



Sentencia 00043 de 2010 Consejo de Estado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 110010326000200900043 00 (36.805)

Actor: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Demandado: NACIÓN- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS

Asunto: Acción pública de nulidad

Decide la Sala el recurso de reposición presentado el 17 de noviembre de 2009, por la Nación - Ministerio del Interior y de Justicia, en contra del [auto](#) proferido por esta Sección el 21 de octubre de 2009, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos de los parágrafos 2 y 3 del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008 y del artículo 2 del Decreto 127 de 2009. La decisión recurrida será confirmada.

I. ANTECEDENTES

1. La decisión recurrida

Mediante auto de 21 de octubre de 2009, la Sala admitió la demanda interpuesta por el ciudadano Martín Bermúdez Muñoz, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 de la C.C.A., contra la Presidencia de la República, el Ministerio del Interior y de Justicia, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Transporte y el Departamento Nacional de Planeación, para que se declare la nulidad de: i) los artículos 5 (parcial), 6 parágrafo, 8 parágrafo 5, 9 (parcial), 46, 47, 52, 53 (parcial: excepto el parágrafo 1º), 77 numeral 3 (parcial) y parágrafo 2º, 79 (parcial) y 89 (parcial) del Decreto 2474 de 2008 "*por el cual se reglamentan parcialmente la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones*"; y iii) los artículos 1 y 2 del Decreto 127 de 2009 "*por el cual se adiciona el artículo 53 del Decreto 2474 de 2008*".

En la parte resolutive de la misma providencia, en sus numerales séptimo y décimo cuarto, se decretó la suspensión provisional de los efectos de los parágrafos 2º y 3º del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008, y del artículo 2 del Decreto 127 de 2009.

En síntesis, la Sala concluyó la evidente ilegalidad de las normas suspendidas, por abierta oposición a lo previsto en el artículo 2, numerales 2, letra i), y 4 letra d), de la Ley 1150 de 2007, así como en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política.

2. La impugnación

Solicitó el Ministerio del Interior y de Justicia reponer la providencia anterior, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos de los parágrafos 2 y 3 del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008 y del artículo 2 del Decreto 127 de 2009, toda vez que considera que la decisión adoptada no es el resultado de una comparación sencilla de la cual se desprenda una manifiesta violación de la norma superior, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, y lo previsto en la jurisprudencia de esa Corporación, según la cual dicha vulneración evidente debe saltar a la vista, sin necesidad de efectuar elucubraciones o profundos razonamientos sobre la materia, pues, lo contrario conlleva una inadecuada aplicación de la medida.

Indicó que no es procedente la medida cautelar sobre las citadas normas del reglamento, porque se requiere un estudio sistemático de las mismas con las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; y en el marco de esta consideración general, formuló una serie de cargos contra la decisión, los cuales se expondrán en la parte considerativa de la presente providencia en forma conjunta a su análisis.

3. Intervención del demandante

En escrito presentado ante la Secretaría de esta Sección, el ciudadano Martín Bermúdez Muñoz, como parte demandante, pidió confirmar la providencia en la que se ordenó la suspensión provisional de las normas reglamentarias citadas, por las razones que se sintetizarán en la parte considerativa a continuación de los cargos formulados por el recurrente.

II. PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1. La competencia

La Sala es competente para conocer del recurso interpuesto, toda vez que de conformidad con el inciso segundo del artículo 154 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el numeral 2 del artículo 181 *ibídem*, "[c]ontra el auto que resuelve la solicitud de suspensión provisional, procede el recurso de reposición."

2. Análisis de los cargos contra la decisión.

Para el efecto, la Sala expondrá, en primer término, los cargos formulados por el recurrente contra la decisión; en segundo término, sintetizará la oposición del actor, y en tercer término, realizará las consideraciones que correspondan.

2.1. La suspensión provisional del parágrafo 2 del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008.

2.1.1. Cargos del recurrente

Sobre la suspensión provisional del parágrafo 2 del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008, afirmó que debieron tenerse en cuenta los mismos argumentos por los cuales la Sala negó esta misma solicitud respecto del contenido restante del artículo 53 *ibídem*, en el cual se determinan las entidades y se enumeran los bienes, servicios y contratos que se enmarcan dentro de la causal de selección abreviada (bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional), para cuya procedencia se determinó que se requiere establecer, como punto central, la noción de "*defensa y seguridad nacional*", concepto jurídico indeterminado que no obedece a una definición del orden jurídico positivo que se pueda tomar para realizar una confrontación directa del mismo con disposiciones legales.

2.1.2. La oposición del actor

Enfatizó que el numeral 4, letra d) de la Ley 1150 de 2007, sólo se refirió a la procedencia de la contratación directa para los bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición, siendo claro que la enumeración realizada por la disposición reglamentaria (parágrafo del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008) extiende esa posibilidad a otras entidades (Presidencia de la República, Fiscalía General de la Nación, INPEC, Registraduría Nacional del Estado Civil, Consejo Superior de la Judicatura), con lo cual se viola flagrantemente la ley.

2.1.3. Análisis de la Sala

Para la Sala el anterior cargo no puede prosperar, toda vez que, contrario a lo sostenido por el recurrente, para la procedencia de la medida cautelar por ilegalidad manifiesta de la disposición reglamentaria no resulta necesario establecer el alcance del concepto de "seguridad y defensa nacional". En efecto, cabe anotar que el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, señaló:

"... 4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: (...)

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." (Subraya ajena al texto original).

Por su parte, en el artículo 53 del Decreto 2474 de 2008, entre otros aspectos se dispuso:

"Artículo 53. Bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional.

Para los efectos previstos en el literal i) del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, son bienes y servicios que se requieren para la defensa y seguridad nacional, los adquiridos para ese propósito por la Presidencia de la República, las entidades del sector defensa, el DAS, la Fiscalía General de la Nación, el INPEC, el Ministerio del Interior y de Justicia, la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Superior de la Judicatura, en las siguientes categorías: (...)

Parágrafo 2º. La adquisición de los bienes y servicios relacionados en este artículo se podrá llevar a cabo directamente por parte de cualquiera de las entidades a las que hace referencia el presente artículo cuando por razones de seguridad nacional esta debe ser reservada, lo que deberá estar debidamente justificado por la entidad.

Parágrafo 3º. El procedimiento señalado en el presente artículo podrá ser aplicado por entidades públicas distintas a las señaladas en el inciso 1º del presente artículo, cuando requieran adquirir los bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional arriba descritos y los señalados en el artículo 79 del presente decreto, previo concepto favorable de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, con base en la solicitud motivada presentada previamente por la entidad interesada.

Parágrafo 4º. El Instituto Nacional de Vías podrá contratar bajo esta modalidad la adquisición de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional que se requieran para el desarrollo del Programa de Seguridad en Carreteras, siempre y cuando esta adquisición se efectúe con los recursos que administra con destinación específica para el sector defensa." (El parágrafo 2º. subrayado corresponde al precepto demandado que

fue suspendido provisionalmente, y el resaltado en negrilla en los otros apartes de la misma es de la Sala).

Como fácilmente se observa, mientras la norma legal sólo autoriza a las entidades que integran el Sector Defensa¹ y al Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, para acudir a la contratación directa para la adquisición de los bienes y servicios cuando por razones de seguridad nacional ésta debe ser reservada, la norma reglamentaria permite esta posibilidad de contratar directamente a otras entidades como la Presidencia de la República, la Fiscalía General de la Nación, el INPEC, el Ministerio del Interior y de Justicia, la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Superior de la Judicatura, el INVIAS, e incluso aquellas que cuenten con concepto favorable de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

En otras palabras, sin necesidad de hacer un profundo juicio para desentrañar la noción de defensa y seguridad nacional, la transgresión flagrante al numeral 4, letra d), del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y el exceso del Gobierno Nacional en el ejercicio de la potestad reglamentaria, estriba en que ella permitió únicamente a unas entidades (Sector Defensa y Das) aplicar la causal de contratación directa dado el carácter reservado de la adquisición, al paso que la disposición reglamentada extendió y adicionó dicha hipótesis de contratación directa a otras entidades que no fueron señaladas o habilitadas por la ley.

Así las cosas, al confrontar nuevamente la disposición legal con la norma reglamentaria, percató la Sala con meridiana claridad que ésta desborda el contenido jurídico de la primera y, por ende, es evidente la infracción palmaria del precepto superior exigida en el artículo 152 del C.C.A., conclusión que no permite levantar la medida de suspensión provisional decretada.

2.2. La suspensión provisional del párrafo 3 del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008.

2.2.1. Cargos del recurrente

Esgrimió la impugnante que no aparece claramente el exceso en la potestad reglamentaria que aduce la Sala en la providencia atacada, puesto que la exigencia de concepto previo de la Secretaría Jurídica, con el fin de que entidades no señaladas en la norma puedan adquirir mediante la modalidad de selección abreviada bienes y servicios para la seguridad y defensa nacional, es parte de la reglamentación que debe y está facultado para expedir el Gobierno Nacional en virtud de esa atribución constitucional, según así se señala en el artículo 2, numeral 2, de la Ley 1150 de 2007, respecto de esta modalidad de contratación.

Además, resaltó que caben los mismos argumentos de defensa esgrimidos respecto del párrafo anterior, teniendo en cuenta que la norma cuestionada hace referencia a entidades diferentes a las del Sector Defensa y el DAS, que requieran adquirir bienes para la defensa y seguridad nacional y, por ende, está intrínsecamente relacionada con esta noción que necesita un análisis de fondo.

2.2.2. La oposición del actor

Insistió en que el Gobierno Nacional en el párrafo tercero del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008, consagró una competencia no prevista en la ley a favor de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, de autorizar la contratación abreviada y directa a entidades que soliciten concepto previo a dicha instancia; además, reiteró que en ella se estableció un trámite por fuera de la ley, todo lo cual implica ampliar las competencias de las entidades públicas, con el fin de eximir las de realizar la licitación pública en determinados contratos.

2.2.3. Análisis de la Sala

El párrafo 3º del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008, contempló que el procedimiento señalado en dicho artículo, podrá ser aplicado por entidades públicas distintas a las mencionadas en el mismo, en el evento de que requieran adquirir bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional y los del artículo 79 *ibídem*, previo concepto favorable de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, con base en la solicitud motivada presentada por la entidad interesada.

Se suspendió provisionalmente la aludida disposición del reglamento, al considerar que el Gobierno Nacional rebasó su facultad reglamentaria, dado que estableció un requisito adicional y atribuyó una competencia que no fueron previstas en el artículo 2, numeral 2, letra i., de la Ley 1150 de 2007, para recurrir a ese procedimiento de contratación fijado en la norma. Así concluyó la Sala en la providencia atacada:

"... Se advierte que la ilegalidad de bulto de este párrafo consiste no en que otras entidades a las previstas en el encabezado de la norma puedan o no realizar procesos bajo esta causal de selección abreviada, situación que debe dilucidarse, como atrás se mencionó, en la sentencia, sino que se está atando y exigiendo una condición, trámite o requisito con carácter vinculante que no se encuentra señalado en la disposición legal y también asigna una competencia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República en el marco de los procesos de selección que no está consagrada en la misma..." (Subraya ajena al texto origina)

Por consiguiente, en este caso tampoco es obstáculo para la adopción de la suspensión provisional el conocimiento que se tenga acerca del concepto de defensa y seguridad nacional, en la medida en que las razones expuestas por la Sala en la providencia censurada no están estrechamente relacionadas con esa noción, razón por la cual dejó en claro que la manifiesta violación a ley, que determinaba la suspensión provisional, no consistía en que otras entidades puedan o no realizar procesos con fundamento en la causal de selección abreviada de adquisición de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional, lo cual sería materia de estudio en la sentencia.

Igualmente, no puede ser de recibo el argumento expresado por el impugnante, en el sentido de que no se excede la facultad reglamentaria, porque el artículo 2, numeral 2, de la Ley 1150 de 2007, señaló que los procesos de selección abreviada deben ser reglamentados por el Gobierno Nacional, por cuanto es claro que dicha labor está limitada por la ley.

A este respecto, debe reiterar la Sala que la notoria infracción a la ley que dio lugar a la adopción de la medida de suspensión provisional del parágrafo 2º del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008, surge a raíz del hecho de que en él se creó un trámite o requisito que no está contemplado para la procedencia de los mecanismos de selección, ni para la aplicación de las causales consagradas para ellos en la disposición o precepto superior invocado por el actor como vulnerado.

Así mismo, también deriva de la circunstancia de que en parte alguna la norma legal reglamentada confiere a una dependencia, en este caso a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, la facultad para permitir, mediante la expedición de un concepto previo favorable, a otras entidades del orden nacional, departamental o municipal diferentes a las enunciadas en el mismo artículo 53 del Decreto 2474 de 2008, que utilicen el procedimiento en él señalado con el fin de adquirir bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional, así como los bienes y servicios previstos en el artículo 79 *ibídem*.

O dicho de otro modo, asignar a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República la función de definir qué otras entidades públicas y en qué casos pueden contratar mediante el procedimiento a que hace referencia el reglamento bajo la causal de adquisición de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional, es una prerrogativa o atribución que no está otorgada por la ley a aquella en el marco de los procesos de selección contractual.

Por lo expuesto, se mantendrá la suspensión provisional de los efectos del parágrafo 3º del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008, en tanto se confirma que contradice *prima facie* la ley reglamentada.

2.3. La suspensión provisional del artículo 2 del Decreto 127 de 2009.

2.3.1. Cargos del recurrente

Sobre la suspensión provisional del artículo 2 del Decreto 127 de 2009, adujo que si bien esta norma posibilita la aplicación del procedimiento previsto en el Manual de Contratación del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, a los contratos de prestación de servicios para labores materiales y de apoyo referidos a la defensa y seguridad nacional que deba éste celebrar, lo cierto es que dicho manual solamente podría hacer referencia a trámites internos de contratación, a los funcionarios intervinientes y a la vigilancia y control de la ejecución contractual, pero el mismo no sustituye o reemplaza el procedimiento establecido en el reglamento expedido por el Gobierno Nacional para esos casos de selección abreviada.

Igualmente, estimó que se debieron aplicar los mismos argumentos expuestos para negar la suspensión provisional del contenido restante del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008, por requerir un análisis de fondo del concepto de defensa y seguridad nacional, que escapa de esta etapa procesal.

2.3.2. La oposición del actor

Puntualizó que la decisión de suspender el artículo 2 del Decreto 127 de 2009, se fundamentó en lo señalado en otras providencias, según las cuales, el Ejecutivo no puede delegar la facultad de reglamentar la contratación directa en las mismas entidades encargadas de aplicar esta excepción.

2.3.3. Análisis de la Sala

Se recuerda que el artículo 2 del Decreto 127 de 2009, suspendido provisionalmente, prescribió:

"Artículo 2º. Adiciónese el parágrafo 1º del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008, con un tercer inciso:

"Los servicios a que se refiere el numeral 19 del presente artículo se contratarán de conformidad con el procedimiento señalado en el manual de contratación del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República"². (Los textos subrayados corresponden a lo demandado).

Como se mencionó en la providencia materia de impugnación, es claro que la norma suspendida implica una delegación al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, para que determine en su manual de contratación el procedimiento que bajo la modalidad de selección abreviada debe aplicarse para obtener la oferta más favorable en los contratos de prestación de servicios para labores materiales y de apoyo referidos a la defensa y seguridad nacional, que pretenda celebrar la citada entidad pública.

De ahí que, no puede aceptarse la justificación expuesta por el recurrente de que dicho manual solamente podría hacer referencia a trámites internos de contratación, a los funcionarios intervinientes y a la vigilancia y control de la ejecución contractual, como tampoco que el concepto de defensa y seguridad nacional tuvo o tiene incidencia para el decreto de la medida.

En efecto, del tenor de la norma acusada, se desprende, sin duda alguna, que el Gobierno Nacional no reglamentó el procedimiento para la selección abreviada de los contratos en ella mencionados, sino que encargó su elaboración a la entidad pública contratante para que lo incluyera en su manual interno. No otro sentido tiene la expresión de que los servicios se contratarán de conformidad con el procedimiento señalado en el manual de contratación del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, lo cual hace relación a que la selección del contratista se concretará en esas normas de carácter interno.

En tal virtud, dado que el impugnante no aporta elementos de juicio a partir de los cuales se pueda variar el criterio expuesto en el auto recurrido y, por ende, la decisión tomada respecto de la suspensión del artículo 2 del Decreto 127 de 2009, reitera la Sala que en el reglamento se omitió el procedimiento de selección abreviada para estos contratos y se definió a la entidad pública contratante su elaboración a través de su

manual interno, desconociendo en forma manifiesta, como ya se ha sostenido en supuestos similares –auto de 1 de abril de 2009 Exp. 36.476-³, las normas superiores invocadas como violadas contenidas en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política y en el artículo 2 numeral 2 de la Ley 1150 de 2007, que imponen que es al Gobierno Nacional a quien le corresponde reglamentarlo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMASE el [auto](#) proferido por la Sala el 21 de octubre de 2009, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos de los parágrafos 2 y 3 del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008 y del artículo 2 del Decreto 127 de 2009, en los numerales séptimo y décimo cuarto de su parte resolutive.

SEGUNDO: RECONÓCESE personería a la doctora ÁNGELA MARÍA BAUTISTA PÉREZ, para representar en este proceso al Ministerio del Interior y de Justicia, en los términos del poder a ella conferido

CÓPIESE, NOTIFIQUESE y CÚMPLASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidente de la Sala
ENRIQUE GIL BOTERO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1 Según el Decreto 1512 de 2000 (modificado por los Decretos 1561 de 2002, 049 de 2003, 4222 de 2006, 3123 de 2007 y 4782 de 2008), el Sector Defensa se encuentra integrado por el Ministerio de Defensa Nacional y sus entidades adscritas y vinculadas (arts. 1 y 7).

2 Tales servicios son aquellos prestados por personas naturales que se requieran para atender labores predominantemente materiales o de apoyo a la gestión del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, de conformidad el Artículo 1º. del mismo Decreto 127 de 2009, que adicionó el artículo 53 del Decreto 2474 de 2008 con el numeral 19, y siempre que estén referidos exclusivamente a aquellos requeridos para la defensa y seguridad nacionales, únicos a los que hace referencia el numeral 2 letra i. del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 para ser contratados bajo la modalidad de selección abreviada, y no para otros objetos.

3 Mediante auto de 1 de abril de 2009, Rad. 2009-00024-00(36476), confirmado mediante providencia de 27 de mayo de 2009, la Sala suspendió provisionalmente las expresiones de los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008, "... haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del servicio a contratar...", por ser ostensiblemente violatorias del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política y del artículo 2 numeral 2 de la Ley 1150 de 2007, en el entendido de que el Gobierno Nacional se sustrajo de la labor de reglamentar el procedimiento para la selección abreviada por las causales c) y h) del propio numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y, en su lugar, entregó, transfirió y delegó su competencia reglamentaria a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a cargo de la celebración de estos contratos, con el fin de que lo adoptaran a través de sus manuales internos de contratación.

Fecha y hora de creación: 2024-11-21 20:03:58