigambre constitucional (art. 189-11), al que en efecto le correspondería entrar a determinar los criterios o un *numerus clausus* que fijen con claridad cuándo procede la selección directa y cuándo la convocatoria cerrada. Por otra parte, esta atribución que la norma otorga a los máximos órganos de la entidad, atenta contra el principio de transparencia que debe informar a todos los procedimientos de selección de contratistas al librar la decisión del procedimiento a adelantar a la sola voluntad y arbitrio de estas autoridades y carece por lo tanto, de una justificación razonable (...). Siendo así, se impone concluir que la expresión “y sólo podrán utilizar los procedimientos de Selección Directa o Convocatoria Cerrada en los casos autorizados por el Consejo Directivo, previa justificación del Gerente”, será declarada nula.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189 NUMERAL 11

## **DETERMINACION DE GARANTIAS Y SEGUROS - Es parte esencial de la función administrativa y de la salvaguarda de los intereses públicos que rigen sobre todos los contratos**

La Sala considera que la determinación de las garantías que deberán exigirse a los contratistas del Fondo Adaptación es una manifestación del deber de planeación que recae sobre toda entidad estatal en la materia, toda vez que hace parte de los estudios previos que se deben adelantar siempre que se inicie un procedimiento de contratación, por cuanto implica prever la forma de asegurar los intereses de la contratante en la cumplida y correcta ejecución de los contratos que celebra, mediante la determinación de la clase y extensión de garantías que mejor se acomoden a sus necesidades, dependiendo de la naturaleza del contrato, su objeto, la forma de ejecución y los riesgos que se deban cubrir, como lo establece el decreto en estudio (...). Resulta pertinente la exigencia de garantías que se efectúa en la norma examinada, dado que su finalidad es la de salvaguardar los intereses de la entidad contratante, fundados en la correcta ejecución de los negocios jurídicos que celebre y el exacto cumplimiento del objeto contractual y de todas las obligaciones a cargo del contratista. Se observa que de acuerdo con lo establecido por el artículo 7 del Decreto 4819 de 2010, los contratos que celebre el Fondo Adaptación no se encuentran inmersos en un ámbito de aplicación exclusiva del derecho privado sino que se someten a un régimen jurídico mixto, en el que hay intereses y presupuesto público comprometidos. Por esta razón, la entidad no puede pactar libremente con el contratista cuáles garantías deberá éste constituir a su favor, ya que las mismas no provienen del simple acuerdo de voluntades en torno a esta obligación contractual sino que surgen de la necesidad real de proteger el patrimonio público comprometido en el negocio jurídico (...). Lo anterior implica que la determinación de las garantías que procede incluir en los contratos del Fondo Adaptación como obligación a cargo de sus contratistas, al igual que sucede en todos los contratos del Estado, surge como fruto del análisis de riesgos que previamente debe adelantar la entidad, para establecer con precisión las circunstancias que pueden afectar la correcta ejecución del objeto contractual y en consecuencia las garantías que se le deben exigir al contratista, con fundamento en las clases de coberturas que se requieren, su extensión y su valor. Por lo tanto, resulta procedente y proporcionada la remisión que se hace en el artículo 5

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / DECRETO 4828 DE 2008 - ARTICULO 1 / DECRETO 4819 DE 2010 - ARTÍCULO 7

### **ESTUDIOS PREVIOS / La modificación solo es posible si se realiza antes del período de selección**

En el artículo 6 del Decreto 2962, se hace referencia a los estudios previos que debe efectuar el Fondo como soporte de la necesidad y oportunidad de la contratación, los cuales deberán ser publicados con la invitación a contratar y deberán contener la información que se relaciona en este artículo, atinente a la identificación del objeto a contratar, los medios escogidos para alcanzarlo, el valor estimado de la contratación, la estimación y distribución de los riesgos, las garantías para su cubrimiento (...). La Sala estima que la disposición es adecuada, en cuanto obedece al cumplimiento del deber de planeación, el cual se halla ínsito en el principio constitucional de economía que informa a las actuaciones administrativas y constituye una manifestación del mismo, en la medida en que implica una labor anterior de determinación y preparación del futuro contrato, evitando de este modo la improvisación y garantizando que se cumplan con eficacia y eficiencia los objetivos para los cuales se celebran los

negocios jurídicos regulados en el decreto (...). Se debe tener en cuenta así mismo, que a pesar de que los contratos del Fondo Adaptación se sujetan a las normas de derecho privado, en la medida en que adelante procedimientos de selección que se rijan por un pliego de condiciones o términos de referencia, una vez el mismo es entregado a los proponentes, se torna obligatorio tanto para éstos como para la misma entidad (...). La validez de la disposición depende de que se entienda que dicha posibilidad de modificación, se limita al periodo anterior al cierre del respectivo procedimiento de selección, es decir mientras corre el término dentro del cual pueden ser presentadas las ofertas, puesto que vencido aquel y entregadas éstas, se inicia la etapa de su evaluación y calificación, que culminará con la adjudicación y por lo tanto, el documento rector del procedimiento y con él, los estudios previos que contiene, se tornan intangibles (...). Permitir que luego de cerrado el procedimiento de selección e iniciada la etapa de evaluación de las ofertas, puedan introducirse modificaciones al pliego de condiciones o términos de referencia, también atenta contra el principio de la buena fe precontractual, que implica soportar una carga de honestidad, corrección y lealtad por los involucrados en los tratos preliminares a la celebración del contrato, principio que rige tanto en el derecho público como en el privado. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre las garantías que recaen en el pliego de condiciones y la oportunidad para modificarlos, ver sentencia de esta Corporación del 4 de junio de 2008, exp., 14169, C.P. Myriam Guerrero de Escobar

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2962 DE 2011 - ARTICULO 6

#### **REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Participación en comités asesores**

Observa la Sala que la disposición que impone la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses de los servidores públicos a quienes participen en los comités asesores para la evaluación de las ofertas, resulta procedente y necesaria... Resulta procedente la remisión efectuada en la norma, bajo la consideración de que las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos consagradas en la ley, constituyen un desarrollo del principio de la moralidad consagrado en el artículo 209 constitucional como rector de la función administrativa, el cual se debe garantizar en cualquier circunstancia (...). Es claro para la Sala que si bien la competencia de adjudicación radica en el jefe o representante de la entidad o del funcionario en quien éste legalmente la delegue –arts. 11 y 12, Ley 80 de 1993-, para el ejercicio de la misma generalmente se requiere del concurso de otros funcionarios u órganos asesores que colaboran en el trámite del procedimiento de selección y entre ellos se halla, precisamente -cuando hay necesidad de constituirlo-, el comité que se designa para la evaluación jurídica, técnica y económica de las ofertas, el cual, con fundamento en los factores de calificación y ponderación consagrados en el respectivo pliego de condiciones las evalúa, otorga los puntajes que correspondan y presenta el informe respectivo que puede contener una recomendación de adjudicación... Se trata entonces de una medida de administración que apunta a organizar la labor de evaluación de ofertas en los procedimientos de selección que adelante el Fondo Adaptación y que brinda condiciones de transparencia, imparcialidad y objetividad en el desarrollo de esa tarea, razón por la cual no merece reproche alguno.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / DECRETO 2962 DE 2011 - ARTICULO 7 / LEY 80 DE 1993 ARTICULO – 11 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 12



**CONTRATACION ESPECIAL - La norma no puede desconocer su finalidad de resolver situaciones urgentes, por lo que no puede exigir las mismas restricciones de la contratación ordinaria / CONTRATACION ESPECIAL - Solo se pueden exigir las condiciones esenciales**

El artículo 8 reglamentario dispone que las estipulaciones de los procedimientos de convocatorias establecerán reglas justas, objetivas, claras y completas que permitan seleccionar la mejor oferta (...). Al respecto, La Sala observa que el contenido de esta norma complementa lo dispuesto por el artículo 6 del mismo decreto examinado relativo a los estudios previos, en tanto concreta los elementos que configuran las convocatorias, especificando un mínimo de requisitos que prepara la futura contratación, ejercicio que exige del Fondo una amplia previsibilidad sobre la racionalidad de la convocatoria y que ofrece importantes garantías para los oferentes, en cuanto implica el conocimiento previo de las reglas de participación en el procedimiento de selección y de adjudicación y ejecución del futuro contrato (...) la Sala advierte que el proceso de selección de contratistas implica una gran inversión de tiempo, esfuerzos y recursos tanto de la entidad licitante como de quienes presentan en ellos sus ofertas. Y que la finalidad única de su tramitación, es la culminación del procedimiento con la respectiva adjudicación del contrato. Por otra parte, la justificación del régimen de contratación especial que se expide para el Fondo Adaptación, radica precisamente en la urgencia que reviste la solución de los graves problemas surgidos a partir de un fenómeno natural que produjo daños y traumatismos en la infraestructura y el medio ambiente, por lo que se requieren soluciones ágiles y efectivas, que suponen la eficaz y eficiente tramitación de los procedimientos encaminados a adjudicar los contratos necesarios para el cumplimiento de los fines perseguidos por la entidad. Como consecuencia de lo anterior, las actuaciones adelantadas en esta materia deben concluir con la adjudicación de los contratos requeridos y cualquier otra decisión, no solo atenta contra el principio de economía que informa las actuaciones del Fondo Adaptación en la materia sino que desconoce el fundamento jurídico de la presente reglamentación. Por ello, considera la Sala que la entidad no puede exigir a los proponentes requisitos que no apunten a garantizar una selección objetiva de la oferta más conveniente para la entidad, finalidad ésta enmarcada tanto por el referido principio de economía, como por los principios de moralidad, de libre concurrencia y de igualdad de oportunidades. Y mucho menos puede la entidad rechazar propuestas por no cumplir con tal clase de exigencias, ajenas a las indispensables para la comparación objetiva de los ofrecimientos, estando obligada a incluir en los pliegos de condiciones o términos de referencia, solamente requisitos que sean necesarios y suficientes para la evaluación de las ofertas y la selección de la más favorable. Como consecuencia de lo anterior, la Sala declarará la legalidad del referido numeral 4, condicionada a que se entienda que la posibilidad de rechazo de las ofertas y de declarar desiertos los procedimientos de selección, está reducida al incumplimiento de requisitos indispensables para la evaluación y calificación de las ofertas, en el primer caso y a la imposibilidad de efectuar una selección objetiva, en el segundo.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2962 DE 2011 - ARTICULO 6 / DECRETO 2962 DE 2011 - ARTICULO 8 / DECRETO 2962 DE 2011 - ARTICULO 8 NUMERAL 4

**DECRETO REGLAMENTARIO / La norma reglamentaria no puede exceder sus límites sobre disposiciones no previstas en la norma reglamentada ni añadiendo interpretaciones distintas**

Se observa que en el acto de creación de las entidades estatales descentralizadas como lo es el Fondo Adaptación, se establece cuáles serán sus autoridades y órganos, siendo usual la existencia de un mecanismo de administración que implica un gobierno dual o compartido, representado en un órgano colegiado, como la junta o consejo directivo y un representante legal, que es ejecutor de las decisiones del primero. En relación con los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, la ley establece de manera expresa la existencia de estos órganos y las funciones que les competen, consagrando la posibilidad de que a través del acto de creación y en sus estatutos, les sean atribuidas otras funciones adicionales a las contempladas en la norma (...). Es posible que en las normas expedidas para fijar las funciones del órgano colegiado de la entidad descentralizada, se limite a ciertos y determinados casos la autorización de contratación que éste debe otorgar al representante legal de la entidad, como cuando la misma se establece sólo en función de las características del negocio jurídico a celebrar (...). Lo que significaría, en tal caso, que los demás contratos que no correspondan a estos eventos, podrán ser celebrados por el representante legal sin contar con dicha previa autorización de la junta o consejo directivo. Pero, se reitera, la forma y extensión de esas autorizaciones, deberán ser establecidas por el ordenamiento jurídico que rige a la entidad... la norma que se examina, de una manera vaga e imprecisa, está consagrando la "posibilidad" de que el consejo directivo de la entidad autorice, de manera general, la celebración de contratos al representante legal, en atención a la cuantía o al objeto del contrato, es decir que está rebasando la función reglamentaria al ir más allá de lo que su ejercicio implica, toda vez que le está imponiendo al órgano colegiado de administración de la entidad limitaciones a su función de autorización de los contratos que ésta celebre, mediante una restricción que no contiene la norma que se dice reglamentar, pues mientras ésta establece que el consejo directivo del Fondo debe autorizar la contratación con personas públicas o privadas para la realización o ejecución de estudios, diseños, obras y en general, las demás actividades requeridas para el desarrollo de los planes y proyectos sin limitaciones de ninguna índole, la norma reglamentaria en estudio dispone que habría algunos contratos respecto de los cuales no sería necesaria la autorización expresa del órgano colegiado (...). La función reglamentaria es aquella que ejerce el presidente de la República a través de decretos con los cuales busca la cumplida ejecución de las leyes, estableciendo mecanismos y disposiciones que las hagan operativas y ejecutables, dentro de los precisos límites que ellas mismas imponen (...). La reglamentación corresponde a una complementación de la norma reglamentada con el objeto de lograr su cumplida ejecución, pero no se trata de una creación originaria como ésta, razón por la cual esa función debe cumplirse pero sin rebasar el límite inmediato fijado por la propia ley.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2962 DE 2011 - ARTICULO 3 / DECRETO 2962 DE 2011 - ARTICULO 9 / DECRETO 4819 DE 2010 - ARTICULO 3 NUMERAL 2 / DECRETO 4819 DE 2010 - ARTICULO 4 NUMERAL 1 / DECRETO 4819 DE 2010 - ARTICULO 4 NUMERAL 2 / DECRETO 4819 DE 2010 - ARTICULO 4 NUMERAL 6 / DECRETO 3130 DE 1968 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 68 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 72 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 76 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 72 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 88 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 90

**DECRETOS EMITIDOS EN ESTADOS DE EXCEPCION / No tienen la vocación de permanencia y están sometidos a la temporalidad razonable para conjurar la situación que lo originó**

El artículo 10 consagra que el decreto sometido a estudio rige a partir de su fecha de publicación, es decir el 18 de agosto de 2011, a lo cual habrá que agregar que su vigencia será hasta el 31 de diciembre de 2014, de conformidad a lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-251 de 2011 ya explicada. En suma uno de los postulados de los estados de excepción es que se dicten decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos (artículo 215 C.P.), pero además en el caso de una calamidad ambiental, es su aspiración a que tales situaciones no se repitan. Por lo cual, es perfectamente viable afirmar que las dificultades ecológicas deben ser afrontadas con medidas de contenido ecológico o ambiental, sin perjuicio de aquellas económicas o sociales que le determinan. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre la sentencia que fijo la vigencia máxima del Decreto 2962 de 2011, consultar la sentencia de la Corte Constitucional C-251 de 2011

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2962 DE 2011 - ARTICULO 10 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 215

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Bogotá D. C., ocho (8) de julio de dos mil catorce (2014)**

**Radicación numero: 11001-03-15-000-2011-01127-00(CA)**

**Actor: GOBIERNO NACIONAL**

**Demandado: DECRETO 2962 DE 2011**

Procede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a efectuar el control inmediato de legalidad del Decreto 2962 de 18 de agosto de 2011, expedido por el Gobierno Nacional “*Por el cual se reglamenta el artículo 7º del Decreto 4819 de 2010 y se dictan otras disposiciones*”.

## **ANTECEDENTES**

1. El Gobierno Nacional, mediante oficio de fecha 18 de agosto de 2011, remitió al Consejo de Estado copia auténtica del Decreto 2962 del 18 de agosto de 2011, con el fin de que se adelantara el correspondiente control inmediato de legalidad. El contenido de la norma es el siguiente (f. 2 y 3, c. ppl):

*REPÚBLICA DE COLOMBIA  
DECRETO No. 2962*

(18 AGOSTO 2011)

Por el cual se reglamenta el artículo 7º del Decreto 4819 de 2010 y se dictan otras disposiciones

EL MINISTRO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DELEGATARIO DE LA  
REPÚBLICA DE COLOMBIA, DELEGATARIO DE FUNCIONES  
PRESIDENCIALES MEDIANTE DECRETO 2888 DE 2011

En ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el numeral 19 del artículo 189 de la Constitución Política y el Decreto Ley 4819 de 2010, y

### CONSIDERANDO

Que mediante el **Decreto 4819 del 29 de diciembre de 2010** se creó el Fondo Adaptación como una entidad descentralizada del orden nacional con personería jurídica, autonomía presupuestal y financiera, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el objeto de atender la recuperación, construcción y reconstrucción de las zonas afectadas por el fenómeno de "La Niña".

Que según el **Decreto 4819 del 29 de diciembre de 2010**, este Fondo tiene como finalidad la identificación, estructuración y gestión de proyectos, ejecución de procesos contractuales, disposición y transferencia de recursos para la recuperación, construcción y reconstrucción de la infraestructura de transporte, de telecomunicaciones, de ambiente, de agricultura, de servicios públicos, de vivienda, de educación, de salud, de acueductos y alcantarillados, humedales, zonas inundables estratégicas, rehabilitación económica de sectores agrícolas, ganaderos y pecuarios afectados por la ola invernal y demás acciones que se requieran con ocasión del fenómeno de "La Niña", así como para impedir definitivamente la prolongación de sus efectos, tendientes a la mitigación y prevención de riesgos y a la protección en lo sucesivo, de la población de las amenazas económicas, sociales y ambientales.

Que de acuerdo con el artículo 7 del **Decreto 4819 del 29 de diciembre de 2010**, los contratos que celebre el Fondo para el cumplimiento de su objeto, cualquiera sea su índole o cuantía, se regirán por el derecho privado y estarán sujetos a las disposiciones contenidas en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, dando aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

Que de acuerdo con el mismo artículo 7 del **Decreto 4819 del 29 de diciembre de 2010**, el Gobierno Nacional reglamentará todas las condiciones para la contratación del Fondo que permitan mayor eficiencia en la recuperación, construcción y reconstrucción por el fenómeno de "La

Niña", garantizando el cumplimiento de los principios constitucionales y legales citados en el presente artículo.

**DECRETA:**

**Artículo 1°. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN.** Los contratos que celebre el Fondo Adaptación se regirán por los siguientes principios:

**Igualdad.** Este principio confiere a los sujetos contratantes una igualdad de trato en los procesos contractuales, en procura de garantizar los derechos y obligaciones de todos los participantes.

**Selección objetiva.** La selección de los contratistas se efectuará siguiendo unos procedimientos previamente establecidos, divulgados y conocidos que permitan seleccionar la oferta más favorable para los intereses del Fondo.

**Buena fe.** Las actuaciones del Fondo Adaptación se deberán ceñir a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas sus gestiones y de quienes contraten con él.

**Planeación.** Todo trámite contractual deberá corresponder a un plan previo y coordinado para contribuir en forma eficiente al cumplimiento de la finalidad del Fondo Adaptación.

**Análisis de Riesgos.** En cada uno de los procesos de contratación se tendrá en cuenta el análisis de riesgos, responsabilidad social, protección ambiental y seguridad. En dichos procesos se efectuará la tipificación, evaluación y asignación de riesgos.

**Calidad.** Los funcionarios del Fondo Adaptación que intervengan en la contratación, deberán buscar la calidad de todos los bienes, servicios y procedimientos, exigiendo los mejores estándares a los Contratistas.

**Economía.** Los procesos de contratación deberán surtirse sin dilaciones ni retardos; los procedimientos serán impulsados oficiosamente por el Fondo Adaptación.

**Transparencia.** El principio determina la probidad y pulcritud con que las partes contratantes participan en los procesos de selección, contratación y ejecución correspondientes. La información relacionada con los procesos contractuales será pública y éstos se desarrollarán mediante reglas claras que puedan ser conocidas, con la debida antelación y oportunidad por los interesados.

**Publicidad.** Todos los procesos contractuales del Fondo Adaptación serán públicos, salvo reserva legal y/o reglamentaria excepcional y debidamente motivada. En la página Web de la entidad y en el Secop se publicará toda la información necesaria para proponentes e interesados.

**Equidad.** Se deberán adoptar las medidas necesarias para mantener, durante el desarrollo del contrato, las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes en el momento de su celebración.

**Solemnidad del contrato.** Todos los contratos del Fondo constarán en documentos escritos, proscribiendo toda posibilidad de contratación verbal.

**Artículo 2°. REGISTRO DE PROYECTOS, EL FONDO ADAPTACIÓN** creará e implementará un registro de proyectos, en el cual deberán inscribirse todos los proyectos que se presenten a consideración de EL FONDO ADAPTACIÓN, para su eventual financiación y ejecución.

**Artículo 3°. REGISTRO DE PROVEEDORES. EL FONDO ADAPTACIÓN** contará con un Registro de Proveedores de Bienes y Servicios, que deberá contener la información que se ajuste a su sistema de calidad y que deberán mantener actualizado los proveedores, sin perjuicio de que EL FONDO ADAPTACIÓN unilateralmente, pueda actualizarlo. Para la suscripción del contrato, será requisito que el proveedor se encuentre inscrito en el Registro de Proveedores de EL FONDO ADAPTACIÓN. Igualmente, el Fondo Adaptación podrá hacer uso del Registro Único de Proponentes en los casos que este lo determine.

El registro de proveedores de EL FONDO ADAPTACIÓN utilizará el sistema de calificación de proveedores por puntos; de tal manera que cualquier hecho que afecte a EL FONDO ADAPTACIÓN, le representará al proveedor pérdida en su puntaje.

No se requerirá de este registro, ni de calificación, ni de clasificación, en el caso del procedimiento de selección directa definida en el artículo 4° del presente decreto.

El registro de proveedores tendrá su propio reglamento interno.

**Artículo 4°. PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN<sup>1</sup>. EL FONDO ADAPTACIÓN** adelantará la contratación necesaria para el cumplimiento

---

<sup>1</sup> El Decreto 4808 de 2011 modificó en su artículo 1°, al artículo 4° del Decreto 2962 de 2011, con el siguiente texto: //“**Artículo 4°. Procedimientos de selección.** El Fondo Adaptación adelantará la contratación necesaria para el cumplimiento eficiente y eficaz de su objeto, con observancia de los principios consagrados en el artículo 1° del presente decreto y haciendo uso de los siguientes procedimientos de selección:// Selección Directa. Procedimiento mediante el cual se selecciona de manera directa a una persona natural o jurídica, atendiendo los precios de mercado y considerando criterios que aseguren la satisfacción de las necesidades del Fondo Adaptación y la selección objetiva.//Convocatoria Cerrada. Procedimiento en que se reciben ofertas de proponentes previamente determinados mediante estudio de mercado y en el cual se selecciona entre ellas con base en factores objetivos definidos previamente por el Fondo Adaptación en la correspondiente convocatoria.//Convocatoria Abierta. Procedimiento en que se reciben ofertas de cualquier proponente que cumpla con las condiciones de la respectiva necesidad que se pretende satisfacer y se selecciona entre ellas con base en factores objetivos definidos previamente por el Fondo Adaptación. Los principales procedimientos de selección que se utilizarán por parte del Fondo Adaptación serán la Convocatoria Abierta y la Convocatoria Cerrada. **Parágrafo.** La Selección Directa solo podrá ser autorizada por el Consejo Directivo cuando la cuantía de lo que se pretenda contratar sea igual o inferior a sesenta y seis mil salarios mínimos mensuales legales vigentes y excepcionalmente, sin importar la cuantía, cuando se trate de una situación de especial emergencia o apremio a juicio del Consejo Directivo, o cuando de los estudios previos se concluya que existe alguna de las siguientes causales: 1. Contratos que se celebren en consideración a las calidades de la persona natural o jurídica que se debe

eficiente y eficaz de su objeto, con observancia de los principios consagrados en el artículo 1° del presente decreto y haciendo uso de los siguientes procedimientos de selección, previa invitación a contratar:

1. **Selección Directa.** Procedimiento mediante el cual se selecciona de manera directa a una persona natural o jurídica, atendiendo los

---

contratar. Cuando una vez surtido el trámite del estudio de mercado, sólo resulte un proponente posible, o una vez surtido el concurso cerrado o abierto el mismo sea declarado fallido. Compra a fabricantes, distribuidores o a representantes exclusivos de materiales, equipos, servicios o insumos a nivel nacional. //Contrataciones sujetas a listas de precios unitarios adoptadas por el Fondo Adaptación. // Contratos interadministrativos. Contratos de arrendamiento, comodato o adquisición de bienes inmuebles. Contratos para el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas. // En cualquier caso, la aplicación de la modalidad de selección directa deberá ser autorizada con anterioridad por el Consejo Directivo, previa justificación del Gerente.//

Este artículo fue a través del Decreto 1241 de 2013 (art. 3) derogado y nuevamente modificado el artículo 4° del Decreto 2962 de 2011, así: //“**Artículo 4°. Modalidades de selección.** La selección de los contratistas del Fondo Adaptación se adelantará con arreglo a las siguientes modalidades, previa adopción de los planes y proyectos por parte del Consejo Directivo:

**4.1. Selección Directa:** Modalidad mediante la cual el Fondo Adaptación escogerá directamente al contratista, con sujeción a los precios del mercado y sin que se requiera obtener varias ofertas.//Procederá la contratación directa en los siguientes eventos: 4.1.1. Cuando el valor del contrato incluidas sus adiciones sea inferior a 20.000 smmlv.

4.1.2. Contratos o Convenios que se celebren con otras entidades públicas.

4.1.3. Contratos para el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas.

4.1.4. Contratos para la ejecución de actividades que solamente puedan encomendarse a determinadas personas, en consideración a sus calidades especiales.

4.1.5. Contratos de prestación de servicios, de consultoría y los relacionados con actividades operativas, logísticas o asistenciales.

4.1.6. Arrendamiento, comodato y adquisición de bienes inmuebles.

4.1.7. Cuando los estudios previos demuestren que solo hay una persona con capacidad para proveer el bien o servicio, por ser el titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor o por ser, de acuerdo con la ley, su proveedor exclusivo.//4.1.8. Cuando procediendo la convocatoria cerrada, solo hubiere un inscrito en el Registro de Proveedores del Fondo Adaptación, con capacidad para proveer el bien o servicio que se requiera.

4.1.9. Cuando no se presente propuesta alguna o se declare fallida la convocatoria abierta o la cerrada.

**4.2. Convocatoria Cerrada:** Modalidad mediante la cual el Fondo Adaptación formulará invitación a por lo menos siete (7) de los inscritos y calificados con el mayor puntaje en el Registro de Proveedores de la Entidad, con capacidad para proveer el bien o servicio que se requiera y, entre ellas, seleccionará objetivamente la más favorable a los fines e intereses de la Entidad.

En el evento en que para ejecutar la actividad o suministrar el bien de que se trate, hubiere menos de siete (7) inscritos y calificados en el Registro de Proveedores del Fondo, se invitará a los allí inscritos, previa constancia escrita de tal circunstancia, expedida por el administrador de dicho Registro. En todo caso deberá existir pluralidad de oferentes para poder adelantar el proceso.

Procederá la convocatoria cerrada cuando el valor del contrato sea superior a 20.000 smmlv e inferior a 132.000 smmlv.

**4.3. Convocatoria Abierta:** Modalidad mediante la cual el Fondo Adaptación formulará invitación pública para que los interesados presenten sus ofertas y, entre ellas, seleccionará objetivamente la más favorable a los fines e intereses de la Entidad.

Se adelantará convocatoria abierta cuando no proceda la contratación directa o la convocatoria cerrada”.

precios de mercado y considerando criterios que aseguren la satisfacción de las necesidades de EL FONDO ADAPTACIÓN y la selección objetiva.

2. *Convocatoria Cerrada. Procedimiento en que se reciben ofertas de proponentes previamente determinados mediante estudio de mercado y en el cual se selecciona entre ellas con base en factores objetivos definidos previamente por EL FONDO ADAPTACIÓN en la correspondiente convocatoria.*

3. *Convocatoria Abierta. Procedimiento en que se reciben ofertas de cualquier proponente que cumpla con las condiciones de la respectiva necesidad que se pretende satisfacer y se selecciona entre ellas con base en factores objetivos definidos previamente por EL FONDO ADAPTACIÓN.*

*El procedimiento principal de selección que se utilizará por parte de EL FONDO ADAPTACIÓN será la Convocatoria Abierta y sólo se podrán utilizar los procedimientos de Selección Directa o Convocatoria Cerrada en los casos autorizados por el Consejo Directivo, previa justificación del Gerente.*

**Artículo 5°. DETERMINACIÓN DE GARANTÍAS O SEGUROS.** *EL FONDO ADAPTACIÓN, establecerá las garantías o seguros que debe exigir a los contratistas para la ejecución de sus contratos teniendo en cuenta, en cada caso, la naturaleza del contrato, su objeto, la forma de ejecución y los riesgos que se deban cubrir.*

*Para los efectos previstos en el presente artículo EL FONDO ADAPTACIÓN podrá sujetarse al régimen de garantías establecido en el Decreto 4828 de diciembre de 2008, en lo aquello que resulte aplicable.*

**Artículo 6°. ESTUDIOS PREVIOS. EL FONDO ADAPTACIÓN** *previo al inicio de cada proceso contractual, efectuará los estudios previos que soportan la necesidad y oportunidad de la contratación. Los estudios previos se pueden ajustar con posterioridad a la apertura del procedimiento de selección. Si dicha modificación implica cambios fundamentales en los mismos, la entidad, en aras de proteger el interés público o social, podrá revocar las actuaciones previas y dar inicio nuevamente al proceso. En cualquier caso, las modificaciones realizadas a los estudios previos, deberán respetar los principios de planeación, selección objetiva y confianza legítima.*

*Los estudios y documentos previos serán publicados con la invitación a contratar y deberán contener como mínimo los siguientes elementos:*

1. *Identificación y descripción de la necesidad que se pretende satisfacer con la contratación.*
2. *Análisis de las alternativas de satisfacción de la necesidad.*
3. *Selección de la alternativa más favorable y descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones esenciales.*
4. *Análisis que soporte el valor estimado del contrato y de posibles costos asociados al mismo.*



5. *Análisis de los riesgos previsibles del futuro contrato, esto es, riesgos involucrados en la contratación y que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo. Estos riesgos deberán ser evaluados por los participantes en el proceso de selección y se ajustarán de común acuerdo con el Fondo en lo que tiene que ver con su identificación, tipificación y asignación.*
6. *El análisis que sustente la exigencia de garantía para el cubrimiento de riesgos contractuales o extracontractuales.*
7. *Los criterios que utilizarán en el procedimiento de selección.*
8. *Identificación del contrato que se pretende celebrar.*
9. *Elaboración de los diseños, en caso de que el contrato a celebrar así lo requiera. Por regla general, la entidad debe contar previamente con los diseños requeridos para la construcción de obras, salvo que estime conveniente contratar tanto el diseño y la construcción. En este caso deberán tener a disposición de los oferentes, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.*

**Artículo 7°. COMITÉS ASESORES.** *EL FONDO ADAPTACIÓN, integrará los Comités Asesores que considere necesarios para la evaluación de las ofertas de manera objetiva, tomando en consideración únicamente las reglas contenidas en la invitación a contratar, y sus miembros estarán sujetos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses de los servidores públicos. Los Comités recomendarán a quien corresponda la decisión a adoptar, de conformidad con la evaluación efectuada.*

**Artículo 8°. PREPARACIÓN DE LAS CONDICIONES PARA LAS CONVOCATORIAS.** *Las estipulaciones de los procedimientos de convocatorias establecerán reglas justas, objetivas, claras y completas que permitan seleccionar la mejor oferta. Las convocatorias a contratar deberán contener:*

1. *La descripción del objeto a contratar.*
2. *La ficha técnica del bien o servicio o los requerimientos técnicos.*
3. *Las reglas objetivas para la presentación, evaluación y adjudicación de las ofertas.*
4. *Causales de rechazo de las propuestas o para declarar desierto el proceso de selección.*
5. *Los riesgos previsibles involucrados en la contratación.*
6. *Las condiciones de celebración del contrato, presupuesto, forma de pago, garantías y demás asuntos relativos al mismo. Se deberá anexar a la convocatoria el proyecto de minuta del contrato.*

**ARTÍCULO 9°. AUTORIZACIÓN<sup>2</sup>.** De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 3 del Decreto 4819 de 2010, el Consejo Directivo de EL FONDO ADAPTACIÓN, podrá autorizar de manera general a la Gerencia del Fondo para la celebración de contratos en atención a la cuantía o al objeto del mismo.

**ARTICULO 10°. VIGENCIA.** El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

*PUBLÍQUESE y CÚMPLASE*

Dado en Bogotá D. C., a los 18 de AGO 2011

*JUAN CARLOS ECHEVERRY*  
*Ministro de Hacienda y Crédito Público*

*JUAN MAURICIO RAMÍREZ*  
*Subdirector del Departamento Nacional de Planeación encargado de las funciones del Despacho del Director del Departamento Nacional de Planeación*

2. Una vez asignado el expediente el 29 de agosto de 2011 se resolvió: i) avocar el conocimiento del control inmediato de legalidad del Decreto 2962 del 18 de agosto de 2011; ii) realizar las notificaciones de ley; iii) solicitar a la Presidencia de la República y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el envío, en copia íntegra y auténtica, de todos los antecedentes administrativos del decreto sometido a estudio de legalidad; iv) solicitar al Fondo Adaptación para que presentara un informe detallado sobre la totalidad de las partidas que constituyen su patrimonio, determinando en forma clara su origen y los diferentes movimientos y transacciones que se hubieren realizado hasta la fecha. En cumplimiento de lo

---

<sup>2</sup> El Decreto 4808 de 2011 modificó en su artículo 2º al artículo 9º del Decreto 2962 de 2011, con el siguiente texto: //“**Artículo 9º. Autorización.** De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 3º del Decreto 4819 de 2010, la Gerencia General del Fondo podrá celebrar directamente, sin necesidad de previa autorización del Consejo Directivo, contratos cuya cuantía sea igual o inferior a cuatro mil smlmv”. De igual modo el Decreto 1241 de 2013 (art. 2) lo derogó y modificó el artículo 9º del Decreto 2962 de 2011, así: “**Artículo 9º. Autorización.** Siempre se requerirá autorización del Consejo Directivo tratándose de contratos para operaciones de crédito y sus actividades conexas.//También se requerirá autorización del Consejo Directivo para contratar directamente, cuando se trate de contratos para la ejecución de actividades que solamente puedan encomendarse a determinadas personas, en consideración a sus calidades especiales; contratos de prestación de servicios, de consultoría y los relacionados con actividades operativas, logísticas o asistenciales; arrendamiento, comodato y adquisición de bienes inmuebles, y la cuantía del futuro contrato, en esos casos, supere los 20.000 smmlv”.

dispuesto en este auto, la Secretaría General del Consejo de Estado procedió a notificar a la Nación el día 9 de septiembre de 2011, por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así como a la Procuraduría Delegada ante el Consejo de Estado (f. 11-12), la decisión de avocar el control inmediato de legalidad de la norma objeto de análisis.

3. El Decreto 2962 de 18 de agosto de 2011 se expidió con la finalidad de reglamentar el artículo 7º del Decreto 4819 de 2010, que establece el régimen contractual aplicable al Fondo Adaptación. Esta norma fue a su vez dictada en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 4580 de 7 de diciembre de 2010, por medio de la cual el Gobierno Nacional declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública por el término de 30 días a partir de su publicación.

4. Mediante sentencia C-156 de 9 de marzo de 2011 la Corte Constitucional declaró exequible el Decreto 4580 de 2010 por encontrarlo ajustado a los requisitos formales y materiales señalados en la Constitución, la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción y en los tratados internacionales de derechos humanos<sup>3</sup>.

5. Con posterioridad, la Corte profirió la sentencia C-251 del 6 de abril de 2011, mediante la cual estudió la constitucionalidad del Decreto 4819 de 2010, “Por el cual se crea el Fondo Adaptación”. En la parte resolutive de la sentencia dicha Corporación resolvió declarar exequible el Decreto y en forma condicionada el artículo 6º. Respecto al artículo 7º declaró inexecutable el último apartado y exequible en forma también condicionada el resto del artículo estableciendo una vigencia en el tiempo en la legislación de excepción que llega hasta el 31 de diciembre de 2014 de la siguiente manera:

***TERCERO.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 7º del Decreto Legislativo 4819 del 29 de diciembre de 2010, “Por el cual se crea el Fondo Adaptación”, bajo el entendido que el régimen contractual allí previsto tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014, inclusive, salvo la expresión “El Consejo Directivo, podrá determinar las cuantías y casos en los cuales sea necesario adelantar procesos de selección que garanticen la participación pública”, la cual se declara INEXECUIBLE.***

---

<sup>3</sup> Con ponencia del magistrado Mauricio González Cuervo y que contó con tres aclaraciones de voto provenientes de los magistrados María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Pinilla Pinilla.

6. El Gobierno Nacional declaró por segunda vez el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública mediante el Decreto 020 del 7 de enero de 2011 extendiendo sus efectos hasta el 28 de enero de 2011. En esta ocasión arguyó hechos nuevos relacionados con el fenómeno de La Niña, y bajo su amparo expidió el Decreto Legislativo 145 del 21 de enero de 2011, “*Por el cual se modifica el presupuesto general de la nación para la vigencia fiscal de 2011*” adicionando al presupuesto de rentas y recursos de capital del presupuesto general de la nación para la vigencia fiscal 2011 con el fin de atender la emergencia previamente declarada. No obstante, al ser sometido al control automático y oficioso de constitucionalidad ante la Corte Constitucional el Decreto 020 fue estimado inexecutable en su integridad mediante providencia C-216 de 2011 y posteriormente el D.L. 145 declarado inconstitucional por consecuencia por la sentencia C-336 de 2011.

7. Para subsanar los resultados de la declaratoria de inconstitucionalidad por consecuencia del Decreto 145/11 y los problemas de insolvencia del Fondo Adaptación, se tramitó y aprobó la Ley 1451 de 21 de junio de 2011 “*Por la cual se efectúan unas modificaciones al Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2011*” en cuyo artículo 2 (Sección 1315) que detalla los créditos al presupuesto general de la nación, se asignó al Fondo Adaptación una suma de DOS CIENTOS DIEZ MIL MILLONES SETENTA Y SEIS MIL PESOS (\$210.076.000.000).

## **CONSIDERACIONES**

### **I. Competencia del Consejo de Estado**

8. El Consejo de Estado es la autoridad judicial competente para adelantar el control inmediato de legalidad de los actos administrativos de carácter general proferidos por las autoridades nacionales en desarrollo de los decretos legislativos emitidos durante los estados de excepción, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción:

*Control de legalidad. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso-*

*administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales.*

*Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición<sup>4</sup>.*

9. El Decreto 2962 de 2011, es un acto de carácter general, impersonal y abstracto, expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones conferidas por el Decreto Legislativo 4819 de 2010, el cual, a su vez, desarrolla las facultades legislativas propias del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por razón de la grave calamidad pública, declarado por el gobierno nacional en el Decreto 4580 de 2010. En consecuencia, la competencia para ejercer el control inmediato de legalidad del mencionado decreto recae sobre el Consejo de Estado y, concretamente, sobre la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por tratarse de un asunto que no se encuentra asignado expresamente a ninguna de sus secciones, según lo establece el numeral 2 del artículo 97 del C.C.A.

## **II. Definición, características y alcance del control inmediato de legalidad**

10. El artículo 20 de la Ley 137 de 1994 instauró el control inmediato de legalidad como un mecanismo de control constitucional y legal sobre los decretos expedidos por el gobierno en desarrollo de decretos legislativos, producto de la declaratoria de los estados de excepción en cualesquiera de sus modalidades. El mencionado artículo le atribuyó la competencia del control de legalidad a la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan los decretos, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado, si emanaren de autoridades nacionales revistiéndolo por tanto de un carácter jurisdiccional<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> El inciso 3º fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-179 de 13 de abril de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz, providencia en la que revisó la exequibilidad del Proyecto de Ley 91/92 Senado y 166/92 Cámara, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 153 superior. En el inciso en mención se estipulaba: “*Cuando la Corte Constitucional de conformidad con lo establecido en el artículo 56 inciso 2º de la presente ley, no haya suspendido un decreto legislativo, dictado en el ejercicio de las facultades de los estados de excepción, dicho decreto, en todo o en parte, no podrá inaplicarse o suspenderse por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ni por ninguna autoridad judicial o administrativa.*”

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 23 de noviembre de 2010, Rad. 11001-03-15-000-2010-00347-00 (CA), C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

11. En cuanto a su procedencia, la letra del artículo determina que son tres los presupuestos requeridos para que sea viable el control inmediato de legalidad. En primer lugar, debe tratarse de un acto de contenido general; en segundo, que se haya dictado en ejercicio de la función administrativa; y, en tercero, que tenga como fin desarrollar los decretos legislativos expedidos con base en los estados de excepción<sup>6</sup>.

12. En virtud de la jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, es posible identificar ciertos elementos que definen el control inmediato de legalidad. Estos son: i) integralidad; ii) autonomía; iii) oficiosidad; iv) causalidad normativa o conexidad; vii) proporcionalidad y, viii) necesidad<sup>7</sup>.

i) En razón de la integralidad se desatan dos aspectos a comprobar: el primero atinente al contenido del control y el segundo con relación al parámetro de revisión. El primer aspecto, comporta una verificación en el cumplimiento de múltiples requisitos formales y materiales que deben satisfacer los decretos legislativos expedidos durante los estados de excepción, como son los siguientes:

*...la competencia para expedirlo, al cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo, la conexidad de las medidas que se dicten con las causas que dieron origen a su implantación, el carácter transitorio y la proporcionalidad de las mismas, así como su conformidad con el resto del ordenamiento jurídico, siempre bajo el entendido de que ellas hacen parte de un conjunto de medidas proferidas con la exclusiva finalidad de "conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos"*<sup>8</sup>.

i.a) En este sentido, el contenido del control determina que el juicio de legalidad exija una confrontación normativa entre los decretos expedidos bajo el amparo de decretos legislativos, en una primera medida con los decretos de los que deriva

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia CA-023 del 21 de junio de 1999, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola. En este caso la Sala Plena declaró improcedente el estudio inmediato de legalidad sobre el Decreto 222 de 5 de febrero de 1999 por cuanto no se trataba de un decreto expedido en desarrollo de decretos legislativos al cobijo de una declaración de emergencia. En vez de ello dicho decreto fue expedido con base en las facultades constitucionales del presidente de la República y, en especial, a las que le confiere la Ley 4 de 1992.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. CA-011; C.P. Ricardo Hoyos Duque y sentencia del 21 de junio de 1999, radicación número: CA-043. C.P. Daniel Suarez Hernández.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. CA- 011, CP. Ricardo Hoyos Duque; posición posteriormente reiterada en la decisión de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo C.P. Mauricio Torres Cuervo, sentencia del 22 de febrero de 2011, radicación numero: 11001-03-15-000-2010-00452-00(CA).

normativamente y luego, en caso de requerirse, respecto de la totalidad del ordenamiento jurídico.

i.b) Bajo esta orientación, la Corporación ha señalado que la integralidad que se predica del control inmediato de legalidad no es asimilable a la que se deriva del juicio automático de constitucionalidad que realiza la Corte Constitucional respecto de los decretos legislativos expedidos al amparo de la declaratoria del estado de excepción, pues *“no es lo mismo revisar una norma legal de excepción delante de un número finito de disposiciones (como es la Constitución), que revisarla frente al «resto del ordenamiento jurídico»*<sup>9</sup>. De ahí que no sea posible conferir a la sentencia proferida por la jurisdicción contencioso administrativa fuerza de cosa juzgada absoluta, puesto que siempre existirá la posibilidad de volver a plantear – esta vez en ejercicio de la acción pública de nulidad– cargos de inconstitucionalidad o ilegalidad respecto de los enunciados normativos analizados, pero con fundamento en problemas jurídicos distintos a los resueltos por el Consejo de Estado al momento de realizar el control inmediato de legalidad<sup>10</sup>.

ii) Del principio de autonomía se deriva que la competencia del Consejo de Estado no se encuentra supeditada, para entrar a conocer del asunto, de la previa decisión de la Corte Constitucional sobre el decreto legislativo que fundamenta la medida examinada, *“sin perjuicio de que deba estarse a los efectos del fallo de constitucionalidad respectivo, si ésta ya se profirió, o para cuando se profiera”*<sup>11</sup>.

iii) Como control oficioso se señala que según el inc. 2º del art. 20 de la Ley 137 de 1994 las autoridades competentes que expidan las medidas administrativas sujetas a control de legalidad, las enviarán a la jurisdicción contenciosa administrativa, *“dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición”*. Quiso el legislador que el examen de legalidad no necesitara de la

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de noviembre de 2010, exp. 2010-00196-00, C.P. Ruth Stella Correa.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias CA-033 del 7 de febrero de 2000, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, exp. 2009-00549 del 20 de octubre de 2009, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 2009-00732 del 9 de diciembre de 2009, C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sentencias A-010 de enero 26 de 1999, C.P. Daniel Manrique Guzmán; CA-013 de 2 de febrero de 1999, C.P. Ricardo Hoyos Duque; CA-009 de 23 de febrero de 1999, C.P. Silvio Escudero Castro; CA-020 de 24 de agosto de 1999, C.P. Alberto Arango Mantilla.

iniciativa de los particulares, aunque no la excluye<sup>12</sup>; basta que las normas sean expedidas para que surja la competencia de esta jurisdicción y la obligación de la autoridad que las profiere de remitirlas a examen. Luego, si la autoridad ejecutiva incumple su deber legal de enviarlas a esta jurisdicción, dentro del término de las 48 horas siguientes a su expedición, el juez administrativo está facultado para asumir el examen de las mismas en forma oficiosa o, incluso, como resultado del ejercicio del derecho constitucional de petición formulado ante él por cualquier persona.

iv) La causalidad normativa o conexidad refiere dos aspectos: de un lado la relación entre los hechos que habilitan al gobierno a convertirse en legislador extraordinario y los motivos expuestos en la declaratoria del estado de excepción y, de otro, la verificación de la cadena de validez entre las distintas normas que se expiden para resolver las causas y/o neutralizar los efectos generados por la situación de anormalidad. El primero es una constatación que corresponde a la Corte Constitucional y el segundo, además, al Consejo de Estado, teniendo en cuenta el nivel de normas objeto de desarrollo. Como es sabido, corresponde a la Corte el control de conexidad de los decretos que desarrollan la declaratoria del estado de excepción y al máximo juez de lo contencioso administrativo el de los reglamentarios que a su turno desarrollan los primeros. No sobra agregar que el juicio de conexidad que en esta Corporación se realiza, se puede ver afectado por las decisiones de la Corte Constitucional.

v) El principio de proporcionalidad demanda al intérprete que en la valoración de las medidas excepcionales se verifique el carácter transitorio de las mismas y qué tan adecuadas, ajustadas y conformes resultaron para la obtención de los fines perseguidos con su implantación<sup>13</sup>. En opinión de la Corte Constitucional,

*(...) busca que la medida no sólo tenga un fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo. De esta forma, la comunidad queda resguardada de los excesos o abusos*

---

<sup>12</sup> Consejo De Estado, Sala Plena, sentencia del 7 de febrero de 2000, exp. CA-033, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>13</sup> Los principios de proporcionalidad y necesidad fueron recogidos en la decisión del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Ricardo Hoyos Duque, sentencia de 3 de mayo de 1999, rad. CA- 011, actor: Superintendencia Bancaria, demandado: circulares externas n.º 085 del 27 de noviembre de 1998 y 002 de febrero 9 de 1999 expedidas por la Superintendencia Bancaria.



*de poder que podrían provenir del empleo indiscriminado de la facultad legislativa o de la discrecionalidad atribuida a la administración”<sup>14</sup>.*

vi) Por último, el principio de necesidad pretende que las medidas tomadas por fuera de la normalidad surjan como herramientas indispensables para la superación del estado de crisis que se expone en la declaración del estado de excepción.

13. En conclusión, los principios señalados: integralidad, autonomía, oficiosidad, causalidad normativa o conexidad, proporcionalidad y necesidad han sido identificados y recogidos por esta Corporación como instrumentos que orientan el juicio que sobre los actos administrativos ha sido confiado a la Sala Plena Contenciosa en virtud del control inmediato de legalidad.

### **III. Decreto Reglamentario 2962 de 18 de agosto de 2011 y su contexto jurídico**

14. El 7 de diciembre de 2010, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4580 por el cual declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública en consideración al desastre natural “*de dimensiones extraordinarias e imprevisibles*” que se había producido en todo el territorio nacional y marcadamente en las regiones Caribe, Andina y Pacífica como consecuencia del fenómeno meteorológico denominado La Niña, asociado al cambio climático y la caída de torrenciales lluvias.

15. En orden a determinar la gravedad de la calamidad pública y su impacto en los aspectos económicos, sociales y ecológicos el Gobierno Nacional sostuvo en la declaratoria de estado de emergencia lo siguiente:

*Que la Dirección de Gestión del Riesgo del Ministerio del Interior y de Justicia informó al Gobierno Nacional que, como consecuencia del actual fenómeno de La Niña, han perdido la vida más de 200 personas, han desaparecido más de 120, han resultado heridas cerca de 250, hay 337.513 familias afectadas, 2.049 viviendas destruidas y 275.569 viviendas averiadas en 654 municipios de Colombia.*

*b. Que la misma Dirección de Gestión del Riesgo del Ministerio del Interior y de Justicia ha hecho presencia en las diferentes regiones afectadas y ha concluido, según informe del 6 de diciembre de 2010, que*

---

<sup>14</sup> Corte Constitucional, sentencia T-422 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, citada en la sentencia C-403/10, M.P. María Victoria Calle Correa.

*se ha presentado una afectación aproximada de 1.614.676 personas por el fenómeno de La Niña.*

*c. Que como consecuencia del extraordinario fenómeno de La Niña, se ha producido una considerable destrucción de inmuebles, se ha interrumpido la prestación de servicios públicos esenciales, se han afectado vías de comunicación y se ha perjudicado gravemente la actividad económica y social en el territorio nacional.*

*d. Que el Comité Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, según consta en acta de fecha 7 de diciembre de 2010, señaló que la situación presentada a causa del fenómeno de La Niña en todo el territorio nacional, ha provocado graves inundaciones, derrumbes, daños de vías, pérdidas de zonas agrícolas, de viviendas y centros educativos, acueductos, hospitales, y daños en la infraestructura de los servicios públicos. También ha generado un grave impacto, con la afectación de 52.735 predios, 220.000 hectáreas dedicadas a agricultura, sin incluir las tierras inundadas destinadas a ganadería, la muerte de 30.380 semovientes y el traslado súbito de 1.301.892 animales.*

*e. Que trescientas veinticinco mil familias pobres colombianas, gran parte desplazadas, habitan viviendas ubicadas en zonas de alto riesgo no mitigable, por lo cual constituyen una población vulnerable que es necesario reubicar prioritariamente.*

*f. Que a causa del fenómeno de La Niña se ha afectado y destruido parte de la red vial primaria, secundaria, terciaria y por concesión, ocasionando cierres totales de vías en más de treinta sitios, y cierres parciales o pasos restringidos en más de ochenta lugares de la geografía nacional, así como daño de diques, obras de contención, acueductos, alcantarillados, etc.*

*g. Que las graves inundaciones han afectado tierras dedicadas a la agricultura y a la ganadería, y, han ocasionado hasta el momento, severos daños en cultivos de ciclo corto y permanente. Igualmente han provocado delicados problemas fitosanitarios, tanto en lo vegetal como en lo animal y han hecho manifiesta la urgencia de reconstruir varios distritos de riego que se han visto severamente estropeados.*

*h. Que por el fenómeno de La Niña, más de quinientos establecimientos educativos de dieciocho departamentos y ciento cincuenta municipios se han visto seriamente afectados, lo cual impactará el derecho a la educación y la continuidad en la prestación del servicio educativo a más de trescientos veinte mil estudiantes, jóvenes y niños, con grave impacto en cobertura y deserción.*

*i. Que las extraordinarias precipitaciones en las zonas donde se realizan actividades de minería ilegal, construcciones de infraestructura sin la observancia de las normas ambientales y de urbanismo requeridas, así como otras actividades de aprovechamiento ilegal de recursos naturales renovables, tales como la deforestación y degradación de suelos, están produciendo efectos en la sedimentación en los cauces de los ríos, con grave repercusión medioambiental y sobre las comunidades aledañas.*

*j. Que se han producido graves e inminentes daños a la salud de los colombianos, como el desabastecimiento de agua potable, inseguridad alimentaria y nutricional, el incremento de riesgos de enfermedades transmisibles, zoonóticas y por vectores, entre otros. Además de lo anterior, hay riesgos de fragmentación familiar, estrés post traumático generado por el desastre, con impacto en la salud mental de niños y adultos, lo mismo que la perturbación en la prestación de servicios en hospitales, en los programas de vacunación y en la logística de entrega de insumos y medicamentos. Así mismo, que por afectación de la infraestructura se ha perdido en algunos centros hospitalarios la continuidad en los procesos de atención a pacientes crónicos y otros que requieren de manera prioritaria la prestación de servicios médicos.*

*k. Que numerosas familias y comunidades están expuestas a riesgos extraordinarios en los lugares donde habitan y su permanencia en tales sitios de alta vulnerabilidad constituye una grave e inminente amenaza para su vida e integridad personal.*

*l. Que los sistemas de identificación y registro existentes, como el censo general y el SISBEN, no permiten focalizar las medidas y beneficios hacia las personas afectadas por la calamidad pública.*

16. Así las cosas, el Gobierno Nacional expuso múltiples razones de perturbación de la normalidad que denotaba una grave crisis en la infraestructura vial y fluvial, acueductos, alcantarillados, prestación de servicios públicos esenciales, en la producción agrícola y pesquera, en la atención a la infancia, sistema educativo, salud mental de niños y adultos, destrucción de inmuebles, incremento de enfermedades y un largo etcétera que convertían, de un lado, al Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, sus recursos y medios de acción, en insuficientes para atender la emergencia y, por otro, al presupuesto del Estado incluido en la Ley 1365 de 2009 “*por el cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiedades para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2010*” en exiguo para conjurar la crisis expuesta.

#### **IV. Problema jurídico**

17. Definida su competencia, el Consejo de Estado examinará, en desarrollo del control inmediato de legalidad si el Decreto 2962 del 10 de agosto de 2011, cumple con los requerimientos constitucionales y legales exigidos para determinar su compatibilidad con el ordenamiento jurídico. Con tal fin, abordará la siguiente temática: (i) naturaleza jurídica y régimen contractual aplicable al Fondo Adaptación ii) antecedentes del Fondo Adaptación; (iii) el control formal del

decreto que desarrolla el régimen contractual del Fondo Adaptación; (iv) el control material del citado decreto que partirá, inicialmente, por verificar si las medidas adoptadas en él se encuentran encaminadas “exclusivamente” a la superación de las causas que dieron lugar a la declaratoria de emergencia y a la expedición del Decreto Legislativo 4819 como es evitar la expansión de los efectos causados por el fenómeno de La Niña y la ola invernal, es decir, corroborar la relación “específica” entre los fines de las medidas adoptadas y las causas de la emergencia. Posteriormente, v) se entrará a comprobar la compatibilidad del decreto con las demás normas del ordenamiento jurídico, especialmente en tanto reglas de contenido contractual, de su armonía y justificación de su excepcionalidad frente al régimen contractual vigente consagrado en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

#### **IV.1. Naturaleza y régimen contractual aplicable al Fondo Adaptación**

18. El Fondo Adaptación fue creado mediante el D.L. 4819 del 29 de diciembre de 2010 con el objeto de recuperar, construir y reconstruir las zonas afectadas por el fenómeno de "La Niña" y la consecuente ola invernal que se produjo en la mayor parte del territorio nacional. Así mismo se dispuso entre sus fines impedir definitivamente la prolongación del fenómeno de “La Niña”, especialmente para la mitigación y prevención de riesgos y la protección en lo sucesivo, de la población de las amenazas económicas, sociales y ambientales. Esto es, ratifica su fuerte contenido ambiental, para la atención de un desastre natural.

19. Respecto a su naturaleza jurídica se determinó que se trata de: i) una entidad descentralizada del orden nacional; ii) con personería jurídica; iii) autonomía presupuestal y financiera; iv) adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público (artículo 1º); v) que se rige contractualmente por el derecho privado. En torno a sus finalidades, el decreto estableció las siguientes:

*Este Fondo tendrá como finalidad la identificación, estructuración y gestión de proyectos, ejecución de procesos contractuales, disposición y transferencia de recursos para la recuperación, construcción y reconstrucción de la infraestructura de transporte, de telecomunicaciones, de ambiente, de agricultura, de servicios públicos, de vivienda, de educación, de salud, de acueductos y alcantarillados, humedales, zonas inundables estratégicas, rehabilitación económica de sectores agrícolas, ganaderos y pecuarios afectados por la ola invernal y demás acciones que se requieran con ocasión del fenómeno de "La Niña", así como para impedir definitivamente la prolongación de sus*

*efectos, tendientes a la mitigación y prevención de riesgos y a la protección en lo sucesivo, de la población de las amenazas económicas, sociales y ambientales que están sucediendo.*

20. El artículo 7º del D. 4819/10 señaló el régimen contractual aplicable al Fondo<sup>15</sup>, el que una vez ajustado por la Corte, quedó así:

*Artículo 7º. Régimen Contractual. Los contratos que celebre el Fondo para el cumplimiento de su objeto, cualquiera sea su índole o cuantía, se regirán por el derecho privado y estarán sujetos a las disposiciones contenidas en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, dando aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.*

*Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará todas las condiciones para la contratación del Fondo que permitan mayor eficiencia en la recuperación, construcción y reconstrucción por el fenómeno de "La Niña", garantizando el cumplimiento de los principios constitucionales y legales citados en el presente artículo.*

21. En este marco de referencia, el Decreto 2962 de 2011, reglamentario del artículo 7º del D.L. 4819 de 2010, estableció como estrategia jurídica para la atención a una catástrofe de origen natural y ambiental, el seguimiento de las reglas del derecho privado. La Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo 7º del Decreto 4819 del cual deriva el régimen contractual que ahora desarrolla el D. 2962, lo caracterizó en su providencia C-251 de 2011 de la siguiente manera:

*La anterior disposición implica que: (i) los contratos que celebre el Fondo Adaptación para el cumplimiento de su objeto se someterán al derecho privado, es decir, no estarán sujetos a las reglas de contratación estatal, sin importar ni su índole ni cuantía, (ii) que estarán vinculados por los principios de la función administrativa y de control fiscal (artículos 209 y*

---

<sup>15</sup> “ARTÍCULO 7º. RÉGIMEN CONTRACTUAL. Los contratos que celebre el Fondo para el cumplimiento de su objeto, cualquiera sea su índole o cuantía, se regirán por el derecho privado y estarán sujetos a las disposiciones contenidas en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, dando aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. ~~El Consejo Directivo, podrá determinar las cuantías y casos en los cuales sea necesario adelantar procesos de selección que garanticen la participación pública.~~ PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional reglamentará todas las condiciones para la contratación del Fondo que permitan mayor eficiencia en la recuperación, construcción y reconstrucción por el fenómeno de “La Niña”, garantizando el cumplimiento de los principios constitucionales y legales citados en el presente artículo.” El segmento tachado fue declarado inexecutable y el resto del artículo executable en forma condicionada por la Corte Constitucional “en el entendido que el régimen contractual previsto tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014, inclusive” en la sentencia C-251 de 6 de abril 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

267 de la Constitución), (iii) en su desarrollo se dará aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993, es decir, al establecimiento de cláusulas excepcionales y (iv) en virtud del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 estarán excepcionados del Estatuto General de la Administración Pública.

Por otra parte, cabe señalar que la norma no hace distinción alguna y por tanto, este tipo de contratación, exenta de los requisitos especiales de la contratación estatal, se entiende que ha de aplicarse para todo el término de vigencia del fondo, asunto que será analizado más adelante.

22. Al someter la medida al examen de fondo bajo los criterios de i) conexidad, ii) necesidad e insuficiencia de los medios ordinarios y iii) proporcionalidad, la Corte determinó que si bien es cierto que éstas se adecúan a las motivaciones que ofreció el Gobierno Nacional para declarar la emergencia en los considerandos 3.12 y 3.19 del Decreto 4580 de 2010 y por ende desarrolla sus objetivos guardando conexidad externa e interna con las herramientas necesarias para hacer frente a la crisis, siendo además necesaria y proporcional la adopción de un régimen contractual especial, también lo es que la extensión indefinida en el tiempo de un estatuto de estas características no se observaba razonable. De tal modo que declaró la exequibilidad del artículo pero condicionada a una vigencia temporal y definida en el tiempo que llega hasta el 31 de diciembre del 2014.

23. La Corte justificó su decisión de limitar temporalmente el régimen contractual al considerar que si bien en términos generales la medida se ajustó a los criterios de conexidad, proporcionalidad, necesidad e insuficiencia de los medios ordinarios para resolver la situación de emergencia, tal justificación no se evidencia en la pretensión de mantener dicho estatuto en una extensión indefinida, concluyendo que el Gobierno Nacional no explicó las razones que tornaban necesaria la excepción de aplicación permanente del Estatuto General de la Contratación Pública. De tal manera que la Corte valoró que aunque el Estatuto Contractual no era “*idóneo*” para superar la emergencia, la medida de excepción a la normalidad contractual sólo era razonable y proporcional en sentido estricto, si la misma se limitaba en su aplicación a un tiempo específico que culmina el 31 de diciembre del 2014, pues de lo contrario se sacrificarían importantes principios constitucionales. Específicamente la Corte adujo al analizar los criterios de conexidad, proporcionalidad y necesidad:

#### **2.7.4.2.1. Examen de conexidad**

*En los considerandos 3.12 y 3.19 del Decreto 4580 de 2010, “Por el cual se declara el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública”, el Gobierno aduce la necesidad de tomar medidas especiales de contratación estatal. En términos del Decreto declaratorio se advierte:*

*“3.12. Que es necesario adoptar medidas inmediatas de reparación y reconstrucción, de tal manera que las prioridades de las obras en concesión y las públicas realizadas directamente por el gobierno, sean viales, aeroportuarias, portuarias, férreas o fluviales, estén orientadas a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, con el fin de que la actividad económica en las zonas afectadas, la movilidad y seguridad de las personas y el acceso a servicios sociales no continúen severamente perturbados.*

*(...)*

*3.19. Que por todo lo anterior es indispensable, dentro del marco de los considerandos anteriores, adoptar entre otras medidas, disposiciones legislativas en materia tributaria, presupuestal, de endeudamiento, control ambiental, contratación pública, procesales, expropiación de inmuebles y control fiscal, así como crear mecanismos necesarios para administrar recursos, a fin de proteger y garantizar los derechos de las personas afectadas, lograr la recuperación de la actividad productiva, el fortalecimiento institucional y financiero de la Nación, y adelantar las obras de infraestructura que permitan conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.”*

*Esta misma motivación es reproducida en el Decreto 4819 de 2010. Allí se sostiene que es indispensable adoptar “disposiciones legislativas en materia tributaria, presupuestal, de endeudamiento, control ambiental, contratación pública, procesales, expropiación de inmuebles y control fiscal, así como crear mecanismos necesarios para administrar recursos (...),” agregan que resulta necesario “establecer un mecanismo institucional para la estructuración y gestión de proyectos, ejecución de procesos contractuales, disposición, transferencia y protección de recursos y demás acciones que se requieran en la etapa de recuperación, construcción y reconstrucción por el Fenómeno de “La Niña”, tendientes a la mitigación y prevención de riesgos y a la protección en lo sucesivo, de la población de las amenazas económicas, sociales y ambientales que están sucediendo.” (subraya fuera del texto)*

*Es decir, efectivamente el artículo 7 del Decreto 4819 de 2010 desarrolla los objetivos del Decreto 4580 de 2010 y por tanto, guarda conexidad externa con las herramientas necesarias para hacer frente a la crisis. Por otra parte, en relación con la conexidad interna esta Sala considera que, en principio, la adopción de un régimen de contratación para hacer frente en forma eficiente a las necesidades generadas por el Fenómeno de La Niña, guarda conexidad con los hechos y causas de la crisis, y permite al Estado adquirir los bienes y servicios necesarios para superar la emergencia. No obstante, tal como lo ha señalado esta Sala en otras providencias, sentencias C-193 y C-194 de 2011, el régimen especial de contratación que se ha diseñado para afrontar esta emergencia, no puede mantenerse indefinidamente en el tiempo, razón por la que se ha considerado razonable establecer un límite temporal, el cual se ha fijado en el 31 de diciembre de 2014. Este período se ha*

considerado más que prudencial para que, entre otros, el Fondo Adaptación haga la planeación necesaria para el cumplimiento de sus objetivos y estructure las contrataciones que se requieren bajo la modalidad excepcional que consagra el decreto objeto de revisión. Finalizado ese período, se entiende que el Fondo deberá recurrir a las normas ordinarias de contratación.

En estos términos, considera esta Sala que no hay razón alguna que justifique la existencia de un régimen especial de contratación indefinido en el tiempo.

En efecto, la conexidad implica “la constatación de un nexo causal entre las situaciones que de manera **mediata e inmediata** han dado origen a la declaratoria del estado de excepción y la materia regulada por los decretos legislativos correspondientes”<sup>16</sup> Además, resulta necesario que las medidas estén encaminadas **exclusiva y específicamente** a la superación de las causas que dieron lugar a la declaratoria de emergencia y a evitar la extensión de sus efectos. No obstante, el Gobierno no explicó por qué se hacía necesario excepcionar la aplicación del Estatuto de la Contratación indefinidamente, cuando para la Sala resulta evidente que el Gobierno Nacional sólo requiere de un periodo razonable y prudencial para el efecto, en el que la planeación y contratación serán vitales, después de este término, el Gobierno ha de recurrir a las normas ordinarias.

#### **2.7.4.2.2. Examen de necesidad e insuficiencia de los medios ordinarios**

Las mismas consideraciones pueden hacerse en relación con la suficiencia de mecanismos ordinarios. En efecto, en los primeros años de aplicación de estas normas de excepción se hace necesaria la inaplicación del Estatuto General de Contratación, por cuanto él no es idóneo para hacer frente a todas las necesidades que ha generado y ha de generar el Fenómeno de La Niña, no obstante, esa excepcionalidad debe ser temporal y no mantenerse en el tiempo, razón por la que la Sala insiste en que la contratación por el Fondo Adaptación, por fuera de los causes de la Ley 80 de 1993 y normas modificatorias, sólo es razonable si tiene un límite en el tiempo, límite que se repite, termina el 31 de diciembre de 2014.

#### **2.7.4.2.3. Examen de proporcionalidad**

El examen de proporcionalidad, en este caso, está delimitado por las razones que antes se expusieron. Es decir, que la Sala considera que la excepción a la contratación se justifica, es decir, sólo es necesaria y proporcional en la medida que tenga un límite en el tiempo, es decir, el 31 de diciembre de 2014.

En estos términos, la medida que implementa el precepto acusado, permite que los proyectos a que hace referencia el decreto, no se sometan ni a los principios de la contratación estatal ni a todas aquellas disposiciones establecidas en el Estatuto General de Contratación.

---

<sup>16</sup> [35] C-145 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.



*Con la limitación explicada, se ha de entender que la medida es proporcional en sentido estricto. La Corte ha considerado que en los estados de excepción las medidas que restrinjan derechos sólo serán admisibles “en el grado absolutamente necesario para lograr el retorno a la normalidad”. Por ello, la inaplicación de la contratación pública sólo es proporcional si se entiende limitada en el tiempo, sin la limitación expuesta, se sacrificarían importantes principios constitucionales<sup>17</sup>.*

24. Con relación a la expresión “*El Consejo Directivo, podrá determinar las cuantías y casos en los cuales sea necesario adelantar procesos de selección que garanticen la participación pública*” que integraba el artículo 7 del D. 4819 de 2010, la Corte decidió declararlo inexecutable al valorar que dicha medida invadía la competencia reglamentaria que principalmente reposa en cabeza del presidente de la República y excepcionalmente en otros órganos. Expresamente dicho Tribunal señaló:

*Igualmente, es necesario advertir, como se hizo en las sentencias C-193 y C-194 de 2011, que las facultades otorgadas al Consejo Directivo del Fondo Adaptación, en el sentido de reglamentar las cuantías y casos en los cuales será necesario adelantar procesos de selección que garanticen la participación pública, es contrario a la Constitución, por cuanto la facultad reglamentaria corresponde, por regla general, al Presidente de la República y excepcionalmente a otros órganos del Estado expresamente facultados para ello en la Constitución Política, como sucede, por ejemplo, con la Contraloría General de la República, el Consejo Nacional Electoral, entre otros.*

*En ese orden de ideas, no cualquier órgano o entidad que se cree en el Estado puede ser titular de dicha función, razón por la que se debe declarar la inexecutable del siguiente aparte del artículo 7: “El Consejo Directivo, podrá determinar las cuantías y casos en los cuales sea necesario adelantar procesos de selección que garanticen la participación pública.*

## **IV.2. Antecedentes del Fondo Adaptación**

25. El Fondo Adaptación invoca un modelo de gestión de la emergencia que reincide en ciertas prácticas de superación de la calamidad ya ensayadas por el Gobierno Nacional en dos oportunidades: por primera vez mediante la creación de la Corporación para la Reconstrucción de la cuenca del río Páez y zonas aledañas

---

<sup>17</sup> Corte Constitucional, sentencia C-251 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

–CORPOPAECES- y posteriormente a través del Fondo de Reconstrucción y Desarrollo Social del Eje Cafetero -FOREC-.

26. Son aristas distintivas de este modelo de gestión de la situación de desastre: i) la creación de instituciones públicas, ii) con formas organizacionales, funcionales y de ejecución propias del sector privado, iii) pero con la gestión de dineros públicos; los cuales son dirigidos a resolver una situación de crisis, que dada su magnitud, reclama una respuesta ágil y eficaz que suele ofrecerse por fuera de los cauces de la normalidad jurídica e institucionalidad estatal.

27. Bajo la primera formulación, CORPOPAECES se creó mediante los Decretos Legislativos 1179 y 1252 de 1994<sup>18</sup>, al amparo del estado de excepción declarado por el Gobierno Nacional por el término de quince días con el fin de conjurar la emergencia ocasionada por el terremoto y posterior avalancha del 9 de junio de 1994 en los territorios principalmente indígenas aledaños al río Páez ubicados en los departamentos del Huila y Cauca. Posteriormente la Corporación acogió el nombre Nasa Kiwe y actualmente continúa funcionando hasta *“cuando haya terminado su objeto”*. En esa ocasión la razón principal aducida por el Gobierno Nacional para sustentar la creación de la nueva corporación fue que *“el Sistema de Atención y Prevención de Desastres no cuenta con la infraestructura, la capacidad jurídica y financiera para conjurar los efectos de esta calamidad pública y restablecer el orden económico y social a través de la rehabilitación y reconstrucción de la zona”*.

28. Por su parte el FOREC fue creado a través del Decreto Legislativo 197 del 30 de enero de 1999, y en desarrollo del Decreto 195 del 29 de enero de 1999, que a su vez había declarado el estado de emergencia económica, social y ecológica a raíz del terremoto que tuvo lugar el 25 de enero de 1999 en la región que aglutina los departamentos identificados como integrantes del eje cafetero. Creado como una entidad de naturaleza especial del orden nacional, el FOREC fue dotado de personería jurídica, autonomía patrimonial y financiera, sin estructura administrativa propia cuyo objeto era la financiación y realización de las actividades necesarias para la reconstrucción económica, social y ecológica de la

---

<sup>18</sup> Revisados por la Corte Constitucional mediante control automático de constitucionalidad, sentencias C-367/94 y C-368 de 1994.

región afectada por el mencionado terremoto acaecido a comienzos de 1999. Nuevamente en esta oportunidad el principal argumento esgrimido por el Gobierno Nacional para sustentar la creación de la nueva corporación fue que *“las funciones legales y los recursos asignados al Sistema Nacional para la Atención y Prevención de Desastres son insuficientes para conjurar los efectos de esta calamidad pública y restablecer el orden económico, social y ecológico a través de la rehabilitación y reconstrucción de la zona”*<sup>19</sup>.

29. Al ser sometido a control de constitucionalidad, mediante la sentencia C-218 de 1999, el Decreto Legislativo 197 de 1999 fue declarado exequible pero en forma condicionada. Allí se precisó que: i) el director ejecutivo del Fondo para la Reconstrucción del Eje Cafetero era servidor público (art. 2º del D.L. 197/99); ii) la designación de una firma de reconocido prestigio internacional para que ejerciera la auditoría sobre los actos y contratos que realice el Fondo debería recaer sobre una empresa colombiana escogida por concurso público de méritos y contratada previo concepto del Consejo de Estado<sup>20</sup>, la cual cumpliría sus funciones sin perjuicio del control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República (art. 3 núm. 6); iii) los informes del Consejo Directivo al presidente de la República permitirían verificar la gestión y los resultados del Fondo desde una perspectiva de carácter administrativo, que no supe la función de control fiscal propia de la Contraloría, y que no la sustituye ni la desplaza (art. 3 núm. 8).

30. Un aspecto que cabe resaltar es la precisión que realizó la Corte sobre de dónde provenía la facultad de suprimir y liquidar el Forec por parte del Gobierno Nacional, una vez cumplierse sus objetivos: *“En Estado de Emergencia, la ley exigida en el artículo 189, numeral 15, de la Constitución, para que el Gobierno suprima o fusione entidades u organismos nacionales, está contenida en el decreto legislativo correspondiente, que puede ser, sin violar los mandatos superiores, el mismo por el cual se haya creado un ente de duración precaria y finalidad delimitada, con miras a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos”*<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Considerandos del D.L. 195 del 29 de enero de 1999 que declaró la emergencia, reiterados en el D. L. 197 del 30 de enero de 1999.

<sup>20</sup> Concepto que fue efectivamente emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, el 26 de febrero de 2001, C.P. Cesar Hoyos Salazar, rad. 11001-03-06-000-2000-01335-01, actor: Director Ejecutivo del Forec, referencia: Forec. Contrato de Auditoria Externa.

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencia C-218 de 1999.

31. De conformidad con esta decisión, el FOREC fue liquidado tres años después mediante el Decreto 111 de 2002 y en el artículo 4º del mismo acto radicó en cabeza de la Red de Solidaridad Social todos los derechos y obligaciones del extinto fondo.

32. El Consejo de Estado conoció de algunas demandas formuladas contra el FOREC en el marco de su gestión<sup>22</sup>, en donde cabe destacar dos importantes providencias que resolvieron acciones populares interpuestas por damnificados del terremoto: en la primera de ellas<sup>23</sup>, coadyuvada por cuatrocientos sesenta afiliados a la Asociación Cívica Solidaridad, de la que el accionante era el representante legal, solicitaban se les amparase los derechos colectivos a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, así como la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos respetando las disposiciones jurídicas (art. 4º literales l y m de la Ley 472 de 1998) con ocasión de la ocurrencia de la calamidad pública del terremoto del 25 de enero de 1999, en la zona del eje cafetero. Lo anterior por cuanto el Forec había distinguido en la reparación de las viviendas a aquellas que habían sido totalmente destruidas tras la ocurrencia del siniestro de las que debían ser apenas reparadas. En el primer evento, en el avalúo para la reconstrucción de “*vivienda nueva*” se tendría en cuenta las normas técnicas referentes a la sismo-resistencia contempladas en la Ley 400 de 1997, mientras que en las últimas no, lo cual generaba un trato diferenciado no justificado en la distribución de los recursos y las condiciones de las viviendas para afrontar un potencial movimiento telúrico hacia el futuro. En esa oportunidad la Sección Cuarta amparó los derechos colectivos invocados por los accionantes y ordenó la conformación de un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia<sup>24</sup>, junto a otras medidas.

33. En la segunda de ellas, la Sección Tercera conoció de un recurso de apelación interpuesto contra la decisión de primera instancia que resolvió a favor de

---

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque, sentencia de 21 de febrero de 2002, rad. 66001-23-31-000-2001-1169-01(AC-2246), actor: Alejandro Hurtado Gutiérrez, demandado: Fondo Para La Reconstrucción y Desarrollo Social del Eje Cafetero –Forec-, ref. Acción de Tutela.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié, diciembre 7 de 2000, rad. Ap- 136, actor: Hernán Gallego Arbeláez.

<sup>24</sup> Integrado por el demandante señor Hernán Gallego Arbeláez, un representante del Forec, el personero del municipio de Armenia, un representante de la Corporación Minuto de Dios, el alcalde del municipio de Armenia, la Secretaría de Planeación Municipal y la curaduría urbana de Armenia.

los demandantes otra acción popular<sup>25</sup> contra el Forec. En la demanda se solicitó la culminación del proyecto de vivienda denominado Ciudadela La Cecilia, cuyo objeto fue el de ofrecer 924 soluciones de vivienda unifamiliar para los damnificados que aplicaran el subsidio de vivienda que por ese desastre natural les había otorgado el gobierno central y el cual había sido paralizado a raíz de un desfase presupuestal. Pese a los compromisos suscritos por las distintas partes involucradas como fueron el FOREC, la Fiduciaria La Previsora, el interventor, la compañía de Seguros Liberty y el constructor, tal proyecto había quedado inconcluso. En la acción popular, los demandantes contando con la coadyuvancia de la Defensoría del Pueblo de la Regional Quindío, solicitaban el cumplimiento de lo pactado en el sentido de que las viviendas fueran efectivamente terminadas y dotadas de los servicios públicos domiciliarios de energía, acueducto, recolección de basuras, se cumpliera con el proceso de tradición mediante escritura pública y se culminaran las obras que garantizaran las condiciones de salubridad y habitabilidad de las viviendas en condiciones dignas. La Sala confirmó la sentencia de primera instancia que había protegido los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la seguridad y salubridad públicas, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

34. Así entonces, la creación del Fondo Adaptación se ubica en la tercera oportunidad en que el Gobierno Nacional esgrime, al amparo de la Constitución vigente, que las funciones legales y los recursos asignados al Sistema Nacional para la Atención y Prevención de Desastres son insuficientes para conjurar los efectos de esta clase de calamidad pública. En efecto, tanto en el decreto declaratorio de la calamidad como en el que crea el Fondo Adaptación el Gobierno insistió en esta idea de la siguiente manera: *“Que como se indicó en los considerandos del Decreto 4580 de 2010, las funciones legales y los recursos asignados al Sistema Nacional para la Atención y Prevención de Desastres son insuficientes para conjurar los efectos de esta calamidad pública y restablecer el orden económico, social y ecológico (...)”* (D. L. 4819 de 2010).

---

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, 13 de febrero de 2006, rad. 63001-23-31-000-2003-00861-01(AP), actor: Graciela Chiquito Jaramillo, demandado: Fiduciaria La Previsora S.A. y otros.

35. La Corte Constitucional al analizar el Decreto 4819 acogió el argumento presentado por el Gobierno en el sentido de que el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres (creado por la Ley 46 de 1988 y reglamentado por el Decreto Ley 919 de 1989) no cuenta con los recursos ni la capacidad legal para asumir la reconstrucción que demanda la emergencia y encontró conexa, proporcional y necesaria la creación de *“un mecanismo institucional para la estructuración y gestión de proyectos, ejecución de procesos contractuales, disposición, transferencia y protección de recursos y demás acciones que se requieran en la etapa de recuperación, construcción y reconstrucción por el Fenómeno de “La Niña”, tendientes a la mitigación y prevención de riesgos y a la protección en lo sucesivo, de la población de las amenazas económicas, sociales y ambientales que están sucediendo”*. De tal suerte que la Corte avaló la creación de una institucionalidad *“propia”* que esté específicamente dirigida a conjurar la crisis y *“a evitar la repetición de los hechos”*. Este esquema, comprende entonces la creación de un Fondo de alta gerencia y administración autónoma, con recursos públicos, pero que no se limita al régimen contractual público.

36. Respecto a la modificación que de la estructura de la administración supone la creación de un nuevo órgano administrativo, la Corte recordó que si bien la competencia para determinar dicha estructura recae principalmente en el legislador, mediante su facultad de crear las leyes (art. 150 núm. 7º constitucional)<sup>26</sup>, ésta no es una facultad exclusiva en tanto las mismas deben tramitarse bajo iniciativa exclusiva del presidente (art. 154 superior). Ante lo cual la jurisprudencia constitucional ha admitido que esta labor, en épocas de anormalidad, sea desarrollada excepcionalmente por el legislador extraordinario en el marco del artículo 215 constitucional, tal como sucedió con el Decreto 4870 de 2010, *“siempre y cuando la creación del respectivo ente, cumpla con los requisitos que debe observar toda medida en un estado de excepción”*<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Expresamente el artículo 150 constitucional señala: *“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)// 7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta”*.

<sup>27</sup> Corte Constitucional, sentencia C-251 de 2011.

37. Con esta orientación, la Corte consideró que a pesar de que el Decreto-Ley 919 de 1989 “*Por cual se organiza el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres y se dictan otras disposiciones*”, fue expedido para dar respuesta a situaciones de calamidad y desastre natural, en el presente caso resultaba insuficiente por cuanto no permitía afrontar la situación excepcional y de graves magnitudes que se había presentado. Para concluir ello, la Corte analizó el entramado de entidades implicadas en la atención de emergencias como el Fondo Nacional de Calamidades, el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres y la Dirección de Gestión del Riesgo para la Prevención y Atención de Desastres del Ministerio del Interior.

38. Con relación a la finalidad del Fondo Nacional de Calamidades, creado mediante el D.Ley 1547 de 1984 como una cuenta especial de la nación, con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística, administrada por una sociedad fiduciaria, la Corte encontró:

*Su finalidad es prestar apoyo económico a las actividades de (i) atención de desastres y calamidades declaradas, (ii) control de sus efectos, (iii) saneamiento ambiental de las comunidades afectadas durante las etapas de rehabilitación y reconstrucción, (iv) instalación y operación de sistemas y equipos de información adecuados para la prevención, diagnóstico y atención de situaciones de desastre o de calamidad, y (v) prevención de desastres o atenuación de sus efectos (artículo 2 del Decreto 1547 de 1984).*

39. La finalidad del Fondo es financiar las labores de los organismos que conforman el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres creado por la Ley 46 de 1988, que a su vez tiene como misión definir responsabilidades y articular el trabajo de las entidades públicas y privadas que realizan planes, programas, proyectos y acciones específicas para la prevención y atención de desastres. En ella se ubica la Dirección de Gestión del Riesgo para la Prevención y Atención de Desastres del Ministerio del Interior (artículo 2 del Decreto 989 de 1989), quien se encarga, entre otras funciones, de organizar y mantener un sistema integrado de información sobre la ubicación territorial de los riesgos existentes en el país, llevar a cabo análisis de vulnerabilidad y elaborar el Plan Nacional para la Prevención y Atención de Desastres (artículo 3 ibídem), el cual contiene las actividades específicas que deben desarrollar las entidades del sistema y a las que se destinan los recursos del Fondo Nacional de Calamidades (artículo 9 del Decreto 1547 de 1984). Este plan, antes de ser ejecutado, debe ser

aprobado por el Comité Nacional para la Prevención y Atención de Desastres y expedido por el Gobierno Nacional mediante decreto. Actualmente, el Plan Nacional para la Prevención y Atención de Desastres vigente está contenido en el Decreto 93 de 1998.

40. La Corte también analizó las herramientas que el sistema otorga al Gobierno como es la posibilidad de declarar una situación de calamidad pública o de desastre de hasta por tres meses (artículo 19 del Decreto 919 de 1989) según el grado de magnitud de la emergencia.

41. En el marco de la declaratoria de desastres se puede facultar a entidades públicas encargadas de implementar el plan específico de atención, para celebrar contratos con personas o entidades privadas o públicas, cuyo objeto tenga inmediata relación con la atención de la situación de desastre, con sujeción a las normas que regulan la contratación entre particulares, salvo en materia de cláusulas excepcionales y previa autorización del Comité Nacional para la Prevención y Atención de Desastres (artículo 25 *ibídem*); también se faculta al Gobierno a celebrar contratos de empréstito externo o interno para atender la crisis, caso en el cual se precisa del concepto previo del Consejo Nacional de Política Económica y Social y las firmas del representante de la entidad prestamista y del presidente de la República (artículo 26 *ibídem*).

42. Pese a las facultades con las que cuenta el gobierno para gestionar una situación de emergencia y la normatividad que le faculta, la Corte consideró que estas eran insuficientes debido a: i) la fragmentación que se podría generar en la ejecución del plan con los consecuentes costos de transacción, frente a la unidad y centralidad en la toma de decisiones que podía ofrecer el Fondo Adaptación relacionadas tanto con la atención de emergencia y la rehabilitación, como con la ejecución de las actividades; ii) ante la magnitud de los daños y la urgencia en atender la emergencia, los procedimientos señalados que implican su definición por el Consejo Nacional de Planeación e inclusión en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo y en los planes de desarrollo de las entidades territoriales, el Fondo Adaptación podría presentarse más ágil para adelantar una serie de obras y actividades que entiende la Corte, pueden ser desarrolladas de forma concomitante con las denominadas fases de atención humanitaria y de rehabilitación:



*En ese sentido, es claro que las acciones que debe emprender el Fondo Adaptación para la atención de la emergencia y prevenir la extensión de sus efectos pueden iniciarse durante el 2011, pese a que sus funciones se centren especialmente en el desarrollo de la tercera fase, esto es, la concebida para la prevención y reconstrucción, con un enfoque más que asistencialista y coyuntural de prevención estructural. En esta etapa se tiene previsto realizar actividades como las de rectificación de trazados viales, reasentamiento preventivo de viviendas, mitigación de riesgos como taludes y canalizaciones, reparación de la infraestructura de acueductos y alcantarillados, saneamiento de cuencas y programas de saneamiento de aguas residuales, etc., que implican proyectos de mediano y largo plazo, que excederían el ámbito de lo que se considera una situación excepcional de emergencia y por tanto deberían ser debatidas en el marco del Sistema Nacional de Planeación e incluidas en los planes nacionales y territoriales de desarrollo.*

*No obstante, si el Fondo Adaptación se concibe especialmente para las acciones de identificación, estructuración y gestión de esos proyectos a mediano y largo plazo, con el objeto de lograr la recuperación y reconstrucción, la medida resulta proporcionada por las importantes finalidades que persigue el Fondo desde la perspectiva constitucional, para la adopción de decisiones coordinadas, eficientes y con vocación de integralidad, además de garantizar la suficiencia y adecuada distribución de los recursos para mitigar los efectos asociados al Fenómeno de La Niña, así como prevenir en lo sucesivo los futuros impactos para la población en lo económico, social y ambiental por dicho fenómeno. Con tal objeto, el Decreto contempla una medida idónea para alcanzar los fines indicados.*

*Así las cosas, teniendo en cuenta que las acciones descritas en el precepto objeto de revisión (i) están dirigidas a atender las causas mediatas y estructurales que contribuyeron a la generación de la emergencia, y (ii) están previstas para el mediano y largo plazo, se ajustan a la Constitución. Es importante señalar sí, que las medidas de prevención, atención y reconstrucción deben concentrarse en las zonas afectadas por la ola invernal, igualmente, que las actividades del Fondo Adaptación no pueden ser diversas a esa atención.*

*En consecuencia, encuentra la Sala que el mencionado Fondo podrá desarrollar todas las acciones que se enumeran en el precepto objeto de análisis, siempre y cuando se dirija a las zonas afectadas y busquen la prevención, reparación y mitigación de las causas y efectos de las causas que dieron origen a la declaración de emergencia<sup>28</sup>.*

43. Así las cosas el enfoque de gestión que posee el Fondo Adaptación está encaminado exclusivamente a obtener resultados materiales en el corto plazo de dos años, pero para solventar daños estructurales que aglutinan aspectos ambientales, de direccionamiento de ríos, infraestructura fluvial, portuaria, aeroportuaria, férrea, educativa, agrícola, entre otras.

---

<sup>28</sup> Corte Constitucional, sentencia C-251 de 2011.

### IV.3. Examen de legalidad del Decreto Reglamentario 2962 de 2011. Aspectos formales

44. En consideración al texto auténtico del Decreto 2962 de 2011 “*Por el cual se reglamenta el artículo 7º del Decreto 4819 de 2010 y se dictan otras disposiciones*”, la Sala constata lo siguiente: i) el decreto reglamentario fue proferido por el ministro de la Protección Social delegatario de funciones presidenciales mediante Decreto 2888 de 2011<sup>29</sup>, el ministro de Hacienda y Crédito Público y el subdirector del Departamento Nacional de Planeación encargado de las funciones del despacho del Director del Departamento Nacional de Planeación y, ii) en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 19 del artículo 189 de la Constitución y el Decreto Ley 4819 de 2010<sup>30</sup>.

45. Si bien el decreto fue promulgado el 18 de agosto de 2011, es decir, por fuera del periodo establecido en la declaratoria del estado de excepción en el Decreto 4580 de 2010 que culminó el 28 de enero del mismo año, en el artículo 7º del Decreto 4819 de 2010 no se estableció un límite temporal a las facultades del gobierno para reglamentar las condiciones de la contratación del Fondo. En efecto, en el párrafo del artículo 7º declarado exequible condicionadamente por la Corte se estipuló: “*PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional reglamentará todas las condiciones para la contratación del Fondo que permitan mayor eficiencia en la recuperación, construcción y reconstrucción por el fenómeno de “La Niña”, garantizando el cumplimiento de los principios constitucionales y legales citados en el presente artículo*”.

46. Cabe recordar que, en la sentencia C-251 de 2011, la Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia en el sentido de aceptar el *principio de temporalidad* del estado de excepción y de *intemporalidad* de las medidas adoptadas en él, de la siguiente manera:

---

<sup>29</sup> Decreto del 11 de agosto de 2011, publicado en el Diario Oficial n.º 48.158 del 11 de agosto de 2011, en el que se delegan las funciones legales y expresas atribuciones constitucionales al ministro de la Protección Social, Dr. Mauricio Santamaría; dentro de las cuales se encuentran: 1. Artículos 129; 189, con excepción de lo previsto en los numerales 1 y 2; 303, 304, 314 y 323.

La delegación se concreta en los días de ausencia del presidente de la República que son del 15 al 17 de agosto en virtud de su traslado a la ciudad de Santiago (República de Chile), con el fin de cumplir con una *Visita de Estado* a ese país; y, 17 y 18 de agosto del mismo año a la ciudad de Buenos Aires (República de Argentina), con el fin de realizar una *Visita Oficial* a ese país.

<sup>30</sup> Se trata del Decreto Legislativo 4819 de 2010 expedido en el marco de la declaratoria de estado de excepción.

*El principio de temporalidad apunta a que toda medida de excepción tenga una duración limitada de acuerdo con las exigencias de la situación. Es decir, se prohíbe la permanencia de las medidas de excepción una vez finalizada la emergencia, así como la adopción de medidas por tiempo ilimitado. De lo contrario, podría darse el fenómeno de la institucionalización de los regímenes de excepción.*

*Este principio de temporalidad fue recogido por el artículo 215 de la Carta cuando estableció que el estado de emergencia económica, social o ecológica será declarado por períodos de hasta 30 días, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. Sin embargo, las medidas adoptadas en él serán intemporales, dado que regirán mientras el legislador expresamente las derogue, modifique o sustituya, salvo el caso de los impuestos.*

47. Así las cosas, como regla general, mientras se encuentren vigentes los decretos legislativos, el gobierno nacional podrá hacer uso de la potestad reglamentaria que se requiera para su debida aplicación de conformidad a su naturaleza administrativa, salvo que la Corte Constitucional hubiese condicionado la validez de los decretos por un término en concreto, el cual, tras hacerse efectivo, agotará la potestad reglamentaria que pende de los decretos legislativos.

48. En este caso, el condicionamiento temporal de la Corte sobre la integridad del artículo opera *“en el entendido que el régimen contractual previsto tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014, inclusive”*<sup>31</sup>. Más en dicho condicionamiento, ese Tribunal no estableció un término para agotar la competencia de regulación de este artículo, de lo cual se infiere que tendría que ser inferior al de vigencia del régimen contractual, a saber, hasta el 31 de diciembre de 2014.

49. La Sala observa que dos de los artículos del Decreto 2962 (artículos 4 y 9) han sido modificados mediante los Decretos 4808 de 20 de diciembre de 2011, y luego mediante el 1241 de junio 14 de 2013 que derogó expresamente al anterior. Al respecto la Sala ha considerado<sup>32</sup> que el control inmediato de legalidad debe

---

<sup>31</sup> Corte Constitucional, sentencia C-251-11.

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Mauricio Torres Cuervo, sentencia de 22 de febrero 2011, Rad. 11001-03-15-000-2010-00452-00(CA); Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, sentencia de 23 de noviembre de 2010, Rad. 11001-03-15-000-2010-00458-00(Ca); Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, sentencia de 23 de noviembre de 2010, Rad. 11001-03-15-000-2010-00347-00(CA), Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso

realizarse según las circunstancias vigentes al momento de la expedición del acto, “sin que sea relevante tener en cuenta fenómenos que afectan su fuerza ejecutoria (...)”<sup>33</sup>. De ahí que haya establecido que, el control en mención, procede bajo el entendido de que el acto nació a la vida jurídica y surtió efectos jurídicos desde el momento de su expedición hasta cuando se produjo su decaimiento en virtud de la derogatoria expresa, período sobre el cual le corresponde pronunciarse a la Corporación, tal como se realizará en el *sub judice*.

50. Así las cosas el decreto reglamentario satisface los requisitos formales para su expedición, como es que sea firmado por el Presidente o en su defecto por el ministro delegatario de funciones presidenciales, junto al ministro del ramo y que fuese expedido con anterioridad a la finalización del calendario de 2014.

#### **IV.4. Control material al Decreto Reglamentario 2962 de 2011**

51. El régimen contractual especial establecido en el artículo 7º del Decreto 4819 de 2010, cuya reglamentación contiene el decreto objeto de análisis en el *sub-lite*, tiene como finalidad la de lograr que el Fondo Adaptación cuente con unas condiciones de contratación que le permitan una mayor eficiencia en la recuperación, construcción y reconstrucción de las estructuras y servicios que sufrieron daños ocasionados por el fenómeno de “La Niña” y para la ejecución de las medidas enderezadas a la mitigación y prevención de riesgos de esta naturaleza.

52. La norma reglamentada establece, además, que los contratos que celebre el Fondo para el cumplimiento de su finalidad, se regirán por las normas de derecho privado pero también se someterán a las disposiciones contenidas en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política y que en ellos se aplicarán los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, los cuales se citan a continuación:

*ARTÍCULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

---

Administrativo, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, sentencia de 23 de noviembre de 2010, Rad. 11001-03-15-000-2010-00228-00(CA).

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de noviembre de 2010, Exp. 2010-00196-00, C.P. Ruth Stella Correa.

1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2º de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignent expresamente.

**PARÁGRAFO.** En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2º de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

**ARTÍCULO 15. DE LA INTERPRETACIÓN UNILATERAL.** Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se

logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia<sup>34</sup>.

**ARTÍCULO 16. DE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL.** Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

*Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo<sup>35</sup>.*

**ARTÍCULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL.** La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
2. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
- 3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista<sup>36</sup>.
4. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2º y 3º de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

*La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.<sup>37</sup>*

**ARTÍCULO 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS.** La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los

---

<sup>34</sup> Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1514-00, M.P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez.

<sup>35</sup> Aparte subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-949-01, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>36</sup> Aparte subrayado del numeral 2º, declarado condicionalmente exequible. *Ibidem*.

<sup>37</sup> Fragmentos subrayados del numeral 2º declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-454-94, M.P. Fabio Morón Díaz, “en la medida en que la incapacidad física permanente impida de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades físicas del contratista”.

*hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.*

*En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar<sup>38</sup>.*

53. Por su parte, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 establece que “Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

54. Esto significa que tales contratos i) se hallan sujetos a los principios constitucionales de la función administrativa<sup>39</sup>, ii) están sometidos al control fiscal de la Contraloría General de la República<sup>40</sup>, iii) en ellos deberán incluirse las facultades excepcionales consagradas en el estatuto de contratación estatal y iv)

---

<sup>38</sup> Expresiones subrayadas declaradas exequibles por la Corte Constitucional en la sentencia C-949-01, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>39</sup> Artículo 209 de la C.P.: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

<sup>40</sup> Artículo 267 de la C.P.: “El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. // Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado. // La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial (...)”.

los cobija, además, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para este tipo de contratación<sup>41</sup>.

55. De acuerdo con lo anterior, resulta evidente que a pesar de que el Decreto 4819 de 2010 establece que los contratos que celebre el Fondo Adaptación se sujetarán a las normas de derecho privado, en realidad consagró un marco normativo mixto, compuesto tanto por normas de esta naturaleza, como por mandatos constitucionales y legales de derecho público, que irradian sus efectos sobre la celebración de estos negocios jurídicos. No de otra forma habría de ser, si se tiene en cuenta que la destinataria de la regulación y reglamentación es una entidad estatal que ejerce una función pública, cuya finalidad es el cumplimiento de los cometidos estatales y la satisfacción del interés general, mediante la utilización e inversión de recursos públicos, lo cual justifica la no aplicación a ultranza de las normas de derecho común, inspiradas en relaciones individuales de particulares que persiguen intereses de la misma naturaleza y por lo tanto, la reglamentación de dicha norma responde a este doble fundamento jurídico, de tal manera que la aplicación de las normas de derecho privado no puede implicar el desconocimiento de los principios de la función administrativa ni de las facultades excepcionales otorgadas a la entidad destinataria de la reglamentación, como tampoco las inhabilidades e incompatibilidades que el ordenamiento contempla para la celebración de los contratos estatales, naturaleza esta última que, sin duda, ostentan los contratos celebrados por el Fondo Adaptación, independientemente del régimen jurídico predominante, pues tal y como lo ha reiterado la jurisprudencia<sup>42</sup>, “(...) *la clasificación de estatal, respecto de un*

---

<sup>41</sup> El artículo 8º de la Ley 80 de 1993, modificado y adicionado por las Leyes 1150 de 2007 –art. 18- y 1474 de 2011 –arts.1, 2 y 84, párrafo 2º-, consagra las principales causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar con las entidades estatales.

<sup>42</sup> “(...) *el legislador decidió crear una única categoría que comprenda a todos los negocios jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales, los cuales deben ser regulados y regidos por la autonomía de la voluntad como principio rector, por la protección del interés público y por el estricto manejo y vigilancia de los recursos fiscales que se comprometen en su celebración. // Coherente desde el punto de vista de semántica jurídica con el órgano público contratante, se acuñó la categoría “contratos estatales”, los cuales, de conformidad con el art. 32 de la ley 80 de 1993, son todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales que el mismo ordenamiento enumera. // (...) 4.1.3. A juicio de la Sala es preciso reconocer que en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de la administración pública, es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales: // 1ª Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta ley. Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico. Las controversias que se deriven de este tipo de contratos y de los procesos de ejecución o cumplimiento serán de conocimiento de la jurisdicción*



determinado contrato, no determina, per se, el régimen legal que deba aplicársele al mismo, puesto que resulta perfectamente posible, incluso en relación con contratos estatales propiamente dichos, que las normas sustanciales a la cuales deba someterse la relación contractual sean aquellas que formen parte del denominado derecho privado, sin que por ello pierda su condición de estatal, así como también puede resultar -como ocurre con la generalidad de los casos- que el régimen jurídico correspondiente sea mixto, esto es integrado tanto por normas de derecho público como de derecho privado<sup>43</sup><sup>44</sup>.

56. Ahora bien, se observa que la Corte Constitucional ha implementado un test de proporcionalidad para juzgar la constitucionalidad de las normas legales, el cual reviste distintos niveles de intensidad dependiendo de la materia sobre la cual recae la norma analizada, test que ha sido utilizado en ocasiones por el Consejo de Estado para examinar la legalidad de actos administrativos sometidos a su juzgamiento<sup>45</sup> y que resulta útil para los efectos del particular mecanismo de control inmediato de legalidad de los decretos del gobierno nacional que son desarrollo de los decretos legislativos expedidos con base en los estados de excepción, teniendo en cuenta el marco dentro del cual dicho control se efectúa – ver párrafo 12-, como en el *sub-lite*. Así, la Corte ha dicho:

---

*contenciosa administrativa. // 2ª Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio. Por regla general, el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir, es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad con el art. 82 del C.C.A. antes referido. // De lo anterior, es jurídicamente viable considerar que la categoría “contratos estatales” no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la ley 80 de 1993, sino que habría que reconocer que desde el punto de vista material y técnico formal, constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera, es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos: // 1º Contratos estatales regidos por la ley 80 de 1993. // 2º Contratos estatales especiales”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de agosto de 1998, expediente 14202, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.*

<sup>43</sup> [5] “Cf. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de septiembre 23 de 1997. Expediente S-701-Contractual. Actor: Diego Giraldo Londoño. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo”.

<sup>44</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 30 de enero de 2008, expediente 32867, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>45</sup> Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 23 de octubre de 2013, expediente 40458, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

De manera reiterada, la Corte ha señalado<sup>46</sup> que el control de constitucionalidad en general, y el test de proporcionalidad en particular, adoptan diversas modalidades –leve, intermedio o estricto– según su grado de intensidad, el cual depende de la materia objeto de la disposición demandada<sup>47</sup>. De conformidad con las líneas jurisprudenciales sentadas por esta Corporación, cuando se trata de materias económicas<sup>48</sup>, como lo es la actividad aseguradora, o se esté frente a asuntos en los cuales existe un amplio margen de configuración del legislador<sup>49</sup>, la modalidad del juicio de proporcionalidad que se debe adelantar es el débil, el cual, por otra parte, es el que ordinariamente debe llevar a cabo el juez constitucional frente a las medidas legislativas, en deferencia a la legitimidad democrática del Congreso de la República para configurar el ordenamiento jurídico<sup>50</sup>. En estos casos resultan más relevantes los poderes de intervención estatales y la libertad de configuración legislativa, que la limitación de las libertades económicas que este tipo de medidas suponen.

(...)

La modalidad del juicio de proporcionalidad débil supone que “[e]l juez constitucional deberá entonces respetar las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política. La Corte considera que en esta materia se impone el criterio de inconstitucionalidad manifiesta, por lo cual, sólo si de manera directa la norma vulnera los derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma”<sup>51</sup>. Por lo tanto “si la ley que regula y limita una determinada actividad económica no vulnera claramente la carta fundamental o establece regulaciones manifiestamente irrazonables debe ser considerada constitucional, por cuanto hay cláusulas constitucionales que autorizan la intervención estatal en la economía”.

De allí que su examen se circunscribirá a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para

---

<sup>46</sup> [12] “Entre muchas otras, ver sentencias C-333 de 1994; C-265 de 1995; C-445 de 1995; C-613 de 1996; C-197 de 1997; C-507 de 1997; C-584 de 1997; C-183 de 1998; C-318 de 1998; C-539 de 1999; C-112 de 2000; C-093 de 2001”.

<sup>47</sup> [13] “Ver, entre otras, las siguientes sentencias C-404 de 2001; C-505 de 2001; C-048 de 2001; C-579 de 2001; C-540 de 2001; C-199 de 2001”.

<sup>48</sup> [14] “Ver sentencia C-265 de 1994”.

<sup>49</sup> [15] “Más recientemente, la Corte en sentencia C- 392 de 2007 consideró que “Esta Corporación ha desarrollado una significativa línea jurisprudencial en el sentido que en materia económica el legislador tiene un amplio margen de configuración, **y correlativamente no opera un control de constitucionalidad estricto**, debido a que la Constitución consagra la dirección de la economía por el Estado” ( negrillas agregadas )”.

<sup>50</sup> [16] “Tal y como se afirmó en sentencia C-673 de 2001 “El principio democrático (art. 1 C.P.), el principio de la separación de las ramas del poder público y de colaboración armónica entre ellas (art. 113 inciso 2 C.P.) y el principio de primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.) deben ser interpretados sistemáticamente y ponderados en concreto de forma que se respeten las competencias constitucionales tanto del legislador como de la Corte Constitucional”.

<sup>51</sup> [19] “Sentencia C-265 de 1994. En el mismo sentido sentencia C-445 de 1995”.

*alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limitará, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto<sup>52</sup>.*

57. En el presente caso, para la Sala es claro que lo que se pretende mediante la estructuración de un régimen especial para los contratos del Fondo Adaptación, es lograr la simplificación y agilización de las actuaciones y decisiones relativas a su formación para de esta forma permitir su pronta ejecución, en vista de la urgencia que reviste la solución de los graves problemas derivados de la fuerte ola invernal que origina las medidas excepcionales, pero sin perder de vista los principios que informan las actuaciones estatales en la materia y conservando las facultades que se desprenden de su naturaleza para la entidad contratante, a la luz de la normatividad vigente.

58. Es por lo anterior que el articulado del decreto examinado, reitera la sujeción de los contratos celebrados por el Fondo a los principios allí enunciados y desarrolla básicamente mecanismos de selección de contratistas que se considera necesarios y pertinentes para la obtención de la finalidad de dicha reglamentación. En consecuencia, es evidente la legalidad del fin perseguido y del medio utilizado para ello, así como su idoneidad para alcanzarlo. Queda así en evidencia que la Sala adopta en el presente caso la versión débil del test de proporcionalidad, teniendo en cuenta que en materia de contratación estatal, el legislador - extraordinario en el presente caso-, debe tener un amplio margen de discrecionalidad. Ahora, pasará la Sala a analizar particularmente cada una de las disposiciones contenidas en el decreto materia de estudio.

## **Artículo 1º**

### **Los principios en la contratación estatal**

59. Es bien sabido que los principios de la función administrativa y de la contratación estatal, constituyen verdaderas normas jurídicas<sup>53</sup> de naturaleza

---

<sup>52</sup> Corte Constitucional, sentencia C-432 del 2 de junio de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>53</sup> Sobre ellos, ha dicho la Corte Constitucional que "(...) los principios de la contratación estatal que el legislador enuncia, precisa de manera concreta y regula en los artículos 23

finalística, ya que enmarcan y orientan la actuación de los funcionarios y la actividad de los particulares que ejercen funciones administrativas y/o que participan en la celebración y ejecución de negocios jurídicos con las entidades del Estado, de tal modo que los procedimientos que se adelanten y las decisiones que se tomen, deben estar inspirados en esas reglas fundamentales que apuntan a la obtención de fines superiores y a la protección de los valores involucrados en el ejercicio del poder estatal, reglas que corresponden, como lo ha manifestado la jurisprudencia, a directrices encaminadas a mantener la actividad contractual del Estado encausada hacia el cumplimiento de los fines y funciones señalados en la Constitución y la ley y hacia la satisfacción del interés general, *“directrices que, por la magnitud y diversidad de las situaciones que han de cobijar, deben estar dotadas de un elevado nivel de abstracción y generalidad”*<sup>54</sup>.

60. Los principios que, como las reglas positivas, establecen un deber ser y exigen un determinado comportamiento, *“(…) tienen valor de fuente del derecho, forman parte del ordenamiento jurídico y su violación puede ser sancionada”*<sup>55</sup> *(…) son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspiran las reglas de conducta, también se proyectan en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales. (…)* Además, los principios funcionalmente son soporte estructural del sistema, puesto que establecen los criterios esenciales que animan el ordenamiento en una determinada situación o relación que interesa

---

*y siguientes de la Ley 80 de 1993, no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice. Es decir, que tanto en el caso de la contratación mediante licitación pública o concurso de méritos, como en la contratación directa, son aplicables de manera estricta los principios que orientan la contratación pública, cuales son, la transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en armonía con lo preceptuado por el artículo 209 de la Carta, que los instituye para el ejercicio de la función administrativa”.* Sentencia C-508 del 3 de julio de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>54</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de agosto de 2013, expediente 39005, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>55</sup> [32] *“... Con frases harto expresivas lo ha proclamado RIVERO: ‘Los principios generales tienen pleno valor de Derecho Positivo, considerándoles éste como parte integrante esencial del orden jurídico y sancionando su violación con la misma energía que la de la regla escrita’. Por consiguiente, su valor es indiscutible, hayan logrado o no el reconocimiento jurisprudencial”.* Ob. Cit. GONZÁLEZ, Pérez Jesús. Ob. Cit Pág. 50”.

al derecho<sup>56</sup>, se convierten en pautas hermenéuticas para desentrañar el significado y alcance de las reglas jurídicas<sup>57</sup>, y constituyen fuente formal para resolver situaciones o problemas concretos ante la falta o insuficiencia de reglas jurídicas.<sup>58</sup><sup>59</sup>.

61. De acuerdo con lo anterior, el Decreto 2962 de 2011, al establecer en su artículo 1º los principios rectores de la contratación del Fondo Adaptación, se limitó a definir el marco axiológico de toda su actividad contractual, consagrando para ello los criterios y conductas fundamentales de las relaciones jurídicas del Estado, puesto que los que denominó principios de igualdad, selección objetiva, buena fe, planeación, análisis de riesgos, calidad, economía, transparencia, publicidad, equidad y solemnidad del contrato, constituyen reiteración, desarrollo o manifestación directa de los consagrados en la norma superior como principios de la función administrativa –art. 209 constitucional- y/o de los establecidos en la Ley 80 de 1993, como propios de la contratación estatal. Por lo tanto, debe entenderse que la interpretación y aplicación de las normas de contratación del Fondo Adaptación contenidas en el decreto objeto de estudio, debe hacerse de conformidad con los principios que la informan.

62. En el caso de los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva a los que alude el Decreto 2962, los mismos constituyen desarrollo del principio de moralidad de la norma constitucional, en la medida en que éste se refiere al ejercicio de las funciones administrativas orientado exclusivamente al cumplimiento de los objetivos de la competencia legalmente atribuida y a la obtención de los fines del Estado dentro del marco legal de sus actuaciones, lo que en materia de contratación se traduce en la selección de la propuesta que resulta más favorable para la satisfacción del interés general y para el logro de los fines estatales perseguidos, con fundamento únicamente en los requisitos,

---

<sup>56</sup> [34] “Ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RAMÓN, Tomás. Ob. Cit. pág. 85 y 86”.

<sup>57</sup> [35] “Si los principios constituyen la base misma del Ordenamiento, nada más lógico que acudir a ellos en la labor de interpretación de cada una de las normas que integran el ordenamiento. Ellos indicarán en cada momento la fórmula interpretativa que se debe elegir”. Cfr. Ob. Cit. GONZÁLEZ, Pérez Jesús, pág 52”.

<sup>58</sup> [36] “El artículo 230 de la C.P. señala que los principios generales del derecho son criterio auxiliar de la actividad judicial; y el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señala que cuando haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes y, en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas o principios generales de derecho”.

<sup>59</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, expediente 24715 y acumulados, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

parámetros y factores de calificación objetivamente establecidos con antelación en el respectivo pliego de condiciones o términos de referencia, sin consideración de circunstancias personales o subjetivas de afecto o interés particular que influyan en la decisión de adjudicación.

63. El principio de transparencia está inmerso en toda la actividad estatal y resulta de la plena aplicación del de publicidad, que rige como regla general respecto del obrar de todas las autoridades, propugnando por permitir el conocimiento pleno del funcionamiento interno de las entidades y del procedimiento de formación de sus decisiones, de tal modo que no existan actuaciones secretas –salvo las sometidas a reserva legal-, oscuras y arbitrarias de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, que atenten contra la imparcialidad con la que siempre deben actuar y por contera, contra los postulados del interés público y general. En relación con este principio, la jurisprudencia ha manifestado que el mismo:

*(...) está relacionado con la pulcritud y claridad con que han de realizarse las actuaciones de la Administración al momento de llevar a cabo el proceso de construcción de un contrato, con el fin, en (sic) otras cosas, de combatir los posibles eventos de corrupción que podrían asomar durante este proceso (...).*

*Se trata entonces de un principio que busca dotar de una serie de garantías la actividad contractual estatal para que ésta se lleve a cabo con plena publicidad, con respeto de la igualdad de oportunidades de quienes pretenden contratar con el Estado, de manera imparcial, y con el fin de satisfacer el interés general, todo con el objeto de que la Administración elija la oferta más favorable a sus intereses. Así las cosas, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación ha señalado que:*

*‘Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza y translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, lo nebuloso, la bruma maligna que puede dar sustento al actuar arbitrario de la administración. Así, la actuación administrativa, específicamente la relación contractual, debe ser ante todo cristalina’<sup>60</sup>*

*(...) En definitiva, el principio de transparencia, actúa como garantía de otros principios de la contratación estatal, por ello su finalidad es, entre otras, asegurar que se lleven a cabo procesos de selección objetivos,*

---

<sup>60</sup> [80] “CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de febrero de 2012, Exp.: 38.924, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa”.

*que la Administración tome decisiones motivadas que se hagan públicas y que puedan ser controvertidas por los interesados*<sup>61</sup>.

64. El principio de igualdad, a su turno, ocupa un lugar relevante dentro del concierto normativo constitucional y legal, al ser contemplado desde el mismo preámbulo de la Carta como eje fundamental del Estado<sup>62</sup>, al consagrarse en el artículo 13 de la misma como derecho fundamental y ser establecido por el artículo 209 *ibídem* como principio rector del ejercicio de la función administrativa. Su contenido esencial “(...) implica la **igualdad formal** ante la ley, es decir, que la ley debe ser igual para todos, lo que significa que, en principio, todas las personas deben recibir el mismo trato, salvo aquellas que pertenezcan a un grupo que presente ciertas condiciones especiales, caso en el cual, se aceptan tratos diferenciados, a fin de garantizar la **igualdad material** para quienes se encuentren en una situación de desventaja<sup>63</sup>, trato éste que debe estar sujeto a un juicio de razonabilidad y proporcionalidad<sup>64</sup>”<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de agosto de 2013, expediente 39005, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>62</sup> “El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y compromete a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sancion y promulga la siguiente (...)”.

<sup>63</sup> [47] “Sobre la naturaleza jurídica de la igualdad y los tipos constitucionales, la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples oportunidades y la doctrina del Alto Tribunal se puede ver recogida en la Sentencia T-629 de 2010, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez, así: ‘6. Como reiteradamente se ha dicho por la Corte constitucional<sup>63</sup>, la igualdad es uno de los pilares sobre los que se funda el Estado colombiano. // De un lado, se trata de un principio fundante del orden político que se proyecta en el carácter general y abstracto de las leyes, elemento esencial del Estado de Derecho; y en los deberes públicos para la satisfacción de los derechos constitucionales mediante la garantía de un mínimo de condiciones materiales que faciliten su ejercicio por parte de todas las personas, desde la perspectiva social del Estado. De otro lado, posee una relación inescindible con la dignidad humana, fuente y fin de los derechos fundamentales, como atributo de todos los seres humanos de donde deriva su derecho al goce pleno de los derechos humanos por igual (Artículos 2º y 5º de la Constitución Política). (...). // 7. Lo anterior se hace patente desde la propia construcción normativa del artículo 13 de la Carta, en la que la igualdad se concreta a través de tres tipos de ordenación: en el inciso 1º como principio de igualdad formal o igualdad ante la ley, o en general ante el Derecho, al cual le es consustancial la prohibición de discriminación que veda el establecer un trato desigual frente a algunos sujetos en razón de ciertos rasgos de su identidad, tales como la raza, el sexo, la religión y la filiación política o ideológica. A su vez se establece en los incisos 2º y 3º, una dimensión promocional de la igualdad material o igualdad de trato, destinada a superar las desigualdades que, de hecho, enfrentan ciertos grupos tradicionalmente discriminados o marginados, o las personas que, por diversos motivos, se encuentran en situación de vulnerabilidad o debilidad manifiesta. Esta dimensión de la igualdad permite -y en determinados contextos obliga- al Estado a adoptar medidas

65. Como principio rector de la contratación, el mismo hace referencia “(...) *al deber de la Administración y al derecho de quienes pretenden contratar con el Estado a que la adjudicación de los contratos se realice a la mejor propuesta; que el Estado garantice la mayor concurrencia de ofertas; que ninguno de los oferentes sufra una discriminación no justificada; que todos los participantes tengan el mismo plazo para presentar sus ofertas; que las mismas se sometan por igual a los términos señalados por la Administración; que el Estado justifique con criterios objetivos cuál fue la mejor propuesta; etc.*”<sup>66</sup>, exigencias todas que resultan predicables de cualquier procedimiento de selección de contratistas que adelanten las entidades estatales, independientemente de si se rigen por el estatuto de contratación estatal o por un régimen especial o por las normas de

---

*positivas en favor de esos colectivos o personas, que pueden consistir en una compensación transitoria para lograr la igualdad de oportunidades, en la entrega de beneficios concretos, o en cambios políticamente determinados en la distribución de recursos dentro de la sociedad. // 8. En efecto, una de las expresiones de la cláusula de igualdad es la protección de grupos tradicionalmente discriminados o marginados, condición que en el Estado social de derecho determina a la vez un **mandato de abstención** o interdicción de tratos discriminatorios y un **mandato de intervención**, a través del reconocimiento de exigencias al Estado que le imponen realizar acciones tendentes a superar las condiciones de desigualdad material que enfrentan dichos grupos. // 9. En cuanto a lo primero y como resultado de la aplicación de la cláusula de igualdad formal y la prohibición de la discriminación (art. 13, inc 1 CP), comporta el deber del Estado de abstenerse de concebir normas, diseñar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas, o adoptar decisiones e interpretaciones del Derecho, que conduzcan a agravar o perpetuar la situación de exclusión, marginamiento o discriminación de grupos tradicionalmente desventajados en la sociedad. Un mandato que en pos de la igualdad, proscribe tanto las **discriminaciones directas** y por las cuales se coarta o excluye a una persona o grupo de personas del ejercicio de un derecho o del acceso a un determinado beneficio, como las **discriminaciones indirectas** “que se derivan de la aplicación de normas aparentemente neutras, pero que en la práctica generan un impacto adverso y desproporcionado sobre un grupo tradicionalmente marginado o discriminado”. // En cuanto a lo segundo, se habla de un **mandato de intervención**, porque para alcanzar los ideales de igualdad, es también necesario que el Estado intervenga y despliegue **actuaciones positivas** para garantizar condiciones de **igualdad real y efectiva, la igualdad de trato por parte de la ley** (art. 13, inc. 2º y 3º CP)”.*

<sup>64</sup> [48] “(...) [L]a igualdad así concebida no significa que el legislador deba asignar a todas las personas idéntico tratamiento jurídico, porque no todas ellas se encuentran colocadas dentro de situaciones fácticas similares ni en iguales condiciones personales. En tal virtud, admite la generalidad de la doctrina de [sic] que el legislador no puede estar sometido a la exigencia de que, a fin de no desconocer el principio de igualdad, debe tratar de la misma manera o reconocer que todos son iguales por todos los aspectos. En este orden de ideas, para delimitar el alcance y aplicación del principio se ha acudido a la fórmula clásica de que ‘hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual’. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-154 de 18 de abril de 1996. M.P.: Antonio Barrera Carbonel”.

<sup>65</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 23 de octubre de 2013, expediente 40458, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>66</sup> *ibídem*



derecho privado, por cuanto tienden a desterrar la arbitrariedad y subjetividad del terreno de la contratación estatal y a lograr que los contratos se celebren y ejecuten por quienes han presentado las mejores ofertas objetivamente consideradas y de esta manera estén en mejores condiciones de satisfacer la necesidad que originó la respectiva contratación.

66. En relación con los principios de economía, planeación, análisis de riesgos y calidad, los mismos no son otra cosa que una manifestación del principio de eficacia al que alude la norma constitucional, en la medida en que el mismo propende por que todas las actuaciones adelantadas por las autoridades administrativas, obtengan la finalidad para la cual se otorgó la competencia y se autorizó la actividad, es decir, que se logren los fines estatales a través de las decisiones y procedimientos que adelanten las autoridades; esto, por cuanto como lo ha manifestado la Corte Constitucional, “(...) *la efectividad de los derechos se desarrolla con base en dos cualidades, la eficacia y la eficiencia administrativa. La primera relativa al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la segunda relacionada con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos. Es por ello que las dos cualidades permiten la verificación objetiva de la distribución y producción de bienes y servicios del Estado destinados a la consecución de los fines sociales propuestos por el Estado Social de Derecho*”<sup>67</sup>.

67. El deber de planeación gravita sobre toda la actuación administrativa, que debe obedecer a un determinado orden, encaminado a la obtención de ciertos fines previamente trazados y dirigidos a la obtención de los objetivos impuestos como justificación de las competencias legalmente otorgadas, que convergen, en última instancia, en el cumplimiento de los fines sociales del Estado, la promoción de la prosperidad general y la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución –art. 2º-. En consecuencia, dicha actuación administrativa no puede ser improvisada sino que debe obedecer a una correcta planificación y ello se predica con mayor razón cuando de la actividad contractual del Estado se trata, toda vez que ésta constituye una herramienta que el ordenamiento jurídico pone a su servicio para lograr el exacto cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo, la cual implica la inversión de los recursos provenientes del presupuesto estatal y por lo tanto debe realizarse de manera

---

<sup>67</sup> Corte Constitucional, sentencia T-068 del 5 de marzo de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

eficiente. La correcta planificación o deber de planeación, como lo ha dicho la jurisprudencia:

*(...) es una manifestación del principio de economía que rige los contratos de la administración, en la medida en que su cabal cumplimiento garantiza que la ejecución del futuro contrato, en las condiciones razonablemente previsibles, se adelantará sin tropiezos, dentro de los plazos y especificaciones acordados, puesto que la correcta planeación allana el camino para evitar las múltiples dificultades que se pueden presentar alrededor de las relaciones contractuales de las entidades estatales. Contrario sensu, el incumplimiento de este deber se traducirá en una errática ejecución contractual, que se enfrentará a diversos obstáculos e inconvenientes, los cuales a su vez se pueden traducir en demoras y sobre costos en la obtención del objeto contractual en cuestión, todo lo cual, obviamente, atenta contra el mencionado principio de economía que debe regir en la contratación estatal<sup>68</sup>.*

68. En este sentido, es indudable que las medidas adoptadas por el Ejecutivo frente a la ola invernal deben estar encaminadas a generar una eficiente gestión de los recursos naturales, tanto en lo inmediato como a futuro, para así evitar o conjurar los desastres ocurridos y prevenir los riesgos que puedan presentarse.

69. Es más, la Sala entiende que el principio de planeación debe ser interpretado bajo el prisma que otorga el enfoque transformador de los derechos, en el sentido de que, ante la destrucción que originó el fenómeno de La Niña y la oportunidad de reconstruir y de planear un nuevo proceso que se abstenga de replicar los viejos errores, se permita reconstruir con el objetivo de la “no repetición”, es decir, pensando en todos los factores que confluieron para que esta tragedia hubiese tenido la magnitud conocida y que la mitigación de los daños signifique un esfuerzo por articular armónicamente los aspectos ambientales, sociales, culturales y económicos que determinan su superación integral y duradera.

---

<sup>68</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de noviembre de 2011, expediente 20739, C.P. Danilo Rojas Betancourth. En otra ocasión, sostuvo: “La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1º de febrero de 2012, expediente 22464, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

70. El enfoque transformador en la planeación pretende que aquella vulnerabilidad socio-económica y ambiental que expuso a una parte de la población a sufrir con mayor peso los rigores del invierno, al tener que soportar una porción mayor de la destrucción, debe, en aras de la equidad, ser beneficiaria, mediante una correcta planeación, de un cambio progresivo y estructural de su entorno a través de una reconstrucción incluyente.

71. En este sentido algunos analistas han señalado a raíz de la experiencia del Forec que *“la clave es comprender que los desastres son ante todo un problema de desarrollo y que mientras se repara y se reconstruye también hay que transformar. Que para no reconstruir la vulnerabilidad existente hay que tener una estrategia de gestión integral de riesgo porque, de otra forma, esa recuperación o reconstrucción no será efectiva”*.<sup>69</sup> Con la misma orientación se preguntan cuál debe ser el objeto de reconstrucción luego de un desastre, para responder: *“No hay una sola respuesta, pero todo indica que lo central es poder combinar objetivos de restitución del stock de capital destruido con la generación de condiciones que permitan una reactivación económica que haga sostenible la reconstrucción”*<sup>70</sup>.

72. Huelga concluir que el enfoque transformador en la reconstrucción custodia pretensiones de durabilidad en la infraestructura y dotaciones de prestaciones de servicios públicos, que reconfiguran el entorno intervenido sentando bases sólidas, en el sentido de que no se re-edifique la pobreza ni se reincida en las condiciones de exposición a la vulnerabilidad. De igual modo este enfoque se corresponde al principio de análisis de riesgos consagrado en los principios que rigen la contratación del Fondo y que desde una mirada holística busca que los procesos de contratación consideren la responsabilidad social, protección ambiental y seguridad.

73. Desde esta mirada, la reconstrucción es también una oportunidad para recomponer una situación de histórica fragilidad, de enmendar prácticas económicas que socavan la sostenibilidad ambiental y que perpetúan formas de

---

<sup>69</sup>, *“Gobernar también es anticiparse”* en: Revista hechos del callejón, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. [http://hechosdelcallejon.pnudcolombia.org/HECHOS\\_59/gobernar\\_es\\_anticiparse.pdf](http://hechosdelcallejon.pnudcolombia.org/HECHOS_59/gobernar_es_anticiparse.pdf).

<sup>70</sup> Cuervo, Jorge Iván. Estudio de caso n.º 63, *“La gestión de lo público más allá de lo estatal: el caso del fondo de reconstrucción social y económica del eje cafetero, Forec, en Colombia”*, Universidad de Chile, 2002.

exclusión, todo ello mediante la creación de nuevas condiciones económicas amables con el ecosistema y que den fortaleza al tejido social.

74. En consecuencia, la exigencia de que todos los procesos de contratación agoten una etapa previa de preparación en la que se contemplen todas las circunstancias necesarias para la correcta ejecución del futuro contrato, entre ellas las relacionadas con la calidad del objeto a adquirir y la determinación de las eventualidades que se pueden presentar y afectar la ejecución contractual así como la asignación de las responsabilidades frente a las mismas<sup>71</sup>, apunta precisamente a garantizar una actividad contractual eficaz. Al respecto, se observa cómo el ordinal 3º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que consagra el principio de economía -al igual que el artículo 209 de la Constitución Política-, establece que se debe tener en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados, finalidades que sin duda también informan a los contratos celebrados por el Fondo Adaptación.

75. Bajo la misma orientación, la Sala recuerda que Colombia cuenta con una institucionalidad ya implementada como es el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, integrada por los organismos creados para brindar una respuesta oportuna y eficaz a las necesidades que se generan a raíz de la ocurrencia de los desastres naturales, pero que por una endémica debilidad económica y normativa, es separada de su fin misional, para crear una institucionalidad paralela que, en forma transitoria haga las veces de dicho organismo pero con mayor eficacia. Modelo de respuesta ante la emergencia, que si bien hasta el momento se ha justificado, debe ser corregido para afrontar los desafíos futuros desde la normalidad institucional.

76. Así las cosas, la Sala exhortará al Gobierno Nacional para que implemente las necesarias medidas orientadas a fortalecer los organismos que

---

<sup>71</sup> En relación con los contratos estatales sujetos a las normas de la Ley 80 de 1993, el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, establece: *“De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. // En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”*.

conforman el Sistema Nacional de Atención de Desastres en cuanto a sus políticas, acciones, estructura, planta de personal, funciones, presupuesto y normas que le rigen, de tal modo que pueda atender con eficacia las futuras emergencias que se lleguen a presentar con la institucionalidad creada y diseñada para ello, dentro del marco jurídico de la normalidad.

77. El denominado en el Decreto 2962 de 2011 *principio de equidad*<sup>72</sup>, tal y como está descrito en la norma, aparece más como un principio de conmutatividad, en la medida en que corresponde al derecho de las partes al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, figura que frente a los contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993, fue regulada en varias de sus normas: el artículo 4º de la Ley 80 de 1993, establece que la entidad estatal deberá solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato y así mismo, que deberá adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer, si hubo licitación, o de celebrar el contrato, para lo cual, utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, y acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución.

---

<sup>72</sup> “23.2 La equidad, principio general del derecho y criterio auxiliar de la actividad judicial, ha sido considerada como la justicia del caso concreto que corrige a la ley. Es cierto que el derecho se fundamenta sobre el principio de legalidad y que éste último sujeta a los jueces más que cualquier otro vínculo: es el deber ser, es el logro de muchos siglos de evolución jurídica y social; es la forma como las reglas sustantivas y procesales de juzgamiento se hacen públicas, objetivas, generales, impersonales y abstractas. Pero también es cierto que en nombre del derecho y de la legalidad es mucho lo que se ha tenido que sacrificar. Este problema no es nuevo y desde Roma, en atención a la influencia helenística, hace más de dos mil años, se lo advertía con la utilización del brocardo *summum ius summa iniuria* (mucho derecho, mucha injusticia). // 23.3. Así, en el día a día del quehacer jurídico se habla de la equidad para flexibilizar el formalismo aséptico de la norma abstracta, de conformidad con las diferentes funciones que se le reconocen, como: (i) informadora del espíritu del legislador, en cuanto que le da sustancia a la ley; (ii) integradora frente a los vacíos o lagunas que quedan de las generalizaciones de la ley y que no encuentran concreción en los asuntos específicos; (iii) correctiva de la ley en cuanto que constituye un fundamento para rectificar su iniquidad, cuando quiera que ella se dé; (iv) interpretativa, pues fija el sentido justo de los objetos jurídicos que se someten al entendimiento de los diferentes actores que participan en el campo de lo jurídico. En consecuencia, es equitativa la decisión que adecúa su resultado a todas las circunstancias susceptibles de valoración; que mantiene imparcialmente el equilibrio proporcional entre los legítimos intereses de las partes y en la que se tienen en cuenta todos los elementos particulares del caso, de su conjunto, de su conflicto y de sus interferencias, con el propósito de lograr la atemperación de los intereses de las partes”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de julio de 2012, expediente 15024, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

78. El artículo 5º de la mencionada ley, consagra el derecho de los contratistas a obtener oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. A su vez, el numeral 14 del artículo 25, relativo al principio de economía, dispone que cuando la Administración ejerza alguna de sus potestades excepcionales de interpretación, modificación o terminación unilateral –que también han sido establecidas para los contratos que celebre el Fondo Adaptación-, debe proceder a reconocer y ordenar el pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y que se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello “...con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”; y además, que las partes aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, para mantener la ecuación o equilibrio inicial.

79. Por su parte, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, se refiere específicamente a la ecuación contractual, y dispone que “*En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, según el caso*”, y que “*si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento*”, suscribiendo los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, y el artículo 28 *ibídem*, establece como un criterio de interpretación de las normas del estatuto contractual, el de “...*la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos*”.

80. No obstante, la ecuación contractual o equilibrio económico del contrato no es una figura ajena a los contratos regidos por las normas del derecho privado, toda vez que el Código de Comercio en su artículo 868 prevé la posibilidad de que la ecuación contractual se vea afectada y la forma de restablecerla, al disponer que cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión, caso en el cual el juez examinará las circunstancias que hayan alterado las bases del

contrato y ordenar, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, podrá decretar la terminación del contrato.

81. Por otra parte, como ya se dijo, el Decreto 4819 de 2010 dispuso que a los contratos celebrados por el Fondo Adaptación se les aplicarían los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993, los cuales corresponden a las facultades excepcionales que las entidades estatales pueden ejercer en los contratos que celebren, entre ellas, las de modificación, interpretación y terminación unilateral; y en relación con el punto bajo análisis, se observa que el artículo 14, al referirse a estas facultades, dispuso que en los actos en que se ejerciten las mismas, deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y que se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

82. El decreto *sub examine* alude al principio de la buena fe, el cual goza de consagración constitucional –art. 83- en términos similares: *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”*, principio sobre el cual ha dicho la Corte Constitucional que *“(…) constituye un principio general de derecho a través del cual se integra el ordenamiento jurídico con el valor ético de la mutua confianza, de manera que sea ésta la regla de conducta a la que deben acogerse en forma recíproca los sujetos de una relación jurídica, no solo en el ejercicio de sus derechos sino también en el cumplimiento de sus obligaciones. En este sentido, la buena fe, como fuente de derechos y obligaciones, le impone tanto a las autoridades públicas como a los particulares, “el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan -lealtad y honestidad-”<sup>73</sup>*. Y específicamente referida a la buena fe en la contratación estatal, sostuvo:

*No cabe duda de que uno de los principios sobre los que se sustenta el orden normativo al que se reconoce como derecho está constituido por la necesidad de cumplir las obligaciones nacidas de las relaciones jurídicas entre los particulares.*

*(…) Estas previsiones adquieren aún más valor, cuando en la creación y cumplimiento del vínculo obligacional -v.gr. un contrato- participa el Estado, pues en estos casos, no sólo está en juego el deseo egoísta de*

---

<sup>73</sup> Sentencia C-428 del 29 de mayo de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

*cada una de las partes por beneficiarse del acuerdo, sino que se da cumplimiento a finalidades expresamente establecidas en la Carta Política que aspiran a "promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución"<sup>74</sup>. Así, los principios que rigen la conducta de los particulares cuando se comprometen a honrar ciertos compromisos jurídicos, a saber: la buena fe, la lealtad entre las partes y la confianza mutua, han de ser verificados, incluso con mayor rigor, cuando es un ente estatal el que participa en el perfeccionamiento de un negocio jurídico, pues aquí, sin duda, el particular contratante presta su consentimiento con el convencimiento de que lo que pacta se cumplirá y que de hecho, la administración cuenta con mayores recursos para responder por sus obligaciones ante el surgimiento de circunstancias inesperadas, y en ocasiones insuperables para el ciudadano común.*

*Sin duda, lo que está en juego en este tipo de relaciones es un valor fundante de la comunidad política, pues sólo el adecuado funcionamiento de las relaciones entre la administración y los administrados permite que se cumplan los proyectos sociales que se le encomiendan al Estado, y al mismo tiempo, hace posible que los particulares puedan mejorar sus condiciones de vida confiando en la ayuda que reciben de las entidades públicas<sup>75</sup>.*

83. De acuerdo con lo anterior, es claro que el principio de la buena fe informa todas las actuaciones que se adelanten por parte de las entidades estatales, aún en materia de contratación, por lo que no resulta extraña su inclusión en el decreto objeto de estudio.

84. El Decreto 2962, dentro de la enunciación de principios que efectúa en el artículo 1º, incluyó la "*solemnidad del contrato*" referido a la obligatoriedad de que todos los contratos del Fondo Adaptación consten por escrito. Al respecto, se advierte que esta exigencia no constituye propiamente un principio, entendido éste como aquel valor de la sociedad que es transformado por el derecho en criterio o parámetro de conducta fundamental que instruye y rige las relaciones jurídicas en el Estado.

85. No obstante lo anterior, la Sala considera que la exigencia de que todos los contratos que celebre el Fondo Adaptación deben constar por escrito<sup>76</sup>, es una

---

<sup>74</sup> [3] "*Cfr. Artículo 2 de la Constitución Política*".

<sup>75</sup> Corte Constitucional, sentencia T-791 del 28 de junio de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>76</sup> Debe recordarse que, independientemente del régimen jurídico al cual se sometan, los contratos en los cuales una de las partes es una entidad pública, son contratos estatales. Como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corporación, "*son contratos estatales todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes*



manifestación de los principios constitucionales de la función administrativa –art. 209- de moralidad y publicidad en los procesos contractuales que adelante dicha entidad y del sometimiento de la contratación al control fiscal consagrado constitucionalmente como un mecanismo de protección de los recursos públicos – art. 267-, por cuanto dicha formalidad permite el conocimiento cierto y preciso y el control efectivo del acuerdo pactado por las partes, le confiere seguridad jurídica y certeza al contrato en cuanto a su existencia y contenido, razón por la cual resulta conveniente y necesaria cuando de contratos estatales se trate y así lo ha manifestado la jurisprudencia de la Corporación<sup>77</sup>:

*(...) la Sala debe recordar que la aplicación de un régimen privado a un contrato estatal, que en principio significa que este no puede contener mayores requisitos en su celebración, perfeccionamiento y ejecución a los que son exigidos a los acuerdos entre particulares, no puede servir como justificación del desconocimiento e inaplicación de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal contemplados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y en tal sentido, aún cuando no sean previstos en las leyes civiles y comerciales correspondientes a cierto tipo de negocio jurídico, el contrato estatal debe contener elementos que permitan su efectivización.*

---

*especiales, los cuales son objeto de control por parte del juez administrativo, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los mismos”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de junio de 2002, expediente 20634, C.P. Ricardo Hoyos Duque. En similar sentido: Sala Plena, auto del 23 de septiembre de 1997, expediente S-701, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; Sección Tercera, sentencia del 22 de agosto de 2002, expediente 22193, C.P. Ricardo Hoyos Duque; auto del 20 de agosto de 1998, expediente 14202; sentencia del 12 de agosto de 1999, expediente 16446; auto del 8 de febrero de 2001, expediente 16661; sentencia del 1 de agosto de 2002, expediente 21041, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 30 de octubre de 2003, expediente 25155; sentencia del 2 de marzo de 2006, expediente 29703, C.P. Alier E. Hernández Enríquez; sentencia del 24 de mayo de 2006, expediente 31024, C.P. Alier E. Hernández Enríquez; sentencia del 7 de junio de 2007, expediente 32896, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; auto del 8 de febrero de 2007, expediente 30903, C.P. Enrique Gil Botero; sentencia del 30 de enero de 2008, expediente 32867, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 15 de abril de 2010, expediente 18014, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.*

<sup>77</sup> Como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corporación, *“son contratos estatales todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales, los cuales son objeto de control por parte del juez administrativo, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los mismos”*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de agosto de 2002, expediente 22193, C.P. Ricardo Hoyos Duque. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia también lo ha entendido así: *“Al respecto, ‘la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en sostener que la categoría de los contratos estatales comprende todos los celebrados por las entidades públicas del Estado, sea que se regulen por el estatuto general de la contratación, o que estén sujetos al derecho privado (civil, comercial, laboral)’*. Significa lo anterior que el contrato de derecho privado que celebra la administración no deja de ser estatal y, por lo tanto, no está eximido de cumplir con los mandatos constitucionales que rigen la función pública”. Sentencia del 5 de noviembre de 2008, expediente 25104, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

19. Así, cuando es evidente que un contrato estatal debe, en todos los casos, cumplir con principios de la función administrativa y fiscal como la publicidad, la economía, la responsabilidad de los funcionarios públicos y, sobre todo, la transparencia en las actuaciones adelantadas, no puede pensarse en la posibilidad de un contrato que sea celebrado de una forma que no permita el cumplimiento de estos principios.

20. Por lo tanto, aunque ni las leyes comerciales ni las civiles prevean la necesidad de la constitución de un documento que contenga los elementos fundamentales de un contrato de este tipo para que se predique su existencia, tratándose de un contrato estatal éste requisito sí es indispensable para el perfeccionamiento del acuerdo, porque de otra forma, con la aceptación de la posibilidad de un contrato estatal de carácter consensual, se hace imposible la aplicación de los principios a los que arriba se hizo referencia.

21. No resulta viable la existencia de un contrato que no esté, por ejemplo, sujeto a la posibilidad del escrutinio por parte de un organismo de control que requiera verificar el cumplimiento de mandatos legales en su celebración o ejecución, o que en él se haya producido una correcta ejecución fiscal<sup>78</sup>.

86. Sin embargo, se debe tener en cuenta que, al someterse a las normas del derecho privado –civiles y comerciales- en todo lo que no contravenga los principios de derecho público que lo informan, serán aplicables al contrato estatal celebrado por el Fondo Adaptación las solemnidades especiales allí exigidas, tales como la protocolización mediante instrumentos públicos y otros. Aspecto que esta Sala considera debe entenderse como parte del supuesto normativo analizado, por lo cual se declarará legal en forma condicionada<sup>79</sup>, es decir, siempre y cuando

---

<sup>78</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2013, expediente 25892.

<sup>79</sup> Ya en otras ocasiones el Consejo de Estado ha declarado la legalidad de actos administrativos, condicionada a que se les dé una determinada lectura e interpretación, en aquellos eventos en los que la norma permite más de una, razón por la cual “no es posible hacer un pronunciamiento puro y simple y decantarse por la nulidad o la validez de la decisión administrativa; la primera medida es desproporcionada, la segunda, dejaría viva una norma que no se ajusta del todo a la legalidad”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 9 de junio de 2010, expediente 37258, C.P. Enrique Gil Botero. El fundamento de esta consideración jurisprudencial se halla en el principio del efecto útil de las normas y de conservación del derecho y propende por el mantenimiento, en la medida de lo posible, de las decisiones administrativas cuya conformación así lo permite, mediante la modulación de la sentencia de validez, cuando el acto administrativo admite varias interpretaciones: unas válidas y otras no, en aras de rescatar el esfuerzo administrativo, político y jurídico invertido en su expedición, teniendo en cuenta además el fundamento legal de esta clase de decisiones, derivado de lo dispuesto por el artículo 70 del CCA, de acuerdo con el cual “Para restablecer el derecho particular, los Organismos de lo Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas”. Al efecto, se pueden consultar también: Sección Primera, sentencia del 23 de febrero de 2012, exp. 11001-03-24-000-2007-00003-00, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno; Sección Cuarta, sentencia del 26 de enero de 2012, expediente 16841; Sección Tercera, auto del 2 de junio de 2007, expediente 16257, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

se interprete que tal solemnidad escrita no agota la aplicación de las demás formalidades que se requieran de conformidad con las normas civiles y comerciales.

87. Como puede verse fácilmente, los principios incluidos en el decreto reglamentario de la contratación del Fondo Adaptación no son ajenos a los principios generales de la función administrativa y por lo tanto, no merecen reproche alguno –salvo el caso que se explica a continuación-, lo que no obsta para dar aplicación a todos los demás principios constitucionales, tales como los de prevalencia del interés general, legalidad, responsabilidad, derecho a la igualdad de oportunidades –una de cuyas manifestaciones es el derecho de libre concurrencia-<sup>80</sup> y prevalencia del derecho sustancial, que se desprenden de los artículos 1, 6, 13, 90, 121, 122 y 228, toda vez que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 123 de la Carta, los servidores públicos deben ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

### **El principio de publicidad**

88. Según la norma revisada, el principio de publicidad que debe informar los contratos del Fondo Adaptación, consiste en que *“Todos los procesos contractuales del Fondo de Adaptación serán públicos, salvo reserva legal y/o reglamentaria excepcional y debidamente motivada. En la página web de la entidad y en el Secop se publicará toda la información necesaria para proponentes e interesados”*.

89. Para la Sala, la frase subrayada resulta cuestionable por inconstitucional e ilegal, por cuanto la regla general frente a las actuaciones administrativas de las autoridades, es la de su publicidad, que constituye un principio consagrado tanto en el artículo 209 de la Carta como en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984-<sup>81</sup>, cuyo inciso 7º establece que en virtud del

---

Un pronunciamiento más reciente y con similares medidas fue el que estudió, mediante control inmediato de legalidad, el Decreto n.º 1920 de junio 1º de 2011, sentencia del 29 de octubre de 2013, exp. 11001031500020110074400, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>80</sup> Corte Constitucional, sentencia C- 815 del 2 de agosto de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>81</sup> Vigente a la fecha de expedición del Decreto 2962 de 2011; el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que entró en vigencia a partir del 2 de julio de 2012, en su artículo 3º consagra los principios con arreglo a los cuales se deben desarrollar las actuaciones administrativas y entre ellos se encuentra el

mismo, “(...) las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código y la ley”.

90. La publicidad de las actuaciones administrativas es un principio constitucional –artículos 74 y 209- que ha sido regulado de tiempo atrás, tal y como consta en la Ley 57 de 1985, “por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales”, cuyo artículo 1º establece expresamente que “La Nación, los Departamentos y los Municipios incluirán en sus respectivos Diarios, Gacetas, o Boletines Oficiales, todos los actos gubernamentales y administrativos que la opinión deba conocer para informarse sobre el manejo de los asuntos públicos y para ejercer eficaz control sobre la conducta de las autoridades, y los demás que según la ley deban publicarse para que produzcan efectos jurídicos”<sup>82</sup>.

91. Por otra parte, siendo la publicidad de las actuaciones administrativas la regla general, existen excepciones en las cuales por razones del más alto interés –de defensa o seguridad nacional, por ejemplo-, algunas informaciones o documentos están sometidos a reserva y por lo tanto no se hallan disponibles para el público en general. Sin embargo, se advierte que tal reserva sólo puede tener origen en una disposición legal, pues así lo establece la Constitución Política en su artículo 74, según el cual “Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”.

---

de publicidad: “9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma”.

<sup>82</sup> El artículo 21 de la ley establece que “La Administración sólo podrá negar la consulta de determinados documentos o la copia o fotocopia de los mismos mediante providencia motivada que señale su carácter reservado, indicando las disposiciones legales pertinentes” y alude al denominado recurso de insistencia, de conformidad con el cual si la persona interesada insistiere en su solicitud, le corresponderá a la jurisdicción contencioso administrativa decidir la procedencia o no de la reserva: “Si la persona interesada insistiere en su solicitud, corresponderá al Tribunal de lo Contencioso Administrativo que tenga jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos decidir en única instancia si se acepta o no la petición formulada o si se debe atender parcialmente. // Ante la insistencia del peticionario para que se le permita consultar o se le expida la copia requerida, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al Tribunal para que éste decida dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. Se interrumpirá este término en el caso de que el Tribunal solicite copia o fotocopia de los documentos sobre cuya divulgación deba decidir y hasta la fecha en la cual los reciba oficialmente”.

92. En consonancia con dicha disposición, se observa que el artículo 12 de la mencionada Ley 57 de 1985, establece que “Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional”.

93. Ahora bien, es necesario señalar que en virtud de las actuaciones administrativas adelantadas por las distintas autoridades, como en este caso el Fondo Adaptación que es autorizado para llevar a cabo procedimientos de selección de contratistas, se expiden actos y se toman decisiones que quedan plasmados en documentos públicos, si se tiene en cuenta que según el artículo 243 del C.G.P., es documento público el otorgado por funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención y así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Por ello, cuando en el artículo 74 constitucional se establece que “Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”, se alude igualmente al procedimiento de expedición de los mismos.

94. De acuerdo con lo anterior, no cabe duda de que solamente la Constitución y la ley pueden someter a reserva informaciones y documentos expedidos por las autoridades estatales<sup>83</sup>, de tal manera que la disposición contenida en el artículo 1º del decreto objeto de estudio y que permite la *reserva reglamentaria excepcional* de procesos de contratación adelantados por el Fondo

---

<sup>83</sup> “En los términos de la Constitución, la regla general de la publicidad sólo puede tener excepciones en virtud de leyes que, de manera específica, establezcan los casos concretos en los cuales ciertas autoridades claramente definidas pueden establecer que determinada información es reservada. Adicionalmente, la reserva sólo resulta procedente si el legislador aporta razones suficientes para justificarla. En este sentido la Corte ha señalado estrictas condiciones para que el legislador pueda establecer excepciones a la regla general prevista en el artículo 74 Superior. Al respecto, la jurisprudencia constitucional prevé que tales limitaciones serán admisibles cuando se compruebe: (i) la existencia de reserva legal en relación con la limitación del derecho, (ii) la necesidad que tales restricciones se sujeten a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y estén relacionados con la protección de derechos fundamentales o de valores constitucionalmente protegidos, como sucede con la seguridad y la defensa nacional; y (iii) el carácter temporal de la restricción, en la medida en que la ley debe fijar un plazo después del cual los documentos pasan al dominio público”. Corte Constitucional, sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

Adaptación, resulta no sólo ilegal sino inconstitucional, razón por la cual la Sala declarará la nulidad de la expresión “y/o reglamentaria excepcional y debidamente motivada”, en cuanto se refiere al principio de publicidad que integra el artículo 1º del D.R. 2962 de 2011.

## **Artículos 2º y 3º**

### **El registro de proyectos y de proponentes**

95. Los artículos 2º y 3º del Decreto 2962 de 2011 contemplan la creación e implementación de dos registros a cargo del Fondo Adaptación: el primero de ellos se refiere al registro de proyectos, en el cual se deben inscribir los que se presenten a consideración del Fondo para su eventual financiación y ejecución y el segundo, establece que el Fondo “(...) contará con un Registro de Proveedores de Bienes y Servicios, que deberá contener la información que se ajuste a su sistema de calidad y que deberán mantener actualizado los proveedores, sin perjuicio de que el FONDO ADAPTACIÓN unilateralmente, pueda actualizarlo. Para la suscripción del contrato, será requisito que el proveedor se encuentre inscrito en el Registro de Proveedores de EL FONDO ADAPTACIÓN. Igualmente, el Fondo Adaptación podrá hacer uso del Registro Único de Proponentes en los casos que este lo determine”.

### **El registro de proyectos**

96. En relación con el registro de proyectos, la Sala no tiene objeciones, en la medida en que en los términos en los que se concibe su creación en el Fondo Adaptación, corresponde a un mecanismo de organización de las inversiones y obras que realizará la entidad, estableciendo de esta forma una priorización en los trabajos y actividades a emprender e introduciendo orden en su ejecución. La existencia de este registro coincide con la exigencia que en este ámbito rige para todas las entidades estatales, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 339 de la Constitución Política, al establecer la existencia de un plan nacional de desarrollo conformado por una parte general, en la que se deben señalar los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno; y “un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional”, que contendrá

los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional, así como la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, estableciendo la norma superior, que también las entidades territoriales deberán elaborar y adoptar de manera concertada entre ellas y el gobierno nacional, planes de desarrollo, con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignadas por la Constitución y la ley, para lo cual deberán sus planes contener una parte estratégica y un plan de inversiones de mediano y corto plazo.

97. Por su parte, la ley orgánica del presupuesto general de la nación impone a las entidades estatales la obligación, para efectos de la preparación de sus presupuestos, entre otras cosas, de elaborar planes de inversión, que deberán estar en consonancia con el plan nacional de inversiones<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> El estatuto orgánico del presupuesto, contenido en el Decreto 111 de 1996 (compilatorio de las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995), establece: “**ARTÍCULO 6º.** Sistema presupuestal. Está constituido por un plan financiero, por un plan operativo anual de inversiones y por el presupuesto anual de la Nación. // (...) **ARTÍCULO 8º.** El plan operativo anual de inversiones señalará los proyectos de inversión clasificados por sectores, órganos y programas. Este plan guardará concordancia con el plan nacional de inversiones. El Departamento Nacional de Planeación preparará un informe regional y departamental del presupuesto de inversión para discusión en las comisiones económicas de Senado y Cámara de Representantes. // **ARTÍCULO 9º.** Banco nacional de programas y proyectos. Es un conjunto de actividades seleccionadas como viables, previamente evaluadas social, técnica, económicamente y registradas y sistematizadas en el Departamento Nacional de Planeación. // En el plazo de un año y a partir de la vigencia de la presente ley, el Departamento Nacional de Planeación conjuntamente con el fondo nacional de proyectos para el desarrollo, deberán reglamentar el funcionamiento del banco nacional de programas y proyectos. // Los proyectos de inversión para el apoyo regional autorizados por la ley formarán parte del banco nacional de programas y proyectos”. Por su parte, los artículos 12 y 13, consagran como uno de los principios del sistema presupuestal el de planificación, ordenando que “El presupuesto general de la Nación deberá guardar concordancia con los contenidos del plan nacional de desarrollo, del plan nacional de inversiones, del plan financiero y del plan operativo anual de inversiones”. El artículo 39, establece que “Los gastos autorizados por leyes preexistentes a la presentación del proyecto anual del presupuesto general de la Nación, serán incorporados a éste, de acuerdo con la disponibilidad de recursos, y las prioridades del gobierno, si corresponden a funciones de órganos del nivel nacional y guardan concordancia con el plan nacional de inversiones, e igualmente las apropiaciones a las cuales se refiere el párrafo único del artículo 21 de la Ley 60 de 1993”. Por otra parte, la Ley 152 de 1994 –orgánica del plan de desarrollo- en su artículo 3º, literal n, dispone: “Conformación de los planes de desarrollo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 339 de la Constitución Nacional, los planes de desarrollo de los niveles nacional y territorial estarán conformados por una parte general de carácter estratégico y por un plan de inversiones de carácter operativo. Para efectos de la elaboración de los planes de inversión y con el propósito de garantizar coherencia y complementariedad en su elaboración, la Nación y las entidades territoriales deberán mantener actualizados bancos de programas y de proyectos”.

98. Dicho plan de inversiones constituye un desarrollo del deber de planeación que se impone en la preparación, adjudicación y ejecución de todo contrato estatal, como manifestación del principio de economía que informa la actividad contractual del Estado –art. 209, C.P. y art. 13, Ley 1150 de 2007- y que implica el análisis previo a cualquier proceso de contratación, de su adecuación a los planes de inversión, de adquisición de compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso, de la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, la elaboración de los estudios, diseños y proyectos requeridos y de los pliegos de condiciones o términos de referencia a utilizar.

### **El registro de proponentes**

99. No ocurre lo mismo en cuanto al registro de proponentes que se autoriza crear al Fondo, distinto del registro único establecido por la ley, por cuanto no se advierte por qué su existencia resulta necesaria o conveniente para el cumplimiento de la finalidad para la cual se autoriza la implementación de una regulación contractual especial para dicha entidad, como se explica a continuación.

100. En general, el registro único de proponentes –RUP- es un sistema de información pública que aglutina, clasifica y califica a todas las personas que deseen inscribirse allí, en cumplimiento de la exigencia legal para efectos de contratar con el Estado; su finalidad es permitir la constatación y verificación de las condiciones jurídicas, financieras, de experiencia y organización de los inscritos, para establecer la suficiencia de las mismas, en tal forma que garanticen su aptitud para ejecutar los contratos a cuya adjudicación aspiren dentro de los procedimientos de selección de contratistas en los que participen en las distintas entidades estatales.

101. El registro único de proponentes fue creado con la expedición de la Ley 80 de 1993, en la cual se dispuso –art. 22<sup>85</sup>- que las personas interesadas en celebrar con las entidades estatales contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, debían inscribirse en la Cámara de Comercio de su jurisdicción y debían estar clasificadas y calificadas de conformidad con lo previsto en la misma ley, que defirió al gobierno la creación de un formulario único

---

<sup>85</sup> Fue contemplado originalmente en el artículo 22 de la Ley 80 de 1993, derogado y desarrollado nuevamente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.



para el efecto; ordenó la conformación, en las Cámaras de Comercio, de un registro especial de inscritos, clasificados por especialidades, grupos o clases, de acuerdo con la naturaleza de los bienes y servicios ofrecidos y les atribuyó a tales organismos la función de expedir las certificaciones e informaciones que sobre el mismo les fueren solicitadas, lo que constituye una clara manifestación de descentralización por colaboración, en la medida en que corresponde a la atribución de una función administrativa a entidades de derecho privado.

102. Este nuevo sistema se implementó para unificar los múltiples registros que existían con anterioridad, en la medida en que la ley permitía que cada entidad estatal con capacidad para contratar elaborara su propio registro de proveedores<sup>86</sup>, lo que implicaba que los potenciales interesados en contratar con la administración pública debían concurrir a todas y cada una de las entidades en las que quisieran participar en los procedimientos de selección para celebrar

---

<sup>86</sup> El Decreto-Ley 222 de 1983 establecía en sus artículos 44 y 45: “ARTÍCULO 44. DEL REGISTRO DE PROPONENTES. En los casos especiales que dispongan los respectivos reglamentos, no se podrá licitar, adjudicar o celebrar contratos con personas naturales o jurídicas que no se hallaren debidamente inscritas, calificadas y clasificadas en el registro correspondiente. // La inscripción deberá hacerse con anterioridad a la apertura de la licitación o concurso o a la celebración del contrato, según el caso. // Para efectos de la inscripción, calificación y clasificación de los proponentes, se establecerán formularios únicos según la actividad de que se trate. La inscripción no causará derecho alguno, pero las personas interesadas cubrirán el valor de los formularios impresos que hayan de emplearse. // La solicitud de inscripción se hará mediante diligenciamiento del formulario que preparará y distribuirá la entidad contratante. En dicho formulario deberán constar de manera clara y precisa las pruebas, datos o informaciones de carácter general o especial que se soliciten, así como las distintas clases o grupos que integran el registro. // El jefe de la entidad, mediante resolución motivada, establecerá la oportunidad en que pueda hacerse la presentación de los documentos anteriores. // Con base en los formularios y documentaciones que se vayan presentando, el funcionario o funcionarios designados para tal efecto por el jefe de la entidad procederán a elaborar un estudio con miras a determinar la calificación y clasificación del solicitante. Una vez hecha la evaluación correspondiente se hará inscripción en el registro de proponentes dentro de la clase o grupo y con la calificación que resulte de dicho estudio. Se podrá solicitar al peticionario la información adicional que se considere necesaria y devolver los formularios que no se encuentren debidamente diligenciados.// ARTÍCULO 45. DISPOSICIONES COMUNES A LOS REGISTROS. Toda persona natural o jurídica que reúna los requisitos que para el efecto se señalen, podrá presentar la documentación correspondiente para ser calificada y clasificada en el respectivo registro de proponentes (...). // La calificación y clasificación de los proponentes tendrá vigencia de veinticuatro (24) meses, transcurridos los cuales, para poder solicitar, concursar o contratar, según el caso, el interesado deberá presentar oportunamente los documentos que la respectiva entidad considere necesarios para conocer las calidades actuales del inscrito. // Con base en esta revisión, pueden modificarse o cancelarse la calificación y clasificación. // (...) La calificación y clasificación en el respectivo registro regirán para todas las propuestas que el inscrito presente. // Cuando la entidad descubra falsedad en los documentos que sirvieron de base para la inscripción, actualización o revisión, procederá a cancelar dicha inscripción. // El registro de proponentes es documento público y, por tanto, cualquier persona puede solicitar que se le expidan certificaciones sobre las inscripciones, calificación y clasificación que contenga”.

contratos con ellas y proceder a inscribirse en el respectivo registro de proveedores que la entidad llevaba, para lo cual debía cumplir los requisitos exigidos y acogerse al reglamento que aquella hubiera elaborado para regular todo lo concerniente a la inscripción, clasificación y calificación de los interesados.

103. El artículo 6º de la Ley 1150 de 2007<sup>87</sup>, establece que todas las personas, naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el registro único de proponentes del registro único empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal, en el cual constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación. De acuerdo con la norma, no se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa, contratos para la prestación de servicios de salud, contratos de mínima cuantía, enajenación de bienes del Estado, contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas, los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole, casos en los cuales corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes. Se estableció así mismo que, en dicho registro, constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente, que se establecerá de conformidad con los factores de calificación y clasificación que defina el reglamento. El puntaje resultante de la calificación de estos factores se entenderá como la capacidad máxima de contratación del inscrito.

104. Además, se atribuye a las Cámaras de Comercio la competencia para efectuar la verificación documental de la información presentada por los interesados al momento de inscribirse en el registro y para certificar sobre las mismas, constituyendo ese certificado de registro único de proponentes, “(...) *plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar y que hayan sido verificadas por las Cámaras de Comercio*” (num. 6.1 del mencionado artículo 6º),

---

<sup>87</sup> El artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, derogó el artículo 22 de la Ley 80 de 1993, que regulaba todo lo concerniente al registro único de proponentes. En consecuencia, la norma que rige sobre la materia, es el referido artículo 6º de la primera. Actualmente, el RUP es reglamentado por el capítulo V del Decreto 1510 del 17 de julio de 2013.

circunstancias de las cuales hará parte el reporte de sanciones, multas, etc. impuestas a los contratistas inscritos, que las entidades están obligadas a enviar mensualmente a las Cámaras de Comercio.

105. De otro lado, se advierte que de acuerdo con lo establecido en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y de organización de los proponentes, fueron establecidos como requisitos habilitantes para la participación en los procesos de selección de contratistas<sup>88</sup>, lo que significa que no dan puntaje, pero su cumplimiento deberá ser verificado, para lo cual se le atribuyó a las Cámaras de Comercio la facultad de efectuar tal verificación, tal y como se explicó en el párrafo anterior y con fundamento en la misma, expedir la respectiva certificación, que será la que deba aportarse con las ofertas presentadas ante la entidad.

106. La razón que justificó la creación del registro único de proponentes fue evitar la proliferación de reglamentos y requisitos que debían acreditar los interesados ante las distintas entidades, al unificar la regulación para toda la administración pública y atribuir a una sola entidad, las Cámaras de Comercio, la labor de inscripción, clasificación y calificación en el registro único de proponentes y en consecuencia, la verificación y certificación sobre el cumplimiento de exigencias mínimas de contratación –requisitos de admisibilidad-, que fueron así mismo establecidos de manera concreta y definitiva, relevando a las entidades de esta tarea y simplificando la elaboración y presentación de las propuestas, al determinar con precisión cuál debe ser la información anexa a las mismas.

107. De acuerdo con lo anterior, habiendo establecido la ley cuáles son los requisitos que deben acreditar los futuros proponentes a la hora de inscribirse en el RUP para efectos de probar su capacidad jurídica, técnica y financiera así como su experiencia, que se consideran necesarias para la contratación con las entidades del Estado, debe ser dicho registro el que se tenga en cuenta para todos los efectos en los que se exija la respectiva certificación.

---

<sup>88</sup> Excepto cuando se tramiten procesos de selección de consultores -concursos de méritos-, caso en el cual se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto y se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo en el campo de que se trate –num. 4, artículo 5º, Ley 1150 de 2007-.

108. En el presente caso, se observa que el Decreto Legislativo 4819 de 2010 autorizó la reglamentación de las condiciones para la contratación del Fondo Adaptación que permitan mayor eficiencia en la recuperación, construcción y reconstrucción de las zonas afectadas y demás tareas necesarias para solucionar las consecuencias que se derivaron del fenómeno de La Niña, pero la norma también dice que ello debe lograrse garantizando el cumplimiento de los principios constitucionales y legales.

109. Permitir que el Fondo Adaptación adopte e imponga la utilización de un registro de proponentes distinto y elaborado por la entidad para los casos de convocatoria abierta, que se asimilan a la licitación pública regulada por el estatuto de contratación estatal, a juicio de la Sala no se justifica desde el punto de vista de la finalidad para la cual se autorizó la reglamentación especial de la contratación de la entidad, ni asegura en debida forma la garantía del derecho de concurrencia de oferentes, que en los mencionados procedimientos de selección de contratistas, se verá restringido por la exigencia de encontrarse inscritos en el nuevo registro implementado por la entidad.

110. De otro lado, imponer la obligación de inscripción en dicho registro elaborado por la misma entidad contratante, como requisito de contratación, atenta contra el principio de transparencia que debe informar estas actuaciones y que se garantiza mediante la utilización del registro único de proponentes, reglamentado de manera unificada para toda la contratación estatal. Por esta razón, la Sala considera que la consulta al RUP deberá realizarse por parte del Fondo en todos los procesos de convocatoria abierta y convocatoria cerrada, en la medida en que éste se considera el medio idóneo para verificar los requisitos mínimos que debe reunir una persona para contratar y para garantizar de esta forma, que posee las calidades necesarias para una correcta ejecución del objeto contractual, desde el punto de vista de su capacidad jurídica, técnica, económica y de experiencia. En tal virtud, tampoco resulta válida la expresión según la cual, “(...) *el Fondo Adaptación podrá hacer uso del Registro Único de Proponentes en los casos que este lo determine*”, por cuanto ello implicaría librar a su sola voluntad la aplicación de la norma.

111. La legalidad de la disposición reglamentaria en estudio depende de que las medidas que se tomen con ocasión de la declaratoria del estado de emergencia económica, respondan realmente a la finalidad para la cual se

expiden. En el presente caso, el análisis de legalidad del Decreto 2962 de 2011 pasa por determinar si las disposiciones que contiene garantizan la agilidad, eficiencia y eficacia que se requieren en aras de resolver prontamente y de la mejor manera los graves problemas que surgieron con el fenómeno climático que se presentó. Por ello, no se entiende que se cumplan estas condiciones si, existiendo ya un registro único de proponentes para los contratos del Estado en donde se hallan inscritos, clasificados y calificados todos los interesados en contratar con las entidades públicas, procede el Fondo a crear su propio registro. Y tampoco se comprende cuál puede ser la finalidad útil de esta determinación, desde el punto de vista del fundamento constitucional y legal de la creación de un régimen de contratación especial para el Fondo Adaptación, disposición que además atenta contra los principios constitucionales de economía, eficacia y celeridad que informan las actuaciones contractuales de la nueva entidad, todo lo cual se traduce en una violación del artículo 209 de la Carta.

112. No sobra aclarar que lo expuesto por la Sala en los anteriores párrafos no tiene incidencia alguna en relación con las demás entidades estatales que, por no hallarse sujetas a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, aplican las normas de derecho privado en sus contratos y en consecuencia puedan contar con sus propios registros de proponentes, porque en el presente caso se está analizando la legalidad de una normatividad especial, expedida en virtud de un estado de excepción y por motivo del control inmediato de legalidad, que tiene sus connotaciones propias. Es decir que no se está afirmando que todas las entidades del Estado tengan que sujetarse, necesariamente, al RUP, independientemente del régimen legal de contratación al que se encuentren sujetas, sino que el Fondo Adaptación debe hacerlo, en razón de su naturaleza y finalidad especiales, surgidas de la declaratoria de emergencia económica que se originó por la ocurrencia de un desastre natural. Como consecuencia de lo expuesto, la Sala declarará la nulidad del artículo 3º del Decreto 2962 de 2011.

#### **Artículo 4º**

#### **Los procedimientos de selección**

113. El artículo 4º del decreto en estudio contiene los procedimientos de selección de contratistas que podrá adelantar el Fondo Adaptación, distinguiendo tres: i) contratación directa, ii) convocatoria cerrada y, iii) convocatoria abierta. Si

bien en ellos se define en qué consiste cada uno de estos procedimientos, también lo es que el precepto posee un alto grado de indeterminación como quiera que no entra a fijar los criterios que precisen en qué casos habrá lugar a la implementación de los mecanismos enunciados. Tal aspecto es tratado en el último inciso cuando establece: *“El procedimiento principal de selección que se utilizará por parte de El FONDO ADAPTACIÓN será la Convocatoria Abierta y sólo podrán utilizar los procedimientos de Selección Directa o Convocatoria Cerrada en los casos autorizados por el Consejo Directivo, previa justificación del Gerente”*.

114. A juicio de la Sala, el otorgamiento de tales atribuciones a los órganos de administración del Fondo envuelve una extralimitación en el ejercicio de las facultades atribuidas a dicha entidad en detrimento de la potestad reglamentaria del presidente de la República de raigambre constitucional (art. 189-11), al que en efecto le correspondería entrar a determinar los criterios o un *numerus clausus* que fijen con claridad cuándo procede la selección directa y cuándo la convocatoria cerrada. Por otra parte, esta atribución que la norma otorga a los máximos órganos de la entidad, atenta contra el principio de transparencia que debe informar a todos los procedimientos de selección de contratistas al librar la decisión del procedimiento a adelantar a la sola voluntad y arbitrio de estas autoridades y carece por lo tanto, de una justificación razonable.

115. Sumado a lo anterior, se observa que la disposición en comento prácticamente reproduce el contenido del artículo 7º del Decreto 4819 de 2010 que fue declarado parcialmente inexecutable por la Corte Constitucional<sup>89</sup>, específicamente la expresión *“El Consejo Directivo podrá determinar las cuantías y casos en los cuales sea necesario adelantar procesos de selección que garanticen la participación pública”*, al considerar que *“(…) es necesario advertir, como se hizo en las sentencias C-193 y C-194 de 2011, que las facultades otorgadas al Consejo Directivo del Fondo Adaptación, en el sentido de reglamentar las cuantías y casos en los cuales será necesario adelantar procesos de selección que garanticen la participación pública, es contrario a la Constitución, por cuanto la facultad reglamentaria corresponde, por regla general, al Presidente de la República y excepcionalmente a otros órganos del Estado expresamente facultados para ello en la Constitución Política, como sucede, por ejemplo, con la*

---

<sup>89</sup> Corte Constitucional, sentencia C-251 del 6 de abril de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

*Contraloría General de la República, el Consejo Nacional Electoral, entre otros*<sup>90</sup>. En ese orden de ideas, no cualquier órgano o entidad que se cree en el Estado puede ser titular de dicha función, razón por la que se debe declarar la inexequibilidad del siguiente aparte del artículo 7 (...).

116. Siendo así, se impone concluir que la expresión “y sólo podrán utilizar los procedimientos de Selección Directa o Convocatoria Cerrada en los casos autorizados por el Consejo Directivo, previa justificación del Gerente”, será declarada nula.

## **Artículo 5º**

### **Determinación de garantías o seguros**

117. En la primera parte del enunciado se contempla que tales garantías serán establecidas por el Fondo Adaptación teniendo en cuenta, en cada caso, la naturaleza del contrato, su objeto, la forma de ejecución y los riesgos que se deban cubrir. En la segunda parte del artículo, se agrega que el Fondo podrá sujetarse al régimen de garantías establecido en el Decreto 4828 de 2008 en lo que resulte aplicable.

118. Se observa que mediante el referido decreto “se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública” y regula, según reza su artículo 1º “Los mecanismos de cobertura del riesgo en los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, por medio de los cuales se garantiza el cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las entidades públicas con ocasión de (i) la presentación de los ofrecimientos, y (ii) los contratos y su liquidación; (iii) así como los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades públicas contratantes derivados de la responsabilidad extracontractual que para ellas pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de las disposiciones especiales propias de cada uno de los instrumentos jurídicos aquí previstos”<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> [36] “Sobre el particular se pueden consultar las sentencias C-805 de 2001 y C-913 de 2010”.

<sup>91</sup> El Decreto 4828 de 2008 fue derogado por el Decreto 734 de 2012, y éste a su vez lo fue por el Decreto 1510 de 2013, en cuyo artículo 110 se encuentra una disposición en términos similares a la enunciada.

119. La Sala considera que la determinación de las garantías que deberán exigirse a los contratistas del Fondo Adaptación es una manifestación del deber de planeación que recae sobre toda entidad estatal en la materia, toda vez que hace parte de los estudios previos que se deben adelantar siempre que se inicie un procedimiento de contratación, por cuanto implica prever la forma de asegurar los intereses de la contratante en la cumplida y correcta ejecución de los contratos que celebra, mediante la determinación de la clase y extensión de garantías que mejor se acomoden a sus necesidades, dependiendo de la naturaleza del contrato, su objeto, la forma de ejecución y los riesgos que se deban cubrir, como lo establece el decreto en estudio.

120. Por otra parte, en virtud del principio constitucional de eficacia de la función administrativa –art. 209-, que rige para todos los contratos estatales y entre ellos los celebrados por el Fondo Adaptación, resulta pertinente la exigencia de garantías que se efectúa en la norma examinada, dado que su finalidad es la de salvaguardar los intereses de la entidad contratante, fundados en la correcta ejecución de los negocios jurídicos que celebre y el exacto cumplimiento del objeto contractual y de todas las obligaciones a cargo del contratista.

121. Se observa que de acuerdo con lo establecido por el artículo 7º del Decreto 4819 de 2010, los contratos que celebre el Fondo Adaptación no se encuentran inmersos en un ámbito de aplicación exclusiva del derecho privado sino que se someten a un régimen jurídico mixto, en el que hay intereses y presupuesto público comprometidos. Por esta razón, la entidad no puede pactar libremente con el contratista cuáles garantías deberá éste constituir a su favor, ya que las mismas no provienen del simple acuerdo de voluntades en torno a esta obligación contractual sino que surgen de la necesidad real de proteger el patrimonio público comprometido en el negocio jurídico.

122. Lo anterior implica que la determinación de las garantías que procede incluir en los contratos del Fondo Adaptación como obligación a cargo de sus contratistas, al igual que sucede en todos los contratos del Estado, surge como fruto del análisis de riesgos que previamente debe adelantar la entidad, para establecer con precisión las circunstancias que pueden afectar la correcta ejecución del objeto contractual y en consecuencia las garantías que se le deben exigir al contratista, con fundamento en las clases de coberturas que se requieren,



su extensión y su valor. Por lo tanto, resulta procedente y proporcionada la remisión que se hace en el artículo 5º del decreto en estudio, a las normas del Decreto 4828 de 2008 en aquello que le resulte aplicable, en cuanto sus normas describen los diversos riesgos a cubrir, las distintas clases de garantías que deben ser brindadas por los contratistas, la graduación de la suficiencia de las mismas en cuanto a valor y vigencia, etc., razón por la cual se declarará la legalidad de la disposición.

## **Artículo 6º**

### **Estudios previos**

123. En el artículo 6º del Decreto 2962, se hace referencia a los estudios previos que debe efectuar el Fondo como soporte de la necesidad y oportunidad de la contratación, los cuales deberán ser publicados con la invitación a contratar y deberán contener la información que se relaciona en este artículo, atinente a la identificación del objeto a contratar, los medios escogidos para alcanzarlo, el valor estimado de la contratación, la estimación y distribución de los riesgos, las garantías para su cubrimiento, los criterios que se utilizarán en el procedimiento de selección –debe entenderse que se refiere a los criterios para la valoración de las ofertas y adjudicación del contrato- y la exigencia de elaboración de diseños, cuando el contrato lo requiera.

124. La Sala estima que la disposición es adecuada, en cuanto obedece al cumplimiento del deber de planeación, el cual se halla ínsito en el principio constitucional de economía que informa a las actuaciones administrativas y constituye una manifestación del mismo, en la medida en que implica una labor anterior de determinación y preparación del futuro contrato, evitando de este modo la improvisación y garantizando que se cumplan con eficacia y eficiencia los objetivos para los cuales se celebran los negocios jurídicos regulados en el decreto.

125. Los estudios previos que adelanta la entidad antes de iniciar el procedimiento de selección, deben ser conocidos por los interesados en contratar con la entidad, pues serán la base para la presentación de sus ofertas, toda vez que contienen toda la información que deben utilizar y tener en cuenta para la elaboración de sus ofrecimientos. Generalmente, dichos estudios quedan

plasmados en un pliego de condiciones o términos de referencia que regirán el procedimiento de selección y que son puestos a disposición de las personas interesadas en la adjudicación del contrato.

126. Una vez se inicia el procedimiento de selección de que se trate, puede surgir la necesidad de modificar los estudios previos realizados para corregir errores que se hayan podido detectar en los mismos, para aclarar puntos oscuros o ambiguos y para afinarlos y ajustarlos a los fines perseguidos con el futuro contrato, lo cual resulta factible en la medida en que con tal modificación no se atente contra los principios de moralidad, igualdad y transparencia ni contra el deber de selección objetiva.

127. Se debe tener en cuenta así mismo, que a pesar de que los contratos del Fondo Adaptación se sujetan a las normas de derecho privado, en la medida en que adelante procedimientos de selección que se rijan por un pliego de condiciones o términos de referencia, una vez el mismo es entregado a los proponentes, se torna obligatorio tanto para éstos como para la misma entidad, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación<sup>92</sup>.

128. Por lo tanto, la validez de la disposición depende de que se entienda que dicha posibilidad de modificación, se limita al periodo anterior al cierre del respectivo procedimiento de selección, es decir mientras corre el término dentro del cual pueden ser presentadas las ofertas, puesto que vencido aquel y entregadas éstas, se inicia la etapa de su evaluación y calificación, que culminará con la adjudicación y por lo tanto, el documento rector del procedimiento y con él, los estudios previos que contiene, se tornan intangibles, toda vez que, tal y como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación, admitir modificaciones posteriores –una vez cerrado el plazo para la entrega de las ofertas- es atentar contra los referidos principios que deben imperar en este tipo

---

<sup>92</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de junio de 2008, expediente 14169, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, en la cual se sostuvo: *“En este orden de ideas, el “pliego de condiciones”, en un proceso de selección de contratista adelantado por una entidad pública no sujeta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, vincula en los estrictos y precisos términos en él contenidos de manera que la entidad debe actuar en consonancia con los criterios de evaluación y la correspondiente forma de aplicarlos, pues de otro modo no se cumplirían ni garantizarían los principios orientadores de la función administrativa previstos en el artículo 209 superior, en virtud de los cuales la administración debe actuar observando la igualdad, la moralidad y la transparencia, valores constitucionales que se verían transgredidos si se admitiera que la entidad pública pudiera desconocer las reglas previstas para la escogencia de un contratista”*.

de actuaciones: “(...) es importante puntualizar sobre la obligación que tiene la Administración de respetar los criterios establecidos en los pliegos de condiciones. Esta Sala ha dicho que el pliego de condiciones establece las reglas de juego para la participación de los interesados y para la evaluación de sus ofrecimientos, constituyéndose en norma fundamental que rige el proceso de selección y del contrato que surja con ocasión del mismo. No puede, entonces, la Administración so pretexto de vacíos o deficiencias en el Pliego de Condiciones cambiar los criterios o fórmulas para evaluar contenidos en los mismos, después de presentadas las ofertas e inventarse reglas a posteriori, por cuanto, el pliego de condiciones como es sabido es ley del proceso de selección, y, si bien éste puede ser interpretado por la Administración, no puede ser modificado o adicionado al momento de evaluar <sup>93</sup>94.

129. Permitir que luego de cerrado el procedimiento de selección e iniciada la etapa de evaluación de las ofertas, puedan introducirse modificaciones al pliego de condiciones o términos de referencia, también atenta contra el principio de la buena fe precontractual, que implica soportar una carga de honestidad, corrección y lealtad por los involucrados en los tratos preliminares a la celebración del contrato, principio que rige tanto en el derecho público como en el privado<sup>95</sup>, puesto que en esta materia, tanto en el uno como en el otro, se surte una etapa previa al perfeccionamiento del negocio jurídico en la que se produce el acercamiento de las partes y se llevan a cabo las tratativas que culminarán con el respectivo acuerdo de voluntades. Etapa en la cual se debe observar una conducta correcta, un obrar con rectitud exento de actuaciones engañosas o perjudiciales para la otra parte. El principio de la buena fe en materia contractual, “[s]ignifica que cada uno debe guardar ‘fidelidad’ a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que esta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas; supone conducirse como cabía esperar de cuantos con pensamiento honrado intervienen en el tráfico como contratantes o participando en

---

<sup>93</sup> [34] “Lo que se ha denominado como “inalterabilidad o intangibilidad de los pliegos de condiciones”, como garantía del debido proceso contractual en los procesos de selección pública, luego de haber surtido las etapas que permiten sus modificaciones por parte de la Administración”.

<sup>94</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 2006, expediente 16041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>95</sup> El artículo 863 del C. de Co. consagra la buena fe precontractual al disponer que “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”.

*él en virtud de otros vínculos jurídicos*<sup>96</sup>. Y en la etapa precontractual, la aplicación de este principio significa que se deben exponer a la otra parte, con toda claridad, los antecedentes del negocio, informando sobre todas las circunstancias que le puedan interesar, sin ocultarle hechos que puedan influir en su decisión, puesto que ello constituiría una reticencia fraudulenta, que atenta contra este deber de la buena fe<sup>97</sup>.

130. Dicho principio es exigible en materia de contratación estatal, independientemente del régimen legal al que se halle sujeta la respectiva entidad: estatuto de contratación de la administración pública o normas de derecho privado, puesto que también en sus relaciones negociales debe existir lealtad en el trato entre los futuros contratantes, así como claridad y sinceridad en las manifestaciones e informaciones que se suministren sobre las circunstancias del negocio a celebrar<sup>98</sup>. En consecuencia, se declarará la validez condicionada de la expresión *“los estudios previos se pueden ajustar con posterioridad a la apertura del procedimiento de selección”*, en los términos anteriormente expuestos.

## **Artículo 7º**

### **Comités asesores**

131. El artículo 7º de la norma objeto de control no le merece observación alguna a la Sala, en cuanto en ella se establece que el Fondo integrará los comités asesores que se requieran para la evaluación de las ofertas en forma objetiva, ceñidos a las reglas contenidas en la invitación a contratar, manifestando que sus miembros estarán sujetos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses de los servidores públicos. Al finalizar el artículo se manifiesta que los comités recomendarán a quien corresponda la decisión a adoptar, de conformidad a la evaluación efectuada.

---

<sup>96</sup> Larenz, Karl, *Derecho de obligaciones*, T. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 142.

<sup>97</sup> Arrubla Paucar, Jaime Alberto, *Contratos Mercantiles-Teoría General del Negocio Mercantil*, Legis Editores. S.A., 13ª ed., 2012, p. 131.

<sup>98</sup> *“En la etapa de formación de la voluntad contractual las partes deben obrar de buena fe en la preparación del contrato, en el procedimiento de selección y en la fase de perfeccionamiento del mismo, no sólo porque así lo manda la Constitución (art. 83) sino porque es principio general que domina las relaciones jurídicas bilaterales como dan cuenta los artículos 1603 del Código Civil y 863 y 871 del C. de Comercio”*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2001, expediente 13405, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

132. Al respecto, observa la Sala que la disposición que impone la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses de los servidores públicos a quienes participen en los comités asesores para la evaluación de las ofertas, resulta procedente y necesaria, en la medida en que dichos comités pueden estar conformados no sólo por servidores públicos que laboren en el Fondo Adaptación, sujetos directos de las mencionadas limitaciones legales –y que por lo tanto no hacían necesaria la norma examinada-, sino también por personas distintas a éstos<sup>99</sup>, teniendo en cuenta de un lado, que no necesariamente quienes son designados para evaluar ofertas en los procesos de selección de contratistas tienen que ser empleados de la entidad, quien bien puede, cuando lo requieran las circunstancias del caso, contratar para ello a particulares; y de otro lado, que la misma norma de creación de la entidad - Decreto 4819 de 2010- contempla la participación del sector privado en su conformación, pues según el artículo 2º, en su consejo directivo tendrán asiento cinco (5) miembros de esa naturaleza designados por el presidente de la República y de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo 2º de la misma norma, se autorizó al consejo directivo para crear los comités sectoriales que se requieran, en los cuales podrán tener presencia representantes del sector privado, de la sociedad civil, de organizaciones no gubernamentales u organismos multilaterales, circunstancia que conduce a que en un momento dado los evaluadores de las ofertas presentadas para contratar, no tengan la investidura de

---

<sup>99</sup> Los artículos 110 y siguientes de la Ley 489 de 1998, contemplan la posibilidad del ejercicio de funciones administrativas por particulares, personas naturales o jurídicas de naturaleza privada, para lo cual establecen las condiciones y requisitos, de acuerdo con los cuales la regulación, control, vigilancia y orientación de la función administrativa, corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función, la que, en consecuencia, deberá impartir las instrucciones y directrices necesarias para su ejercicio. Así mismo, sin perjuicio de los controles pertinentes por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular y por motivos de interés público o social, en cualquier tiempo, puede dar por terminada la autorización. La norma establece que esa atribución de funciones administrativas deberá estar precedida de un acto administrativo y acompañada de un convenio, si fuere el caso. El artículo 113 de la referida ley, establece expresamente que *“Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargadas del ejercicio de funciones administrativas están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida. // Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas jurídicas privadas que hayan ejercido funciones administrativas, no podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado”*.

servidor público<sup>100</sup>. En consecuencia, resulta procedente la remisión efectuada en la norma, bajo la consideración de que las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos consagradas en la ley, constituyen un desarrollo del principio de la moralidad consagrado en el artículo 209 constitucional como rector de la función administrativa, el cual se debe garantizar en cualquier circunstancia.

133. Es claro para la Sala que si bien la competencia de adjudicación radica en el jefe o representante de la entidad o del funcionario en quien éste legalmente la delegue –arts. 11 y 12, Ley 80 de 1993-, para el ejercicio de la misma generalmente se requiere del concurso de otros funcionarios u órganos asesores que colaboran en el trámite del procedimiento de selección y entre ellos se halla, precisamente -cuando hay necesidad de constituirlo-, el comité que se designa para la evaluación jurídica, técnica y económica de las ofertas, el cual, con fundamento en los factores de calificación y ponderación consagrados en el respectivo pliego de condiciones las evalúa, otorga los puntajes que correspondan y presenta el informe respectivo que puede contener una recomendación de adjudicación, sin perder de vista que tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia, “(...) *los informes de evaluación los elabora un comité asesor o consultor, a quien la ley prohíbe trasladar la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección, ya que ésta sólo la tiene el jefe o representante de la entidad estatal (art. 26 ord. 5º ley 80 de 1993)*<sup>101”102</sup>.

---

<sup>100</sup> Sobre la conformación de comités evaluadores con participación de particulares ha dicho la doctrina nacional que “*Las entidades estatales podrán, en virtud de la desconcentración de funciones, crear juntas, comités o unidades asesoras de contratación para realizar las evaluaciones y las recomendaciones correspondientes. También podrán, sin necesidad de conformar esta clase de comités, solicitarle a cada oficina –jurídica, financiera y técnica- evaluaciones en forma separada o, si lo considera conveniente, acudir a personas externas para que las realicen*”. Pino Ricci, Jorge, “*El régimen jurídico de los contratos estatales*”, Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., 2005, p. 299; “*La evaluación de las ofertas está a cargo de un comité interdisciplinario compuesto por funcionarios públicos o por asesores externos, cuando la especialidad y dificultad del proceso lo amerite (...)*”. Dávila Vinueza, Luis Guillermo, “*Régimen jurídico de la contratación estatal*”, Legis Editores S.A., 2ª ed., 2003, p. 287.

<sup>101</sup> [8] El artículo 26 de la Ley 80 de 1993 consagra el principio de responsabilidad y en su numeral 5º establece que “*La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma*”.

<sup>102</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de septiembre de 2004, expediente 13790, C.P. Nora Cecilia Gómez Molina.

134. Se trata entonces de una medida de administración que apunta a organizar la labor de evaluación de ofertas en los procedimientos de selección que adelanta el Fondo Adaptación y que brinda condiciones de transparencia, imparcialidad y objetividad en el desarrollo de esa tarea, razón por la cual no merece reproche alguno.

## **Artículo 8º**

### **Preparación de las condiciones para las convocatorias**

135. Con este título, el artículo 8º reglamentario dispone que las estipulaciones de los procedimientos de convocatorias establecerán reglas justas, objetivas, claras y completas que permitan seleccionar la mejor oferta y especifica los contenidos de las convocatorias a contratar, como son: i) la descripción del objeto a contratar, ii) la ficha técnica del bien o servicio o los requerimientos técnicos, iii) las reglas objetivas para la presentación, evaluación y adjudicación de las ofertas, iv) las causales de rechazo de las ofertas y para declarar desierto el procedimiento, v) los riesgos previsibles involucrados en la contratación y por último vi) las condiciones de celebración del contrato, presupuesto, forma de pago, garantías y demás asuntos relativos al mismo; allí se advierte que junto a la convocatoria se deberá allegar el proyecto de minuta del contrato.

136. Al respecto, La Sala observa que el contenido de esta norma complementa lo dispuesto por el artículo 6º del mismo decreto examinado relativo a los estudios previos, en tanto concreta los elementos que configuran las convocatorias, especificando un mínimo de requisitos que prepara la futura contratación, ejercicio que exige del Fondo una amplia previsibilidad sobre la racionalidad de la convocatoria y que ofrece importantes garantías para los oferentes, en cuanto implica el conocimiento previo de las reglas de participación en el procedimiento de selección y de adjudicación y ejecución del futuro contrato.

137. No obstante, en relación con el numeral 4º, la Sala advierte que el proceso de selección de contratistas implica una gran inversión de tiempo, esfuerzos y recursos tanto de la entidad licitante como de quienes presentan en ellos sus ofertas. Y que la finalidad única de su tramitación, es la culminación del procedimiento con la respectiva adjudicación del contrato.

138. Por otra parte, la justificación del régimen de contratación especial que se expide para el Fondo Adaptación, radica precisamente en la urgencia que reviste la solución de los graves problemas surgidos a partir de un fenómeno natural que produjo daños y traumatismos en la infraestructura y el medio ambiente, por lo que se requieren soluciones ágiles y efectivas, que suponen la eficaz y eficiente tramitación de los procedimientos encaminados a adjudicar los contratos necesarios para el cumplimiento de los fines perseguidos por la entidad.

139. Como consecuencia de lo anterior, las actuaciones adelantadas en esta materia deben concluir con la adjudicación de los contratos requeridos y cualquier otra decisión, no solo atenta contra el principio de economía que informa las actuaciones del Fondo Adaptación en la materia sino que desconoce el fundamento jurídico de la presente reglamentación. Por ello, considera la Sala que la entidad no puede exigir a los proponentes requisitos que no apunten a garantizar una selección objetiva de la oferta más conveniente para la entidad, finalidad ésta enmarcada tanto por el referido principio de economía, como por los principios de moralidad, de libre concurrencia y de igualdad de oportunidades. Y mucho menos puede la entidad rechazar propuestas por no cumplir con tal clase de exigencias, ajenas a las indispensables para la comparación objetiva de los ofrecimientos, estando obligada a incluir en los pliegos de condiciones o términos de referencia, solamente requisitos que sean necesarios y suficientes para la evaluación de las ofertas y la selección de la más favorable.

140. Por otra parte y por la misma razón, la posibilidad de declarar desierto un procedimiento de selección de contratistas, dado el desgaste inútil que tal decisión conlleva, también debe quedar reservada para aquellos eventos en los cuales la selección objetiva no resulte posible y por lo tanto, resulta inadmisibles la consagración de causales que no estén directamente relacionadas con tal posibilidad.

141. Como consecuencia de lo anterior, la Sala declarará la legalidad del referido numeral 4º, condicionada a que se entienda que la posibilidad de rechazo de las ofertas y de declarar desiertos los procedimientos de selección, está reducida al incumplimiento de requisitos indispensables para la evaluación y calificación de las ofertas, en el primer caso y a la imposibilidad de efectuar una selección objetiva, en el segundo.



## Artículo 9º

### Autorización para contratar

142. Por último, el artículo 9º del decreto que se analiza, dispone que “[d]e conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 3 del Decreto 4819 de 2010, el Consejo Directivo de EL FONDO ADAPTACIÓN, podrá autorizar de manera general a la Gerencia del Fondo para la celebración de contratos en atención a la cuantía o al objeto del mismo”.

143. El numeral 2º del artículo 3º del Decreto 4819, establece que dentro de las funciones del Consejo Directivo se encuentra la de “autorizar al Fondo para la contratación con personas públicas o privadas para la realización o ejecución de estudios, diseños, obras y en general, las demás actividades requeridas para el desarrollo de los planes y proyectos”, norma que concuerda con lo establecido en el artículo 4º numerales 1º, 2º y 6º del mismo decreto cuando dispone que dentro de las funciones de la Gerencia del Fondo se encuentran: i) ejecutar los planes y proyectos aprobados por el Consejo Directivo que deban celebrarse con cargo a los recursos del Fondo; ii) celebrar como representante legal del Fondo los contratos autorizados por el Consejo Directivo y iii) celebrar los contratos o convenios para la participación del Fondo en aquellos esquemas de participación público-privada aprobados por el Consejo Directivo.

144. Al respecto, se observa que en el acto de creación de las entidades estatales descentralizadas como lo es el Fondo Adaptación<sup>103</sup>, se establece cuáles serán sus autoridades y órganos, siendo usual la existencia de un mecanismo de administración que implica un gobierno dual o compartido, representado en un órgano colegiado, como la junta o consejo directivo y un representante legal, que es ejecutor de las decisiones del primero. En relación con los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, la ley establece de manera expresa la existencia de estos órganos y las funciones que les

---

<sup>103</sup> A título de ilustración, se observa que el derogado Decreto 3130 de 1968 –contentivo del anterior estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional-, se refería expresamente a los fondos con personería jurídica y disponía que los fondos eran un sistema de manejo de cuentas de parte de los bienes o recursos de un organismo, para el cumplimiento de los objetivos contemplados en el acto de su creación y cuya administración se hacía en los términos señalados en el mismo; además, que cuando a dichas características se sumara la personería jurídica, las entidades existentes y las que se crearan conforme a la ley, eran establecimientos públicos.

competen<sup>104</sup>, consagrando la posibilidad de que a través del acto de creación y en sus estatutos, les sean atribuidas otras funciones adicionales a las contempladas en la norma<sup>105</sup>.

145. En consecuencia, es posible que en las normas expedidas para fijar las funciones del órgano colegiado de la entidad descentralizada, se limite a ciertos y determinados casos la autorización de contratación que éste debe otorgar al representante legal de la entidad, como cuando la misma se establece sólo en función de las características del negocio jurídico a celebrar, por ejemplo si el objeto es de una especial naturaleza, que reviste complejidad, etc., o cuando el monto del futuro contrato, por ser alto, amerite tal autorización de la junta o consejo directivo, como un medio de control de la ejecución presupuestal de la entidad, lo que significaría, en tal caso, que los demás contratos que no correspondan a estos eventos, podrán ser celebrados por el representante legal sin contar con dicha previa autorización de la junta o consejo directivo. Pero, se reitera, la forma y extensión de esas autorizaciones, deberán ser establecidas por el ordenamiento jurídico que rige a la entidad.

146. El Fondo Adaptación es una entidad descentralizada que se sujeta a las reglas señaladas en el acto de su creación, según lo dispuesto por el artículo 68

---

<sup>104</sup> La Ley 489 de 1998, contentiva de las normas que rigen la estructura y organización de la administración pública, establece en su artículo 72 que la dirección y administración de los establecimientos públicos estará a cargo de un Consejo Directivo y de un director, gerente o presidente; el artículo 88, dispone que la dirección y administración de las empresas industriales y comerciales del Estado, estará a cargo de una junta directiva y de un gerente o presidente; los artículos 76 y 90, establecen las funciones de los consejos directivos de los primeros y de las juntas directivas de las segundas, estableciendo que además de las allí relacionadas, lo serán las que les señalen la ley, el acto de creación – para los establecimientos- y los estatutos internos.

<sup>105</sup> Precisamente en relación con los establecimientos públicos, naturaleza a la que se asimila el Fondo Adaptación, el referido artículo 76 de la Ley 489 de 1989 atribuye a sus consejos directivos las funciones de a) formular a propuesta del representante legal, la política general del organismo, los planes y programas que, conforme a la Ley Orgánica de Planeación y a la Ley Orgánica del Presupuesto deben proponerse para su incorporación a los planes sectoriales y a través de éstos, al Plan Nacional de Desarrollo; b) formular a propuesta del representante legal, la política de mejoramiento continuo de la entidad, así como los programas orientados a garantizar el desarrollo administrativo; c) conocer de las evaluaciones semestrales de ejecución presentadas por la administración de la entidad; d) proponer al Gobierno Nacional las modificaciones de la estructura orgánica que consideren pertinentes y adoptar los estatutos internos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca de conformidad con lo dispuesto en sus actos de creación o reestructuración; e) aprobar el proyecto de presupuesto anual del respectivo organismo; f) las demás que les señalen la ley, el acto de creación y los estatutos internos.

de la Ley 489 de 1998<sup>106</sup>. En el Decreto 4819 de 2010, como ya se dijo, el artículo 3º le atribuyó al consejo directivo la función de autorizar al Fondo para la contratación de los estudios, diseños, obras y en general, las demás actividades requeridas para el desarrollo de los planes y proyectos, sin establecer limitación alguna a la referida autorización, es decir, sin sujetarla a condicionamientos de ninguna índole, como lo sería el objeto del contrato o la cuantía del mismo.

147. En cambio, la norma que se examina, de una manera vaga e imprecisa, está consagrando la “posibilidad” de que el consejo directivo de la entidad autorice, de manera general, la celebración de contratos al representante legal, en atención a la cuantía o al objeto del contrato, es decir que está rebasando la función reglamentaria al ir más allá de lo que su ejercicio implica, toda vez que le está imponiendo al órgano colegiado de administración de la entidad limitaciones a su función de autorización de los contratos que ésta celebre, mediante una restricción que no contiene la norma que se dice reglamentar, pues mientras ésta establece que el consejo directivo del Fondo debe autorizar la contratación con personas públicas o privadas para la realización o ejecución de estudios, diseños, obras y en general, las demás actividades requeridas para el desarrollo de los planes y proyectos sin limitaciones de ninguna índole, la norma reglamentaria en estudio dispone que habría algunos contratos respecto de los cuales no sería necesaria la autorización expresa del órgano colegiado.

148. Al respecto, es necesario recordar que la función reglamentaria es aquella que ejerce el presidente de la República a través de decretos con los cuales busca la cumplida ejecución de las leyes, estableciendo mecanismos y disposiciones que las hagan operativas y ejecutables, dentro de los precisos límites que ellas

---

<sup>106</sup> “Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas. // Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente Ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos (...)”.

mismas imponen. Se trata de “(...) una facultad de principio, que consiste en proferir las disposiciones que acerquen la norma legal a la realidad y que permitan su aplicación en los términos queridos por el legislador; ello es necesario, en la medida en que éste profiere disposiciones de una gran generalidad y se abstiene de entrar en detalles, tales como la implementación de los mecanismos necesarios para hacer efectiva la voluntad plasmada en la disposición legal; por ello, esta tarea debe cumplirla el Gobierno Nacional, mediante la expedición de los decretos reglamentarios que se requieran, para darle cumplida aplicación a la ley. (...) mediante los reglamentos, lo que hace el Gobierno Nacional es crear los mecanismos que permitan la aplicación de la ley de manera concreta; establecer los procedimientos necesarios para hacer posible que se cumplan los efectos determinados en la norma reglamentada para las hipótesis que ella contempla.”<sup>107</sup>.

149. La reglamentación corresponde a una complementación de la norma reglamentada con el objeto de lograr su cumplida ejecución, pero no se trata de una *creación originaria* como ésta<sup>108</sup>, razón por la cual esa función debe cumplirse pero “sin rebasar el límite inmediato fijado por la propia ley”.<sup>109</sup>

150. En consecuencia, la Sala declarará la nulidad del referido artículo 9º del Decreto 2962 de 2011, por haber excedido los límites de la norma objeto de reglamentación.

## **Artículo 10**

151. El artículo 10º consagra que el decreto sometido a estudio rige a partir de su fecha de publicación, es decir el 18 de agosto de 2011, a lo cual habrá que agregar que su vigencia será hasta el 31 de diciembre de 2014, de conformidad a lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-251 de 2011 ya explicada.

152. En suma uno de los postulados de los estados de excepción es que se dicten decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos (artículo 215 C.P.), pero además en el caso

---

<sup>107</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de marzo de 2008, expediente 20409, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>108</sup> Ibáñez Najar, Jorge Enrique, “*Estudios de Derecho Administrativo*”, Universidad Sergio Arboleda, 1ª ed., 2005; pg. 255.

<sup>109</sup> Sentencia C-302 del 5 de mayo de 1999.

de una calamidad ambiental, es su aspiración a que tales situaciones no se repitan. Por lo cual, es perfectamente viable afirmar que las dificultades ecológicas deben ser afrontadas con medidas de contenido ecológico o ambiental, sin perjuicio de aquellas económicas o sociales que le determinan.

153. En conclusión, se declarará la nulidad de las siguientes disposiciones del Decreto 2962 de 2011, sometido al estudio de esta Corporación:

1) La expresión *“y/o reglamentaria excepcional y debidamente motivada”* del artículo 1º, principio de publicidad.

2) El artículo 3.

3) La expresión *“y sólo se podrán utilizar los procedimientos de selección directa o convocatoria cerrada en los casos autorizados por el Consejo Directivo, previa justificación del Gerente”*, contenida en el artículo 4º.

4) El artículo 9.

151. Se declarará la legalidad condicionada de las siguientes disposiciones:

1) Del artículo 1º, siempre que se entienda que el requisito de que el contrato debe constar por escrito no agota la aplicación de las demás formalidades que se requieran de conformidad a las normas civiles y comerciales.

2) La expresión *“los estudios previos se pueden ajustar con posterioridad a la apertura del procedimiento de selección”*, contenida en el artículo 6º del Decreto 2962 de 2011, en cuanto se entienda que sólo pueden modificarse máximo hasta la fecha de cierre del procedimiento de selección.

3) El numeral 4 del artículo 8, siempre que se entienda que la posibilidad de rechazo de las ofertas y de declarar desiertos los procedimientos de selección, está reducida al incumplimiento de requisitos indispensables para la evaluación y calificación de las ofertas, en el primer caso y a la imposibilidad de efectuar una selección objetiva, en el segundo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR AJUSTADOS A LA LEY** los artículos 2, 5, 7 y 10 del Decreto Reglamentario 2962 de 2011.

**SEGUNDO: DECLARAR LA LEGALIDAD** del artículo 1º, salvo la expresión “*y/o reglamentaria excepcional y debidamente motivada*” contenida en el **principio de publicidad**, que **SE DECLARA NULA**. La legalidad del **principio de solemnidad del contrato** se condiciona en el sentido de que la solemnidad escrita no agota la aplicación de las demás formalidades que se requieran de conformidad con las normas civiles y comerciales, como aquellas que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles.

**TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD** del artículo 3º.

**CUARTO: DECLARAR LA LEGALIDAD** del artículo 4º por el tiempo que estuvo vigente, salvo la expresión “*y sólo se podrán utilizar los procedimientos de selección directa o convocatoria cerrada en los casos autorizados por el Consejo Directivo, previa justificación del Gerente*” que se **DECLARA NULA**.

**QUINTO: DECLARAR LA LEGALIDAD** del artículo 6º; no obstante, la frase “*Los estudios previos se pueden ajustar con posterioridad a la apertura del procedimiento de selección*”, deberá entenderse en el sentido de que sólo pueden modificarse, máximo, hasta la fecha de cierre del procedimiento de selección.

**SEXTO: DECLARAR LA LEGALIDAD** del artículo 8º; la legalidad del numeral 4º de esta norma, se condiciona a que se entienda que la posibilidad de rechazo de las ofertas y de declarar desiertos los procedimientos de selección, está reducida al incumplimiento de requisitos indispensables para la evaluación y calificación de las ofertas, en el primer caso y a la imposibilidad de efectuar una selección objetiva, en el segundo.

**SÉPTIMO: DECLARAR LA NULIDAD** del artículo 9º, mientras estuvo vigente.

154. **OCTAVO: EXHORTAR** al Gobierno Nacional para que implemente las necesarias medidas orientadas a fortalecer los organismos que conforman el Sistema Nacional de Atención de Desastres en cuanto a sus políticas, acciones, estructura, planta de personal, funciones, presupuesto y normas que le rigen, de tal modo que pueda atender con eficacia las futuras emergencias que se lleguen a presentar con la institucionalidad creada y diseñada para ello, dentro del marco jurídico de la normalidad.

Cópiese, publíquese, comuníquese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y archívese.

**MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO**  
Presidente

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**GERARDO ARENAS MONSALVE**

**HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS**

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ.**

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA**

**SUSANA BUITRAGO VALENCIA**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**

**ENRIQUE GIL BOTERO**

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN**

**CARMEN TERESA ORTÍZ DE RODRÍGUEZ**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ**

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**



**GUILLERMO VARGAS AYALA**

**ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

**ALBERTO YEPES BARREIRO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**