

Bogotá, marzo 27 de 2018

Doctora

Yolanda Villabona

Directora de Contratación

Secretaría de Gobierno Distrital

Ref: Concepto sobre viabilidad de licitación pública para celebrar contrato de arrendamiento

Respetada doctora Yolanda,

En atención a su solicitud rindo concepto sobre el asunto de la referencia, en los siguientes términos:

I.- Consulta

Se indaga sobre la viabilidad de acudir a un proceso competitivo (licitación pública o selección abreviada) como proceso de selección para contratar el arrendamiento de una sede para la Alcaldía de Usaquén, por parte del Fondo de Desarrollo de dicha localidad.

El objeto de la consulta radica en que, en la actualidad, y debido a las elecciones presidenciales del próximo 27 de mayo, se encuentra en vigencia la prohibición

de contratación directa contenida en el artículo 33 de la ley 996 de 2005¹ – ley de garantías electorales, razón por la cual no es posible celebrar un contrato de arrendamiento a través de esta modalidad, que es la establecida por la Ley², para esta clase de contratos.

En consecuencia, se requiere determinar si, dada esta prohibición, es posible celebrar un contrato de arrendamiento haciendo uso de las modalidades de licitación pública o selección abreviada, como procedimiento general para la selección de contratistas del Estado.

II.- Concepto:

En nuestro concepto no es posible acudir a un proceso competitivo (licitación o selección abreviada) cuando la ley establece que determinado tipo de contrato debe celebrarse a través de contratación directa, por los siguientes motivos:

1.- El numeral 1 del artículo 24 de la ley 80 de 1993 establecía que “la escogencia del contratista se efectuará “siempre a través de licitación o concurso público, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente”; e identificaba, a renglón seguido, los eventos en los cuales podría celebrarse el contrato prescindiendo de la licitación, listado dentro del cual estaba el contrato de arrendamiento.

¹ El artículo 33 de la ley 996 de 2005 dispone:

“ARTÍCULO 33. RESTRICCIONES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.”

La lectura de esa disposición – especialmente cuando señala que se *podrá* contratar directamente - haría pensar que las entidades tenían la *facultad* de acudir a la contratación directa o a la licitación pública, como regla general.

No obstante lo anterior, de la revisión de los antecedentes de la Ley 80 de 1993, resulta claro que ésta contempló las excepciones al procedimiento reglado de selección objetiva en función de la *naturaleza* o el *objeto* del contrato, identificando los casos en los cuales resultaba innecesario, inapropiado o inconveniente acudir al proceso de selección.

"1. Excepciones a los procedimientos reglados de selección objetiva

El proyecto mantiene como regla general la utilización de procedimientos reglados de selección objetiva del contratista, fijando, por vía de excepción, los eventos en que puede prescindirse de ellos, lo que afirma la ordenación que sobre la materia ha mantenido nuestra legislación desde el Código Fiscal de 1873 en cuanto que su justificación estriba, esencialmente, en los conceptos de seguridad, corrección y moralidad administrativas, así como en el principio de igualdad de oportunidades para que cualquier persona que esté en posibilidad de contratar con la administración tenga acceso a ella.

En este sentido, el artículo 24 del proyecto, contempla **de una manera expresa los casos o eventos excepcionales en los que no se exige cumplir procedimiento alguno de selección, manteniendo así el esquema del anterior estatuto y buscando incluir los diferentes eventos en los que por razón del objeto o naturaleza del contrato de que se trate o de otras circunstancias claramente justificables, la utilización del procedimiento reglado de selección resulte inconveniente, inapropiado o, incluso, innecesario, sin que ello impida, claro está, el ejercicio del control de la contratación directa por parte de las autoridades competentes...**"

Así las cosas, desde la misma ley 80 de 1993, aunque es claro que la modalidad que por excelencia se utiliza es la licitación, dicha modalidad no es un mecanismo residual de selección al cual puedan acudir las entidades estatales en los eventos en los cuales, pese a estar previsto un modo de selección distinto, este no pueda emplearse. Esto es, que como mecanismo residual, pueda la entidad prescindir

3.- La determinación del legislador de acudir a la contratación directa, no obedece solo a motivos de celeridad en la contratación, sino que responde fundamentalmente - a que dada la naturaleza y el objeto del contrato, es necesario acudir a otro mecanismo porque la licitación o el mecanismo competitivo no resultan adecuados.

4.- Ahora bien, la Ley 1150 de 2007 derogó el numeral 1 del artículo 24 de la ley 80 de 1993 ya citado, para señalar, en el artículo 2, que "la escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa", y en relación con la contratación directa dispuso en el numeral 4:

- "4. Contratación directa.** La modalidad de selección de contratación directa solamente procederá en los siguientes casos: (...)
- a) Urgencia manifiesta;
 - b) Contratación de empréstitos;
 - c) Contratos interadministrativos (...)
 - d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición;
 - e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;
 - f) Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público;
 - g) Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado;
 - h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;
 - i) **El arrendamiento o adquisición de inmuebles.**
- Parágrafo 1º.** La entidad deberá justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar."

Hacemos referencia a la modificación realizada por la Ley 1150 de 2007 con el objeto de evidenciar que la norma actualmente vigente tampoco contempla la

públicas podrían acudir a la contratación directa en los casos que señalaba la norma y lo resaltamos porque, con esa versión inicial de la norma, podría argumentarse que ante la imposibilidad de acudir a la contratación directa las entidades tenían la posibilidad de acudir a la licitación pública. La redacción del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 elimina esa posibilidad interpretativa en la medida en que lo que ella establece son 4 modalidades de selección a las que debe acudirse según la clase de contrato de la que se trate.

En la exposición de motivos de la ley 1150 de 2007, sobre este particular se señaló:

"Central al reto asumido por el proyecto de ley es el cambio formidable en el concepto de los procesos de selección. El proyecto busca superar el paradigma hoy vigente en nuestra Ley 80 de 1993, con arreglo al cual la línea divisoria entre un proceso de selección complejo y otro más sencillo debe ser principalmente la cuantía del contrato a realizar. Así, entre nosotros, por el sólo hecho de que el proyectado contrato supere una determinada cuantía (arbitrariamente establecida en función del presupuesto de la entidad), se contrata con el mismo procedimiento una gran obra de infraestructura, se adquiere una silla, o se "compra la materia gris de un consultor". Esta característica de nuestro sistema de regulación nos ha condenado a sufrir largos y costosos procesos de selección que impactan el valor final de los bienes y servicios que se adquieren para el Estado. En ese sentido a nadie debe extrañar que la administración pública pague más, por ejemplo, por un lápiz, que lo que sufragaría un comprador en el sector privado.

A ese respecto es claro que las experiencias exitosas a nivel internacional demuestran que el criterio de distinción que debe gobernar un esquema contractual eficiente es el de modular las modalidades de selección en razón a las características del objeto. En ese sentido, el proyecto introduce muy significativas modificaciones, las que podrían resumirse de la siguiente manera (...)³

De la norma anterior también resulta importante destacar la obligación a cargo de la entidad estatal de *justificar* la modalidad de selección que se escoge; y no existe ninguna razón que pueda sustentar que un contrato de arrendamiento que de acuerdo con la ley debe celebrarse mediante contratación directa, se celebre

mediante un proceso de selección. No sobra señalar que, de ninguna manera, puede ser una causal justificativa la necesidad de realizar el contrato en un período en el que la celebración de contratos de manera directa está prohibida.

El mecanismo de la contratación directa supone que en estos casos la entidad debe definir exactamente la necesidad y buscar de manera expedita cuáles son los inmuebles que sea adaptan a ella, solicitar ofertas y proceder a realizar la contratación. No supone la elaboración de un pliego de condiciones público como manera de celebrarlo.

5.- Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que las normas sobre los procedimientos de selección de contratistas del Estado son de orden público y por tanto no pueden ser de libre disposición por las partes. Bajo este argumento ha declarado la nulidad de múltiples contratos en los que se ha acudido a la contratación directa para celebrar contratos que – dada su verdadera naturaleza- debían ser celebrados mediante licitación pública.

En este sentido se ha señalado:

“Por lo anterior, la jurisprudencia de la Sala ha precisado que la pretermisión del procedimiento de licitación, cuando no existe norma expresa que la autorice, conduce a la invalidez del contrato celebrado, por ser un acto jurídico que surge con **desconocimiento de normas de orden público de obligatorio cumplimiento**⁴.

La celebración del contrato 00214 del 26 de diciembre de 1997 debió ser el resultado de una licitación pública, pues no existe disposición especial que exceptúe este tipo de concesión de la regla general prevista por el numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993⁵, vigente para la fecha de celebración del referido negocio.

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 31 de enero de 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024, 2025.

Así, pues, se desconoció la norma imperativa contenida en el numeral 8 ibídem y, de contera, se vulneraron los principios de transparencia, igualdad, publicidad, libre concurrencia, planeación y el deber de selección objetiva previsto por la misma ley; en consecuencia, el contrato surgió con desconocimiento de las **normas imperativas de orden público que condicionan la formación del contrato**, configurándose así la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito prevista por el artículo 1741 ibídem, la cual se integra al artículo 44 de la Ley 80 de 1993, por expreso mandato del inciso primero de esta misma norma.”⁶

En la misma dirección, pero haciendo referencia a cualquier proceso de selección y no exclusivamente a la licitación pública, la Sala del Consejo de Estado ha precisado:

“Evidentemente, la omisión o la elusión del procedimiento previsto por la ley para la escogencia del contratista atenta contra el orden público jurídico, pues las normas que informan y estructuran los procesos de selección son de carácter imperativo y, por lo mismo, de cumplimiento incondicional e irrestricto, tal como lo dispone el artículo 16 del Código Civil, en la medida en que están previstas para proteger el interés implícito en la contratación estatal, que no es otro que el interés de la colectividad y la realización de los fines del Estado, tal como lo contempla el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, a lo cual se agrega que el numeral 8 del artículo 24 de la misma ley dispone que *“Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”* (se resalta).

Al respecto, la jurisprudencia de la Sala⁷ ha precisado que la pretermisión del procedimiento de selección que resulte pertinente, cuando no existe norma expresa que la autorice, conduce a la nulidad absoluta del contrato, por estar viciado de objeto ilícito, según las voces del artículo 1519 del Código Civil, en la medida en que el acto jurídico surge contraviniendo normas imperativas y de orden público. Esta causal de nulidad absoluta se halla prevista en el artículo 1741 del Código Civil, la cual se encuentra integrada al artículo 44 de la Ley 80 de 1993, por expreso mandato del inciso primero de esta misma norma.”⁸ (se resalta)

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de septiembre de 2013. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 16 de septiembre de 2013, exp. 19.705.

Y la Sala de Consulta y Servicio Civil, también se ha referido a la necesidad de respetar los procedimientos de selección como garantía del principio de legalidad:

“Por tanto, la administración para seleccionar la oferta más favorable para sus intereses, contrario a lo que ocurre en el derecho común en el que prima la autonomía de la voluntad y la libertad de formas, está sujeta a los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos, lo que significa que en el derecho público la preparación, adjudicación y perfeccionamiento de los contratos del Estado es una actividad eminentemente reglada, de manera que las partes están en la obligación de cumplir con el procedimiento fijado por el orden jurídico, bajo la estricta observancia de los principios que garantizan el derecho a la igualdad y libre concurrencia de los oferentes y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con esta actividad.

Las actuaciones administrativas contractuales están sujetas al principio de legalidad previsto en los artículos 6° y 121 Constitución Política como postulado esencial del Estado Social de Derecho y de toda manifestación del poder público, conforme al cual, **es legítima la actuación de las autoridades en cuanto se desarrolle dentro del preciso ámbito funcional definido por el legislador, proscribiendo las actuaciones de los servidores públicos que impliquen omisión o extralimitación en el ejercicio de las mismas; a la observancia del debido proceso, y a los principios de la función administrativa, desarrollados legalmente por el mismo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública⁹.**

6.- Ahora bien, la previsión legal acerca de que el contrato de arrendamiento se celebre directamente obedece a que, en estos casos, así existan varias opciones en el mercado, la selección del inmueble no se puede hacer a través de la comparación objetiva de factores técnicos o económicos.

Si existen varios inmuebles de diferentes características y funcionalidades, la selección implica realizar una valoración que impide aplicar los principios de selección objetiva, tal como están establecidos para la licitación pública.

El decreto único de contratación (Decreto 1082 de 2015), establece unos criterios que deben seguirse para la *contratación directa* de contratos de arrendamiento, que son: i) verificar las condiciones del mercado; ii) analizar y comparar las condiciones de los bienes que satisfacen las necesidades y las opciones de arrendamiento¹⁰.

El cumplimiento de estas reglas no puede hacerse mediante la licitación pública o la selección abreviada, en donde es necesario realizar una *ponderación precisa y detallada de los factores técnicos y económicos de escogencia del contratista*¹¹.

¹⁰ El artículo 2.2.1.2.1.4.11, del decreto único de contratación establece: "**Arrendamiento de bienes inmuebles.** Las Entidades Estatales pueden alquilar o arrendar inmuebles mediante contratación directa para lo cual deben seguir las siguientes reglas:

1. Verificar las condiciones del mercado inmobiliario en la ciudad en la que la Entidad Estatal requiere el inmueble.
2. Analizar y comparar las condiciones de los bienes inmuebles que satisfacen las necesidades identificadas y las opciones de arrendamiento, análisis que deberá tener en cuenta los principios y objetivos del sistema de compra y contratación pública. (Decreto 1510 de 2013, artículo 83)"

¹¹ El artículo 88 de la ley 1474 de 2011,

Artículo 88. Factores de selección y procedimientos diferenciales para la adquisición de los bienes y servicios a contratar. Modifíquese el numeral 2 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 en el siguiente sentido:

"2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

- a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o
- b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para

De qué manera puede establecerse una regla objetiva de comparación que le permita a una entidad preferir unas oficinas frente a otras, cuando todas cumplen los requisitos técnicos mínimos establecidos en cuanto a área, lugares de trabajo y demás. Esta decisión implica la realización de una valoración subjetiva, que lleva a la entidad a preferir un inmueble frente a otro.

Adicionalmente, la exigencia de requisitos habilitantes de experiencia y capacidad financiera resultan innecesarios en esta clase de procesos en los que quien debe en realidad verificar que existe capacidad de pago es el arrendador – propietario del inmueble y no la entidad estatal que lo tomará.

7.- Así las cosas, los principios de la selección objetiva sobre los cuales están estructurados los procesos de licitación y selección abreviada no son compatibles con el procedimiento que debe adelantar la entidad para celebrar un contrato de arrendamiento en calidad de arrendataria. La entidad debe aplicar unos criterios de análisis del mercado y valoración de la mejor opción, según las necesidades de la entidad que no son propios de la licitación pública.

8.- Ahora bien, el artículo 33 de la ley 996 de 2006 prohíbe, “durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta”, la contratación directa por parte de todos los entes del Estado y el celebrar contratos para los que está dispuesto el mecanismo de contratación directa mediante un proceso competitivo, podría entenderse como un mecanismo para burlar dicha prohibición.

9.- Como ya se señaló y parece entenderlo de manera pacífica la jurisprudencia, los procedimientos de selección de contratistas están contenidos en normas de



entidades y que deben respetar, so pena de nulidad de los contratos que celebren con su desconocimiento.

10.- Por lo anterior, en nuestro concepto no es posible celebrar el mencionado contrato de arrendamiento bajo el procedimiento de licitación o selección abreviada.

Atentamente,

Martín Bermúdez Muñoz