



725

390

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Consejera ponente: **RUTH STELLA CORREA PALACIO**

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 110010326000200900043 00 (36.805)

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 2474 de 7 de julio de 2008, del Decreto 066 de 16 de enero de 2008 y del Decreto 127 de 19 de enero de 2009, 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 27 de abril 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: 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*



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones"; ii) el artículo 83 (parcial) del Decreto 066 de 2008 "por el cual se reglamenta parcialmente 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".

A juicio del actor las citadas normas reglamentarias vulneran el artículo 150 numerales 1, 2 e inciso final, y 189 numeral 11 de la Constitución Política; el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007; el artículo 24 párrafo 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



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

artículo 128 del C.C.A.), como quiera que se pretende la nulidad de unas normas de naturaleza reglamentaria, contenidas en el Decreto 2474 de 7 de julio de 2008, en el Decreto 066 de 16 de enero de 2008 y en el Decreto 127 de 19 de enero de 2009, actos de carácter general y administrativo, por los cuales se reglamentó parcialmente las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, respecto de las modalidades de selección, así como de los principios de publicidad y selección objetiva, y que fueron 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 leyes¹.

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 2474 de 7 de julio de 2008³, Decreto 066 de 16 de enero de 2008 y Decreto 127 de

¹ El Decreto 2474 de 2008 –y por ende el Decreto 127 de 2009 que lo modifica– es 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. 9523; y 3 diciembre de 2007, Exp. 24.715 y otros -acumulados-. En este sentido, también la Sala respecto de la connotación de reglamento del Decreto 066 de 2008, se ha pronunciado al conocer de varias demandas contra el mismo. Vid. Auto de 3 de septiembre de 2008, Exp. 35.181.

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

³ Este decreto fue expedido por el Presidente de la República y publicado en el Diario Oficial 47.043 de 7 de julio de 2008, reglamentó nuevamente las materias de las que se ocupaba el Decreto 066 de 2008 y, por lo mismo, lo derogó integralmente, con excepción de su artículo 83, tal y como lo dispone su artículo 92.



19 de enero de 2009) y que cumple con los requisitos de ley (artículos arts. 128, 137, 138, 139, 142 y 143 del C.C.A).

La Sala anota que adelantará el análisis de legalidad de las normas del Decreto 2474 de 2008, no obstante que varias de ellas fueron derogadas o modificadas expresamente (por ejemplo, los artículos 46, 47 52) y por los decretos 2025 de 3 de junio de 2009 y 3576 de 17 de septiembre de 2009, 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 rigieron.

3. La suspensión provisional solicitada

La suspensión provisional, hoy prevista en el artículo 238 de la Constitución Política⁴, 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 Política⁵, 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 ostensibles violatorios del orden jurídico

⁴ 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".

⁵ El artículo 193 de la Constitución Nacional de 1886 ya la consagraba.



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

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.).

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, palmar 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 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 administrativo⁶.

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 en el mismo orden propuesto 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 de los artículos 46, 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008, al numeral 4 y al párrafo del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, por extender la contratación directa a eventos no previstos por la ley.

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

“Artículo 46. “Contratación de mínima cuantía.

⁶ A este respecto ver: Auto de 27 de mayo de 2009, Exp. 36476.



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

Cuando el valor del contrato por celebrar sea igual o inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía, la entidad podrá contratar tomando como única consideración las condiciones del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas, haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación de la entidad le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar.

“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 definido por la entidad en el manual de contratación siempre que 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, y se siga el procedimiento que consagre el Manual de Contratación.

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

“Artículo 47. De los contratos de prestación de servicios de salud.

Las entidades estatales que requieran la prestación de servicios de salud, (sic) se celebrarán por parte de la entidad tomando como única consideración las condiciones del mercado, 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. Las personas naturales o jurídicas que presten dichos servicios deben estar inscritas en el registro especial nacional del Ministerio de la Protección Social o quien haga sus veces, de conformidad con la Ley 10 de 1990.” (Lo subrayado corresponde a lo demandado).

“Artículo 52. Procedimiento de contratación.

Los contratos a los que se refiere el literal h) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, y que estén directamente relacionados con el desarrollo o ejecución de los proyectos en ella mencionados, se celebrarán por parte de la entidad tomando como única consideración las condiciones del mercado, haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar.



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

No se hará la publicación de que trata el artículo 8° del presente decreto, cuando con el fin de preservar la seguridad de los beneficiarios del programa, la entidad así lo determine.

Si el objeto a contratar es de características técnicas uniformes y de común utilización se aplicará el procedimiento señalado para este tipo de objetos.”
(Lo subrayado corresponde a lo demandado).

3.1.2. Cargos de infracción manifiesta expuestos por el actor

Señaló el actor que las disposiciones reglamentarias reproducidas, aunque se encuentren en la sección que desarrolla la selección abreviada, incluyeron tres eventos de contratación directa que no fueron previstos por el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en la medida en que el único requisito al que se someten es el considerar las condiciones del mercado. Así mismo, sostuvo que los tres artículos demandados violan el citado artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y su parágrafo 2°, por cuanto, en contra de lo dispuesto en la ley, eximen a las entidades contratantes de cumplir los requisitos necesarios para obtener varias ofertas y para que éstas sean evaluadas de manera objetiva conforme a los pliegos de condiciones o sus equivalentes.

3.1.3. Consideraciones de la Sala

En primer término, cabe observar que los artículos reglamentarios demandados y antes reproducidos del Decreto 2474 de 2008, fueron modificados por el Gobierno Nacional con posterioridad a la presentación de la demanda, así:

- a) El artículo 46, relacionado con la contratación de mínima cuantía, fue modificado por el artículo 3° del Decreto 2025 de 3 de junio 2009 y éste a su vez derogado por el artículo 6 del Decreto 3576 de 17 de septiembre de 2009;



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

b) El artículo 47, atinente a los contratos de prestación de servicios de salud, fue modificado por el artículo 4 del Decreto 2025 de 3 de junio de 2009; y

c) El artículo 52, concerniente al procedimiento para la celebración de los contratos de entidades a cargo de la ejecución de programas de protección de personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada, protección de derechos humanos y población con alto grado de exclusión, fue modificado por el artículo 5 del Decreto 2025 de 3 de junio de 2009.

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, 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..."⁷ (Subraya la Sala).

Dicho de otro modo, como quiera que las normas reglamentarias demandadas, según se explicó, fueron modificadas y, por ende, derogadas, no es procedente decretar la suspensión provisional de sus efectos cuando éstas ya no los están

⁷ 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.



produciendo, es decir, en la medida en que actualmente no resulta obligatoria su observancia y acatamiento⁸.

En segundo término, esta Sala ya había decretado la medida cautelar de las disposiciones atacadas o de parte de las mismas a propósito de otras demandas contra ellas, aunque por cargos diferentes a los expuestos por el aquí demandante; en efecto:

a) El artículo 46 fue suspendido provisionalmente en su totalidad mediante Auto de 27 de mayo de 2009, Rad. 2009-00101-00 (36.054), confirmado mediante providencia de agosto 6 de 2009, razón por la cual es menester traer a colación lo dicho en esa oportunidad:

“...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

⁸ Ver en este sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de 3 de septiembre de 2008, Exp. 35.181.



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

la denominación de “mínima cuantía”, cuando el legislador quiso otra cosa, cuya utilidad o pertinencia no es el momento de valorar.

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.”

b) Los artículos 47 y 52, en la expresión incluida en los mismos “...*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...*”, fueron suspendidos provisionalmente por el Consejo de Estado mediante auto de 1 de abril de 2009, Rad. 2009-00024-00(36476), confirmado mediante providencia de 27 de mayo de 2009, por lo siguiente:

“La potestad reglamentaria es una función administrativa atribuida por la Constitución Política al Gobierno Nacional, para la correcta y cumplida ejecución de las leyes, que, como ha tenido oportunidad de señalar esta Sala⁹, es de carácter permanente, inalienable, intransferible e irrenunciable.

Al ser una atribución otorgada constitucionalmente al Presidente de la República, en su calidad de primera autoridad administrativa, no necesita de norma legal expresa que la confiera, ni puede ser limitada en cuanto a la materia y el tiempo en que pueda utilizarla, mientras continúe vigente la norma legal a reglamentar; por ello, esta facultad no es susceptible de renuncia, transferencia o delegación por el Gobierno Nacional a otro órgano del Estado.

Además, el Presidente de la República no requiere autorización por parte del Legislador para el ejercicio de su facultad reglamentaria, de manera que si éste establece en la ley que el mismo reglamentará la materia, dicha indicación debe entenderse simplemente como el reconocimiento de que para su efectivo cumplimiento es necesaria la expedición de una reglamentación, bajo el concepto de colaboración armónica que sustenta la estructura y el funcionamiento del Estado (inciso 2 del artículo 113 C.P.).

Con todo, la facultad reglamentaria no es absoluta, pues, como lo ha sostenido la Sala, encuentra su límite y ámbito de acción en la Constitución Política y en la ley, a las cuales debe sumisión y respeto, es decir, está sujeta y limitada al orden jurídico superior y, por tanto, no puede desconocer sus preceptos, ni suprimirlos, restringirlos, alterarlos, ampliarlos, adicionarlos o modificarlos, porque ello entrañaría invadir la órbita constitucional de competencia del Legislador.

⁹ Cita de la providencia transcrita: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 diciembre de 2007, Exp. 24.715 y otros -acumulados-.”



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

Así las cosas, es evidente que las expresiones contenidas en los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008, que implican que la escogencia del contratista en los contratos para la prestación de servicios de salud consagrados en la letra c) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 se adelantará "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"; o, en los contratos de las entidades a cuyo cargo se encuentre la ejecución de programas de protección a personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada entre otros consagrados en la letra h) ibídem se realizará "haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar", respectivamente, son ostensiblemente violatorias del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política y del propio artículo 2 numeral 2 de la Ley 1150 de 2007.

"En efecto, si la Constitución Política estableció la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente de la República (art. 189 No. 11), y la Ley 1150 de 2007 (numeral 2 del artículo 2) reiteró la necesidad de su ejercicio para reglamentar el procedimiento que deben cumplir las entidades estatales para cada una de las causales de la modalidad de selección abreviada, no podía el Gobierno Nacional, en verdad, como lo acusa el actor, entregar, transferir o delegarle a otro órgano de la Rama Ejecutiva o de cualquier otra Rama del poder público u órgano independiente o de control la expedición de ese procedimiento.

"Y, en el *sub examen*, de la sola lectura de las normas acusadas, se desprende que el Gobierno Nacional ciertamente se sustrajo de la labor de reglamentar dicho procedimiento para la selección abreviada por las causales c) y h) del 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 esos contratos, con el fin de que lo adoptaran a través de sus manuales internos de contratación.

"Es decir, cuando el Gobierno Nacional en las normas atacadas remitió el procedimiento de contratación a seguir en esos precisos eventos de selección abreviada a los Manuales Internos de Contratación de las entidades públicas, renunció a la facultad constitucional reglamentaria que le es propia y la transfirió indebidamente a las entidades públicas sujetas al estatuto general de contratación, lo cual, a todas luces, vicia de ilegalidad esas disposiciones.

"En tal virtud, para la Sala es claro que el Gobierno Nacional omitió el deber de reglamentar el procedimiento de selección abreviada para estas dos causales y, *contrario sensu*, lo confió a las entidades públicas, con lo cual, sin que sea menester entrar a un análisis profundo de la situación controvertida, se colige que las normas reglamentarias desconocen y conculcan, en forma manifiesta, las normas superiores invocadas, que le asignan a aquél con carácter permanente, inalienable, intransferible e irrenunciable la potestad reglamentaria y proclaman su ejercicio para que pueda contratarse bajo esa modalidad en esos eventos."



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

En este orden de ideas, no resulta procedente el estudio de los cargos en esta etapa del proceso y menos aún el decreto de la medida cautelar, por cuanto las normas reglamentarias demandadas no se encuentran rigiendo bien porque fueron derogadas, ora porque en virtud de autos debidamente ejecutoriados fueron suspendidos sus efectos por esta Corporación, integralmente respecto del artículo 46 y parcialmente en cuanto a los artículos 47 y 52 -en las expresiones anotadas-, providencias a las cuales se estará en lo allí resuelto (Auto de 27 de mayo de 2009, Rad. 2009-00101-00 (36.054), confirmado mediante providencia de agosto 6 de 2009; y Auto de 1 de abril de 2009, Rad. 2009-00024-00 (36476), confirmado mediante providencia de 27 de mayo de 2009).

3.2. Violación manifiesta de los artículos 53 (excepto el párrafo 1º) y 79 del Decreto 2474 de 2008, al artículo 189 No. 11 C.P. y al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 numeral 2 letra i. y numeral 4 letra d. y párrafo primero, por falta de competencia del Gobierno Nacional.

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

“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:

1. Material blindado o adquisición de vehículos para blindar.
2. Materiales explosivos y pirotécnicos, materias primas para su fabricación y accesorios para su empleo.
3. Paracaídas y equipos de salto para unidades aerotransportadas, incluidos los necesarios para su mantenimiento.
4. Los equipos de buceo y de voladuras submarinas, sus repuestos y accesorios.



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

5. Los elementos necesarios para mantener el orden y la seguridad en los establecimientos de reclusión nacional del sistema penitenciario y carcelario colombiano, tales como sistemas de seguridad, armas y equipos incluyendo máquinas de Rayos X, arcos detectores de metales, detectores manuales de metales, visores nocturnos y demás.

6. Los bienes y servicios requeridos por la Organización Electoral - Registraduría Nacional del Estado Civil para la realización del proceso de modernización de la cedulaación, identificación ciudadana y aquellos que requieran las entidades del Estado para acceder a los sistemas de información de la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como para la realización de las elecciones.

7. La alimentación del personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que comprende las raciones de campaña, el abastecimiento de las unidades en operaciones, en áreas de instrucción y entrenamiento, cuarteles, guarniciones militares, escuelas de formación militar y policial y cualquier tipo de instalación militar o policial; incluyendo su adquisición, suministro, transporte, almacenamiento, manipulación y transformación, por cualquier medio económico, técnico y/o jurídico.

8. Elementos necesarios para la dotación de vestuario o equipo individual o colectivo de la Fuerza Pública.

9. Medicamentos e insumos médicos-quirúrgicos de estrecho margen terapéutico, para enfermedades de alto costo.

10. La prestación de servicios médicos asistenciales y prioritarios para enfermedades de alto costo.

11. Equipos de hospitales militares y establecimientos de sanidad del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, equipos de sanidad de campaña y equipos militares de campaña destinados a la defensa nacional y al uso privativo de las fuerzas militares.

12. El diseño, adquisición, construcción, adecuación, instalación y mantenimiento de sistemas de tratamiento y suministro de agua potable, plantas de agua residual y de desechos sólidos que requieran las Fuerzas Militares y la Policía Nacional para el desarrollo de la misión y funciones que les han sido asignadas por la Constitución y la ley.

13. Los bienes y servicios que sean adquiridos con cargo a las partidas fijas o asimiladas de las unidades militares y a las partidas presupuestales asignadas en los rubros de apoyo de operaciones militares y policiales y comicios electorales.

14. Adquisición, adecuación de las instalaciones de la Rama Judicial, del Ministerio Público y excepcionalmente del Ministerio del Interior y de Justicia, que se requieran por motivos de seguridad, en razón de riesgos previamente calificados por el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o por la Policía Nacional.

15. Adquisición de vehículos para blindar, repuestos para automotores, equipos de seguridad, motocicletas, sistemas de comunicaciones, equipos de rayos X de



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

detección de armas, de explosivos plásticos, de gases y de correspondencia para la seguridad y protección de los servidores y ex servidores de la Rama Judicial del Ministerio Público y excepcionalmente del Ministerio del Interior y de Justicia, que se requieran por motivos de seguridad, en razón de riesgos previamente calificados por el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o por la Policía Nacional.

16. El mantenimiento de los bienes y servicios señalados en el presente artículo, así como las consultorías que para la adquisición o mantenimiento de los mismos se requieran, incluyendo las interventorías necesarias para la ejecución de los respectivos contratos.

17. Bienes y servicios requeridos directamente para la implementación y ejecución del Sistema Integrado de Emergencia y Seguridad –SIES– y sus Subsistemas.

18. Los contratos a que se refiere el artículo 79 del presente decreto, cuando sean celebrados por la Fiscalía General de la Nación o el Consejo Superior de la Judicatura.

Parágrafo 1°. Los contratos que se suscriban para la adquisición de los bienes y servicios a que hace referencia el presente artículo se someterán en su celebración al procedimiento establecido para la menor cuantía de conformidad con lo señalado en los artículos 44 a 45 del presente decreto.

Cuando se trate de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, podrán adquirirse mediante los procedimientos descritos en la Sección I del Capítulo II del presente decreto. En este caso se entenderá que son bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización aquellos que cuenten con Norma Técnica Militar o Especificaciones Técnicas que reflejen las máximas condiciones técnicas que requiera la Entidad, prescindiendo de cualquier otra consideración.

Parágrafo 2°. 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 3°. El procedimiento señalado en el presente artículo podrá ser aplicado por entidades públicas distintas a las señaladas en el inciso 1° 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 4°. 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.” (Lo subrayado corresponde a lo demandado).



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

“Artículo 79. Contratación reservada del Sector Defensa y el DAS.

Para los efectos previstos en el numeral 4 literal d) del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, entiéndase por bienes y servicios en el sector defensa que necesitan reserva para su adquisición los siguientes:

1. Armas y sistemas de armamento mayor y menor de todos los tipos, modelos y calibres con sus accesorios, repuestos y los elementos necesarios para la instrucción de tiro, operación, manejo y mantenimiento de los mismos.
2. Elementos, equipos y accesorios contra motines.
3. Herramientas y equipos para pruebas y mantenimiento del material de guerra, defensa y seguridad nacional.
4. Equipos optrónicos y de visión nocturna, sus accesorios, repuestos e implementos necesarios para su funcionamiento.
5. Equipos y demás implementos de comunicaciones, sus accesorios, repuestos e implementos necesarios para su funcionamiento.
6. Equipos de transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo con sus accesorios, repuestos, combustibles, lubricantes y grasas, necesarios para el transporte de personal y material del sector defensa y del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS.
7. Todo tipo de naves, artefactos navales y fluviales, así como aeronaves destinadas al servicio del ramo de defensa nacional, con sus accesorios, repuestos y demás elementos necesarios para su operabilidad y funcionamiento.
8. Municiones, torpedos y minas de todos los tipos, clases y calibres para los sistemas de armas y armamento mayor o menor.
9. Equipos de detección aérea, de superficie y submarinas, sus repuestos y accesorios, equipos de sintonía y calibración para el sector defensa.
10. Equipos de inteligencia que requieran el sector defensa y el Departamento Administrativo de Seguridad.
11. Las obras públicas cuyas características especiales tengan relación directa con la defensa y seguridad nacionales, así como las consultorías relacionadas con las mismas, de acuerdo con lo señalado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.
12. La prestación de servicios relacionados con la capacitación, instrucción y entrenamiento militar y policial del personal de la Fuerza Pública, así como para el diseño de estrategias relacionadas con la Defensa y/o Seguridad Nacional.
13. Los convenios de cooperación industrial y social (offset) que se celebren con los contratistas de los bienes y servicios a que se refieren el artículo 53 y el



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

presente artículo, los cuales tendrán como propósito incentivar la transferencia de tecnología tanto al sector público como al sector real, así como favorecer el desarrollo industrial y social del país. El convenio será autónomo en relación con el contrato o contratos que les sirven de origen en todos sus aspectos, y en él se acordarán los objetivos de cooperación, las prestaciones mutuas que se darán las partes para la obtención del objetivo buscado, así como las condiciones que se acuerden entre las partes, incluyendo garantías en el evento en que se estimen necesarias. En ningún caso los convenios supondrán compromisos presupuestales de la entidad contratante, sin perjuicio de la realización de inversiones que resulten necesarias para materializar el objeto de la cooperación. Se entienden incluidos dentro de la presente causal los acuerdos derivados del convenio, tanto con la entidad transferente de tecnología, como con los beneficiarios.

14. El mantenimiento de los bienes y servicios señalados en el presente artículo, así como las consultorías que para la adquisición o mantenimiento de los mismos se requieran, incluyendo las interventorías necesarias para la ejecución de los respectivos contratos.

Parágrafo. Los contratos que se suscriban para la adquisición de los bienes o servicios a que hace referencia el presente artículo no requerirán de la obtención previa de varias ofertas y tendrán como única consideración la adquisición en condiciones de mercado. Las condiciones técnicas de los contratos a que se refiere este artículo no pueden ser reveladas y en consecuencia se exceptúan de publicación.” (Lo subrayado corresponde a lo demandado).

3.2.2. Cargos de infracción manifiesta expuestos por el actor

Reprocha el actor la legalidad de las citadas normas reglamentarias con base estos argumentos:

3.2.2.1. La enumeración de entidades públicas y bienes y servicios respecto de los cuales se aplica la causal prevista en la letra i. de la selección abreviada (numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007) y respecto de los cuales se aplica la causal prevista en la letra d. de la contratación directa (numeral 4 *ibídem*).

Afirmó el actor que la enumeración de las entidades públicas a las cuales hace referencia el artículo 53 del Decreto 2474 de 2008 y la consagración del trámite para extenderla, así como la de contratos, bienes y servicios hecha en



esa misma norma y en el artículo 79 *eiusdem*, es ilegal, porque el Gobierno Nacional carecía de competencia para realizarla en la medida en que tales causales de selección abreviada y de contratación directa deben ser aplicadas y justificadas a la iniciación del proceso por los representantes legales de las entidades en la forma prevista en la ley (parágrafo primero art. 2 de la Ley 1150 de 2007).

Así, en su concepto, el Ejecutivo excedió su competencia (art. 189-11 C.P.), en tanto la enumeración de las entidades y contratos que se hace en las dos normas citadas habilita a las primeras para que prescindan de la licitación pública en eventos en los cuales, al no existir esta reglamentación, no podrían pretermitirla; además que convierte en automáticas unas excepciones a la licitación pública que sólo podrían haber sido aplicadas en los casos taxativamente previstos por el legislador y previa justificación del representante legal.

3.2.2.2. La extensión de la excepción de licitación pública a entidades no vinculadas a la defensa y seguridad nacional.

Advirtió el demandante que la excepción de la licitación pública a entidades no vinculadas a la defensa y seguridad nacional, según lo dispuesto por el artículo 53 y su parágrafo cuarto del Decreto 2474 de 2008, esto es, la Presidencia de la República, el Ministerio del Interior y de Justicia, la Fiscalía General de la Nación, el INPEC, la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Consejo Superior de la Judicatura y el INVÍAS, lo cual conlleva a acudir a la selección abreviada, sin importar la cuantía del contrato, extendió esta causal a hipótesis no previstas en la ley.



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

3.2.2.3. La competencia de la Secretaría Jurídica para extender a otras entidades las excepciones consagradas para las entidades vinculadas al sector la defensa y seguridad nacional (parágrafo 3 del artículo 53).

A juicio del censor el ejecutivo no puede establecer en el decreto reglamentario, en el parágrafo 3 del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008, un requisito que no fue previsto por el legislador para que las entidades acudan a la modalidad de contratación de selección abreviada y menos aún crear una competencia a cargo de la Secretaría Jurídica con tal propósito. Además, agregó que cuando dicho parágrafo del artículo 53 remite a los contratos señalados en el artículo 79 del mismo Decreto 2474, implica que el concepto de esa secretaría no sólo sirve para autorizar la contratación abreviada por motivos de seguridad y defensa nacional, sino también para autorizar la modalidad de contratación directa por reserva a entidades que no fueron incluidas dentro de esta excepción.

De otra parte, consideró que la violación de la ley es evidente, en la medida en que el literal "d" del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, específicamente señaló cuáles eran las entidades a las que se podía aplicar esta causal de contratación directa por necesidad de reserva y lo que hace el ejecutivo es permitir que la misma se extienda a cualquier entidad mediando concepto previo de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

3.2.2.4. La enumeración de bienes, servicios y contratos para la defensa y seguridad nacional (art. 53 y parágrafo 4 del mismo artículo)

En opinión del actor la enumeración que hace el artículo 53 desconoce la voluntad del legislador porque desarrolla una excepción que fue prevista en la ley atendiendo la causa de los contratos, esto es: *"bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional"*, sobre aspectos totalmente



extraños a ella como son la entidad que celebra el contrato, el objeto sobre el cual recae el mismo y la naturaleza o clase de contrato celebrado. Por eso, consideró que el ejecutivo desbordó la facultad reglamentaria al desconocer la voluntad del legislador cuando consagró como fundamento una finalidad general distinta a la prevista en la ley para la excepción.

Explicó que la entidad que celebra el contrato, así como la categoría del mismo, son totalmente independientes de la finalidad que se persiga con el mismo; y que tampoco es el objeto o bien sobre el cual versa el contrato lo que tuvo en cuenta el legislador en este caso, sino el propósito para la defensa y seguridad nacional; así observó que:

- (i) La adquisición de vehículos para blindar o los equipos de buceo, etc., bien puede requerirse o no para actividades relacionadas con la defensa o seguridad nacional (Nos. 1 a 3).
- (ii) La alimentación del personal de las fuerzas armadas, los elementos de vestuario, los medicamentos, servicios médicos y equipos hospitalarios, pueden ser celebrados o no con esa finalidad, y en la medida en que no, deben estar sometidos a las mismas reglas de todas las entidades estatales, es decir, celebrarse mediante la modalidad de licitación pública (Nos. 7 a 11).
- (iii) Los contratos celebrados por el INPEC para el mantenimiento del orden y seguridad de las cárceles (No. 5), así como también los contratos sobre bienes y servicios requeridos por la Organización Electoral para la identificación y las elecciones, son categorías no previstas en la ley e involucran un concepto y finalidades generales diferentes a la defensa y seguridad nacional (No. 6).



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

(iv) Los contratos para la seguridad en carreteras que desarrolle el INVÍAS (parágrafo cuarto del artículo 53), se refiere a una excepción no prevista en la ley, fundada en la naturaleza de la entidad y en una noción distinta de la seguridad y defensa nacional.

(v) La extensión de la excepción a los contratos en los cuales estén involucrados recursos del sector defensa no es el factor previsto por la ley para fundamentar la excepción, sino aquellos que celebra el sector defensa, precisamente, para la defensa y seguridad nacional. De esta manera, el artículo 53 demandado, en vez de realizar una enumeración de bienes y servicios, lo que hace es excepcionar de la licitación pública ciertos tipos de contratos que celebran determinadas entidades públicas, para cumplir propósitos y finalidades distintas de las señaladas por la ley, y sin importar la cuantía de los mismos, como son: a) los contratos en materia de sistemas de tratamiento y suministro de agua potable que requieran las fuerzas militares y de policía nacional para el desarrollo de la misión y funciones que les han sido asignadas por la Constitución y la ley (No. 12); o b) los contratos que celebren las entidades del sector defensa con cargo a las partidas presupuestales de apoyo operaciones militares, policiales y comicios electorales (No. 13); o c) los contratos relacionados con las instalaciones de la Rama Judicial, Ministerio Público y Ministerio del Interior y de Justicia (No. 14); o d) los contratos sobre vehículos y equipos para la seguridad y protección (personal) de los servidores o ex servidores de la Rama Judicial y del Ministerio del Interior y de Justicia (No. 15); o e) los contratos para el mantenimiento de bienes y servicios a los que se refiere el mismo artículo 53 y las consultorías e interventorías necesarias para éstos (No. 16); o f) los contratos para los bienes y servicios requeridos para el Sistema Integrado de Emergencia y Seguridad – SIES- y sus subsistemas, el cual es definido por el CONPES -esto es, otra instancia que llenará el contenido de los contratos que quedan amparados por la misma- (No. 17); o g) los contratos a que se refiere el artículo 79, esto es,



los que pueden hacerse directamente por el sector defensa y que necesitan reserva para su adquisición, cuando sean celebrados por la Fiscalía General de la Nación o el Consejo Superior de la Judicatura, sin considerar que en este evento se autorizó un proceso que está sometido a la misma publicidad que la licitación pública.

3.2.2.5. La extensión de la contratación directa por reserva a entidades distintas de las señaladas por el legislador (parágrafo 2 del artículo 53).

Expuso el libelista que el parágrafo segundo del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008, introdujo un evento de contratación directa no previsto por el legislador, dado que autorizó dicha modalidad para la adquisición de los bienes y servicios relacionados en esa norma por parte de la Presidencia de la República, las entidades del sector defensa, el DAS, la Fiscalía General de la Nación, el INPEC, la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Superior de la Judicatura, cuando por razones de seguridad nacional esta deba ser reservada; en tanto en la Ley 1150 de 2007, se incluyó dentro de los casos de contratación directa la de los bienes y servicios del Sector Defensa y el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesitan reserva para su adquisición. Por consiguiente, estimó que el decreto extendió a otras entidades la causal de contratación directa prevista en el literal d. del numeral cuarto del artículo 2 de la citada ley.

3.2.3. Consideraciones de la Sala

De acuerdo con el demandante, los artículos 53 y 79 del Decreto 2474 de 2008 vulneran el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 2 numeral 2 letra i. y numeral cuarto letra d. de la Ley 1150 de 2007, porque el Gobierno Nacional excedió su competencia reglamentaria cuando extendió a entidades distintas a las vinculadas al sector de defensa y el DAS el



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

mecanismo de selección abreviada para la contratación de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional, así como cuando enumeró los bienes, servicios y contratos que deben ser entendidos para esos efectos, dado que, de una parte, habilitó a aquellas para que, sin importar la cuantía del contrato, prescindan de la licitación pública y, de otra parte, convirtió en automática una excepción que sólo puede ser aplicada previa justificación del representante legal en el caso previsto por el legislador (parágrafo 1 *ibídem*), esto es, atendiendo la causa y finalidad de esos contratos.

Delimitado el cargo formulado por el actor, la Sala observa que el artículo 189 numeral 11° de la Constitución Política, que se dice vulnerado, señaló que corresponde al Presidente de la República, como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa “[e]jercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”; de manera pues que, a términos del canon constitucional, el poder reglamentario se encuentra limitado en función a la necesidad de la cumplida ejecución de la ley, que es su vez su *telos* o finalidad expresa, lo que significa que al reglamentar las normas de contratación pública, dentro del margen de determinación y espacio de configuración de ese poder normativo, debe obrar con razonabilidad y proporcionalidad al precisar los conceptos que permitan en forma adecuada y efectiva aplicarlas, con subordinación a la Constitución y a la ley¹⁰, normativa superior cuyo sentido no puede contrariar, modificar, ampliar, suprimir, adicionar, limitar o condicionar, límites que deben ser tenidos en cuenta al momento de reglamentar la ley.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 6 de julio de 2005, Exp. 11575, en la cual se negó la nulidad del artículo 21, inciso 3, del Decreto 679 de 28 de marzo de 1994, proferido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993, en materia de contratación estatal.



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

Por otro lado, el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007¹¹, que reformó la Ley 80 de 1993, estableció que la escogencia del contratista por parte de las entidades públicas se efectuará, con arreglo a las siguientes cuatro modalidades de selección¹²:

- (i) Licitación Pública, procedimiento en el que la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccionen entre ellas la más favorable, el cual continúa siendo la regla general de selección, con las excepciones correspondientes a la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación directa.
- (ii) Selección abreviada, esto es, aquella que corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos 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.
- (iii) Concurso de méritos, modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación y, que, de conformidad con las condiciones señaladas en el reglamento, las propuestas técnicas o de proyectos podrán ser presentadas en forma anónima ante un jurado plural, impar, deliberante y calificado.
- (iv) Contratación directa, modalidad que se preserva en forma excepcional y, por ende, es de aplicación e interpretación restrictiva, en tanto a ella pueden acudir las entidades públicas para celebrar contratos en determinados eventos

¹¹ 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.

¹² Originalmente la Ley 80 de 1993, consagró tres modalidades de selección contractual: la licitación pública, el concurso y la contratación directa.



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

tipificados expresa y taxativamente en la ley, en los que se estimó que resultaba procedente un trámite más expedito, simplificado y ágil, que aunque no precisa ni requiere de los formalismos y múltiples etapas y términos previstos para la licitación pública, debe cumplir los mismos principios que la ley dispuso para la contratación del Estado.

Igualmente, en el citado artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el legislador estableció cada una de las causales de selección abreviada, y dentro de ellas, dispuso, en la letra i. del numeral 2, "...[l]a contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional...", así como también determinó los casos en que procedería la contratación directa, señalando, en la letra d. del numeral 4, "...[l]a contratación de los bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición...". Cabe observar que, tanto en el numeral 2 *ibidem* 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 que, a diferencia de lo previsto en la Ley 1150 de 2007, anteriormente, en el numeral 1 letra i. del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 (derogado según el artículo 32 *ibidem*) se consagraba la contratación de los bienes y servicios requeridos para la seguridad y defensa nacionales como causal de contratación directa, la cual se encontraba reglamentada por el Gobierno Nacional en los decretos 855 de 1994, 329 de 1995, 1275 de 1995; 2964 de 1997; 2334 de 1999; 219 de 2006 y 499 de 2007, mediante los cuales



se fijaba un listado de los bienes, actividades y servicios a los que se le predicaba esa calificativo que se podían adquirir a través de ese tipo de contratación, se enunciaban algunas de las entidades que, por regla general, los adelantaban, y se establecía el procedimiento a seguir. Es decir, la adquisición de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional, se transformó de causal de contratación directa a causal de selección abreviada, y cuando dichos bienes y servicios requieren reserva y se celebren por el Sector Defensa y el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, será causal de contratación directa.

Ahora bien, precisamente, en los artículos 53 y 79 demandados del Decreto 2474 de 2008, se están reglamentando por el Gobierno Nacional las causales de selección abreviada y contratación directa antes aludidas de la Ley 1150 de 2007, así:

a) En el artículo 53, se realiza un listado de los bienes y servicios que se requieren para la defensa y seguridad nacionales (18 numerales), teniendo en cuenta, de una parte, la entidad que se estima en el reglamento como autorizada para adquirirlos, habilitación que puede extenderse a otras entidades previo concepto favorable de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República; y de otra parte, la categoría o calificación anotada de los mismos. Y, respecto del procedimiento aplicable, la disposición reglamentaria se remitió a lo consagrado para la selección abreviada por menor cuantía, y cuanto se trate de bienes y servicios de características uniformes, es decir, aquellos que cuenten con la norma técnica militar o especificaciones técnicas que reflejen las máximas condiciones técnicas que requiera la entidad, al procedimiento previsto para la adquisición de estos bienes en los artículos 16 y ss. del decreto.

b) A su turno, en el artículo 79 *ejusdem*, se fijó un listado de los objetos contractuales, bienes y servicios (14 numerales), cuya adquisición requieren



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

reserva, y se enunciaron las entidades contratantes que pueden adquirir tales objetos en la circunstancia anotada y, por tanto, mediante el mecanismo de la contratación directa, esto es, las entidades del Sector Defensa y el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS. En cuanto al procedimiento aplicable se indicó que dichos contratos pueden hacerse sin la obtención previa de varias ofertas y teniendo como única consideración las condiciones de mercado, sin que las condiciones técnicas puedan ser reveladas, propósito para el cual se exceptúan de su publicación.

En este marco descrito, la Sala no procederá a decretar la suspensión provisional de todo el artículo 53 ni del artículo 79 del Decreto 2474 de 2008, toda vez que los conceptos de “defensa y seguridad nacional” y “bienes y servicios en el Sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición”, plantean varios interrogantes cuyas respuestas para efectos de determinar la legalidad o ilegalidad de las normas acusadas, frente a los cargos formulados por el actor en su solicitud de la medida cautelar, no emergen de un simple cotejo de ellas con las normas superiores que se estiman vulneradas.

Adicionalmente, repárese en que el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, dispone, por una parte, que los procesos de selección abreviada deben ser reglamentados, pero, por otra parte, no ofrece unas pautas o detalles en cuanto a qué entidades pueden adelantar este tipo de contratación y sobre qué supuestos, lo cual conduce a que, por lo menos, se planteen, como lo hace el actor, ciertas inquietudes en el sentido de que el reglamento no puede señalar y definir esos aspectos atinentes a las entidades y los contratos a los que debía aplicarse la causal de selección abreviada o la de contratación directa para hacerlas operativas y efectivas según los propósitos y designios del legislador; y que simplemente las entidades (del sector defensa o el DAS en el entendimiento del demandado) están autorizadas por la ley para acudir a las



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

mismas siempre que el representante legal justifique porqué el contrato involucra un asunto de defensa y seguridad nacional, o se trata de uno de carácter reservado, según el evento.

Sin embargo, para solucionar esos interrogantes, definitivos de la legalidad de los preceptos reglamentarios demandados, se requiere o necesita un estudio profundo, que supera la mera literalidad de los artículos cuestionados y, por ende, los alcances de esta sede, no siendo viable realizar en el trámite de esta medida cautelar una comparación de tipo conceptual, pues la exigencia es el cotejo directamente normativo de los preceptos que se acusan en colisión.

En efecto, el problema jurídico que se propone consiste en conocer si por el hecho de que el Gobierno Nacional en el artículo 53 del Decreto 2474 de 2008 haya determinado las entidades y enumerado los bienes, servicios y contratos que se enmarcan dentro de la causal de selección abreviada de que trata la letra i. del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, incurrió en un exceso de su competencia reglamentaria, lo cual impone esclarecer en primer lugar y como punto central la noción de “defensa y seguridad nacional”, dado que, como ya ha advertido esta corporación, se trata de un concepto jurídico indeterminado, que no obedece a una definición del ordenamiento jurídico positivo a partir de la cual se pueda tomar para realizar una “confrontación directa” del mismo con disposiciones legales.

En verdad, anótese como *“...la seguridad y la defensa nacionales constituyen sin lugar a dudas presupuesto material de la vigencia efectiva del orden constitucional. Sin embargo no existe norma alguna que defina estos vocablos. Se trata de conceptos que tienen distintas significaciones, en tanto varias nociones los informan...”*¹³, siendo nociones que acusan cierto grado de relatividad, coyunturales y dinámicas que imponen la actualización de los mecanismos para su efectividad

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de marzo de 2008, Exp. 29.393.



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

y que encuentran significado en los objetivos que se propone alcanzar el Estado en una época determinada, de suerte que su contenido jurídico no es inmutable sino que necesariamente sufre constantes transformaciones.

De ahí que, con sustento en el concepto al que se llegue mediante un análisis de fondo que, de suyo escapa de esta etapa procesal, pueda determinarse como segundo aspecto si las entidades contempladas en la norma atacada distintas a las que pertenecen al Sector Defensa y el DAS corresponden a aquellas que están, de conformidad con el ordenamiento jurídico, estrechamente relacionadas con la defensa y seguridad nacional, es decir, entidades que en desarrollo de su misión, funciones y actividades les corresponde celebrar contratos que tengan por causa o finalidad *"bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional"*.

Por lo tanto, en orden a dilucidar la legalidad de las disposiciones reglamentarias censuradas, para la Sala resulta de la mayor relevancia entre otros aspectos: (i) indagar y precisar el concepto de defensa y seguridad nacional, si lo es en sentido amplio o estricto, bajo un criterio teleológico o finalístico, material, funcional u orgánico, etc.; y con base en ésta noción, (ii) saber cuáles son los contratos afectos a estos vocablos a los que se refirió el legislador al fijar este medio exceptivo con el objeto de que fueran celebrados bajo la modalidad de selección abreviada y, por ende, su justificación para eximirlos del mecanismo de selección de la licitación pública; (iii) conocer si el listado de bienes, servicios y contratos que realiza el artículo 53 *sub indice* guardan cada uno de ellos o no relación o unidad de materia con dicha definición de defensa y seguridad nacional; (iv) establecer si le era posible al ejecutivo indicar entidades diferentes a las que pertenecen al Sector Defensa y el DAS (Registraduría Nacional del Estado Civil, Ministerio de Interior y de Justicia, INPEC, Fiscalía General de la Nación, Consejo Superior de la Judicatura, INVIAS, u otras), como contratantes de negocios jurídicos



estatales en este ámbito, o, (v) si, en últimas, según lo interpreta así el actor en su escrito de sustentación de la medida cautelar, existía o no necesidad de reglamentar la norma en el entendido de que, a su juicio, es el representante legal de las entidades públicas (del Sector Defensa) que puedan contratar este tipo de bienes y servicios a quienes les corresponde determinar si el contrato a celebrar se enmarca o no en la aludida causal de selección abreviada, o en el de la causal de contratación directa.

Se advierte, entonces, que resulta necesario hacer una revisión e interpretación general y sistemática de las normas que regulan la contratación de los bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional; como también es menester estudiar la finalidad o causa por la que se estableció un listado con los objetos de los contratos que se pueden realizar mediante el procedimiento de selección abreviada tratándose de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional, y otro para la contratación directa de los bienes y servicios en el Sector Defensa y DAS que necesitan reserva para su adquisición.

En resumen, con el fin de verificar la validez de las normas cuestionadas, la Sala debe realizar un ejercicio de averiguación e interpretación que no sólo parte del texto de las disposiciones en confrontación, sino, fundamentalmente, del contexto del ordenamiento jurídico, de la jurisprudencia, así como de los antecedentes legislativos (*voluntas legis*) y propósitos de la reforma introducida al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública por la Ley 1150 de 2007; es decir, un análisis sustancial con el objeto de establecer el alcance de las normas y el espíritu del legislador y, por esa vía, determinar los contratos que se pueden realizar en materia de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional, así como las entidades que los pueden celebrar mediante el procedimiento de selección abreviada, o de contratación directa cuando sean contratados por el Sector Defensa y el DAS en aquellos eventos



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

que necesiten reserva para su adquisición, labor ajena al trámite de la medida de suspensión provisional que se resuelve.

Por lo expuesto, para la Sala no es posible colegir que, *prima facie*, se está en presencia de una manifiesta contradicción entre las normas comparadas, con independencia de que luego de instruido el proceso y oídas las razones que justificaron la expedición por el Gobierno Nacional de la disposiciones reglamentarias demandadas, se advierta en la sentencia su oposición a los preceptos superiores, razón por la cual no se accederá a la petición de suspensión provisional del texto del artículo 53 y del artículo 79 del Decreto 2474 de 2008 demandados.

Sin embargo, la conclusión anterior no es extensiva a lo previsto en los párrafos 2º y 3º del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008, los cuales si violan de manera flagrante las normas superiores invocadas por el actor y, por lo mismo, sus efectos deben ser suspendidos provisionalmente.

En efecto, considera la Sala que en el párrafo 2º del artículo 53 se introdujo por el ejecutivo una causal de contratación directa no contemplada en la ley, porque permite que la adquisición de los bienes y servicios relacionados en ese artículo se pueda “...llevar a cabo directamente por cualquiera de las entidades a las que hace referencia el mismo, cuando por razones de seguridad nacional ésta debe ser reservada, lo que deberá estar debidamente justificado por el jefe de la entidad...”, lo que significa que incluye y habilita a la Registraduría Nacional del Estado Civil, al Ministerio de Interior y de Justicia, al INPEC, a la Fiscalía General de la Nación, al Consejo Superior de la Judicatura, al INVIAS, y a aquellas que cuenten con concepto favorable de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, desconociendo que por mandato de la letra d. del numeral 4 del artículo segundo de la Ley 1150 de 2007, sólo se encuentran autorizadas para



ello las entidades que integran el Sector Defensa¹⁴ y el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

Así, de la sola confrontación de la norma reglamentaria enjuiciada con el citado precepto legal y por este cargo expuesto por el actor, es posible deducir en forma sencilla y *ab initio*, que la disposición acusada viola en forma evidente y ostensible la disposición legal reglamentada y permite vislumbrar claramente que el ejecutivo excedió su facultad reglamentaria, porque en tanto el Legislador previó la aplicación de la excepción para la contratación directa sobre bienes y servicios que requieran reserva para las entidades que integran el Sector Defensa y el DAS, el reglamento la estableció también para otras entidades diferentes a éstas.

Igualmente, el ejecutivo rebasó su facultad reglamentaria cuando en el párrafo 3º del artículo 53 otorgó una competencia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República para emitir un concepto previo con el fin de que entidades públicas distintas a las señaladas en ese artículo, puedan adquirir en el caso de que se les resuelva favorablemente su solicitud mediante la modalidad de selección abreviada bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional, toda vez que, en verdad, con ello el reglamento está contemplado un requisito adicional que no fue previsto en el artículo 2 numeral 2 letra i. de la Ley 1150 de 2007 para recurrir a ese procedimiento de contratación. 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

¹⁴ 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).



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

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.

Por lo expuesto, la Sala accederá a la solicitud de suspensión provisional de los efectos de los párrafos segundo y tercero del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008.

3.3. Violación manifiesta de los artículos 6 párrafo, 8 párrafo 5° (parcial), 9 (parcial) y 77 numeral 3 (parcial) y párrafo 2° del Decreto 2474 de 2008; y del artículo 83 del Decreto 066 de 2008, al artículo 24 del párrafo segundo de la Ley 80 de 1993, por desconocimiento y limitación de los principios de selección objetiva y transparencia.

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

Del Decreto 2474 de 2008:

“Artículo 6°. Contenido mínimo del pliego de condiciones.

Sin perjuicio de las condiciones especiales que correspondan a los casos de licitación, selección abreviada y concurso de méritos, y de los requisitos exigidos en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el pliego de condiciones deberá detallar claramente los requerimientos para la presentación de la propuesta. El pliego contendrá, cuando menos:

1. La descripción técnica detallada y completa del objeto a contratar, la ficha técnica del bien o servicio de características técnicas uniformes y de común utilización, o los requerimientos técnicos, según sea el caso.
2. Los fundamentos del proceso de selección, su modalidad, términos, procedimientos, y las demás reglas objetivas que gobiernan la presentación de las ofertas así como la evaluación y ponderación de las mismas, y la adjudicación del contrato.
3. Las razones y causas que generarían el rechazo de las propuestas o la declaratoria de desierto del proceso.
4. Las condiciones de celebración del contrato, presupuesto, forma de pago, garantías, y demás asuntos relativos al mismo.

La información a que se refiere el numeral 1 del presente artículo, se presentará siempre en documento separable del pliego de condiciones, como anexo técnico, el cual será público, salvo expresa reserva.



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

Al pliego se anexará el proyecto de minuta del contrato a celebrarse y los demás documentos que sean necesarios.

Parágrafo. No se requiere de pliego de condiciones cuando se seleccione al contratista bajo alguna de las causales de contratación directa y en los contratos cuya cuantía sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía. (El texto subrayado corresponde a lo demandado).

“Artículo 8º. Publicidad del procedimiento en el Secop. La entidad contratante será responsable de garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva.

La publicidad a que se refiere este artículo se hará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop) a través del Portal único de Contratación, cuyo sitio web será indicado por su administrador. Con base en lo anterior, se publicarán, entre otros, los siguientes documentos e información, según corresponda a cada modalidad de selección: (...)

1. El aviso de la convocatoria pública, incluido el de convocatoria para la presentación de manifestaciones de interés cuando se trate de la aplicación de los procedimientos de precalificación para el concurso de méritos.
2. El proyecto de pliego de condiciones y la indicación del lugar físico o electrónico en que se podrán consultar los estudios y documentos previos.
3. Las observaciones y sugerencias al proyecto a que se refiere el numeral anterior, y el documento que contenga las apreciaciones de la entidad sobre las observaciones presentadas.
4. La lista corta o la lista multiusos del concurso de méritos.
5. El acto administrativo general que dispone la apertura del proceso de selección, para el cual no será necesaria ninguna otra publicación.
6. La invitación a ofertar que se formule a los integrantes de la lista corta o multiusos del concurso de méritos.
7. El pliego de condiciones definitivo y la constancia de envío de información a la Cámara de Comercio para la licitación pública.
8. El acta de la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones y en general las aclaraciones que se presenten durante el proceso de selección y las respuestas a las mismas.
9. El acta de la audiencia de revisión de la asignación de riesgos previsibles.
10. El acto administrativo de suspensión del proceso.
11. El acto de revocatoria del acto administrativo de apertura.
12. Las adendas a los pliegos de condiciones.
13. El informe de evaluación a que se refiere el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, así como el de evaluación del concurso de méritos a que se refiere el artículo 69 del presente decreto.
14. El informe de verificación de los requisitos habilitantes para acceder a la subasta inversa en la selección abreviada de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización; y la que corresponde en la conformación dinámica de la oferta a la que se refiere en artículo 14 del presente decreto.
15. El acto administrativo de adjudicación del contrato. En los casos de licitación pública, también el acta de la audiencia pública de adjudicación.
16. El acto de declaratoria de desierto de los procesos de selección.



Radicado No. 110010326000200900043 00.(36.805)

17. El contrato, las adiciones, modificaciones o suspensiones y la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a esta.

18. El acta de liquidación de mutuo acuerdo, o el acto administrativo de liquidación unilateral.

(...)

Parágrafo 5º. No se harán las publicaciones a las que se refiere el presente artículo, en los procesos de selección de enajenación de bienes del Estado a que se refiere el literal e) del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, salvo lo señalado en el parágrafo 6º del presente artículo, y de adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos a que se refiere el literal f) del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, ni la operación que se realice a través de las bolsas de productos a que se refiere el literal a) del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007. Sin embargo, se publicarán los contratos que se celebren con los comisionistas para la actuación en la respectiva bolsa de productos en ambos casos. Tampoco se harán las publicaciones a las que se refiere el presente artículo, respecto de los procesos de selección cuando su valor sea inferior al 10% de la menor cuantía, sin perjuicio de que la entidad, en el manual de contratación, establezca mecanismos de publicidad de la actividad contractual.

Cuando se trate de la celebración de contratos en desarrollo de lo previsto en el literal h) del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, sólo se publicará la información relacionada en los numerales 17 y 18 del presente artículo. En tratándose de la contratación directa señalada en el numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 sólo se publicará el acto a que se refiere el artículo 77 del presente decreto cuando el mismo se requiera, así como la información señalada en los numerales 17 y 18 del presente artículo... (El texto subrayado corresponde a lo demandado).

“Artículo 9º. *Publicidad del proyecto de pliego de condiciones y del pliego de condiciones definitivo.* La entidad estatal publicará el proyecto de pliego de condiciones y el pliego de condiciones definitivo de conformidad con el artículo anterior. Esta publicación aplica para las modalidades de selección de licitación pública, concurso de méritos y selección abreviada.

El proyecto de pliego de condiciones se publicará cuando menos con diez (10) días hábiles de antelación a la fecha del acto que ordena su apertura, en el caso de la licitación y concurso de méritos con propuesta técnica detallada (PTD), y con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles a la misma fecha, en la selección abreviada y concurso de méritos con propuesta técnica simplificada (PTS). La publicación del proyecto de pliego de condiciones no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección.

Las observaciones al proyecto de pliego de condiciones deben ser presentadas dentro de los términos previstos en el inciso anterior, según sea el caso. El pliego de condiciones definitivo podrá incluir los temas planteados en las observaciones, siempre que se estimen relevantes. En todo caso, la aceptación o rechazo de tales observaciones se hará de manera motivada, para lo cual la entidad agrupará aquellas de naturaleza común.” (El texto subrayado y en negrilla corresponde a lo demandado).



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

“Artículo 77. Acto administrativo de justificación de la contratación directa. Cuando proceda el uso de la modalidad de selección de contratación directa, la entidad así lo señalará en un acto administrativo que contendrá:

1. El señalamiento de la causal que se invoca.
2. La determinación del objeto a contratar.
3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que se exigirán a los proponentes si las hubiera, o al contratista.
4. La indicación del lugar en donde se podrán consultar los estudios y documentos previos, salvo en caso de contratación por urgencia manifiesta.

En los eventos previstos en los literales b) y d) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 y en los contratos interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República, no requieren de acto administrativo alguno, y los estudios que soportan la contratación, no serán públicos.

Parágrafo 1º. En caso de urgencia manifiesta, el acto administrativo que la declara hará las veces del acto a que se refiere el presente artículo, y no requerirá de estudios previos.

Parágrafo 2º. En tratándose de los contratos a los que se refiere el artículo 82 del presente decreto no será necesario el acto administrativo a que se refiere el presente artículo.” (El texto subrayado corresponde a lo demandado).

Del Decreto 066 de 2008:

“Artículo 83. Derogatoria y vigencias

El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga expresamente el artículo 25 del decreto 679 de 1994, los decretos 855 de 1994, 1898 de 1994, 329 de 1995, 1275 de 1995, 287 de 1996 salvo sus artículos 3 y 4, 2964 de 1997, 1436 de 1998, 2334 de 1999, 2170 de 2002 salvo sus artículos 6, 9 y 24; 3740 de 2004, 2503 de 2005, 219 de 2006, 959 de 2006, 2434 de 2006, 4117 de 2006, 4375 de 2006 y 499 de 2007 y las demás normas que le sean contrarias.”¹⁵ (El texto subrayado corresponde a lo demandado).

3.3.2. Cargos de infracción manifiesta expuestos por el actor

Aseveró el demandante que la Ley 1150 de 2007, no derogó el parágrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, relacionado con la expedición del reglamento de la contratación directa, y no facultó al ejecutivo para derogar la reglamentación vigente sobre la materia que garantizaba los

¹⁵ El Decreto 2474 de 2008, en su artículo 92 de vigencia y derogatorias, derogó en su integridad el Decreto 066 de 2008 salvo su artículo 83.



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

principios enunciados en dicha norma (economía, transparencia y selección objetiva); no obstante, desconociendo los parámetros y límites de la reglamentación de la modalidad de contratación directa establecido por la ley, al expedir el Decreto 066 de 2008 derogó los decretos 855 de 1994 y 2170 de 2002, los cuales habían reglamentado la contratación directa cumpliendo con lo dispuesto por el precepto aludido del estatuto de contratación.

Las normas impugnadas, en el sentir del demandante, violan el párrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, porque:

- (i) Al suprimir el párrafo del artículo 6 la obligación de expedir un pliego de condiciones se eliminó la posibilidad de que la entidad pueda contar con varias ofertas y pueda de esta forma dar aplicación al principio de selección objetiva del contratista.
- (ii) Al excluir el párrafo 5 del artículo 8 la publicación en el SECOP para la contratación directa del aviso de la convocatoria y del proyecto de pliego de condiciones, se eliminó la posibilidad de que concurren varios proponentes, lo que, junto con la supresión de los demás documentos, limitó injustificadamente el principio de transparencia.
- (iii) Al excluir el artículo 9 el requisito de publicidad del proyecto del pliego de condiciones a la modalidad de la contratación directa, desconoció el principio de transparencia.
- (iv) Al establecer el numeral 3 del artículo 77 que en el acto de justificación de la contratación directa se consignarían *"las condiciones que se exigirán a los proponentes si las hubiera, o al contratista"*, impone concluir que en esa modalidad no resulta obligatoria la participación de los proponentes y que ella puede



adelantarse con un solo contratista, lo que desconoce el principio de selección objetiva.

(v) Al eliminarse en virtud del párrafo segundo del artículo 79, la obligación de obtener dos ofertas en relación con los bienes cuya adquisición está sujeta a reserva, como lo ordenaba el artículo 5 del Decreto 855 de 1994 -norma que no fue derogada por el Decreto 2170 de 2002-, se suprimió la posibilidad de aplicar a esta forma de contratación el principio de selección objetiva, mediante la obtención y comparación de varias propuestas para determinar cuál es la que mejor conviene a la entidad. *“Una cosa es la reserva dentro de la cual deben celebrarse estos contratos y otra es autorizar lo que comúnmente se conoce como contratación a dedo...”*

3.3.3. Consideraciones de la Sala

En el presente caso la demandante invocó como norma superior vulnerada por las disposiciones reglamentarias arriba reproducidas, el párrafo 2º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que es del siguiente tenor:

“...El Gobierno Nacional expedirá, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley¹⁶], un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en ella

Si el Gobierno Nacional no expidiere el reglamento respectivo, no podrá celebrarse directamente contrato alguno por ninguna entidad estatal, so pena de nulidad...”

¹⁶ Según concluyó esta Sección en providencia de 3 diciembre de 2007, Exp. 24.715 y otros -acumulados- con apoyo en la Sentencia C- 508 de 3 de julio de 2002 de la Corte Constitucional y la Sentencia de 22 de marzo de 2001, Exp. 9.840 de esta misma Sección, “la facultad del Gobierno Nacional en relación con el tema de la contratación directa no se agotó con el vencimiento del plazo de seis (6) meses establecido en el párrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, ni menos aún con la expedición del Decreto 855 de 1994, por cuanto la Constitución Política y la ley le otorgan competencia al Ejecutivo para reglamentar la materia y modificar el reglamento expedido obedeciendo los principios en ella establecidos, tal y como la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa lo tienen dilucidado. (...) el término fijado en el párrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 no limita la facultad que tiene el Gobierno Nacional de dictar el reglamento de contratación directa por fuera de ese plazo y, por esta misma razón jurídica, tampoco le está vedado realizar en lo sucesivo modificaciones al mismo o reglamentar otros aspectos, en ejercicio de la facultad reglamentaria a él otorgada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política...”



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

La Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de la anterior disposición, puntualizó lo siguiente:

"...Resulta claro para la Corte que el legislador en ejercicio de la cláusula general de competencia expidió la Ley 80 de 1993 y, como se vio, definió en ella los aspectos generales y básicos de la contratación directa y, con el fin de efectivizar los principios en ella contenidos, dispuso en el parágrafo acusado que el Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad que le confiere el numeral 11 del artículo 189 superior, reglamentara los aspectos atinentes a esa forma o manera de contratar, como parte de la función inherente a la administración, cual es la de ejecutar las leyes para su efectivo cumplimiento.

"(...) Con todo, esa potestad reglamentaria del Gobierno Nacional se encuentra sujeta a los parámetros establecidos expresamente en el parágrafo referido que no son otros que los de garantizar y desarrollar los principios de economía, transparencia, selección objetiva y responsabilidad, definidos plenamente en el Estatuto General de la Contratación Pública, en armonía con los principios que orientan la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Carta, pues en ejercicio de dicha facultad, el Presidente no puede ir más allá, sin violar la Constitución, de lo previsto en la ley ni de las pautas generales que ella señala."¹⁷ (Subraya la Sala).

En virtud de la atribución reglamentaria que le es propia al Ejecutivo en esta materia, según el límite de competencias que determinó el Legislador en el parágrafo 2º del artículo 24 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tal y como lo manifestó el actor, el mecanismo de contratación directa fue objeto de reglamentación en el Decreto 855 de 1994, en el cual se dispuso que el jefe de la entidad estatal debe ajustarse y garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial el deber de selección objetiva establecidos en la Ley 80 de 1993 (art. 2) y, posteriormente, en el Decreto 2170 de 2002, reglamentos que fueron derogados por el artículo 83 del Decreto 066 de 2008 (salvo los artículos 6, 9 y 24 del segundo decreto).

¹⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C- 508 de 3 de julio de 2002.



Ahora bien, ciertamente la Ley 1150 de 2007, en su artículo 32¹⁸ no derogó en forma expresa el artículo en cuestión, con lo cual se observa que el Gobierno Nacional se encuentra facultado aún, con fundamento en el párrafo 2º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y en ejercicio de la potestad asignada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, para expedir normas de carácter reglamentario a fin de desarrollar el procedimiento o trámite de la contratación directa, con sujeción a los principios de economía, transparencia y selección objetiva.

Entiende la Sala que el cargo del libelista se contrae en determinar si el Ejecutivo, pese a contar con esa facultad para expedir un reglamento de contratación directa, no lo estaba para derogar la reglamentación preexistente en vulneración a los parámetros establecidos en el citado párrafo, en particular, con violación de los principios de economía, transparencia y selección objetiva, de forma que las normas reglamentarias que materializan esa actuación infringen la norma legal invocada.

En efecto, afirmó el actor que las normas impugnadas y sobre las cuales solicita la adopción de la medida cautelar suprimieron ciertas obligaciones y trámites en la contratación directa: el párrafo del artículo 6 expedir un pliego de condiciones; el párrafo 5 del artículo 8 y en el artículo 9, la publicación en el SECOP del aviso de la convocatoria y del proyecto de pliego de condiciones; el numeral 3 del artículo 77, las condiciones que se exigirán a los proponentes si las hubiera, o al contratista en el acto de justificación; en el párrafo segundo del artículo 79, la obligación de exigir dos ofertas en relación con los bienes cuya adquisición está sujeta a reserva, todo lo cual eliminó la posibilidad de que concurren varios proponentes y se pueda contar

¹⁸ "Artículo 32. *Derogatoria*. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados los siguientes artículos de la Ley 80 de 1993: (...) el numeral 1 y el párrafo 1º del artículo 24 (...). Las normas del Estatuto General de Contratación Pública preferirán a cualquiera otra sobre la materia, con excepción de aquellas de naturaleza estatutaria u orgánica. En consecuencia, la derogatoria de las normas del Estatuto General de Contratación Pública sólo podrán hacerse de manera expresa, mediante su precisa identificación. (Se subraya).



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

con diversas ofertas, lo que significa que la entidad puede adelantar el proceso con un solo proponente y evita la comparación de propuestas para determinar cuál es la que mejor le conviene a la entidad, en desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva.

Como puede apreciarse, la referida norma legal que se estima vulnerada y los cargos formulados involucran varios principios que tienen por condición su constante desarrollo legal y jurisprudencial para la determinación de su alcance normativo -por lo demás, recogidos en la Ley 80 de 1993 en sus preceptos como orientadores de la actuación contractual de las entidades del Estado¹⁹-, lo que no permite, en principio, su cotejo o confrontación directa, por cuanto le corresponderá al juzgador, acorde con los postulados pretendidos por el constituyente y el legislador, analizar en cada caso su correcta interpretación y aplicación, dentro del contexto del orden jurídico y, en particular, del estatuto contractual y sus reformas.

A propósito de este criterio de la necesidad de concreción de los principios para analizar la validez de un precepto reglamentario en materia de contratación pública, es importante traer a colación el siguiente pronunciamiento de la Sala:

“...La Ley 80 de 1993 es, entonces, una ley esencialmente de principios de estirpe constitucional y desarrollo legal, (...) contiene en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado y, en rigor, a los cuales se encuentran sujetos los procesos de selección que adelanten las entidades públicas cuando deseen contratar bien bajo la modalidad de la licitación pública o mediante la contratación directa.

¹⁹ La Ley 80 de 1993 -original-, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se fundamentó -entre otros- en los principios generales de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva contenidos en los artículos 24, 25, 26, 27 y 29, los cuales fueron modificados en algunos aspectos por la Ley 1150 de 2007, que introdujo una reforma a la misma; en particular, derogó el numeral 1 y el párrafo 1° del artículo 24; el inciso 2° del numeral 15, el numeral 19 y la expresión “la exigencia de los diseños no regirán cuando el objeto de la contratación sea la de construcción o fabricación con diseños de los proponentes” del inciso segundo numeral 12 del artículo 25, el artículo 29, sustituido este último por el artículo 5.



Los principios y las reglas son normas jurídicas, pues unos y otras establecen un deber ser y, finalmente, exigen un determinado comportamiento. En efecto, los principios jurídicos, como las reglas, tienen valor de fuente del derecho, forman parte del ordenamiento jurídico y su violación puede ser sancionada.

Sin embargo, difieren en que, en tanto las reglas prescriben y exigen determinada conducta de acción u omisión, tendientes a permitir, mandar o prohibir, los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspiran las reglas de conducta, también se proyectan en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales; y mientras en las reglas el juicio de valor ya se encuentra establecido al consagrar la proposición en que ella consiste, en los principios, sea que se contemplen o no en normas positivas, corresponde al intérprete realizar ese juicio a través de una operación intelectual acerca de la coincidencia de una situación concreta con el valor correspondiente, para determinar su observancia.

Además, los principios funcionalmente son soporte estructural del sistema, puesto que establecen los criterios esenciales que animan el ordenamiento en una determinada situación o relación que interesa al derecho, se convierten en pautas hermenéuticas para desentrañar el significado y alcance de las reglas jurídicas, y constituyen fuente formal para resolver situaciones o problemas concretos ante la falta o insuficiencia de reglas jurídicas. (...)

(...)

De otra parte, para resolver los conflictos que se suscitan entre los principios o entre principios y reglas jurídicas, se ha acudido al denominado juicio de ponderación, de conformidad con el cual, en un caso concreto, se otorgará primacía jurídica de un principio frente a otro, y en las hipótesis en que '...una regla entre en contradicción con la vocación normativa de un principio, sea o no de rango constitucional, pueden conducir a inaplicar los preceptos jurídicos que se derivan de éstas en un caso en concreto...', o '...dar lugar a la declaratoria de ilegalidad o inconstitucionalidad de las mismas, cuando su contradicción u oposición resulte clara, manifiesta e indiscutible con un principio jurídico de mayor jerarquía...'

De ahí que, respecto de los principios se afirme que su pluralidad '*... y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia entre su ponderación*', en la búsqueda de una optimización posible de todos, siendo propio de los principios '*...su capacidad para relativizarse a fin de poder conciliarse recíprocamente.*'

Pero, en esta tarea, es importante tener en cuenta que los principios por ser una norma jurídica de contenido general, son por naturaleza de textura abierta, lo que significa que están sometidos constantemente al desarrollo legal y jurisprudencial para la determinación de su alcance normativo, de manera que su eficacia se encuentra, en veces, condicionada a la interpretación de dicho contenido normativo, y también pueden ser susceptibles de integración a través de preceptos constitucionales de aplicación directa o de normas de rango legal, que permitan concretarlo en forma clara e inequívoca.



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

En este orden ideas, se colige que para analizar la validez de un precepto reglamentario en materia de contratación pública, es necesario establecer si está conforme con el principio consagrado en la norma constitucional que prevé su aplicación directa, o si respeta y se ajusta a la regla legal que lo ampara en la Ley 80 de 1993, en caso de que, por su amplia generalidad, se encuentre concretado en ésta.²⁰ (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Esta labor, por consiguiente, resulta extraña en el trámite de la solicitud de suspensión provisional, en el que la constatación de la violación alegada debe ser manifiesta y evidente frente a normas superiores. En estas condiciones, y además al no cumplir el demandante con la carga de destacar el concepto de violación específico, se negará la medida cautelar solicitada en relación con las normas reglamentarias aludidas.

Finalmente, aun cuando no resulte claro el cargo formulado en contra del párrafo 2º del artículo 77 del Decreto 2474 de 2008, dado que más parece enfilarse solamente contra el numeral 3 de dicha disposición (Cfr. páginas 6 y 7, así como 28 y 29 del escrito de solicitud de suspensión provisional), se advierte que los efectos de este precepto reglamentario fueron suspendidos provisionalmente por esta Corporación en otro proceso, mediante auto de 6 de agosto de 2009 (Rad. 2009-00070-00, Exp. 37.044), por las siguientes razones:

“...El aparte acusado excepciona a la entidad pública, del deber de justificar los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se pretende adelantar, en los casos en que celebre los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. El actor considera que dicha disposición vulnera lo establecido en el párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, según el cual, la Administración siempre debe efectuar dicha justificación, sin importar la modalidad de selección que se adelante. (...)

“(...) De la comparación entre la norma acusada y la norma superior que se indica trasgredida, la Sala advierte que el Ejecutivo desbordó la facultad reglamentaria a él asignada, en consideración a que establece una excepción que no está contemplada en la ley.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 diciembre de 2007, Exp. 24.715 y otros -acumulados-.



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

En efecto, la contratación directa se rige por los principios rectores de la contratación estatal, entre ellos, el principio de motivación de las decisiones contractuales, que obliga a la entidad a justificar la escogencia del contratista para asegurar que la selección sea objetiva.

Por lo tanto, es dable concluir que toda actuación de las autoridades, derivada de la actividad contractual, deberá ser motivada, porque así lo exige la ley, máxime cuando el procedimiento de la contratación directa es excepcional y, por lo tanto, de aplicación e interpretación restrictiva.

Bajo este postulado es evidente que la Administración siempre deberá justificar, antes de la apertura del proceso de selección que se trate, las razones jurídicas que fundamentan tal decisión, pues la actividad contractual no es arbitraria sino que está regulada por el legislador y la reglamentación del Gobierno Nacional sobre el tema debe ceñirse a los principios consagrados en el Estatuto de Contratación.

Con fundamento en lo anterior, es evidente que el parágrafo 2º del artículo 77 del Decreto 2474 de 2008 resulta abiertamente ilegal, porque modifica la regla general contemplada en el parágrafo 1º del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, circunstancia que permite concluir que el Ejecutivo desbordó la potestad reglamentaria.²¹

En tal virtud, en relación con el parágrafo segundo del artículo 77 del Decreto 2474 de 2008, la Sala se estará a lo allí resuelto.

3.4. Violación manifiesta del artículo 79 (parcial) del Decreto 2474 de 2008 al artículo 2 numeral 4 literal d. de la Ley 1150 de 2007, al parágrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, y a los artículos 150 y 189 No. 11 de la Constitución Política, por desbordar la competencia reglamentaria y desconocer la competencia del Congreso de la República para interpretar las leyes.

3.4.1. Texto de la norma materia de la solicitud de medida cautelar

“Artículo 79. Contratación reservada del Sector Defensa y el DAS.

Para los efectos previstos en el numeral 4 literal d) del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, entiéndase por bienes y servicios en el sector defensa que necesitan reserva para su adquisición los siguientes:

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 6 de agosto de 2009, Exp. 37.044.



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

1. Armas y sistemas de armamento mayor y menor de todos los tipos, modelos y calibres con sus accesorios, repuestos y los elementos necesarios para la instrucción de tiro, operación, manejo y mantenimiento de los mismos.
2. Elementos, equipos y accesorios contra motines.
3. Herramientas y equipos para pruebas y mantenimiento del material de guerra, defensa y seguridad nacional.
4. Equipos optrónicos y de visión nocturna, sus accesorios, repuestos e implementos necesarios para su funcionamiento.
5. Equipos y demás implementos de comunicaciones, sus accesorios, repuestos e implementos necesarios para su funcionamiento.
6. Equipos de transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo con sus accesorios, repuestos, combustibles, lubricantes y grasas, necesarios para el transporte de personal y material del sector defensa y del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS.
7. Todo tipo de naves, artefactos navales y fluviales, así como aeronaves destinadas al servicio del ramo de defensa nacional, con sus accesorios, repuestos y demás elementos necesarios para su operabilidad y funcionamiento.
8. Municiones, torpedos y minas de todos los tipos, clases y calibres para los sistemas de armas y armamento mayor o menor.
9. Equipos de detección aérea, de superficie y submarinas, sus repuestos y accesorios, equipos de sintonía y calibración para el sector defensa.
10. Equipos de inteligencia que requieran el sector defensa y el Departamento Administrativo de Seguridad.
11. Las obras públicas cuyas características especiales tengan relación directa con la defensa y seguridad nacionales, así como las consultorías relacionadas con las mismas, de acuerdo con lo señalado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.
12. La prestación de servicios relacionados con la capacitación, instrucción y entrenamiento militar y policial del personal de la Fuerza Pública, así como para el diseño de estrategias relacionadas con la Defensa y/o Seguridad Nacional.
13. Los convenios de cooperación industrial y social (offset) que se celebren con los contratistas de los bienes y servicios a que se refieren el artículo 53 y el presente artículo, los cuales tendrán como propósito incentivar la transferencia de tecnología tanto al sector público como al sector real, así como favorecer el desarrollo industrial y social del país. El convenio será autónomo en relación con el contrato o contratos que les sirven de origen en todos sus aspectos, y en él se acordarán los objetivos de cooperación, las prestaciones mutuas que se darán las partes para la obtención del objetivo buscado, así como las condiciones que se acuerden entre las partes, incluyendo garantías en el evento en que se estimen necesarias. En ningún caso los convenios supondrán compromisos presupuestales de la entidad contratante, sin perjuicio de la realización de inversiones que resulten necesarias para materializar el objeto de la cooperación. Se entienden incluidos dentro de la presente causal los acuerdos derivados del convenio, tanto con la entidad transferente de tecnología, como con los beneficiarios.
14. El mantenimiento de los bienes y servicios señalados en el presente artículo, así como las consultorías que para la adquisición o mantenimiento de los mismos se requieran, incluyendo las interventorías necesarias para la ejecución de los respectivos contratos.



Parágrafo. Los contratos que se suscriban para la adquisición de los bienes o servicios a que hace referencia el presente artículo no requerirán de la obtención previa de varias ofertas y tendrán como única consideración la adquisición en condiciones de mercado. Las condiciones técnicas de los contratos a que se refiere este artículo no pueden ser reveladas y en consecuencia se exceptúan de publicación.” (El texto subrayado corresponde a lo demandado).

3.4.2. Cargos de infracción manifiesta expuestos por el actor

Señaló el libelista que la única causal que consagró la Ley 1150 de 2007, en la que las entidades del sector defensa y el DAS pueden acudir a la contratación sin importar la cuantía fue la establecida en el literal d. del numeral 4 del artículo 2, esto es, bienes y servicios que necesiten reserva para su adquisición.

Arguyó que, sin embargo, en el artículo 79 del Decreto 2474 de 2008, al determinar que debe entenderse por este concepto, el ejecutivo desbordó su competencia reglamentaria (art. 189 No. 11 C.P.) y desconoció que la competencia para interpretar las leyes es del Congreso de la República (art. 150 C.P.).

Igualmente, consideró que cuando el ejecutivo interpretó la norma reglamentada modificó su contenido, toda vez que la ley estableció la excepción teniendo en cuenta que la entidad que celebra el contrato sea del Sector Defensa o el DAS y que el objeto recaiga en un bien o servicio que requiera reserva, pero no consideró todos los contratos de determinada categoría u objeto, dentro de una enumeración y sin consideración a las circunstancias que rodeen su celebración; de ahí que, a su juicio, “cuando el ejecutivo hace una enumeración de contratos y dispone que debe entenderse que ellos necesitan reserva para su adquisición está modificando radicalmente la consideración que el legislador tuvo en cuenta para establecer la excepción”, y “consagró una especie de presunción de derecho de acuerdo con la cual, en todos los contratos incluidos en la lista, se autoriza la



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

contratación porque automáticamente debe considerarse que en ellos se requiere reserva”; “presunción que no es otra cosa que una forma de exoneración de la prueba y en este caso una exoneración de la justificación precisa sobre la condición de la necesidad de reserva”.

De otra parte, enfatizó que de la lectura de la enumeración realizada en el artículo 79 demandado se concluye que en ninguno de los casos existe juicio lógico que permita concluir que efectivamente en dichos contratos debe entenderse que se requiere reserva, y que, por ende, ellos pueden celebrarse mediante contratación directa: (i) los numerales 1 a 10 establecen una excepción genérica sobre todo tipo de bienes (todas las armas naves, municiones, herramientas, equipos) y, por lo mismo, distinta a la prevista en la ley; (ii) en el numeral 11 se incluyen contratos de obras y consultorías que deben ir por la modalidad de selección abreviada por relacionarse con la defensa y seguridad nacional y no necesariamente sujetos a reserva; (iii) en el numeral 12 se incluye todos los contratos de capacitación y entrenamiento del personal de la fuerza pública y de diseño de estrategias para defensa y seguridad nacional, sin que los primeros permitan evidenciar un razonamiento lógico para su inclusión y sobre los últimos se crea una presunción que es evidente pero enlistada *ex ante*, sin tener en cuenta las circunstancias concretas y que es posible que el resultado del contrato sea reservado pero no la celebración del mismo; (iv) en el numeral 13 se incluyen los contratos de cooperación industrial y social que no tienen relación con la defensa y seguridad nacional y menos aún exigen reserva, como para ser contratados por selección abreviada o en forma directa; (v) tampoco tiene justificación incluir los contratos relacionados con el mantenimiento de bienes cuyo contrato ameritó reserva, pues esa circunstancia no determina automáticamente que deba hacerse de la misma forma.



Finalmente, en su opinión, la norma reglamentaria consagró una modalidad de contratación directa que viola el principio de selección objetiva al establecer en su parágrafo que no se requerirá de la obtención previa de varias ofertas, que el ejecutivo está obligado a respetar de conformidad con el parágrafo 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

3.4.3. Consideraciones de la Sala

El numeral 4 letra d. del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, reza:

“...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;...”

Por su parte, el artículo 79 del Decreto 2474 de 2008, estableció en cuanto a la contratación reservada del Sector Defensa y el DAS, que “[p]ara los efectos previstos en el numeral 4 literal d) del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, entiéndase por bienes y servicios en el sector defensa que necesitan reserva para su adquisición los siguientes”, y con dicho propósito señaló un listado de los mismos en 14 numerales; dispuso en su parágrafo que los contratos que se suscriban para la adquisición de esos bienes o servicios no requerirán de la obtención previa de varias ofertas y tendrán como única consideración la adquisición en condiciones de mercado; y, además, previó en dicho parágrafo que las condiciones técnicas de tales contratos no pueden ser reveladas y, en consecuencia, los exceptuó del requisito de la publicación.

Como la norma reglamentaria señaló lo que debe entenderse por bienes y servicios que requieren reserva, consideró el actor que se interpretó una norma legal que no necesitaba ser interpretada, razón por la cual se vulneraron los artículos constitucionales por él citados (arts. 189 No. 11 y 150 C.P.) al



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

desconocer las competencias en ellas atribuidas al ejecutivo y al legislador, y se modificó el artículo 2 numeral 4 literal d. de la Ley 1150 de 2007.

Ahora, a propósito del artículo 53 del mencionado decreto ya se explicó en esta providencia que la contratación de los bienes y servicios requeridos para la seguridad nacional bajo la legislación precedente (Ley 80 de 1993) se enmarcaba dentro de una causal de contratación directa, que, con fundamento en la reforma llevada a cabo por la Ley 1150 de 2007, se convirtió en una causal de la modalidad de selección abreviada (numeral 2 letra i artículo 2 *ibídem*), y, además, se señaló que aquellos bienes y servicios adquiridos por el Sector Defensa y el DAS, cuyas características impliquen reserva, se regirían por la causal de contratación directa en estudio.

En este orden normativo, no observa la Sala, a primera vista, una contradicción ostensible entre el artículo reglamentario demandado y la norma legal reglamentada, en tanto esta última estableció la excepción con base en dos elementos concurrentes que surgen de su tenor literal: la de la entidad estatal que adquiere los bienes y servicios, esto es, las entidades que pertenecen al Sector Defensa y el DAS, y la circunstancia de que esos bienes y servicios del contrato a celebrar requieran reserva; y en el artículo 79 demandado el Ejecutivo realizó un listado de aquellos en los cuales identificó que necesitaban esa reserva para su adquisición y, por ende, la celebración del respectivo contrato de manera directa.

Por eso, estima la Sala que para determinar si se excedió el Gobierno Nacional en la potestad reglamentaria -que en este caso ostenta en materia de contratación directa de conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política en concordancia con el parágrafo 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993- y concluir que modificó el literal d. del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, no basta la mera comparación de los textos de los



preceptos en cuestión, sino que es del caso hacer una revisión, por lo menos de estos aspectos: (i) del listado previsto en el reglamento para determinar si los bienes y servicios allí incluidos por sus condiciones particulares y técnicas están o deben estar sujetos a reserva o secreto, so pena de afectar la defensa y seguridad nacional; y (ii) de los antecedentes legislativos de la referida causal exceptiva para indagar si la misma depende exclusivamente de las entidades autorizadas que las vayan a aplicar o, por el contrario, bien puede el reglamento incursionar en este ámbito tomando en consideración circunstancias objetivas y legales para determinar aquellos eventos y actividades en que ello debe entenderse con el fin de hacer efectiva la voluntad del legislador.

En tal virtud, además de que se reitera lo expuesto respecto de este artículo 79 del Decreto 2474 de 2008 en el numeral 3.2.3 de esta providencia, la Sala no procederá a decretar la suspensión provisional esta disposición, toda vez que en aras de determinar su legalidad o ilegalidad, es necesario efectuar un estudio y análisis que permitan despejar, entre otros, los aspectos e interrogantes anotados, situación de la cual se infiere que no se presenta el requisito de infracción manifiesta que exige la adopción de la medida cautelar solicitada.

Por último, en cuanto a la acusación de que la norma infringe el párrafo 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, por cuanto violó el principio de selección objetiva al establecer el párrafo de la norma atacada que no se requerirá de la obtención previa de varias ofertas, cabe remitirse a lo expuesto en el numeral 3.3.3 de este auto, en el sentido de que al involucrar este cargo el estudio de un principio no permite realizar una confrontación directa entre disposiciones para inferir su legalidad o ilegalidad, correspondiendo al juez dilucidar el alcance normativo del principio y su respeto por la norma inferior, estudio que claramente desborda esta etapa procesal y que, en consecuencia,



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

debe realizarse al momento de proferir la sentencia, luego de haber escuchado a las partes del proceso.

3.5. Violación manifiesta del artículo 89 (parcial) del Decreto 2474 de 2008 al artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política y al artículo 2 numeral 2 de la Ley 1150 de 2007, por exceso en la potestad reglamentaria.

3.5.1. Texto de la norma materia de la solicitud de medida cautelar

“Artículo 89. Manual de Contratación.

Las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación deberán contar con un manual de contratación, en el que se señalen los procedimientos internos, los funcionarios intervinientes, y todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección, así como de la vigilancia y control de la ejecución contractual, en los términos establecidos en el presente decreto.” (El texto subrayado corresponde a lo demandado).

3.5.2. Cargos de infracción manifiesta expuestos por el actor

Indicó el actor que la regulación de todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección no puede ser delegada por el Gobierno Nacional a las entidades estatales, en la medida en que forma parte de la potestad reglamentaria que la Constitución Política le atribuye en forma exclusiva, punto sobre el cual la Sección Tercera en Auto de 1 de abril de 2009 (Exp. 36.476), recalcó al suspender provisionalmente los efectos de otras normas (47 y 52) del citado Decreto 2474 de 2008.

3.5.3. Consideraciones de la Sala

El texto subrayado de la norma demandada fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado mediante auto de 27 de mayo de 2009 radicado 36.054, confirmado por auto de 6 agosto de 2009, para lo cual se remitió al



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

criterio adoptado en el proceso con radicado No. 36.476, en providencia de 1 de abril de 2009 –respecto de los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008), decisión confirmada mediante auto de mayo 27 de 2009-, según el cual la facultad para fijar los procedimientos de selección contractual corresponde al Gobierno Nacional, en ejercicio de su potestad reglamentaria, a quien no le es dable delegarla, ni transferirla a las entidades públicas.

Expresamente en el citado auto que suspendió el artículo 89 en estudio, se manifestó:

“[E]n primer lugar, se encuentra que las siguientes expresiones –subrayadas en la cita-: ‘los procedimientos internos’ y ‘todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección’, son temas de los que no se puede ocupar un manual de contratación, toda vez que aplican las razones dadas en los numerales anteriores como consideraciones para suspender las expresiones que se refieren a dicho tema, en particular el numeral 1.4.2.2.2.

En otras palabras, se trata de materia de procedimiento, que según el art. 2 de la ley 1150 debía tratar el Gobierno nacional, y no cada entidad estatal...” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Así las cosas, la Sala se remite al análisis realizado en la providencia transcrita, en el sentido de que es evidente que la Ley 1150 de 2007 dispuso cuáles eran los procesos de selección de contratistas, y que el reglamento del Gobierno Nacional debía establecer la forma de adelantarlos, sin que pueda entregarle a cada entidad la facultad de fijar todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección según su manual de contratación, porque se crean procedimientos diferentes por cada una de ellas y se vulneran las atribuciones que corresponden a la legislador y al ejecutivo; por tanto, se estará a lo allí resuelto en cuanto a la suspensión provisional ya decretada sobre las expresiones de la norma reglamentaria en mención.

3.6. Violación manifiesta del artículo 5 (parcial) del Decreto 2474 de 2008, al párrafo primero del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, por restringir su alcance.



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

3.6.1. Texto de la norma materia de la solicitud de medida cautelar

“Artículo 5º. Acto administrativo de apertura del proceso de selección.

La entidad, mediante acto administrativo de carácter general, ordenará de manera motivada la apertura del proceso de selección que se desarrolle a través de licitación, selección abreviada y concurso de méritos. Para la contratación directa se dará aplicación a lo señalado en el artículo 77 del presente decreto.

En el acto administrativo de que trata el presente artículo señalará:

1. El objeto de la contratación a realizar.
2. La modalidad de selección que corresponda a la contratación.
3. El cronograma del proceso, con indicación expresa de las fechas y lugares en que se llevarán a cabo las audiencias que correspondan.
4. El lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar el pliego de condiciones y los estudios y documentos previos.
5. La convocatoria de las veedurías ciudadanas.
6. El certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes.
7. Los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección. (...)” (El texto subrayado corresponde a lo demandado).

3.6.2. Cargos de infracción manifiesta expuestos por el actor

El demandante sostuvo que de acuerdo con el parágrafo primero del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, la entidad debe expresar en un acto administrativo las razones por las cuales en cada caso concreto decide aplicar la modalidad de selección a través de la cual adelantará el contrato, con indicación de la causal en la que se fundamenta; sin embargo, mencionó que la expresión impugnada de la norma reglamentaria viola este precepto legal, pues en él dispuso el Gobierno Nacional que solo en el caso de la contratación directa resultaba necesario cumplir con esta obligación, eximiendo a las entidades cuando adelanten un proceso por cualquier otra modalidad de selección de justificar su aplicación.



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

Añadió que, en el numeral 5 de la norma impugnada, al enumerar los requisitos que debe cumplir el acto administrativo de selección, consagró el deber de indicar la modalidad de selección que corresponda a la contratación, sin que se le imponga el deber de justificar la escogencia, y que si bien el numeral 3 del artículo 3 (estudios y documentos previos) y el numeral 2 del artículo 6 (pliego de condiciones) del Decreto 2474 de 2008 hacen referencia a la necesidad de señalar los fundamentos jurídicos de la selección del contratista, ello no cumple con la norma legal, en tanto la justificación prevista por la ley debe formar parte de un acto administrativo que compromete a quien lo expide.

3.6.3 Consideraciones de la Sala

El párrafo primero del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, disciplinó:

“Párrafo 1º. La entidad deberá justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar.”

A términos de la norma legal, las entidades estatales con antelación a la apertura de un proceso de selección, están en la obligación de expresar los motivos y las razones jurídicas que fundamentan la aplicación de la modalidad selección por la cual se hará la escogencia del contratista y, por ende, se adjudicará o celebrará el contrato, lo que impone, de suyo, la expedición de un acto administrativo por quien tenga la competencia para obligar o vincular a la entidad de que se trate, o sea, por el representante legal u ordenador del gasto.

Es decir, se trata de una exigencia de motivación de la actuación de la Administración, quien debe justificar, antes de la apertura del proceso de contratación, los fundamentos jurídicos que soportan tal decisión de elección del procedimiento a seguir o que amparan la causal que determina la



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

modalidad de selección: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos o contratación directa.

Según el actor se violó la anterior disposición, dado que dispuso en los apartes impugnados del artículo 5 del Decreto 2474 de 2008, que sólo en el caso de la contratación directa resultaba necesario proferir el acto administrativo en que se justifica la modalidad de contratación, eximiendo a las entidades de cumplir con el requisito de justificar las razones que la sustentan tratándose de las otras modalidades de selección del contratista, cuando quiera que es una obligación aplicable en todas ellas.

No obstante, la Sala no advierte una ilegalidad manifiesta o palmaria de la norma reglamentaria atacada, toda vez que el artículo 5 del Decreto 2474 de 2008 al comienzo señala, de una parte, que la entidad mediante acto administrativo de carácter general “...ordenará de manera motivada la apertura del proceso de selección que se desarrolle a través de licitación, selección abreviada y concurso de méritos” y, de otra parte, en su numeral 2 ordena indicar en dicho acto “la modalidad de selección que corresponda a la contratación”. Igualmente, tal y como lo informa el propio actor, en el numeral 3 del artículo 3 y en el numeral 2 del artículo 6 numeral 2 de ese mismo decreto, se impone a las entidades la obligación de señalar dentro de los estudios y documentos previos y en el pliego de condiciones, respectivamente, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección.

Así las cosas, en este estado inicial del proceso, no es evidente para la Sala si la expresión demandada “para la contratación directa” del artículo 5 del Decreto 2474 de 2008 excluye que se justifique el mecanismo de selección a utilizar antes de la apertura del correspondiente proceso, esto es, si exime a las entidades públicas de la obligación de expresar con antelación a su iniciación los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de contratación que se



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

propone adelantar, en cumplimiento del párrafo primero del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, porque, para arribar a una conclusión de esa índole o descartarla, es necesario realizar un estudio jurídico integral de dicha norma reglamentaria del acto administrativo de apertura del proceso de selección, e incluso, si hay lugar a ello, efectuar una interpretación sistemática del numeral 3 del artículo 3 (estudios y documentos previos) y del numeral 2 del artículo 6 (pliego de condiciones) de ese decreto.

En suma, dilucidar si la norma acusada con infracción a la ley exceptúa o no de la obligación que tienen las entidades estatales de justificar jurídicamente la escogencia del procedimiento de selección a aplicar en los eventos diferentes al de la contratación directa en forma previa al adelantamiento del proceso de contratación, no es una actividad que pueda ser realizada en esta oportunidad procesal, sino que será el resultado de un análisis sustancial y de fondo propio del decurso del proceso y definido en la sentencia a que haya lugar, lo cual, de suyo, excluye la existencia de una manifiesta infracción de las normas acusadas al precepto legal invocado por la parte demandante, motivo por el cual no se procederá a decretar la suspensión provisional del segmento demandado del artículo 5 del Decreto 2474 de 2008.

3.7. Violación manifiesta del Decreto 127 de 2009 (artículos 1 y 2), al artículo 189 No. 11 C.P. y al artículo 2 numeral 2 literal i. de la Ley 1150 de 2007, por falta de competencia y exceso de la facultad reglamentaria del Gobierno Nacional.

3.7.1. Texto de las normas materia de la solicitud de medida cautelar

“Artículo 1°. Adiciónese el artículo 53 del Decreto 2474 de 2008 con el siguiente numeral:



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

19. La prestación de servicios por parte de 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.

"Artículo 2°. Adiciónese el parágrafo 1° 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". (Los textos subrayados corresponden a lo demandado).

3.7.2. Cargos de infracción manifiesta expuestos por el actor

Afirmó que el artículo 1 del Decreto 127 de 2009, mediante el cual el Gobierno Nacional adicionó el listado de los contratos que pueden celebrarse mediante selección abreviada, debe suspenderse por las mismas razones expuestas para atacar la legalidad del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008, esto es, porque:

(i) El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República no es una entidad que tenga como función garantizar la defensa y seguridad nacional, motivo por el cual no puede hacer uso de la causal i. del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

(ii) Los contratos para la prestación de servicios por parte de personas naturales para atender labores predominantemente materiales o de apoyo a la gestión no son de aquellos que por su objeto puedan considerarse para la defensa y seguridad nacional.

Esgrimió que, como en el artículo segundo dispuso que la celebración de esos contratos se haría de conformidad con el procedimiento señalado en el manual de contratación del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, se autorizó a esa entidad para prescindir del procedimiento legal



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

establecido para la selección abreviada, es decir, que el artículo primero queda sin efecto con lo prescrito en el artículo 2 del citado decreto.

Finalmente, subrayó que al disponer la norma censurada que determinados contratos puedan hacerse de conformidad con el manual de contratación de la entidad, excede la facultad reglamentaria (art. 189 No. 11 C.P.), de manera que debe suspenderse provisionalmente, para cuyo sustento se remite a las consideraciones del Auto de 1 de abril de 2009 (Exp. 36.476).

3.7.3. Consideraciones de la Sala

El artículo 1 del Decreto 127 de 2009 dispuso en forma general que los contratos de prestación de servicios con personas naturales para atender labores predominantemente materiales o de apoyo a la gestión del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, constituiría un numeral adicional (19) del artículo 53 del Decreto 2474 de 2009, el cual reglamenta el numeral 2 letra i. del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que prevé la contratación a través de la modalidad de selección abreviada de los bienes y servicios para la defensa y seguridad nacionales. Es decir, se trata de un precepto reglamentario que viene a complementar el texto de otro, de manera que debe ser interpretado en unidad con aquél del cual es parte integrante.

Así, según se explicó en esta providencia en el numeral 3.2.3., a propósito del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008, adicionado por el artículo 1 del decreto demandado, para arribar a una conclusión acerca de la ilegalidad o legalidad del reglamento en esta materia, es necesario conocer las nociones de defensa y seguridad nacionales, determinar las entidades que de acuerdo con el ordenamiento jurídico pueden realizar contratos en este ámbito y establecer los bienes y servicios objeto de los mismos, lo que conlleva realizar un análisis



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

que desborda esta etapa procesal y que, por ende, impide adoptar la medida cautelar, dado que evidencia que no se cumple con el requisito de la ostensible contradicción a la ley, por confrontación directa de las normas.

Con todo, entiende la Sala que los contratos de prestación de servicios de personas naturales para realizar labores predominantemente materiales y de apoyo, que pueda celebrar el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República en orden a atender las necesidades de su gestión, están 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, pues, recuérdese²² que, esa causal no puede hacerse extensiva a todo tipo de bienes y servicios, que terminaran por ampliar el concepto a situaciones que tornaran nugatoria la exigencia licitatoria; o lo que es igual, el anterior planteamiento no supone que cualquier tipo de contratación pueda resultar asociada a esta excepción, de modo que por esta vía cualquier tipo de contrato pudiera ser celebrado a su amparo.

Ahora bien, en cuanto al artículo 2 del Decreto 127 de 2009, la Sala dispondrá la suspensión provisional de sus efectos, pues, al indicar que la celebración de esos contratos se haría de conformidad con el procedimiento señalado en el manual de contratación del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, es claro que el ejecutivo se excedió en el ejercicio de su facultad reglamentaria. En efecto, como ya lo ha sostenido reiteradamente esta Sala - auto de 1 de abril de 2009 Exp. 36.476-, y a ello también se ha hecho alusión en la presente providencia, ese tipo de normas reglamentarias se encuentran viciadas pues desconocen en forma manifiesta el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política y el artículo 2 numeral 2 de la Ley 1150 de 2007, que imponen que es al Gobierno Nacional a quien le corresponde reglamentar los

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia de 27 de marzo de 2008, Exp. 29.393.



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

procesos de selección y en particular el de la modalidad de selección abreviada.

La Sala reitera que normas como la del artículo 2 del Decreto 127 de 2009 implican una delegación o transferencia a las entidades públicas contratantes - en este caso al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República- para que determinen en su manual de contratación el procedimiento que bajo la modalidad de la selección abreviada debe aplicarse para obtener la oferta más favorable, desconociendo que no es posible que el Presidente de la República se despoje de su potestad reglamentaria atribuida a él en el numeral 11 del artículo 189 superior para delegarle a otro la expedición del procedimiento que por vía general debe expedir para el efectivo cumplimiento de la citada modalidad de selección, según lo reconoce la Ley 1150 de 2007, cuando previó que el Gobierno Nacional debería reglamentar la selección abreviada prevista en el numeral 2 del artículo 2.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADMÍTESE la demanda de nulidad interpuesta por el ciudadano **MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**, contra 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"*; el artículo 83 (parcial) del Decreto 066 de 2008 *"por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección,*



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones”; y los artículos 1 y 2 del Decreto 127 de 2009 *“por el cual se adiciona el artículo 53 del Decreto 2474 de 2008”*, expedidos 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: ESTÉSE a lo resuelto por la Sala en auto de 27 de mayo de 2009, Exp. 36.054, en relación con la suspensión provisional del artículo 46 del Decreto 2474 de 2008.

SEXTO: ESTÉSE a lo resuelto por la Sala en el auto de mayo 27 de 2009 - Exp. 36.476-, en relación con la suspensión provisional de los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008, en la expresión *“... haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable...”*

SÉPTIMO: DECRÉTASE la suspensión provisional de los efectos de los párrafos 2º y 3º del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008, y **NIEGÁSE** la medida cautelar en relación con los demás apartes del precepto demandado.

OCTAVO: NIEGÁSE la suspensión provisional de los efectos de los apartes demandados del artículo 79 del Decreto 2474 de 2008.



NOVENO: NIEGÁSE la suspensión provisional de los efectos del párrafo del artículo 6; del párrafo 5 (parcial) del artículo 8; del artículo 9 (parcial); del numeral 3 (parcial) del Decreto 2474 de 2008; y del artículo 83 del Decreto 066 de 2008.

DÉCIMO: ESTÉSE a lo resuelto por la Sala en el auto de 6 de agosto de 2009, Exp. 37.044, en relación con la suspensión provisional de los efectos del párrafo 2° del artículo 77 del Decreto 2474 de 2008.

UNDÉCIMO: ESTÉSE a lo resuelto por la Sala mediante auto de 27 de mayo de 2009 Exp. 36.054, en relación con la suspensión provisional de los efectos de la expresión del artículo 89 del Decreto 2474 de 2008: *“y todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección”*.

DÉCIMO SEGUNDO: NIEGÁSE la suspensión provisional de los efectos del aparte demandado del artículo 5 del Decreto 2474 de 2008.

DÉCIMO TERCERO: NIEGÁSE la suspensión provisional de los efectos del artículo 1 del Decreto 127 de 2009.

DÉCIMO CUARTO: DECRÉTASE la suspensión provisional de los efectos del artículo 2 del Decreto 127 de 2009.

DÉCIMO QUINTO: SOLICÍTESE por secretaría, a las entidades demandadas el envío, en copia íntegra y auténtica, de los antecedentes administrativos de las disposiciones reglamentarias demandadas del Decreto 2474 de 2008, del Decreto 066 de 2008 y del Decreto 127 de 2009, expedidos por el Presidente de la República, dentro del término de 10 días, y con la advertencia de que el desacato a esta solicitud o la inobservancia del plazo constituye falta disciplinaria.



Radicado No. 110010326000200900043 00 (36.805)

DÉCIMO SEXTO: 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