



Sentencia 39093 de 2012 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN "B"

Consejera Ponente (E): DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 110010326000201000046 00 (39.093)

Actor: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Demandado: NACIÓN-PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS

Asunto: Acción pública de simple nulidad

La Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado procede a resolver en única instancia la demanda que MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ interpuso, en ejercicio de la acción pública de nulidad, en contra del Decreto [1039](#) de 30 de marzo de 2010, "por el cual se adiciona el artículo [79](#) del Decreto 2474 de 2008", expedido por el gobierno nacional.

SÍNTESIS DEL CASO

El gobierno nacional mediante el Decreto 1039 de 2010 incluyó los convenios de apoyo o colaboración para la defensa y seguridad nacional suscritos por el Ministerio de Defensa Nacional con personas jurídicas relacionadas con algunos sectores económicos estratégicos. Este precepto fue acusado en esta sede judicial por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

ANTECEDENTES

1. Lo que se pretende

1. El presente proceso se originó en la demanda presentada el 27 de julio de 2010, en contra de la Nación-Presidencia de la República y otros (Ministerios de Interior y de Justicia, Hacienda y Crédito Público, Defensa y Seguridad Nacional y Departamento Nacional de Planeación). En la demanda se solicitó la declaración de nulidad de Decreto 1039 de 30 de marzo de 2010, "por el cual se adiciona el artículo 79 del Decreto 2474 de 2008", expedido por el gobierno nacional.

1.1 Arguyó que el decreto demandado viola los numerales 1 y 2 y el inciso final del artículo 150, el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, al incluir unos convenios en la lista de contratos reservados del artículo 79 del Decreto 2474 de 2008. Alegó que los convenios de las entidades estatales están regulados por la Ley 489 de 1998, de modo la norma acusada adoptó disposiciones que no se refieren a los asuntos dispuestos en la ley reglamentada (Leyes 80 y 1150), esto es, está reglamentando una norma incluida en otra ley. El decreto demandado adiciona a la lista taxativa de contratos que puede celebrarse mediante contratación directa, prevista en el numeral 4, literal d) del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.

1.2 Afirmó que el gobierno nacional no está facultado para determinar qué tipo o categoría de contratos o de convenios deben considerarse como reservados, para que las entidades contratantes puedan celebrarlos acudiendo a la modalidad de contratación directa.

1.3 Explicó que el artículo 2 de la Ley 1150 sólo permite acudir a la modalidad de contratación directa en el sector de seguridad, para la adquisición de bienes y servicios que necesiten reserva, circunstancia que debe justificarse de manera previa según el párrafo primero de la citada norma legal. De modo que disponer que todos los convenios a que hace referencia el artículo 1 del decreto demandado deben considerarse como reservados, implica autorizar su celebración a través de la modalidad de contratación directa sin cumplir con la obligación de determinar y justificar, en cada caso, por qué el convenio por suscribirse tiene necesidad de reserva. Disponer que todos los convenios a los que hace referencia la disposición demandada deben considerarse como reservados, implica autorizar su celebración a través de la modalidad de contratación directa.

1.4 Aseguró que esta norma contraría abiertamente la Ley 1150 porque extiende la posibilidad de utilizar la contratación directa a convenios para los cuales dicha ley no autorizó esta modalidad de contratación, es decir, la extiende a un tipo de acuerdo no contemplado en la primera, en el entendido de que una cosa son los contratos de bienes y servicios del Sector Defensa que necesiten reserva para su adquisición -artículo 2 de la Ley 1150 de 2007- y otra cosa muy distinta son los convenios que las entidades de ese sector celebren para la defensa y/o seguridad nacional, o para la ejecución de programas de acción integral y erradicación de cultivos ilícitos, entre otros.

1.5 Aseveró igualmente que si el legislador no hizo la determinación puntual de cuáles eran los bienes y servicios en el sector defensa que necesitan reserva para su adquisición a los cuales se les aplica la causal de contratación directa, el gobierno nacional no contaba con la facultad de realizar esa determinación. Es al representante legal de la entidad que va a celebrar el contrato a quien le corresponde determinar si el mismo se encuentra dentro de determinada causal de contratación directa.

1.6 En definitiva, para el actor *“mientras la voluntad del legislador consistió en señalarle a las entidades del sector defensa que sólo podrían acudir a esta modalidad cuando necesitara reserva para contratar un bien o servicio determinados, el ejecutivo las exoneró de determinar si existe o no tal necesidad”*, en contra de lo dispuesto por el legislador, no hay ahora que preguntarse en cada convenio si es necesaria o no la reserva para la adquisición del bien o la contratación del servicio.

2. Trámite procesal

2. Por auto de 9 de diciembre de 2010 se admitió la demanda formulada y se decretó la suspensión provisional solicitada, al razonar que el decreto demandado autoriza acudir a la modalidad de contratación directa para todos los convenios de apoyo o colaboración para la defensa y/o seguridad nacional que celebren las entidades del Sector Defensa, sin reparar en el bien o servicio objeto del mismo cuya adquisición se necesita para la defensa y seguridad nacional. Decisión que fue confirmada en proveído de 15 de enero de 2011 que resolvió los recursos de reposición interpuestos contra la medida cautelar decretada.

2.1 La Nación-Ministerio de Defensa Nacional se opuso a las pretensiones y luego de explicar *in extenso* los conceptos de seguridad y defensa nacional, señaló que cuando se trata de bienes y servicios para el cumplimiento de la misión constitucional que cumple la fuerza pública en defensa de la soberanía nacional *“viene el imperativo legal de contratar este servicio de manera directa (...) a efectos de garantizar el sigilo necesario para la selección del contratista”*, actividades entendidas bajo un concepto de integralidad y con criterio teleológico, y por ello se acompañan con la descripción dispuesta por las normas demandadas (*“numerus apertus”*). Adujo que el artículo 217 de la Constitución dispone la existencia de unas Fuerzas Militares para la defensa de la Nación, del orden constitucional, la soberanía y la integridad del territorio y que el artículo 113 constitucional prevé igualmente la colaboración armónica de las ramas del poder y entes autónomos.

2.2 La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público expuso que el decreto no tiene relación con lo reglado por la Ley 489 de 1998 y que al enunciar casos concretos de adquisición de bienes y de servicios relacionados con la defensa y la seguridad nacional, que por razones de su utilización reiterada y necesaria, se erigen como los más delicados en su ejecución y por ello se someten a contratación directa, sin que esto

signifique que sean excluidos de los requisitos de justificación jurídica y demostración de las circunstancias propias de esta clase de contratos. Agregó que el calificativo de reserva no sólo puede entenderse para los relacionados con la adquisición de armamento, pues la necesidad de cautela o sigilo se fundamenta en este caso en dos razones: se requiere por la exposición a que estarían sometidas las personas jurídicas particulares y “generaría una exposición al riesgo de resarcimientos (sic) terroristas” y se vería afectada la reserva que debe brindarse en tales actuaciones.

3. Por auto de 17 de mayo de 2012 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.1 Los accionados reiteraron lo expuesto en la contestación de la demanda. El actor añadió que extender a nuevos eventos las previsiones o hipótesis de aplicación de la norma previstos por el legislador, conlleva intrínsecamente a sobrepasar la potestad reglamentaria y la colaboración armónica no puede entenderse como pretexto a cualquier rama del poder público para extralimitarse en sus funciones. Además vía reglamento se dispuso que la excepción era aplicable a una lista de convenios indefinida, convirtiendo así la excepción en regla general.

3.2 El Ministerio Público solicitó que se accediera a las pretensiones anulatorias. Advirtió que aunque la norma no está vigente, es procedente su estudio de fondo de acuerdo con la jurisprudencia. Estimó que el gobierno nacional, al expedir el Decreto 1039 de 2010 excedió la potestad reglamentaria, al contrariar el sentido del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 en relación con los casos en los que procede la modalidad de selección de contratación directa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. Competencia

4. Por tratarse de una demanda interpuesta en ejercicio de la acción pública de nulidad contra un acto administrativo, del orden nacional, relacionado con temas contractuales, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer el asunto, de acuerdo con lo previsto en los artículos 128, numeral 1 del C. C. A, modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998, 154 del Código Contencioso Administrativo y 1 del Acuerdo No. 55 de 2003, expedido por esta Corporación¹.

5. De otro lado, es procedente anotar que este asunto se fallará en esta oportunidad por las siguientes razones:

5.1 Habida consideración de la prelación acordada por la Sala en sesión del 5 de mayo de 2005.

5.2 Por cuanto el artículo 18 de la Ley 446 de 1998² prevé que en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo el orden para proferir sentencias podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos y a su importancia jurídica y trascendencia social. En este caso, por tratarse de una disposición de carácter reglamentario relativa a contratación estatal, es claro que es un tema de gran importancia que compromete el interés general, uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento (art. 1º constitucional).

5.3 Merced a la naturaleza de la acción incoada, ya que como es sabido la finalidad del contencioso objetivo es el restablecimiento de la legalidad y asegurar la regularidad de la actuación administrativa, que interesa a todas las personas, dadas las enormes implicaciones que tiene este tipo de preceptos reglamentarios.

II. El acto administrativo acusado

6. La disposición acusada es el Decreto 1039 de 30 de marzo de 2010, “por el cual se adiciona el artículo 79 del Decreto 2474 de 2008”³, expedido por el gobierno nacional. El texto de la norma reglamentaria impugnada es el siguiente:

Artículo 1°. Adiciónase el siguiente numeral al artículo 79 del Decreto 2474 de 2008, así:

"15. Los convenios de apoyo o colaboración para la Defensa y/o Seguridad Nacional, suscritos entre el Ministerio de Defensa Nacional - Fuerzas Militares - Policía Nacional con personas jurídicas relacionadas con los sectores energético, petrolero, minero, infraestructura, salud, comunicaciones y educación, así como aquellos para la ejecución de programas de acción integral y erradicación de cultivos ilícitos, entre otros".

Artículo 2°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

7. La Sala advierte que el Decreto 1039 de 2010 fue derogado expresamente por el artículo 9.2 del Decreto 734 de 2012, "por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones"⁴. Derogatoria que naturalmente sólo produce efectos hacia el futuro y por ello es procedente el enjuiciamiento de la legalidad del Decreto 1039 de 2010 mientras estuvo vigente. Al respecto, el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo⁵ -vigente para la época de los hechos- prescribe, al regular la pérdida de fuerza ejecutoria, que "[s]alvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos: (...) 5. Cuando pierdan su vigencia".

7.1 A partir de esta norma, jurisprudencial y doctrinariamente se ha construido el instituto del "decaimiento del acto administrativo" como una suerte de "extinción" del mismo, que corresponde a la situación en la cual un acto administrativo que cobró firmeza deja de ser obligatorio al perder vigencia, o al desaparecer sus fundamentos de derecho deja de producir efectos jurídicos⁶.

7.2 Esta Corporación ha sostenido mayoritariamente que la figura de la pérdida de fuerza ejecutoria (en este caso con ocasión de la causal prevista en el numeral 5º del artículo 66 del CCA por pérdida de vigencia del acto como consecuencia de su derogación) no impide el juicio de legalidad del mismo⁷, en tanto éste debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de su expedición y habida consideración de que el decaimiento sólo opera hacia el futuro, en tanto:

[dicho] fenómeno en nada afecta la validez del acto administrativo, no se afecta el principio de la presunción de legalidad del acto administrativo, ya que el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo debe hacerse con relación a las circunstancias vigentes al momento de su expedición.

No hay, por lo tanto, razón alguna que imposibilite proferir fallo de fondo con respecto a la legalidad de un acto respecto del cual se ha producido el fenómeno del DECAIMIENTO, entendiendo que dicho fallo abarcará el lapso durante el cual dicho acto administrativo estuvo vigente, lapso durante el cual el acto administrativo gozó de presunción de legalidad.

Lo anterior, por cuanto para que se produzca un fallo de mérito respecto de un acto administrativo, no se requiere que el mismo se encuentre produciendo efectos, tal como se sostuvo por esta Sección en providencia de fecha junio 15 de 1992⁸, pues sólo el fallo de nulidad, al producir efectos ex tunc, desvirtúa la presunción de legalidad que acompañó al acto administrativo mientras éste produjo sus efectos.

(...) Lo anterior, debido a que la nulidad que se ha solicitado, concierne a la validez del acto administrativo y en el evento de prosperar, se remonta hasta el momento de su expedición, mientras que la causal de decaimiento que acaeció estando en trámite este proceso, atañe a circunstancias posteriores al nacimiento del acto administrativo y no atacan la validez del mismo⁹.

7.3 En tal virtud, la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez del acto, de suerte que la pérdida de vigencia por derogatoria no trae aparejado el juicio de validez del mismo¹⁰.

7.4 Y, por lo mismo, en el *sub lite* no obstante que por virtud del artículo 9.2 del Decreto 734 de 2012, la norma acusada ya no se encuentra vigente, ello no impide adelantar el correspondiente juicio de legalidad.

7.5 En consecuencia, no hay lugar a proferir fallo inhibitorio y por el contrario se adoptará decisión de mérito.

III. Problema jurídico

8. Corresponde a la Sala determinar si con la expedición del Decreto 1039 de 2010 el gobierno nacional se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Ley 1150 de 2007, en cuanto adicionó un numeral al artículo 79 del Decreto 2474 de 2008, que permitió la contratación directa de bienes y servicios del sector defensa.

IV. Análisis de la Sala

9. Para estudiar el cargo (párrafos 1.1 a 1.6) es preciso reiterar que con arreglo a lo prescrito por el numeral 4º, letra d, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, para poder acudir al mecanismo de contratación directa, tratándose de la adquisición de bienes y servicios del sector defensa, es necesario que la misma requiera reserva para ello. En efecto, el precepto en cita dispone en forma precisa y restrictiva lo siguiente:

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 (...).

10. En contraste, el decreto *sub examine*, al adicionar un numeral 15 al mencionado artículo 79 del Decreto 2474 de 2008, se encarga de prever de manera abierta, vaga e imprecisa que dicha modalidad de selección comprende también a los convenios de apoyo o colaboración para la defensa y/o seguridad nacional, que sean suscritos por el ministerio del ramo (i) con personas jurídicas relacionadas con los más disímiles sectores (energético, petrolero, minero, infraestructura, salud, comunicaciones y educación) –nótese la textura abierta de la disposición acusada en franca oposición con el carácter limitado del texto legal que dice reglamentar- y (ii) todos aquellos convenios para la ejecución de programas de acción integral y erradicación de cultivos ilícitos “entre otros”. Nuevamente el acto administrativo opta por una fórmula amplia y que deja a su intérprete la decisión de determinar cuáles otros eventos podrían ir por este mecanismo, cuando la norma legal, por el contrario, cerró de manera categórica los eventos posibles.

11. En otros términos, de conformidad con la norma legal objeto de reglamentación, la contratación directa sólo procede cuando se reúnan dos condiciones de aplicación: (i) que la entidad estatal contratante pertenezca al sector defensa y/o al de seguridad nacional (presupuesto subjetivo) y (ii) que los bienes y servicios objeto del contrato requieran reserva (presupuesto material). En tal virtud, para el legislador lo que resultaba determinante era la vinculación de la entidad estatal a un sector administrativo determinado (defensa y seguridad) y que la adquisición del bien o servicio requiriese reserva.

12. En tanto que la norma *sub iudice*, al adicionar un evento a los enlistados por el artículo 79 del Decreto 2474 de 2008, previó en forma abierta y sin referencia a una categoría específica de bienes y servicios que esa modalidad podría utilizarse también para celebrar convenios de apoyo o colaboración para la defensa y/o seguridad nacional.

13. De ahí que, mientras el legislador sólo autorizó la “contratación directa” para determinados contratos del sector defensa (los que requieran reserva para su adquisición), el acto administrativo reglamentario amplió el espectro de esta modalidad de contratación a todos los convenios de apoyo o colaboración que lleguen a celebrar las entidades estatales pertenecientes a ese sector, sin que resulte relevante -para la norma acusada- establecer si el bien o servicio objeto del respectivo negocio jurídico amerita o no reserva, como tampoco si el mismo se requería o no para la defensa y seguridad nacional. Lo ilegal del precepto estriba, entonces, en que dado su carácter abierto calificó *a priori* que todos los eventos allí señalados ameritan reserva, con lo cual torna nugatorio el criterio restrictivo y limitativo definido por la ley.

14. En definitiva, el reglamento elimina la exigencia legal atinente al objeto del contrato, para en su lugar ampliar el radio de acción de la contratación directa con prescindencia de la condición de aplicación prevista por la ley. O lo que es igual, el reglamento convirtió en regla general lo que era apenas una disposición de carácter estrictamente excepcional.

15. Las entidades demandadas insistieron en que los asuntos atinentes a la seguridad y defensa requieren “sigilo” para la selección del contratista.

15.1 Al efecto, conviene no perder de vista que si bien la seguridad es presupuesto de la convivencia pacífica y como tal se erige en uno de los pilares fundamentales del pacto social de convivencia adoptado en la Constitución, habida cuenta que la legítima defensa del orden político instaurado en la Carta es su razón de ser y la seguridad es presupuesto para la coexistencia pacífica entre el poder y la libertad (Hauriou)¹¹, y -en consecuencia- la reserva, discreción o cautela deba distinguir la celebración de algunos contratos propios del sector defensa, ello no significa

-sin embargo- que todo tipo de negocios jurídicos relacionados con el tema, puedan cobijarse con una modalidad de selección concebida únicamente para ciertos casos, pues de ser así se estaría vaciando de contenido la regla adoptada por el legislador.

15.2 Si bien la prerrogativa legítima del ejercicio de la coacción¹², como presupuesto material de la vigencia de la carta política, impone que algunos de los contratos estatales relacionados con el sector defensa deban estar rodeados de una necesaria “reserva”, ello no puede entrañar que cualquier tipo de contrato relacionado con éste termine en la práctica siendo amparado por ese sigilo, que por su uso extendido pasaría de ser extraordinario a ilimitado, toda vez que una medida en ese sentido naturalmente desnaturalizaría (como lo hace el acto acusado) el carácter excepcional que debe caracterizar este tipo de actos.

15.3 La atribución constitucional de mantener el orden público (apartado 4º del artículo 189), o lo que es igual “la seguridad”, no puede quedar librada en materia tan importante como la contratación estatal, al criterio abierto de su responsable, el Presidente de la República, a través del simple ejercicio de una competencia típicamente administrativa de la cual él mismo es titular (art. 189 num. 11 C.P.).

15.4 En tal virtud, dicha materia no puede ser dejada a la determinación de la administración sino que debe estar sujeta (como en efecto lo está) a reserva de ley, como garantía de estirpe democrática de una regulación excepcionalísima y signada por el sigilo, en tanto “el constitucionalismo liberal, tributario de las ideas de Locke, tiene por sentado que [ésta es] una de las más importantes garantías de los derechos naturales, los derechos fundamentales”¹³. Es, pues, el legislador la instancia decisoria de cuáles eventos pueden ser exceptuados de la contratación directa -y en este caso optó por un criterio cerrado: aquellos que demanden cautela y reserva- en tanto determinaciones de esta naturaleza afectan de manera profunda la vida en comunidad.

15.5 Exacerbar la “reserva” por la vía del reglamento en los asuntos relativos al sector defensa, como en últimas sucede con la norma enjuiciada, al relevar esta exigencia como presupuesto para la aplicación del modo de selección de contratista previsto por la ley, supone en la práctica excluir del ámbito de la discusión democrática un asunto vital para la sociedad, para dejarlo en manos de la determinación libérrima de la administración.

15.6 Ahora bien, la Sala reitera que los asuntos de conveniencia y oportunidad no pueden ser materia de evaluación por parte del juez administrativo. Si el legislador al cambiar las reglas relativas a la contratación en el ámbito del sector de seguridad y defensa nacional, lo restringió en exceso al circunscribirlo sólo a aquellos que demandan “reserva”, es asunto que no le compete cuestionar o valorar al fallador. El juez administrativo enfrenta el estudio de validez de la normatividad administrativa desde una óptica jurídica y no de conveniencia y procede a resolver sobre la legalidad y -en consecuencia- sobre la validez jurídica¹⁴ de lo que se somete a su control, lo cual parte del supuesto según el cual el ejercicio de la potestad reglamentaria debe desplegarse entre los precisos límites administrativos y no con pretensiones de invadir la órbita legislativa.

16. Según uno de los accionados, para estudiar el alcance de la norma acusada es preciso tener en consideración el principio de colaboración armónica previsto por el artículo 113 constitucional.

16.1 Al respecto, la Sala destaca que este principio, orientador de las relaciones entre las distintas ramas y entes autónomos del Estado (administración pública) y que también se predica de la administración *strictu sensu* (art. 209 superior), no puede entenderse según sugiere el Ministerio de Defensa, como una autorización para sobrepasar el ámbito constitucional o legal de las competencias e irrumpir en el de otras autoridades, so pretexto de “colaborar armónicamente” en los fines del Estado, cuando el precepto mismo es claro en señalar que los distintos órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la consecución de los fines del Estado.

16.2 No puede desconocerse que la Constitución, como norma de normas, o competencia de competencias, distribuye el ejercicio del poder constituido y por ello -como anota Burdeau- la superioridad material de la Constitución resulta del hecho que ella organiza las competencias y por lo tanto los órganos gubernativos sólo pueden actuar dentro del ámbito que la Constitución les señala¹⁵. Con esta perspectiva, nuestra Carta al hacer dicho reparto adopta un criterio funcional, pero sobre la base que todo el entramado estatal tiene por fin el servicio a la comunidad y la garantía de los derechos de los asociados (preámbulo, arts. 2, 5 y 123 superiores), dentro del marco de la legalidad, vale decir, del ejercicio limitado pero coordinado de las atribuciones conferidas (preámbulo, artículos, 2, 6, 121, 122 y 123 *eiusdem*). Es en ese sentido que desde la reforma constitucional de 1936 se introdujo este postulado, que retomó la enmienda de 1945 y que finalmente adoptó el constituyente de 1991.

17. La Sala reitera que si bien es cierto que la Ley 80 tiene un contenido principalístico significativo, también lo es que al regular ciertos asuntos, como es justamente lo relativo a las normas de procedimiento de selección, que fueron objeto de modificación por la Ley 1150 -y luego por las Leyes 1450 y 1474 de 2011- lo hace de manera tal que ello no supone una “reglamentación abierta” de los mismos, que habilite al gobierno a decidir a su libre criterio cuáles situaciones se someten o no a un determinado proceso de selección, cuando se trata de un asunto que incumbe definir a la ley.

17.1 La potestad reglamentaria aún en el marco de una ley de “principios” como es el estatuto de contratación estatal –so pretexto de aportar los detalles y pormenores de la ley- no puede ir más allá de su ámbito estrictamente administrativo para pretender entrar en los predios de acción de la ley. Lo contrario sería tanto como afirmar que el ámbito de la ley y el del reglamento son idénticos. De modo que aunque la jurisprudencia constitucional¹⁶, a partir de lo prescrito en el artículo 150 superior *in fine*, sostiene que por medio de reglamento administrativo es posible regular las modalidades de selección, ello no comporta que esté habilitado a invadir el ámbito propio del legislador para desnaturalizar uno de esos mecanismos y extender hipótesis a casos que francamente fueron excluidos por la ley, habida cuenta que: *“la potestad reglamentaria que el Presidente de la República ejerce para la cumplida ejecución y aplicación de la Ley 80 de 1993 [y la de las normas que la modifiquen o adicionen], se encuentra específicamente restringida por la Constitución en primer término, por las leyes como normas de jerarquía superior y necesariamente ha de ejercerse tomando en consideración como un todo jurídico la propia ley mencionada, que fija los parámetros dentro de los cuales debe circunscribirse la reglamentación que se dicte por el Ejecutivo, no para sustituir al legislador, ni como legislador paralelo, sino dentro de un ámbito estrictamente administrativo para no exceder las funciones y atribuciones que al Presidente de la República le señala el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política”*¹⁷.

17.2 Si bien es perfectamente posible el desarrollo de los principios legales mediante normas reglamentarias, ello no significa que por esta vía se terminen adoptando textos normativos abiertos, cargados de un nivel de abstracción y generalidad de tal magnitud, cuyos enunciados terminen convirtiéndose de esta suerte en cláusulas genuinamente principalísticas, cuyo contenido termine a su vez siendo definido por la autoridad administrativa, autora y destinataria primera de este tipo de preceptos. De ahí que el núcleo esencial de un principio, cuando éste ha sido positivizado, debe ser determinado por el legislador y no dejado a su determinación y aplicación sin límite alguno por parte de la administración.

17.3 En el *sub lite*, el gobierno en lugar de producir un acto administrativo para concretar el enunciado abstracto de la ley y encauzarla a su operatividad efectiva¹⁸ -lo que es propio y característico del accionar del ejecutivo- fungió de legislador. De suerte que al hacerlo, el gobierno se arrogó una facultad que no tiene y en consecuencia sus actos están viciados de nulidad.

17.4 No debe perderse de vista que, como ha dicho la Sala¹⁹, la potestad reglamentaria que atañe al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa está concebida por el ordenamiento constitucional vigente²⁰ bajo una concepción eminentemente finalística: *“para la cumplida ejecución de las leyes”* (art. 189.11 CN). Se trata evidentemente de una típica función administrativa que faculta al gobierno para la formulación de los actos indispensables y las medidas necesarias para la efectividad práctica del precepto legal, vale decir, concretar por la vía del acto administrativo el enunciado abstracto de la ley en orden a tornarlo efectivo en el terreno práctico, por lo que dichos actos administrativos deben contraerse a asegurar el cumplimiento de la ley y no pueden extenderse a más de su objeto (su cumplida ejecución), y por lo mismo deben respetar la letra y el espíritu de la ley. De lo contrario la atribución reglamentaria se extralimitaría, pues pasaría de ser desarrollo de la decisión legislativa conducente a su debida ejecución, a pretender modificar la disposición del legislador que se reglamenta y de esta suerte se invadirían los predios exclusivos del representante popular, al decretar normas que únicamente a este último competen²¹.

17.5 Lo anterior indica que so pretexto de reglamentar los eventos en que el sector de defensa y seguridad resulta aplicable la “contratación directa” no podía, vía acto administrativo, preverse una nueva hipótesis que se alejara de los parámetros restrictivos y taxativos definidos por el legislador, para concebir una cláusula abierta en la que el intérprete en últimas pudiese incluir cualquier evento posible ya que la atribución reglamentaria no llega al punto de habilitar al gobierno para modificar o adicionar leyes, pues tiene establecido nuestra jurisprudencia²² que por medio de dicha potestad el ejecutivo no se convierte en legislador, sino en guardián de sus mandatos²³, de suerte que si lo hace, se arroga una facultad que no tiene y en consecuencia sus actos están viciados de nulidad.

18. Síguese de lo anterior que el gobierno invadió la competencia regulatoria del legislador y al hacerlo evidentemente superó el marco jurídico de su competencia al expedir el acto acusado y se declarará, entonces, la nulidad del Decreto 1039 de 2010.

19. En atención a que la prosperidad de este cargo comporta la anulación del acto administrativo demandado, la Sala no se ocupará de las otras acusaciones endilgadas en la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

DECLÁRASE la nulidad del Decreto 1039 de 30 de marzo de 2010, “por el cual se adiciona el artículo 79 del Decreto 2474 de 2008”, expedido por el gobierno nacional.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Presidente de la Sala

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. El numeral 1º del artículo 128 del C. C. A., modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998, atribuye la competencia privativa y en única instancia al Consejo de Estado para conocer de los procesos de nulidad de actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional y, el Acuerdo 55 de 2003 señala que la Sección Tercera está a cargo de conocer los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros.

2. En Diario Oficial No. 43.335 de 8 de julio de 1998. El inciso primero del precepto en cita fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-248-99 de 21 de abril de 1999.

3. Publicado en el Diario Oficial 47.667 de marzo 30 de 2010

4. Publicado en el Diario Oficial 48400 de abril 13 de 2012. Conviene destacar que el artículo 3.4.2.2.1 del citado Decreto 734 del 2012 atinente a la contratación reservada al sector defensa, no incluyó los convenios de que trata la norma acusada.

5. Prescripción que retoma el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011.

6. Berrocal Guerrero, Luis Enrique, *Manual del acto administrativo*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2009, p. 441.

7. El suscrito ponente ha considerado que ello, sin embargo, no es posible cuando lo que se produce es la inconstitucionalidad de la norma que sirve de sustento a la disposición demandada, en cuyo caso lo que procede es la nulidad por consecuencia.

8. Sección Primera, expediente 1948.

9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de agosto 3 de 2000, rad. 5722.

10. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias rad. 21051 de 5 de julio de 2006 y rad. 19526 de 3 de febrero de 2010.

11. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de marzo de 2008, rad. 11001-03-26-000-2005-00003-00(29393), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

12. También conocida como poder monopolizador de la coerción material.

13. Vid. "Locke: una lectura de los derechos, vigente trescientos años después de su muerte", en Delgado, Oscar (ed.), *Ideas políticas, filosofía y derecho, Liber amicorum en homenaje a Alirio Gómez Lobo*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2006, p. 303 y ss.

14. La doctrina advierte que "[e]l principio de legalidad postula, como acaba de verse, la sumisión de la administración a la ley y resuelve el problema concreto de conocer la legalidad -y por consiguiente la validez jurídica- de cada acto administrativo particularmente considerado": Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen I, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 178.

15. Burdeau, George, *Traité de science politique*, Paris, 1950, pp. 181-184.

16. Corte Constitucional, sentencias C 949 de 2001 y C 508 de 2002.

17. Corte Constitucional, sentencia C 508 de 2002.

18. Corte Constitucional, sentencia C 805 de 2001.

19. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de marzo de 2008, rad. 11001-03-26-000-2005-00003-00(29393), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

20. Dicho criterio era también el que adoptó la Constitución de 1886 en su artículo 120.3.

21. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, 26 de junio de 1940, XLIX, 466.

22. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Subsección B), sentencia de 1º de marzo de 2011, rad. 110010326000200700042 00 (34.178), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

23. Corte Suprema de Justicia, sentencia de 11 de octubre de 1912, XXI, 159, auto de 2 de noviembre de 1916, XXVI, 35.

Fecha y hora de creación: 2024-11-22 03:58:12