



1730



143

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 110010326000200900073 00 (37.083)

Actor: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Demandado: NACIÓN- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS

Asunto: Acción pública de nulidad

Resuelve la Sala sobre la admisión de la demanda en acción de nulidad y la solicitud de suspensión provisional contra varias disposiciones del Decreto 2025 de 3 de junio de 2009, "[p]or el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y se dictan otras disposiciones en materia de contratación pública", instaurada, en juicio de única instancia, por el ciudadano Martín Bermúdez Muñoz.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El ciudadano MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, actuando a nombre propio, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 de la C.C.A., presentó, el 24 de junio de 2009, demanda 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 las siguientes disposiciones del Decreto 2025 de 2009: (i) el artículo 3, que modificó el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008; (ii) el artículo 5 parágrafo, que modificó el artículo 52 del Decreto 2474 de 2008; y (iii) el artículo 9 parágrafo primero.



Radicado 110010326000200900073 00 (37.083)

A juicio del actor las citadas normas reglamentarias vulneran los artículos 150 numerales 1, 2 e inciso final, 189 numeral 11, y 273 de la Constitución Política; los artículos 2 y 5 de la Ley 1150 de 2007; el artículo 24 parágrafo segundo de la Ley 80 de 1993, y los artículos 27 y 30 del Código Civil.

2. La solicitud de suspensión provisional

En escrito separado de la demanda, el actor solicitó de modo expreso la suspensión provisional de los efectos de las normas acusadas, al estimar que infringen en forma manifiesta las disposiciones superiores invocadas, lo cual se vislumbra, en su sentir, de la sola comparación de las mismas, según sustenta a partir de los argumentos que se expondrán en la parte considerativa, al estudiar los cargos en los que fundamenta la procedencia de la medida cautelar.

II. CONSIDERACIONES

Para la decisión de este asunto, la Sala abordará el análisis de los siguientes aspectos: 1) la competencia; 2) la admisión de la demanda; y 3) la suspensión provisional solicitada de cada una de las normas demandadas.

1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia de la demanda del *sub examen* (artículo 237 numeral 1 C.P. en concordancia con el artículo 128 del C.C.A.), como quiera que se pretende la nulidad de unas normas de naturaleza reglamentaria, contenidas en el Decreto 2025 de 3 de junio de 2009, acto de carácter general y administrativo, por el cual se modificó parcialmente el Decreto 2474 de 2008, el que, a su vez, reglamentó parcialmente las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, respecto de las modalidades



Radicado 110010326000200900073 00 (37.083)

de selección, así como de los principios de publicidad y selección objetiva¹, ambos expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo de lo previsto por las citadas leyes.

Cabe señalar, igualmente, que el conocimiento de los asuntos relacionados con la demanda corresponde a esta Sección, dado que el artículo 12 del Acuerdo 58 de 1992², modificado por el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, por el cual se adoptó el Reglamento del Consejo de Estado, en cuanto a la distribución de los negocios entre las distintas secciones, dispuso que la Sección Tercera conoce de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros.

2. La admisión de la demanda

La demanda será admitida, teniendo en cuenta que las normas acusadas hacen parte de actos expedidos por una autoridad del orden nacional (Decreto 2025 de 3 de junio de 2009³) y que cumple con los requisitos de ley (artículos arts. 128, 137, 138, 139, 142 y 143 del C.C.A).

De entrada, la Sala anota que adelantará el análisis de legalidad de las normas del Decreto 2025 de 2009, no obstante que varias de ellas fueron derogadas o modificadas expresamente (por ejemplo, los artículos 3 y 9 parágrafo 1) por el

¹ El Decreto 2474 de 2008 y, por ende, el Decreto 2025 de 2009 que lo modifica, son de indiscutible naturaleza reglamentaria, según lo ha expuesto ya la Sala respecto del mismo, en autos de 1° de abril de 2009, Exp. 36.476, al establecer que se predica esta característica como a los de otros decretos de similar naturaleza verbigracia para los decretos 855 de 1994 y 2170 de 2002. Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 22 de marzo de 2001. En similar sentido: Sentencias de 4 de julio de 1997, Exp. 9.523; y 3 diciembre de 2007, Exp. 24.715 y otros -acumulados-.

² En desarrollo de lo dispuesto por el numeral 6° del artículo 237 de la Carta Política.

³ Este decreto, "[p]or el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y se dictan otras disposiciones en materia de contratación pública", fue expedido por el Presidente de la República y publicado en el Diario Oficial 47.369 de 3 de junio de 2009.



Radicado 110010326000200900073 00 (37.083)

Decreto 3576 de 17 de septiembre de 2009⁴), tal y como en la parte correspondiente se hará alusión, como quiera que la derogatoria o subrogación sólo produce efectos hacia el futuro, de manera que es válido el enjuiciamiento de su legalidad, esto es, verificar si respetaron el orden jurídico superior al cual se encontraban sometidas mientras estuvieron vigentes y en el entendido de que pudieron producir efectos durante el tiempo que rigieron⁵.

3. La suspensión provisional solicitada

La suspensión provisional, hoy prevista en el artículo 238 de la Constitución Política⁶, y que había sido regulada por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo -C.C.A.- (artículo 31 del Decreto 2304 de 1989) en vigencia de la anterior Carta Política⁷, fue concebida para la defensa del ordenamiento superior de las eventuales agresiones de actos administrativos, que amparados en su presunción de legalidad, incurran en una manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud, sin que se requiera efectuar un mayor estudio.

Con la adopción de esta medida cautelar se detienen temporalmente los efectos de los actos administrativos ostensiblemente violatorios del orden jurídico superior y, por lo mismo, se suspende su fuerza obligatoria (arts. 238 superior, 66 No. 1 y 152 del C.C.A.), de manera que es corolario y garantía directa del principio de legalidad (preámbulo, artículos 1, 6, 121 y 122 C.P.).

⁴ Decreto "por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y el Decreto 2025 de 2009", publicado en el Diario Oficial 47.476 de 18 de septiembre de 2009.

⁵ Ver en igual sentido, Auto de 21 de octubre de 2009, Exp.36.805.

⁶ Artículo 238 C.P.: "La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial".

⁷ El artículo 193 de la Constitución Nacional de 1886 ya la consagraba.



Radicado 110010326000200900073 00 (37.083)

Para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo cuya nulidad se pretenda, el artículo 152 del C.C.A. exige que se reúnan en forma concurrente los siguientes requisitos:

- (i.) Que la medida se solicite antes de que sea admitida la demanda y que se sustente de modo expreso en ésta o por escrito separado.
- (ii.) Si la acción es de nulidad, basta que haya infracción manifiesta de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.
- (iii.) Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.

Por lo tanto, la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo está condicionada a que la violación al ordenamiento jurídico que se le imputa al mismo sea evidente, ostensible, notoria, palmaria o *prima facie*, conclusión a la que se debe llegar, según ha dicho la Sala, mediante un sencillo y elemental cotejo directo entre el acto administrativo demandado y las normas que se invocan como transgredidas como fundamento de la misma, o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud, en un proceso comparativo que no requiere de mayores esfuerzos interpretativos o probatorios, porque, en el caso de requerir un análisis profundo o un estudio de igual naturaleza de los medios probatorios aducidos con la demanda, no resulta posible su decreto, y las consideraciones de legalidad o ilegalidad en torno al acto se deben posponer para la sentencia.

Sin embargo, como lo ha anotado la Sala, la verificación de la violación manifiesta u ostensible del acto infractor no excluye en manera alguna un



Radicado 110010326000200900073 00 (37.083)

ejercicio por parte del juez de argumentación y reflexión para motivar una decisión de tanta trascendencia como es la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo⁸.

Bajo los anteriores supuestos legales, para resolver la solicitud de suspensión provisional formulada por el actor en relación con cada una de las normas reglamentarias acusadas, es necesario, a partir de los cargos formulados contra ellas por el demandante, confrontar su texto con el de las normas superiores que se indican vulneradas, con el objeto de determinar si existe o no una infracción clara y ostensible del orden jurídico, de manera que se pueda concluir la viabilidad o no de la adopción de la medida cautelar. Para tal efecto, se seguirá este derrotero: en primer término, se transcribirá la norma demandada y sobre la cual recae la solicitud; en segundo término, se expondrán los cargos de ilegalidad manifiesta propuestos por el actor para sustentar la medida cautelar, y en tercer término, se realizarán las consideraciones que correspondan para resolver la petición.

3.1. Violación manifiesta del artículo 3, que modificó el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, y del artículo 9 parágrafo primero del Decreto 2025 de 2009, a los artículos 150 inciso final, 189 numeral 11, y 273 inciso segundo de la Constitución Política; y a los artículos 2 y 5 de la Ley 1150 de 2007.

3.1.1. Textos de las normas materia de la solicitud de medida cautelar

“Artículo 3. Modifíquese el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, el cual quedará así:

Artículo 46. Contratación de mínima cuantía.

Quando el valor del contrato a celebrar sea igual o inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía, la entidad podrá contratar tomando como única

⁸ A este respecto ver: Auto de 27 de mayo de 2009, Exp. 36.476.



Radicado 110010326000200900073 00 (37.083)

consideración las condiciones del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas. Del análisis que haga la entidad a efecto de establecer las condiciones de mercado, se dejará constancia escrita en el respectivo expediente de la contratación.

Cuando la entidad adquiera bienes o servicios en establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se presumirá que ha adquirido a precios de mercado.

El contrato así celebrado podrá constar en un documento firmado por las partes, o mediante intercambio de documentos escritos entre la entidad y el contratista, o mediante la factura presentada por el proveedor de bienes o servicios aceptada por la entidad, o en órdenes de trabajo, compra o de servicio, o en cualquier otro instrumento siempre que el mismo reúna las condiciones de existencia y validez del negocio jurídico.

En la contratación de mínima cuantía no se dará aplicación a lo señalado en el título I del presente decreto, sin perjuicio que la entidad cuente con los respectivos estudios y documentos previos que la justifiquen.

Parágrafo. Lo señalado en el presente artículo se aplicará en las demás causales de selección abreviada cuando la cuantía del contrato sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía." (El texto subrayado corresponde a lo demandado).

"Artículo 9. Procedimiento de selección abreviada de menor cuantía. Sin perjuicio de las reglas generales aplicables a las modalidades de selección señaladas en el Decreto 2474 de 2008, el procedimiento para la selección abreviada de menor cuantía será el siguiente: (...)

Parágrafo 1. La entidad podrá establecer en el pliego de condiciones que la oferta sea presentada de manera dinámica mediante subasta inversa de conformidad con lo señalado en el artículo 14 del Decreto 2474 de 2008." (El texto subrayado corresponde a lo demandado).

3.1.2. Cargos de infracción manifiesta expuestos por el actor

A) Ilegalidad del artículo 3 del Decreto 2025 de 2009, mediante el cual se modificó el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008 y se reglamentó la contratación de mínima cuantía.

En primer término, señaló el actor que el Gobierno Nacional, en la norma demandada, estableció una modalidad de contratación no prevista en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, con lo cual violó lo dispuesto en el numeral



Radicado 110010326000200900073 00 (37.083)

11 del artículo 189 de la Constitución Política. Afirmó que, en efecto, al reglamentar el Ejecutivo esta modalidad incluyó un evento que no fue contemplado en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, desconociendo que no puede en virtud de la potestad reglamentaria, como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado (Sentencia de 12 de diciembre de 2007, Exp. 34.144), establecer regulaciones que no fueron previstas por la propia ley y que no corresponden estrictamente a su desarrollo.

En segundo término, manifestó que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia de 27 de mayo de 2009 (Exp. 36.054), suspendió provisionalmente el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, cuyos argumentos trae a colación el actor sobre el particular.

Y, en tercer término, arguyó que, mientras la norma demandada sometió los contratos de mínima cuantía a la modalidad de contratación directa, en la medida en que el único requisito que impone es el de considerar las condiciones del mercado, la Ley 1150 de 2007 sometió los contratos de menor cuantía, categoría dentro de la cual se encuentran los primeros, a la selección abreviada, por lo que su reglamentación tenía que ajustarse a las reglas previstas en el párrafo segundo del artículo 2 de la citada ley, conforme al cual es necesario elaborar un pliego de condiciones y llevar a cabo un procedimiento público que permita la participación de distintos proponentes y la evaluación objetiva de sus ofertas, requisitos éstos de los que resultan eximidos las entidades contratantes.

B) Ilegalidad del párrafo 1 del artículo 9 del Decreto 2050 de 2009.

Sostuvo el actor que la norma demandada es violatoria del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, dado que en éste no se estableció la oferta dinámica mediante



Radicado 110010326000200900073 00 (37.083)

subasta inversa como una modalidad de contratación que pueda ser utilizada por las entidades públicas para los contratos de menor cuantía, sino que se dispuso que sólo se podría acudir a dicho sistema en la modalidad de la licitación pública y en el caso de la causal a. de la modalidad de selección abreviada, referido a la adquisición y suministro de bienes y servicios de características uniformes y de común utilización por parte de las entidades.

Aseveró que el párrafo demandado también vulneró el principio de selección objetiva previsto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en la medida en que permite que en todos los contratos de menor cuantía se establezca en el pliego el precio como único factor determinante de la contratación, posibilidad que fue reservada por el legislador para los eventos en los cuales el contrato tuviera como objeto la adquisición y suministro de bienes y servicios de características uniformes y de común utilización por parte de las entidades, excepción por fuera de la cual la selección del contratista debe hacerse teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos.

De este modo, a su juicio, la disposición demandada agregó una hipótesis no contemplada por el legislador y, por lo mismo, reglamentó un aspecto regulado expresamente por la ley, razón por la cual se excedió la potestad reglamentaria dispuesta por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y se transgredió el inciso final del artículo 150 y el inciso segundo del artículo 273 *ibídem*, de acuerdo con los cuales es al Congreso a quien le compete expedir el estatuto de contratación de la Administración Pública y señalar en la ley la manera como se efectuará la evaluación de las ofertas.

Finalmente, enfatizó que las mismas razones que determinaron que el Consejo de Estado, en Sentencia de 3 de diciembre de 2007 (Exp. 24.715), anulara el artículo 5 del Decreto 2170 de 2002, que había consagrado la subasta inversa en la licitación pública regulada por la Ley 80 de 1993, sustentan la nulidad del



parágrafo 1 demandado, pues, en este caso el Gobierno Nacional también la extendió a una hipótesis no prevista en la Ley 1150 de 2007, providencia a la cual se suma el Auto de 27 de mayo de 2009 (Exp. 36.601), en el que, bajo similar criterio, se suspendió el artículo 12, numeral 3, letra b. del Decreto 2474 de 2008, relativo al sistema del costo beneficio como mecanismo de evaluación de las ofertas.

3.1.3. Consideraciones de la Sala

La Sala no accederá a decretar la medida cautelar respecto de los artículos 3 - que modificó el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008- y 9 parágrafo primero del Decreto 2025 de 3 de junio de 2009, por los siguientes motivos:

En primer término, cabe observar que las citadas disposiciones reglamentarias demandadas, fueron modificadas o derogadas por el Gobierno Nacional con posterioridad a la presentación de la demanda, así:

A) El artículo 3 del Decreto 2025 de 2009, que modificó el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, relacionado con la contratación de mínima cuantía, fue derogado -junto con el último que varió- por el artículo 6 del Decreto 3576 de 17 de septiembre de 2009⁹.

B) El parágrafo 1 del artículo 9 del Decreto 2025 de 2009, relativo a la presentación de la oferta de manera dinámica mediante subasta inversa en el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía¹⁰, fue modificado por el artículo 2 del Decreto 3576 de 2009.

⁹ *Artículo 6°. Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008 y el artículo 3 del Decreto 2025 de 2009.*

¹⁰ *Artículo 2°. El parágrafo 1° del artículo 9 del Decreto 2025 de 2009, quedará así: 'Parágrafo 1°. El procedimiento de selección para la celebración de contratos a los que se refiere el presente artículo y cuyo valor no exceda el 10% de la menor cuantía de la entidad, se realizará, con el fin de garantizar la publicidad del procedimiento, mediante una invitación pública formulada a través de la página web de la entidad o, en su defecto, en un lugar de su sede de fácil



Radicado 110010326000200900073 00 (37.083)

En tal virtud, como quiera que es presupuesto para que el acto administrativo sea suspendido provisionalmente, que el mismo se encuentre produciendo efectos y, por ende, sea actualmente obligatorio, al estar derogados o modificados no tendría objeto la medida cautelar en relación con los mismos, pues no habría efectos que cesar o detener en forma transitoria.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corporación, bien ha precisado:

“...La suspensión provisional es una medida cautelar en defensa del orden jurídico, su finalidad consiste en hacer cesar temporalmente los efectos que producen los actos administrativos que en forma manifiesta violan una norma de superior jerarquía. Para la Sala carece de fundamento suspender una disposición que en la actualidad no produce efectos jurídicos, toda vez que se encuentra tácitamente derogada o ya ha sido suspendida, razón por la cual no procede el decreto de la medida cautelar...”¹¹ (Subraya la Sala).

Dicho de otro modo, como quiera que las normas reglamentarias demandadas fueron derogadas o modificadas –y por ende en este último evento subrogadas-, no es procedente decretar la suspensión provisional de sus

acceso al público, una vez hecha la justificación previa a que se refiere el parágrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007. / La Entidad establecerá en la invitación los requisitos mínimos habilitantes, así como los criterios de selección que aplicará para definir el proceso, ponderando factores técnicos y económicos. Realizada la evaluación de la oferta u ofertas presentadas, la entidad dará traslado de la misma por un día en la Secretaría de la dependencia que tramita el proceso. Si sólo se presenta una oferta, esta se aceptará siempre que satisfaga las necesidades de la entidad y provenga de un oferente habilitado. / Los requisitos mínimos habilitantes serán verificados únicamente en el oferente que haya obtenido el mayor puntaje en la evaluación. En caso que este no cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, se podrá contratar con el oferente que se ubique en el segundo lugar en la evaluación realizada, previa verificación de sus calidades habilitantes. En caso de que este tampoco cumpla se repetirá el proceso de selección. / No se exigirá a los oferentes estar inscritos en el RUP ni aportar garantía de seriedad de la oferta. Para efectos de la garantía única de cumplimiento, se dará aplicación a lo señalado en el inciso 1° del artículo 8° del Decreto 4828 de 2008. / El contrato constará por escrito, bien sea en un documento firmado por las partes, o mediante intercambio de documentos escritos entre la entidad y el contratista, o mediante la factura presentada por el proveedor de bienes o servicios aceptada por la entidad, o en órdenes de trabajo, compra o de servicio, o en cualquier otro instrumento siempre que el mismo reúna las condiciones de existencia y validez del negocio jurídico. / En relación con las adquisiciones a que se refiere el presente parágrafo, la entidad dejará constancia escrita del trámite realizado y de la publicidad de la invitación surtida. Para el efecto tomará las medidas que se requieran para la conservación de la información, teniendo en cuenta las normas de archivo aplicables.”

¹¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, providencia de 15 de junio de 2001, Exp. 11.985. Actor Diego Omar Ordóñez Rubio. Vid. Sección Cuarta, providencia de 24 de febrero de 1994, Exp. 5276 A. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga; y Sección Tercera; Auto de 2 de febrero de 2005, Exp. 28.244, Actora: Martha Alejandra Parra Chavarro.



Radicado 110010326000200900073 00 (37.083)

efectos cuando éstas ya no los están produciendo, es decir, en la medida en que actualmente no resulta obligatoria su observancia y acatamiento¹².

En segundo término, resulta conveniente advertir que esta Sala ya había decretado la suspensión provisional de los efectos del artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, mediante Auto de 27 de mayo de 2009, Rad. 2009-00101-00 (36.054), confirmado mediante providencia de agosto 6 de 2009, el cual es reproducido en esencia en el artículo 3 demandado del Decreto 2025 de 2009, por los siguientes fundamentos legales:

“...La Sala le concede la razón a la parte actora, por las siguientes razones -y sobre todo porque la vulneración a la ley es evidente, y no exige mayor análisis de comprensión del problema, sino un conocimiento básico de los procesos de selección de contratistas del Estado-.

En efecto, el art. 2 de la ley 1150 es claro en señalar 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...”*, de allí que resulta extraño a los procedimientos de selección que el artículo 46 del decreto reglamentario introduzca una modalidad de escogencia dentro del proceso de selección abreviada, cuando el valor del contrato no excede del 10% de la menor cuantía.

En este orden de ideas, no se requiere mayor análisis, a estas alturas del proceso, para observar que el reglamento introdujo una excepción que desconoce la ley, cuyos términos y pautas debe cumplir, en particular con en el párrafo 2 del art. 2 de la ley 1150 (...) Esta norma exige que la menor cuantía corresponda a un mismo proceso de escogencia de contratistas, con fundamento en reglas comunes, pero resulta que el decreto fraccionó los rangos previstos en el art. 2, num. 2, lit. b), para extractar de allí uno diferente, que no se ajusta al párrafo segundo citado.

Como si fuera poco, no debe olvidarse que la ley 1.150 derogó el párrafo del art. 39 de la ley 80, que regulaba el proceso de selección denominado *“contratación sin formalidades plenas”*, de manera que el fundamento legal que tuvo en su momento la adquisición de bienes o servicios de muy poco valor -en consideración al presupuestal de cada entidad estatal-, fue derogado por la nueva ley, para incluir el rango que antes establecía dicha norma dentro de la menor cuantía; pero luego el decreto reglamentario lo volvió a crear bajo la denominación de *“mínima cuantía”*, cuando el legislador quiso otra cosa, cuya utilidad o pertinencia no es el momento de valorar.

¹² Ver en este sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de 3 de septiembre de 2008, Exp. 35.181.



Radicado 110010326000200900073 00 (37.083)

En otras palabras, la denominada "mínima cuantía" carece de fundamento legal, incluso contraría el sentido de la derogación del párrafo del art. 39 de la ley 80, por ello la creación del reglamento, sin apoyo legal, salta a la vista, y por estas razones se suspenderá el artículo 46 analizado."

En consecuencia, en razón a que el artículo 3 y a que el artículo 9 párrafo primero del Decreto 2025 de 3 de junio de 2009 no se encuentran vigentes, dado que, como se explicó, el primero fue derogado y el segundo modificado por el Decreto 3576 de 2009, no hay lugar a decretar la medida cautelar solicitada, advirtiéndose en todo caso que el estudio de los cargos de ilegalidad planteados por el actor se hará en la sentencia.

3.2. Violación manifiesta del artículo 5 párrafo del Decreto 2025 de 2009, que modificó el artículo 52 del Decreto 2474 de 2008, al párrafo segundo del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

3.2.1. Textos de la norma materia de la solicitud de medida cautelar

"Artículo 5. Modifíquese el artículo 52 del Decreto 2474 de 2008, el cual quedará así:

Artículo 52. Procedimiento de contratación Los contratos a los que se refiere el literal h) del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, y que estén directamente relacionados con el desarrollo o ejecución de los proyectos allí señalados, se celebrarán por parte de la entidad estatal competente observando el siguiente procedimiento:

- a. La entidad formulará invitación a presentar oferta a un mínimo de tres (3) personas naturales o jurídicas.
- b. La invitación a ofertar expresará los criterios de habilitación, selección y ponderación de las ofertas de conformidad con lo establecido en el artículo 12 del presente decreto.
- c. Del informe de evaluación se dará traslado a los proponentes por el término establecido en la invitación, tiempo durante el cual podrán formular sus observaciones al mismo, las cuales serán resueltas por la entidad en el acto de adjudicación del proceso de selección.

Parágrafo. Los procesos de selección a que se refiere el presente artículo no se someterán a la convocatoria pública de que trata el artículo 4 del presente decreto, con el fin de preservar la seguridad de los beneficiarios de los respectivos programas." (El texto subrayado corresponde a lo demandado).



Radicado 110010326000200900073 00 (37.083)

3.2.2. Cargos de infracción manifiesta expuestos por el actor

Según el actor el párrafo del artículo 52 del Decreto 2025 de 2009, que eliminó el requisito de la convocatoria pública -establecida para todas las modalidades de selección en el artículo 4 del Decreto 2474 de 2008-, en tratándose de los contratos a los que se refiere el literal h) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, violó lo dispuesto en el párrafo segundo de esta misma disposición legal.

En su concepto, es evidente que cuando la norma demandada eliminó la obligación de someter a convocatoria pública uno de los eventos previstos para la modalidad de selección abreviada, en cuya reglamentación la ley dispuso que debía establecerse la publicidad para todos los procedimientos y actos, está violando lo allí dispuesto.

3.2.3. Consideraciones de la Sala

El artículo 2 de la Ley 1150 de 2007¹³, que reformó la Ley 80 de 1993, estableció que la escogencia del contratista por parte de las entidades públicas se efectuará, entre otros¹⁴, a través del procedimiento de selección abreviada, esto es, aquella modalidad de selección objetiva prevista para ciertos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual (numeral 2 *ibidem*).

¹³ Vigente desde el 17 enero de 2008, excepto sus artículos 9 y 17 que entraron a regir a partir de su promulgación el 16 de junio de 2007 y el artículo 6 que comenzó a regir a los dieciocho meses de la misma.

¹⁴ También estableció los de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa.



Radicado 110010326000200900073 00 (37.083)

Igualmente, en el numeral 2 del citado artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el Legislador estableció las siguientes causales de selección abreviada:

"a) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos;

b) La contratación de menor cuantía. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales.

Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 850.000 salarios mínimos legales mensuales e inferiores a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 850 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 400.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 850.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 650 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 400.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 450 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 280 salarios mínimos legales mensuales;

c) Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios;

d) La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto; en cuyo caso la entidad deberá iniciar la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaración de desierto del proceso inicial;



Radicado 110010326000200900073 00 (37.083)

- e) La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995. (...)
- f) Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas;
- g) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993;
- h) Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de persona y grupos al margen de la ley, incluida la atención de los respectivos grupos familiares, programas de atención a población desplazada por la violencia, programas de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamientos violentos de diferente tipo, y población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo, incluidos los contratos fiduciarios que demanden;
- i) La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.”

Cabe observar que, tanto en el citado numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 se indicó que “[e]l Gobierno Nacional reglamentará la materia” referente a la modalidad de selección abreviada, como en el párrafo transitorio de la misma norma legal se señaló que “[h]asta tanto el Gobierno Nacional no expidiere el reglamento respectivo, no se podrá hacer uso de la selección abreviada como modalidad de selección”, con lo cual el legislador reconoció y reiteró la necesidad del ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República para desarrollar el procedimiento que deben cumplir las entidades estatales a propósito de cada una de las causales de dicho tipo de contratación.

Es del caso anotar también que el párrafo segundo del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, dispuso:

“Párrafo 2º. El procedimiento aplicable para la ejecución de cada una de las causales a que se refiere el numeral 2º del presente artículo, deberá observar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y las siguientes reglas:



Radicado 110010326000200900073 00 (37.083)

1. Se dará publicidad a todos los procedimientos y actos.
2. Para la selección a la que se refiere el literal b) del numeral 2º del presente artículo, será principio general la convocatoria pública y se podrán utilizar mecanismos de sorteo en audiencia pública, para definir el número de participantes en el proceso de selección correspondiente cuando el número de manifestaciones de interés sea superior a diez (10). Será responsabilidad del representante legal de la entidad estatal, adoptar las medidas necesarias con el propósito de garantizar la pulcritud del respectivo sorteo.
3. Sin excepción, las ofertas presentadas dentro de cada uno de los procesos de selección, deberán ser evaluadas de manera objetiva, aplicando en forma exclusiva las reglas contenidas en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. Para la selección a la que se refiere el literal a) del numeral 2º del presente artículo, no serán aplicables los artículos 2º y 3º de la Ley 816 de 2003.” (Negrilla ajena al texto)

Por su parte, el nuevo párrafo del artículo 52 del Decreto 2474 de 2008, introducido por el artículo 5 del Decreto 2025 de 2009 demandado, prevé que los procesos de selección a que se refiere la letra h. del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, no se someterán a la convocatoria pública de que trata el artículo 4 del primero de los decretos¹⁵, con el fin de preservar la seguridad de los beneficiarios de los respectivos programas.

Como puede apreciarse, el párrafo segundo del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 no excluye los contratos de entidades a cargo de ejecución de programas de protección de personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada, protección de Derechos Humanos y población con alto grado de exclusión, de la publicidad de “todos los procedimientos y actos”, entre ellos, por supuesto, el de la convocatoria pública, propio de la modalidad de selección abreviada; en cambio y a contrariedad de la ley, el párrafo del artículo 5 demandado del Decreto 2025 de 2009 -que modificó y subrogó el

¹⁵ Dicho artículo 4 del Decreto 2474 de 2008, es del siguiente tenor: “Artículo 4º. *Convocatoria pública.* En los procesos de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos se hará convocatoria pública. / El aviso de convocatoria para la contratación se publicará de conformidad con las reglas señaladas en el artículo 8º del presente decreto, y contendrá la información necesaria para dar a conocer el objeto a contratar, la modalidad de selección que se utilizará, el presupuesto oficial del contrato, así como el lugar físico o electrónico donde puede consultarse el proyecto de pliego de condiciones y los estudios y documentos previos.”



Radicado 110010326000200900073 00 (37.083)

artículo 52 del Decreto 2474 de 2008- si lo hace, al eliminar dicho llamado público en la contratación de los mencionados programas.

Así las cosas, para la Sala asiste razón al actor cuando señala que la norma reglamentaria infringe ostensiblemente la norma legal reglamentada, toda vez que, mientras el párrafo segundo del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 dispuso que el procedimiento aplicable a todas las causales de la modalidad de contratación abreviada, cuya reglamentación corresponde al Gobierno Nacional, debe sujetarse a las reglas en él previstas, una de las cuales es, precisamente, la obligación de dar publicidad a todos los procedimientos y actos, el párrafo del artículo 5 demandado del Decreto 2025 de 2009 -que modificó y subrogó el artículo 52 del Decreto 2474 de 2008- estableció que en los procesos de selección abreviada de los contratos de entidades a cargo de ejecución de programas de protección de personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada, protección de Derechos Humanos y población con alto grado de exclusión, entre otros¹⁶, se prescindirá de la convocatoria pública, la cual, sin duda y por antonomasia, es manifestación de dicha regla legal.

Por lo expuesto, la Sala dispondrá la suspensión provisional de los efectos del párrafo del artículo 5 demandado del Decreto 2025 de 2009, dado que de la sola confrontación del mismo con el texto normativo de la Ley 1150 de 2007, surge en forma sencilla y *ab initio* su ilegalidad manifiesta por infracción a ésta.

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

¹⁶ Consagrados en la letra h. del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.



Radicado 110010326000200900073 00 (37.083)

RESUELVE:

PRIMERO: ADMÍTESE la demanda de nulidad interpuesta por el ciudadano **MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**, contra los artículos 3, 5 parágrafo y 9 parágrafo primero del Decreto 2025 de 3 de junio de 2009, "[p]or el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y se dictan otras disposiciones en materia de contratación pública", expedido por el Presidente de la República.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al agente del Ministerio Público.

TERCERO: NOTIFÍQUESE personalmente este auto a los señores: Ministro del Interior y de Justicia, Ministro de Hacienda y Crédito Público, Ministro de Transporte y Director del Departamento Nacional de Planeación.

CUARTO: FÍJESE en lista por el término de diez (10) días.

QUINTO: DECRÉTASE la suspensión provisional de los efectos del parágrafo del artículo 5 demandado del Decreto 2025 de 2009, que modificó y subrogó el artículo 52 del Decreto 2474 de 2008, por las razones expuestas en la presente providencia.

SEXTO: NIEGÁSE la suspensión provisional de los efectos de los artículos 3 y 9 parágrafo primero del Decreto 2025 de 3 de junio de 2009, por los motivos expresados en este auto.

SÉPTIMO: SOLICÍTESE por Secretaría de la sección, a las entidades demandadas el envío, en copia íntegra y auténtica, de los antecedentes administrativos de las disposiciones reglamentarias demandadas del Decreto 2025 de 2009, expedido por el Presidente de la República, dentro del término



Radicado 110010326000200900073 00 (37.083)

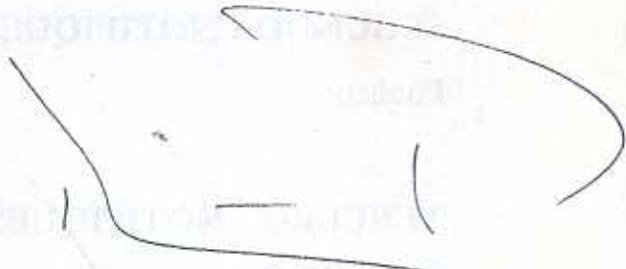
de 10 días, y con la advertencia de que el desacato a esta solicitud o la inobservancia del plazo constituye falta disciplinaria.

OCTAVO: TÉNGASE al ciudadano MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, como parte demandante, y por tratarse de una acción pública RECONÓCESE personería para actuar a nombre propio.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala



RUTH STELLA CORREA PALACIO



MAURICIO FAJARDO GÓMEZ



MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR