



763

191

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA (SUBSECCIÓN B)
Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010)

Radicación número: 110010326000201000046 00 (39.093)

Actor: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Demandado: NACIÓN-PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS

Asunto: Acción pública de simple nulidad

Resuelve la Sala sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional contra el Decreto 1039 de 30 de marzo de 2010, presentadas 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 de nulidad, consagrada en el artículo 84 de la C.C.A. presentó el 27 de julio de 2010, demanda para que se declare la nulidad del Decreto 1039 de 30 de marzo de 2010, *“por el cual se adiciona el artículo 79 del Decreto 2474 de 2008, expedido por el Gobierno Nacional, y cuyo texto es del siguiente tenor:*

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

“15. Los convenios de apoyo o colaboración para la Defensa y/o Seguridad Nacional, suscritos entre el Ministerio de Defensa Nacional – Fuerzas Militares – Policía Nacional con personas jurídicas relacionadas con los sectores energético, petrolero, minero, infraestructura, salud, comunicaciones y educación, así como aquellos para la ejecución de



Radicado No. 110010326000201000046 00 (39.093)

programas de acción integral y erradicación de cultivos, ilícitos, entre otros”.

“Artículo 2º. El presente decreto rige a parte de la fecha de su publicación.” (Diario Oficial No. 47.667 de 30 de marzo de 2010).

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

2. La solicitud de suspensión provisional

En escrito separado, el actor solicitó de modo expreso la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, al estimar que infringe en forma manifiesta las disposiciones superiores invocadas en la demanda, lo cual se vislumbra, en su sentir, por confrontación directa, así:

2.1. El Gobierno Nacional excedió su competencia, toda vez que en el decreto demandado, al ejercer la facultad prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política para reglamentar las leyes 30 de 1993 y 1150 de 2007, dictó disposiciones acerca de cómo deben celebrarse los convenios regulados por la Ley 489 de 1998 (artículo 96).

2.2. El Decreto 1039 de 2010, contradice abiertamente el artículo 2 de Ley 1150 de 2007, porque extiende la posibilidad de utilizar la contratación directa a convenios en los cuales dicha ley no autorizó esa modalidad de contratación.

Indicó que es evidente la contradicción entre la disposición legal y la reglamentaria, pues la segunda extiende la modalidad de contratación directa a un tipo de acuerdo no contemplado en la primera, en el entendido de que una



Radicado No. 110010326000201000046 00 (39.093)

cosa son los contratos de bienes y servicios del Sector Defensa que necesiten reserva para su adquisición –artículo 2 de la Ley 1150 de 2007- y otra cosa muy distinta son los convenios que las entidades de ese sector “*celebren para la Defensa y/o Seguridad Nacional, o para la ejecución de programas de acción integral y erradicación de cultivos, entre otros*” –Decreto 1039 de 2010-.

Señaló que, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, es al representante legal de la entidad que va a celebrar el contrato a quien le corresponde determinar si el mismo se encuentra dentro de una causal de contratación directa, dado que debe justificar antes de la apertura del proceso de selección de que se trate, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección.

En definitiva, para el actor “*mientras la voluntad del legislador consistió en señalarle a las entidades del sector defensa que sólo podrían acudir a esta modalidad cuando necesitara reserva para contratar un bien o servicio determinados, el ejecutivo las exoneró de determinar si existe o no tal necesidad.*”

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 examine* (artículo 237 numeral 1 C.P. en concordancia con el artículo 128 del C.C.A.).



En efecto, se pretende la nulidad de unas normas de naturaleza reglamentaria, contenidas en el Decreto 1039 de 30 de marzo de 2010, acto de carácter general y administrativo, por el cual se adicionó el artículo 79 del Decreto 2474 de 2008 y fue expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución.

Cabe señalar, igualmente, que el conocimiento de este asunto corresponde a esta Sección, dado que el artículo 12 del Acuerdo 58 de 1992¹, 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 la norma acusada es un acto que fue expedido por una autoridad del orden nacional (Decreto 1039 de 30 de marzo de 2010) y que cumple con los requisitos de ley (artículos arts. 128, 137, 138, 139, 142 y 143 del C.C.A).

3. La suspensión provisional solicitada

3.1. La suspensión provisional, hoy prevista en el artículo 238 de la Constitución Política², y que había sido regulada por el artículo 152 del

¹ En desarrollo de lo dispuesto por el numeral 6º del artículo 237 de la Carta Política.

² 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".



Radicado No. 110010326000201000046 00 (39.093)

Código Contencioso Administrativo -C.C.A.- (artículo 31 del Decreto 2304 de 1989) en vigencia de la anterior Carta Política³, 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 ilegalidad manifiesta.

Ilegalidad que emerge de la mera comparación del acto administrativo impugnado con textos normativos superiores que se aduzcan como desconocidos por la Administración, sin que se requiera efectuar un mayor estudio a la confrontación directa de sus contenidos, o que se demuestre a través de documento público.

Con la adopción de esta medida cautelar se detienen temporalmente los efectos de los actos administrativos y, por lo mismo, se suspende su fuerza obligatoria (arts. 238 superior, 66 No. 1 y 152 del C.C.A.).

En este sentido, esta figura excepcional y restrictiva es corolario directo del principio de legalidad (preámbulo, artículos 1, 6, 121 y 122 C.N.) y tiene por *telos* sancionar, como lo ha señalado esta Corporación, la rebeldía de la Administración ante mandatos superiores⁴.

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.

³ El artículo 193 de la Constitución Nacional de 1886 ya la consagraba.

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 28 de junio de 1990, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo, S.V. Carlos Betancur Jaramillo.



(ii) Que en tratándose de la acción de nulidad, basta que haya infracción manifiesta de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante demostración con documentos públicos aducidos con la solicitud.

(iii) Que sí 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, a simple vista 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, en un proceso comparativo que no requiere de mayores esfuerzos interpretativos o probatorios, o a través de la conclusión de su demostración con documentos públicos aducidos con la solicitud.

De modo que, 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, la verificación de la violación manifiesta u ostensible del acto infractor no excluye en manera alguna un ejercicio por parte del juez de argumentación, reflexión e interpretación para motivar una decisión de tanta trascendencia como es la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo.



3.2. En el caso concreto, sin que sea menester entrar a un análisis de fondo de la situación controvertida, se advierte con el solo cotejo del decreto demandado con la normatividad superior, que se presenta con meridiana claridad su transgresión y desconocimiento.

En efecto, obsérvese que el numeral 4, letra d., del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, es del siguiente tenor:

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

d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición;...”

Como puede apreciarse, la norma legal transcrita estableció la procedencia de la contratación directa con base en dos elementos concurrentes que surgen de su tenor literal: el 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 objeto del contrato a celebrar requieran reserva, sin interesar la modalidad de contrato a través del cual se surta esa adquisición, de suerte que, por exclusión, no consideró todos los contratos de determinado tipo, clase o categoría.

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 numerales⁵. Igualmente, dispuso en el párrafo que los contratos que se

⁵ Decreto 2474 de 2008: “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:



Radicado No. 110010326000201000046 00 (39.093)

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; además, previó que las condiciones técnicas de tales contratos no pueden ser reveladas, por lo que los exceptuó del requisito de la publicación.

Ahora bien, sobre este artículo 79 del Decreto 2474 de 2008, esta Sección se abstuvo de decretar la suspensión provisional del mismo, por lo siguiente:

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 interventorias 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."



“En este orden normativo, no observa la Sala, a primera vista, una contradicción ostensible entre el artículo reglamentario demandado [art 79 Decreto 2474 de 2008] 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.”⁶

Sin embargo, en el *sub lite* advierte la Sala una diferencia que implica que para llegar a una conclusión *prima facie* sobre la legalidad del acto demandado no se requiera acudir a los dos aspectos antes señalados. En efecto, nótese que en este caso mientras el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 dispone que únicamente podrá utilizarse la modalidad de contratación directa en la contratación de bienes y servicios en el Sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, que necesitan reserva para su adquisición, el Decreto 1039 de 30 de marzo de 2010, al adicionar un numeral 15 al mencionado artículo 79 del Decreto 2474 de 2008, dispone en forma

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 21 de octubre de 2009, Exp. 110010326000200900043 00 (36.805), C.P. Ruth Stella Correa Palacio, confirmado en Auto de 3 de marzo de 2010.



Radicado No. 110010326000201000046 00 (39.093)

abierta y sin referencia a una categoría específica de bienes y servicios que esa modalidad podría utilizarse también para celebrar *“los convenios de apoyo o colaboración para Defensa y/o Seguridad Nacional, suscritos entre el Ministerio de Defensa Nacional - Fuerzas Militares – Policía Nacional con personas jurídicas relacionadas con los sectores energético, petrolero, minero, infraestructura, salud, comunicaciones y educación, así como aquellos para la ejecución de programas de acción integral y erradicación de cultivos, ilícitos, entre otros.”*

Es decir, como lo esgrimió el solicitante, en tanto el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 autoriza la contratación directa en determinados contratos del sector defensa que, teniendo en cuenta su objeto particular -bien o servicio-, requieren reserva para su adquisición, el decreto demandado autoriza acudir a la modalidad de contratación directa para todos los convenios de apoyo o colaboración para la Defensa y/o Seguridad Nacional que celebren las entidades del Sector Defensa, sin reparar en el bien o servicio objeto del mismo cuya adquisición se necesita para la defensa y seguridad nacional, sino basado exclusivamente en el tipo o clase de contrato a otorgar o suscribir (convenios de apoyo o colaboración para Defensa y/o Seguridad Nacional), con lo cual se colige que la norma reglamentaria desconoce y conculca, en forma manifiesta, la norma superior invocada.

Por lo anterior, se accederá a la suspensión provisional de los efectos del Decreto 1039 de 30 de marzo de 2010. Esta circunstancia releva a la Sala de evaluar, en este estado del proceso, los argumentos adicionales esgrimidos por el actor, lo anterior, sin perjuicio –si es del caso- que ellos sean estudiados en la sentencia de fondo.

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



Radicado No. 110010326000201000046 00 (39.093)

RESUELVE:

PRIMERO: ADMÍTESE la demanda interpuesta por el ciudadano MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, contra el Decreto 1039 de 30 de marzo de 2010, *"por el cual se adiciona el artículo 79 del Decreto 2474 de 2008"*, expedido por el Gobierno Nacional.

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, y el Ministro de Defensa Nacional.

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

QUINTO: DECRETÁSE la suspensión provisional de los efectos del Decreto 1039 de 30 de marzo de 2010, *"por el cual se adiciona el artículo 79 del Decreto 2474 de 2008"*, expedido por el Gobierno Nacional.

SEXTO: SEÑÁLESE la suma de cien mil pesos (\$100.000,00) como gastos ordinarios del proceso a cargo de la parte actora, suma que será consignada a órdenes de la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la respectiva cuenta de depósitos judiciales, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de ésta providencia. El remanente, si existiere, se devolverá al interesado, cuando el proceso finalice.



Radicado No. 110010326000201000046 00 (39.093)

SÉTIMO: SOLICÍTESE por secretaría, a las entidades demandadas el envío, en copia íntegra y auténtica, de todos los antecedentes administrativos del Decreto 1039 de 30 de marzo de 2010, *"por el cual se adiciona el artículo 79 del Decreto 2474 de 2008*, expedido por el Gobierno Nacional, 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.

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

CÓPIESE, NOTIFIQUESE y CÚMPLASE


RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidenta de la Sala


STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO


DANILO ROJAS BETANCOURTH