

PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD – Procedimiento de contratación

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3º, número 3, de la Ley 1437 de 2011: «En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». Esta norma complementa este principio en el sentido de imponer una regla de carácter prohibitivo, en tanto las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones no podrán fundarse en consideraciones de tipo subjetivo, de suerte que las relaciones con los asociados y las decisiones que, en consecuencia, se adopten, deberán estar informadas por criterios exclusivamente objetivos. Así, en el plano contractual, los funcionarios encargados de los trámites y definiciones respectivas no podrán tener en ninguna etapa del iter negocial, esto es, desde su planeación hasta la liquidación del contrato, consideraciones diferentes al interés público y a las finalidades propias de la contratación; por supuesto, en el proceso de selección de contratistas las determinaciones que se adopten, necesariamente, deben estar alejadas de asuntos que graviten en torno del fuero interno de los funcionarios y sujetarse a las reglas objetivas, justas, claras y completas previstas en los documentos de la contratación. De allí, que la selección deba ser objetiva.

SELECCIÓN OBJETIVA – Procedimiento de contratación

La selección objetiva, en concordancia con el art. 29 de la ley 80 de 1993, se define a partir de criterios que son fácilmente identificables y que la ley enuncia: el precio, el plazo, el cumplimiento en contratos anteriores, la calidad, la experiencia, etc., los cuales, considerados integralmente -la llamada ponderación- permiten determinar la propuesta más favorable. Dichos factores podrán concurrir todos o los que la administración discrecionalmente establezca, de acuerdo con las necesidades del servicio y el fin del contrato. En otras palabras, la selección objetiva comporta: i) la obligación de fijar previamente los criterios de selección (art. 24 ord. 5º), ii) el llamado público para que, en igualdad de oportunidades, se presenten las ofertas [principio de concurrencia art. 30 num. 3], y iii) la transparencia [art. 24]. La comparación de los ofrecimientos es una de las garantías de la selección objetiva, la cual se efectúa de acuerdo con los parámetros previamente determinados en el pliego de condiciones. La metodología es variable por cuanto así como puede realizarse una operación matemática, puede ser un simple cotejo o una ponderación precisa, pero cualquiera sea la que se defina, la selección del contratista, en principio, está diseñada para efectuarse ante una pluralidad de ofrecimientos. No obstante, resulta obvio entender que la comparación o cotejo de ofertas es procedente efectuarla cuando existe pluralidad de ofertas, sin perjuicio de que, en el caso de un proponente único, también pueda hacerse con los precios del mercado. Se desprende de lo indicado, que si bien, en general, la comparación de ofertas es un mecanismo que garantiza el deber de selección objetiva, no es una conditio sine qua non para tales propósitos, pues existen otros métodos por cuya virtud tal deber puede ser cumplido.

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA – Procedimiento de contratación

Refleja la esencia de las instituciones democráticas en cuanto al carácter público de sus actuaciones. Con él se pretende, por lo tanto, garantizar la máxima publicidad de todas las actuaciones de las entidades públicas en punto de su actividad contractual, de suerte que puedan ser conocidos por la comunidad, en general, y por los posibles proveedores del Estado, en particular, desde los pasos previos de la planeación contractual [plan anual de adquisiciones, plan general de compras, etc.] hasta el finiquito de las relaciones contractuales perfeccionadas. Por su virtud, los procesos de contratación estatales deben ser visibles, claros, perspicuos, con garantía de conocimiento y acceso a toda la información que en ellos se produzca, lo cual pretende evitar que los representantes del Estado incurran en acciones arbitrarias y, por supuesto, en actos de corrupción.

En desarrollo de este principio, además, la escogencia de los contratistas del Estado deberá realizarse, por regla general, mediante licitación pública, de suerte que las otras modalidades son excepcionales y, por lo tanto, de aplicación restringida; se establecerán las etapas procesales pertinentes para el ejercicio del derecho de contradicción; las condiciones de contratación contenidas en los documentos preparados por la administración deberán ser elaboradas con respeto de las cargas de buena fe, lealtad y corrección, de manera inteligible, detallada, objetiva; y las decisiones que se adopten deberán estar suficientemente motivadas.

La adecuada aplicación de este principio y de las reglas que de él se derivan permite, tal como se previno con antelación, la concreción de otros principios propios de la gestión administrativa como la imparcialidad, la igualdad, la moralidad y la selección objetiva, y mantiene con ellos una relación

simbiótica, por manera que la pervivencia de unos supone la de los otros. No obstante lo anterior, en consonancia con su naturaleza, en tanto puede graduarse la rigurosidad de su aplicación, tal como se dejó visto, la materialización del principio de transparencia puede obtenerse por otras vías, particularmente en las excepciones a la licitación pública, esto es, la selección abreviada, el concurso de méritos, la contratación directa y la mínima cuantía.

Así, por lo tanto, considerando asuntos relativos a la naturaleza de los bienes o servicios a adquirir, su cuantía estimada o la oportunidad para su obtención, la transparencia del proceso puede gozar de graduaciones, sin que ello comporte una violación del aludido principio. Se trata de juicios de conveniencia a cargo del Legislativo, el cual, bajo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, cuenta con una amplia libertad de configuración normativa para establecer el grado de aplicación que tal principio tendrá en las diferentes actuaciones de los organismos y entidades sujetos a su acatamiento.

Teniendo en cuenta, además, que pende de manera fundamental de este principio, aquel relativo a la libre competencia, es importante indicar que este último es relativo, no absoluto ni irrestricto, pues el interés público puede imponer limitaciones al mismo. Así, por lo tanto, tal libertad puede verse restringida con causales de inhabilidad o incompatibilidad, condiciones técnicas y económicas, así como por consideraciones de conveniencia estimadas razonables y proporcionalmente por el Legislador, tal como ocurren en los casos de la selección abreviada, la contratación directa y la mínima cuantía, en donde, en comparación con la licitación pública, la publicidad de los procesos comporta importantes restricciones, como se dejó anotado.

POTESTAD REGLAMENTARIA – Alcance de las acciones

La potestad reglamentaria, contenida en el número 11 del artículo 189 de la Constitución Política de 1991, que corresponde casi a una reproducción textual de lo que en el mismo sentido prevenía el número 3 del artículo 120 de la Constitución Política de 1886, es uno de los más insignes reflejos del constitucionalismo moderno, y de la concepción y estructuración del Estado de Derecho a partir de la fórmula de la división de poderes y de la teoría de los pesos y contrapesos.

El reconocimiento de la potestad reglamentaria procura superar el brocardo “*princeps legibus solutus est*” ampliamente difundido en el derecho medieval, conforme con el cual el monarca o príncipe era el productor natural y exclusivo del derecho pero no lo sometía a él, básicamente por concesión divina y por imposición forzada e, incluso, violenta, lo cual, como resulta evidente, transgrede los presupuestos básicos del Estado democrático de Derecho implantado en la mayor parte de los países occidentales y, en cualquier caso, rebasa el concepto democrático y pluralista del Estado.

El poder normativo así reconocido constitucionalmente, pone de presente la jerarquización del ordenamiento jurídico, con preeminencia de las normas constitucionales y legales, somete al imperio de la Ley la actuación que en este sentido despliega el Poder Ejecutivo, y evidencia la necesidad de la existencia de varias fuentes formales productoras de normas jurídicas que garanticen el imperio del derecho y una más ajustada y perspicua regulación legal de los comportamientos sociales.

La potestad reglamentaria reconocida al Presidente de la República puede entenderse como una atribución constitucional de carácter permanente, correlato de la función principal que tiene el Ejecutivo de asegurar el cumplimiento del derecho contenido en disposiciones de superior jerarquía, para expedir normas de carácter general, impersonal y abstracto que desarrollen los principios y reglas previstos en aquéllas y encauzarlos hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real, sin que ello pueda comportar la modificación, ampliación o restricción de su contenido o alcance.

Por otra parte, la figura en comento se caracteriza por ser ejercida por el Presidente de la República en su calidad de primera autoridad administrativa, por derecho propio de raigambre constitucional, sin que resulte necesario, para cada caso particular, que se precise su reconocimiento por parte del Legislador, de suerte que se ejerce de manera permanente, y no puede ser limitada, *ratione materiae* o *ratione temporis*, salvo reserva constitucional a propósito. Es una competencia inalienable, intransferible e inagotable de carácter meramente instrumental, pues con ella se permite al Ejecutivo desarrollar su función esencial de darle operatividad a las disposiciones legales, por manera que se garantice la cumplida ejecución de las leyes.

SELECCIÓN ABREVIADA – Procedimiento contractual – Causales

En el procedimiento de selección abreviada la entidad debe garantizar la libre concurrencia que permita la presentación de propuestas, que serán evaluadas de manera objetiva y de acuerdo con lo previamente establecido en los pliegos de condiciones elaborados a propósito por la entidad. Para este último efecto, es decir, para la selección objetiva de las ofertas, deberá considerarse lo previsto, a su turno, en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011, conforme con el cual la entidad tiene la obligación de efectuar comparaciones entre los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello, por manera que en aquellas modalidades en las que han de concurrir libremente los oferentes [licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada e, incluso, la modalidad de mínima cuantía introducida por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011], la entidad tiene la obligación de comparar los ofrecimientos efectuados unos con otros y estos con los estudios previos elaborados, como uno de los criterios para establecer cuál de ellos es el más favorable para la satisfacción de los intereses públicos inmersos en la contratación.

CONTRATACIÓN DIRECTA – Procedimiento contractual

La Ley 1.150 de 2007 modificó de manera fuerte la contratación directa, y actuó de la siguiente forma: tomó las 13 causales que existían y las dividió en dos grupos: i) uno lo continuó llamando contratación directa, y ii) otro lo denominó selección abreviada. Pero el legislador no se limitó a reorganizar y agrupar las causales existentes, porque creó otras. Algunas nuevas las incorporó a la lista de la contratación directa y otras a la de la selección abreviada. Es así como, la sumatoria de las causales de ambas modalidades asciende a 18, nueve en cada modalidad.

Del articulado mismo de la ley 1.150 se desprende que las causales de contratación directa no requieren de la obtención de un número plural de ofertas. Por el contrario, la escoge libremente, bien pidiendo una sola oferta o incluso ninguna, pudiendo pasarse en este último caso a suscribir directamente el contrato.

Los mecanismos adoptados por la Ley, si bien admiten la contratación de bienes y servicios sin la concurrencia de varias propuestas, exigen, por otra parte, que tal contratación sea residual, excepcional, restringida y respetuosa de la selección objetiva, de suerte que se privilegien, sin limitación, los principios de imparcialidad y economía en tales contrataciones.

DOCUMENTOS PÚBLICOS – Restricción

La restricción de acceso a la documentación pública es una atribución otorgada única y exclusivamente al Legislador, de suerte que no podría el Gobierno Nacional, so pretexto del ejercicio de su potestad reglamentaria, invadir las competencias constitucionales asignadas de manera exclusiva al Congreso de la República y señalar, *motu proprio*, en qué casos la adquisición de algunos bienes o servicios está sometida a reserva.

La referencia a la facultad reglamentaria permanente, inalienable, intransferible e inagotable del Gobierno Nacional, contenida en el párrafo 2º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, no podría interpretarse, de ninguna manera, en el sentido que el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de establecer los eventos en que el derecho fundamental de acceso a la información pública puede ser objeto de restricción en materia de contratación pública, pues tal competencia es conferida exclusiva, excluye y directamente por la Constitución Política al Congreso de la República. Dispone, en efecto, el artículo 74 de la Constitución Política: «Artículo 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley». El secreto profesional es inviolable. El derecho fundamental así consagrado se instituye como una herramienta fundamental para garantizar la publicidad y transparencia de la gestión pública y, consecuentemente, evita la arbitrariedad de los organismos públicos con actuaciones solapadas, secretas y carentes de la posibilidad del debate y control público.

A este respecto, ha señalado la Corte Constitucional que las restricciones al mencionado derecho, por su incidencia vital en la estructura del Estado Social de Derecho, está sometido a exigentes condiciones de orden constitucional, por manera que los juicios de su adecuación al ordenamiento superior son, en extremo, rigurosos, pues "...[e]l establecimiento de restricciones al derecho de acceso a información sin la observancia de los límites constitucionales y convencionales, crea un campo propicio para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como reservada, generando inseguridad jurídica respecto al ejercicio de este derecho y las facultades del Estado para restringirlo". En consonancia con el precepto constitucional antes transcrito, la Corte en la providencia en cita, resalta que toda limitación al acceso a la información

pública debe estar fijada en una ley de forma clara y precisa, como medio para asegurar que tal acceso no quede arbitrariamente en cabeza del poder público.

En distintas decisiones la Corte ha admitido expresamente que una de las razones que pueden justificar la restricción del principio de publicidad de la información del Estado es la defensa de la seguridad nacional. Sin embargo ha reiterado que en cualquier caso la limitación concreta que se establezca debe satisfacer los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En particular la Corte ha señalado que la finalidad de proteger la seguridad o defensa nacional es constitucionalmente legítima y por lo tanto para el logro de tales objetivos puede establecerse la reserva de cierta información. Sin embargo, en cada caso es necesario acreditar que tales derechos o bienes se verían seriamente afectados si se difunde determinada Información, lo que hace necesario mantener la reserva. En otras palabras, no basta con apelar a la fórmula genérica 'defensa y seguridad del Estado para que cualquier restricción resulte admisible.

Así las cosas, la Sala encuentra que el correcto entendimiento que debe darse de la causal prevista en la letra d, número 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, supone la existencia de eventos definidos por el Legislador como reservados, pues sólo a través de ese medio constitucionalmente definido se puede garantizar el principio básico de la legitimidad democrática y se asegura la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos ante la restricción de un derecho fundamental.

La variación del tratamiento del concepto de defensa y seguridad nacional que impuso la Ley 1150 de 2007 en materia de contratación estatal fuerza la anterior conclusión, pues distinguió entre asuntos de defensa y seguridad nacional que no requieren reserva y entre aquellos que si lo ameritan, por manera que no bastaría con acudir al expediente antifibológico de la «*defensa y seguridad nacional*» para limitar el derecho al acceso a la información pública y, mucho menos, para hacer uso de la causal de contratación directa *sub examine*: será necesario, se itera, soportar tal decisión en una norma de rango legal que imponga, expresamente, la restricción.

Así las cosas, en consonancia con el fallo de constitucionalidad, esta Sala debe observar que la expresión genérica del legislador no puede ser colmada en ejercicio de la facultad reglamentaria en tratándose de la restricción de un derecho fundamental, por manera que la determinación precisa y clara de su contenido deberá ocupar, nuevamente, la labor legislativa, por manera que, para el caso de lo establecido en la letra i) del número 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, debe entenderse la existencia de un reenvío a las normas de orden legal que establecen los eventos en que por causa de defensa y seguridad nacional debe reservarse la información contractual que corresponda, sin perjuicio de las justificaciones particulares que deberán realizar los funcionarios públicos encargados del trámite contractual correspondiente. Sólo una interpretación en este sentido se ajusta a los dictados constitucionales y legales, y garantiza la transparencia y la publicidad de la actuación del Estado.

PRINCIPIOS – Fuerza normativa

En relación con la naturaleza y fuerza normativa de los principios y reglas, esta Sala ha señalado: 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.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SALA PLENA

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil quince (2015).

Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00043-00(36805)

Actor: MARTIN BERMUDEZ MUÑOZ

Demandado: NACION - PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA Y OTROS

Referencia: ACCION DE SIMPLE NULIDAD (SENTENCIA)

Decide la Sala, en única instancia, la demanda instaurada por el ciudadano Martín Bermúdez Muñoz, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A. en la que impugna varias disposiciones de los decretos 066 del 16 de enero de 2008, 2474 del 7 de julio de 2008 y 127 del 19 de enero de 2009.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda

El 27 de abril de 2009, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el ciudadano Martín Bermúdez Muñoz, presentó demanda en contra de 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 algunas de las disposiciones contenidas en los decretos 066 y 2474 de 2008 y 127 de 2009¹.

2. Disposiciones acusadas y concepto de la violación

¹ Folios 87 a 205 del cuaderno principal.

El actor solicitó declarar la nulidad de las siguientes disposiciones:

2.1. Del Decreto 2474 de 2008 “*por el cual se reglamenta 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*”²:

- Artículo 5º, parcialmente;
- Parágrafo único del artículo 6º;
- Parágrafo 5º del artículo 8º, parcialmente;
- Artículo 9º, parcialmente;
- Artículo 46;
- Artículo 47;
- Artículo 52;
- Artículo 53, parcialmente;
- Artículo 77, parcialmente;
- Artículo 79, parcialmente; y
- Artículo 89, parcialmente.

2.2. El artículo 83, parcialmente, del Decreto 066 de 2008 “*por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva, y se dictan otras disposiciones*”³.

2.3. Los artículos 1º y 2º del Decreto 127 de 2009 “*por el cual se adiciona el artículo 53 del Decreto 2474 de 2008*”⁴.

Para el actor, conforme con los argumentos que se expondrán en la parte considerativa de la presente providencia (*cfr. infra*, numerales 5.1.2., 5.2.2., 5.3.2. y 5.4.2.), las disposiciones antes referidas violan los numerales 1º y 2º y el inciso final del artículo 150, y el número 11 del artículo 189 de la Constitución Política; el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007; el parágrafo 2º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993; y los artículos 27 y 30 del Código Civil.

3. Solicitud de suspensión provisional

² Publicado en el Diario Oficial 47.043 del 7 de julio de 2008.

³ Publicado en el Diario Oficial 46.873 del 16 de enero de 2008.

⁴ Publicado en el Diario Oficial 47.238 del 19 de enero de 2009.

En escrito separado de la demanda⁵, el actor solicitó expresamente la suspensión provisional de los efectos de la totalidad de las normas acusadas, pues consideró que las mismas infringen en forma manifiesta las disposiciones superiores invocadas, lo cual se aprecia, en su sentir, con la sola comparación de las mismas.

4. Trámite de instancia

4.1. Admisión de la demanda y decisión sobre la suspensión provisional de los actos demandados

Mediante auto del 21 de octubre de 2009 la demanda fue admitida y, en relación con la medida cautelar de suspensión provisional impetrada por el actor respecto de la totalidad de las disposiciones demandadas, se adoptaron las siguientes decisiones:

4.1.1. Estarse a lo resuelto en el auto del 27 de mayo de 2009⁶, expediente 36054, en relación con los artículos 46 y 89⁷ del Decreto 2474 de 2008.

4.1.2. Estarse a lo resuelto en el auto del 1º de abril de 2009⁸, expediente 36476, en relación con la expresión “(...) *haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable (...)*” contenida en los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008.

4.1.3. Estarse a lo resuelto en el auto del 6 de agosto de 2009, expediente 37044, en relación con el párrafo 2º del artículo 77 del Decreto 2474 de 2008⁹.

4.1.4. Negar la solicitud respecto de los artículos 5º, 6º párrafo único, 8º párrafo 5º, 9º, 77 número 3º y 79 del Decreto 2474 de 2008, así como de los artículos 83 y 1º de los decretos 066 de 2008 y 127 de 2009, respectivamente.

⁵ Folios 206 a 251 del cuaderno principal.

⁶ La providencia fue confirmada mediante auto del 6 de agosto de 2009.

⁷ En relación con la expresión “(...) *y todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección*”.

⁸ Los apartes correspondientes de la providencia aludida fueron confirmados mediante auto del 27 de mayo de 2009.

⁹ La providencia aludida fue confirmada mediante auto del 21 de octubre de 2009.

4.1.5. Decretar la suspensión de los párrafos 2º y 3º del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008 y negarla respecto de los demás apartes demandados del mismo artículo.

4.1.6. Decretar la suspensión del artículo 2º del Decreto 127 de 2009.

El 17 de noviembre de 2009 la Nación – Ministerio del Interior y de Justicia solicitó reponer la providencia anteriormente referida, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos de los párrafos 2º y 3º del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008, y del artículo 2º del Decreto 127 de 2009. Mediante auto del 3 de marzo de 2010 la decisión fue confirmada.

4.2. Contestación de la demanda

En la oportunidad procesal correspondiente, mediante escritos del 13 de abril de 2010¹⁰ el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y del 14 de abril de 2010 los Ministerios de Transporte¹¹ y del Interior y de Justicia¹² y el Departamento Nacional de Planeación¹³ contestaron la demanda formulada, oponiéndose a las pretensiones de nulidad incoadas.

4.3. Intervenciones

Mediante escrito del 13 de abril de 2010, la ciudadana Alexandra Quintero Fajardo solicitó ser tenida como coadyuvante de las pretensiones del demandante y solicitó tener como pruebas dentro del proceso las gacetas No. 225 y 226 del 5 de julio de 2006, y requerir al Congreso de la República o a la Presidencia de la República la remisión de la copia auténtica de las mismas pues, en su criterio, corresponden a un antecedente a tener en cuenta al momento de estudiar la legalidad de los decretos demandados¹⁴. Su intervención fue reconocida mediante auto del 23 de abril de 2010.

4.4. Apertura a pruebas

¹⁰ Folios 367 a 370 del cuaderno principal.

¹¹ Folios 458 a 464 *loc. cit.*

¹² Folios 508 a 518 *loc. cit.*

¹³ Folios 465 a 501 *loc. cit.*

¹⁴ Folios 373 y 374 *loc. cit.*

Mediante auto del 6 de agosto de 2010 se abrió el proceso a pruebas.

4.5. Alegatos de conclusión y vista fiscal

Por auto del 10 de febrero de 2011 se ordenó correr traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto de fondo. De este término procesal hicieron uso la parte actora¹⁵, los Ministerios de Hacienda y Crédito Público¹⁶, Transporte¹⁷ e Interior y de Justicia¹⁸, y el Departamento Nacional de Planeación¹⁹ para reiterar sus pronunciamientos en torno de la legalidad de las normas demandadas. El Ministerio Público solicitó traslado especial el 2 de marzo de 2011²⁰ y rindió su concepto el 22 de marzo de la misma anualidad²¹.

II. CONSIDERACIONES

En primer lugar, la Sala establecerá su competencia para conocer del asunto sometido en esta oportunidad a su consideración **(1)**, posteriormente, hará referencia a la derogatoria de las normas demandadas **(2)**, analizará la cosa juzgada en la acción de simple nulidad, sus efectos y su incidencia en el presente trámite **(3)**, estudiará el fenómeno de la potestad reglamentaria atribuido al Presidente de la República **(4)** y, finalmente, pasará a estudiar los cargos formulados por el actor **(5)**.

1. Competencia

Se afirmará la competencia de esta Corporación para conocer de la demanda impetrada contra los decretos 066 y 2474 de 2008, y 127 de 2009, para lo cual se reiteran los pronunciamientos que en relación con los dos primeros ha efectuado esta Sala y los extenderá al Decreto 127 de 2009, pues este último comparte con estrictez su misma naturaleza.

¹⁵ Folios 665 a 671 *loc. cit.*

¹⁶ Folios 619 a 620 *loc. cit.*

¹⁷ Folios 653 a 664 *loc. cit.*

¹⁸ Folios 672 a 683 *loc. cit.*

¹⁹ Folios 622 a 652 *loc. cit.*

²⁰ Folio 621 *loc. cit.*

²¹ Folios 688 a 701 *loc. cit.*

En efecto, tal como lo tiene sentado la Corporación²², las disposiciones atacadas son de naturaleza puramente reglamentaria, de carácter general y administrativo, y expedidas por el Presidente de la República en desarrollo de lo dispuesto en el número 11 del artículo 189 de la Constitución Política. Por tal motivo, de conformidad con lo dispuesto en el número 1 del artículo 237 de la Constitución Política, y los artículos 84 y 128 del Código Contencioso Administrativo, corresponde al Consejo de Estado conocer, en única instancia, de las demandas de nulidad que contra tales disposiciones se interpongan.

Debe indicarse, por otra parte, que teniendo en cuenta que algunos de los cargos formulados por el actor se soportan en la contrariedad de las disposiciones reglamentarias respecto de preceptos constitucionales, resulta menester precisar si el análisis de los mismos, encaminados a demostrar la nulidad por inconstitucionalidad de actos expedidos por el Gobierno Nacional, pueden ser conocidos y decididos por esta Sala o deben agotar tal trámite ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

El marco normativo que permite definir el asunto planteado se encuentra guiado por lo previsto en el número 2 del artículo 237 de la Constitución Política, conforme con el cual corresponde del Consejo de Estado “[c]onocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”. A su vez, por medio del número 9 del artículo 37 y del artículo 49 de la Ley Estatutaria 270 de 1996, se asigna a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. El número 7 del artículo 97 de Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998, además de reiterar la competencia aludida de la Sala Plena, estableció el procedimiento específico que cursaría la acción interpuesta, advirtiendo que los actos acusados de

²² V. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009, expediente 35177, C.P. Enrique Gil Botero; auto del 3 de septiembre de 2008, expediente 35362, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36054, C.P. Enrique Gil Botero; autos del 1º de abril de 2009, expedientes 36312 y 36476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 24 de marzo de 2011, expediente 36601, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia del 7 de marzo de 2011, expediente 37044, C.P. Enrique Gil Botero.

inconstitucionalidad a cargo de la mencionada Corporación no podrán ser de aquellos que obedezcan a una función propiamente administrativa²³.

La competencia indicada en cabeza de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se concentra, entonces, en la verificación de la existencia de un acto de contenido general (i), expedido por el Gobierno Nacional (ii), cuya competencia no esté asignada a la Corte Constitucional (iii), y que no obedezca al desarrollo de una función propiamente administrativa (iv).

Considerando lo anterior, al descender al caso concreto, se advierte que en el presente evento se trata del desarrollo de funciones propiamente administrativas – en confrontación con funciones de orden puramente político-, lo cual permite descartar, sin duda, la competencia de la Sala Plena respecto del *sub lite*.

En efecto, el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria (número 11 del artículo 189 *superior*) y como suprema autoridad administrativa (artículo 115 *ejusdem*), por medio de las normas atacadas, reglamentó parte de la gestión contractual de la administración pública, la cual, por su misma mesmedad, se enmarca dentro de las funciones de contenido esencialmente administrativo, en tanto que con ellas se busca la adecuada organización de las estructuras administrativas del poder público para la celebración de negocios jurídicos (*rectius*: contratos) que tengan por objeto la satisfacción del interés público²⁴ y se funden y guíen por los principios propios de la función administrativa (artículo 209 *superior*). Con los cuerpos normativos contentivos de las disposiciones demandadas, el Ejecutivo dijo reglamentar el quehacer de la administración pública en materia contractual, lo cual comporta, necesariamente, definiciones que, dentro del exclusivo marco de la ley y sujetas a los límites de la potestad reglamentaria, hagan alusión al espectro general de la regulación, las autoridades responsables y

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de noviembre de 2009, Expediente 20691, C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Ver, también, Sección Primera, sentencia del 6 de agosto de 2004, Expediente 1001-03-15-000-2001-0110-01(AI), C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En sentencia del 23 de julio de 1996, la Sala Plena de esta Corporación (expediente 3367), en relación con este asunto indicó, además, que “[e]l control jurisdiccional sobre estos decretos de índole eminentemente administrativa, se ejerce mediante la “acción de nulidad”, consagrada en el artículo 84 del C.A., por motivos tanto de inconstitucionalidad como de ilegalidad. En ese orden de ideas, y por exclusión, las ‘acciones de nulidad’ atribuidas a la Sala Plena del Consejo de Estado por el numeral segundo del artículo 237 de la Constitución, son aquéllas cuya conformidad con el ordenamiento jurídico se establece mediante su confrontación directa de la Constitución Política. En cualquier otro caso, en la medida en que el parangón deba realizarse en forma inmediata frente o a través de normas de rango meramente legal, así pueda predicarse una posible inconstitucionalidad, que será mediata, la vía para el control no puede ser otra que la acción de nulidad que por antonomasia es propia de la jurisdicción de lo contencioso administrativa”.

²⁴ Cfr. con los artículos 1 de las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y de los decretos 066 y 2474 de 2008.

los demás actores involucrados, los procedimientos específicos y la oportunidad para adelantar cada una de las gestiones reguladas, todo lo cual revela, sin dubitación, el desarrollo de una función de naturaleza exclusivamente administrativa tendiente a organizar la gestión de la administración pública en un asunto de la mayor importancia para el logro de los objetivos del Estado: la contratación estatal.

Finalmente, advierte la Sala que el conocimiento de la presente demanda corresponde a esta Sección de la Corporación, dado que el artículo 12 del Acuerdo 58 de 1992, modificado por el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, por el cual se adoptó el Reglamento del Consejo de Estado, radicó en la Sección Tercera la competencia para conocer de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que, entre otros temas, versen sobre asuntos contractuales.

2. Derogatoria de las normas demandadas

Los decretos 2025²⁵ y 3576 de 2009²⁶, y 2516 de 2011²⁷ modificaron y derogaron algunas de las normas demandadas. Posteriormente, el Decreto 734 del 13 de abril de 2012 derogó, en su integridad, los decretos 066 y 2474 de 2008, así como el 127 de 2009. El Decreto 734 de 2012, por su parte, fue derogado por el Decreto 1510 del 17 de julio de 2013.

En relación con lo anterior, no puede dejar la Sala de advertir la volatilidad normativa a la que el Ejecutivo ha sometido la actividad contractual del Estado. Sin duda, los propósitos de las reglamentaciones son los más encomiables, pero dejan entrever una débil estructuración de la política pública en materia contractual, lo cual, por contera, incrementa los riesgos de corrupción en una actividad que es particularmente sensible a este corrosivo fenómeno. En menos de 5 años las entidades públicas y los proveedores del Estado han contado con 4 actos reglamentarios que pretenden compilar o agrupar la mayor parte de aspectos relacionados con la gestión contractual de la administración pública y también han visto cómo tales reglamentaciones han sido modificadas y derogadas, incrementado la inseguridad jurídica y, probablemente, el costo de las

²⁵ Modificó los artículos 46, 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008.

²⁶ Derogó el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008.

²⁷ Derogó parcialmente el párrafo único del artículo 6° y el párrafo 5° del artículo 8° del Decreto 2474 de 2008.

compras públicas, en detrimento de los intereses del conglomerado y de la satisfacción de sus necesidades.

Análogamente, la rápida mutación de la normatividad ha impedido la decantación de los preceptos en las prácticas administrativas y truncado los estudios de la doctrina que permitan guiar a los operadores jurídicos en la aplicación de las disposiciones. La falta de planeación de la política pública, además, ha generado reglamentaciones que, en algunos casos, han soslayado la sindéresis necesaria para estos efectos, lo cual ha llevado a la expedición de normas que no superan el control de legalidad de la Jurisdicción Contencioso Administración.

Respecto al pronunciamiento que ahora corresponde a esta Sala, ha de señalarse que la desaparición de la vida jurídica de las normas atacadas, sin embargo, no impide un pronunciamiento judicial sobre su validez, puesto que el mismo no está condicionado a su vigencia, lo cual se ajusta a la finalidad del medio de control previsto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, en tanto que, con el mismo, se pretende garantizar la incolumidad de la legalidad objetiva dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

En efecto, tal como ya lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, la circunstancia que un acto demandado haya sido modificado, derogado o subrogado por otro, ocasiona la cesación de sus efectos hacia el futuro, en tanto que, como el análisis de la legalidad del acto administrativo comprende la evaluación de sus requisitos esenciales a efecto de definir si nació o no válido a la vida jurídica, su nulidad produce efectos invalidantes desde su nacimiento²⁸. Con eso se reitera la posición que esta Corporación ha mantenido desde la providencia del 14 de enero de 1991, en la que se advierte:

“Observa la Sala que la posición de esta Corporación en lo referente a la sustracción de materia no ha sido del todo constante, pues en diversas oportunidades se ha pronunciado en forma diferente sobre la materia. Así, ha dicho que, en tratándose de acciones de nulidad, cuyo propósito “no es otro que el de mantener la legalidad afectada por el ordenamiento enjuiciado, el fallo de fondo es inoperante y superfluo en aquellos casos en que la misma administración haya revocado o sustituido en su integridad la decisión en litigio, ya que el orden jurídico ha quedado restablecido en virtud de la segunda providencia. El

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de marzo de 2007. Expediente 11542, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

pronunciamiento jurisdiccional en este evento, carecería de objeto”. (Sentencia de 11 de julio de 1962, Expediente 929, Sala de lo Contencioso Administrativo).

“La posición anterior ha sido reiterada en varias oportunidades, dentro de las cuales se destacan los pronunciamientos de 14 de febrero de 1979 (Expediente 994), 18 de julio de 1975, marzo 13 de 1979 (Expediente 518), 12 de julio de 1988 (Expediente 387 - 10861), octubre 12 de 1989 (Exp. 522) y 24 de noviembre de 1989 (Expediente 1062).

“Sin embargo en algunas ocasiones la posición de la Corporación se ha distanciado de la postura mencionada, afirmando que:

“Basta que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso de tiempo para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo deba pronunciarse ante una demanda de nulidad que se presenta contra ella, pues en ese lapso de tiempo pueden haberse efectuado (sic) situaciones jurídicas particulares o puede haber efectos de la misma que ameriten reparación del daño y restauración del derecho que eventualmente se haya ocasionado” (Sentencia de agosto 17 de 1984, Sección Cuarta, Expediente 9524).

“Tesis que, al igual que la primera, ha sido sostenida en ciertas oportunidades (Sentencias de 9 de julio de 1987, Expediente E - 102, 11 de octubre de 1968) y en la cual subyace la preocupación por la burla a la ley que pudiese resultar de la estricta interpretación de la primera de las posiciones planteadas, ya que de hecho se sustraerían del control jurisdiccional aquellas disposiciones derogadas por la administración al momento en que se fuera a decidir sobre su legalidad.

“Estima la Sala que, ante la confusión generada por las dos tesis expuestas, lo procedente será inclinarse por la segunda de ellas, pero no es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma, como ocurriría si se mantiene la posición que sostiene que sería inoperante y superfluo pronunciarse en los eventos en que la misma administración ha revocado su acto, así éste sea de carácter general e impersonal. Pues, contrario a lo que se había afirmado, opina la Sala que la derogatoria de una norma no restablece per se el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que de un acto administrativo, aun si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que solo se pierde ante pronunciamiento anulador del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, lo declara ajustado a derecho. Ello, además, se ve confirmado por los efectos que se suceden en cada evento. La derogatoria surte efecto hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden

violado; la anulación lo hace ab - initio, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad.

“Y por ello mismo es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción pública de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legalidad no podría controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo.

“Así, las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una norma ilegal, seguramente serán también ilegales, independientemente de la vigencia de esta última, o, a contrario sensu, serán legales si ella lo es también. Pero, como en uno u otro evento ambas están amparadas por la presunción de legalidad, la cual no podría ser controvertida en el evento de una norma derogada, el resultado de lo anterior será necesariamente el de imposibilitar el juzgamiento objetivo del acto particular de que se trate.

“Por ello la Sala opina que, aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aun si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia”²⁹.

En relación con lo anterior, conviene destacar que mientras la derogación de las normas comporta una limitación relativa de la eficacia de la disposición derogada hacia el futuro (*ex nunc*), en la anulación se afecta, por regla general, la validez de la norma desde su origen (*ex tunc*). Son pues dos fenómenos diferentes, de suerte que por la existencia de la derogatoria no resulta garantizada la incolumidad del

²⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de enero de 1991, expediente S-157, C.P. Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

ordenamiento jurídico, pues persistirían, bajo el manto de legalidad, los efectos torticeramente producidos por la norma viciada de nulidad.

Por lo demás, la eventual declaratoria de nulidad producto del juicio de legalidad que se adelanta se realizará en el entendido que las situaciones individuales y concretas que se hayan consolidado bajo la vigencia de las normas estudiadas gozan de presunción de legalidad.

3. Cosa juzgada en la acción de simple nulidad, sus efectos y su incidencia en el presente trámite

La cosa juzgada en materia contencioso administrativo comporta una regulación específica y diferencial atendiendo al tipo de acción que le dio origen a la sentencia (artículo 175 del Código Contencioso Administrativo)³⁰ y opera cuando se ha adoptado, en proceso anterior, una decisión de fondo, debidamente ejecutoriada, sobre una *causa petendi* específica, en salvaguarda de la seguridad jurídica.

En particular, para el caso de las sentencias proferidas en desarrollo de la acción de nulidad, sus efectos de cosa juzgada serán *erga omnes* absolutos cuando quiera que se declare la nulidad de un acto administrativo. En el evento en que la sentencia no acoja las súplicas de la demanda, es decir, no encuentre fundados los cargos de invalidez de las disposiciones atacadas y niegue la nulidad impetrada, la sentencia tendrá efectos *erga omnes* relativos, pues sólo se predicarán de la *causa petendi* juzgada, lo cual se acompasa con el principio dispositivo de la justicia contencioso administrativo, en tanto que no se realiza un control integral de legalidad, pues los análisis se concentran en las normas violadas y el concepto de la violación contenidos en el escrito generatriz de la controversia judicial, tal como lo previene el número 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

En relación con este asunto, ha sostenido la Corporación:

“El concepto de cosa juzgada que se predica de las sentencias judiciales se refiere a los atributos de imperatividad, coercibilidad e inmutabilidad de que están revestidas las sentencias ejecutoriadas. Así

³⁰ La cosa juzgada se encuentra regulada en los artículos 180 número 6 (excepciones previas), 189 (efectos de la sentencia) y 250 (causales de revisión) de la Ley 1437 de 2011.

las cosas, cuando las decisiones de los funcionarios judiciales hacen tránsito a cosa juzgada, significa, por una parte, que las mismas son susceptibles de cumplirse coercitivamente, y por otra parte, que las mismas no pueden ser modificadas por una decisión posterior, salvo las excepciones expresamente reguladas por la ley en tal sentido.

“De conformidad con lo dispuesto por el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, para que opere el fenómeno de la cosa juzgada es preciso que se reúnan los siguientes elementos: a) Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto; b) Que se funde en la misma causa anterior y c) Que en los procesos haya identidad jurídica de parte. No obstante lo anterior, es del caso señalar que el requisito referido a la ‘identidad jurídica de las partes’, no tiene aplicación en los procesos contencioso administrativos de nulidad, pues las sentencias que sobre ellos recaigan producen efectos erga omnes, tal cual lo predica el artículo 175 del C.C.A. cuyo texto más adelante se transcribe, lo cual implica que son oponibles a cualquier demandante que pretenda, por los mismos motivos, iniciar nuevamente el debate judicial. Adicionalmente, en estos procesos la acción es promovida no en interés particular sino, en defensa del orden jurídico.

“(…)

“De conformidad con lo prescrito por el inciso 1° del artículo 175 del C. C. A., en tratándose de sentencias estimatorias dictadas en procesos de simple nulidad, el fenómeno de la cosa juzgada produce efectos ‘erga omnes’, lo cual significa que la decisión judicial en firme que haya declarado la nulidad de un acto administrativo, se hace extensiva a aquellos procesos en los cuales el acto demandado sea exactamente el mismo, independientemente de cuál sea la causa invocada para sustentar la nulidad deprecada”³¹.

En punto de los efectos *erga omnes* relativos a los que se hizo referencia precedentemente, esta Corporación señaló que de acuerdo con el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo “(…) *si la decisión jurisdiccional es negativa, es decir si el acto demandado continúa vigente, la cosa juzgada se predica, únicamente de las causales de nulidad alegadas y del contenido del petitum que no prosperó. En consecuencia la norma puede ser demandada por otra causa y puede prosperar la pretensión, lo que quiere decir, que en tales aspectos la sentencia es inmutable, y por tanto, debe estarse a lo resuelto en la misma*”³².

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 21 de octubre de 2010, expediente 11001-03-25-000-2006-00388-00, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 22 de abril de 2004, expediente 2500-23-27-000-2000-1034-01 (13274). C.P. Germán Ayala Mantilla.

Ahora bien, descendiendo al caso en concreto, cuyo análisis ocupa la atención de la Sala, se advierte que mediante las sentencias del 14 de abril de 2010 y del 7 de marzo de 2011 fueron desatadas demandas de nulidad de algunas de las disposiciones objeto de la demanda generatriz del presente trámite, motivo por el cual resulta menester establecer los efectos de tales decisiones respecto del *sub lite*, conforme con lo previamente señalado en relación con la cosa juzgada.

3.1. Sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36054B³³

3.1.1. Decisiones adoptadas

Mediante la sentencia del 14 de abril de 2010, para lo que resulta de interés en el presente proceso, se adoptaron las siguientes decisiones:

“(…)

“Cuarto. DECLÁRASE la nulidad del **artículo 46 del Decreto 2474 de 2008**, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.”

“Sexto. DECLÁRASE la nulidad de la expresión **‘...haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable...’**, contenida en los **artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008**, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.”

“Decimo. DECLÁRASE la nulidad de las expresión **‘...y todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección...’**, contenida en el **artículo 89 del Decreto 2474 de 2008**, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.” (se resalta)

3.1.2. Disposiciones demandadas en el sub lite

Dentro de las pretensiones de la demanda se solicitó la declaratoria de nulidad de las disposiciones del Decreto 2474 de 2008 que a continuación transcriben:

“Artículo 46. Contratación de mínima cuantía.

“Cuando el valor del contrato por celebrar sea igual o inferior al diez por

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36054B, C.P. Enrique Gil Botero.

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.

“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).

“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).

3.1.3. Cargos propuestos y efectos de la cosa juzgada

En relación con el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, advierte la Sala que respecto del proceso adelantado bajo la cuerda del expediente 36054B existe unidad de objeto con el presente trámite, por manera que la nulidad declarada en aquél respecto de la totalidad de la disposición aludida (*cf. supra*, numeral 3.1.1.), tiene carácter vinculante e incidencia directa y determinante respecto de la decisión que debe adoptarse por medio del presente providencia³⁴. Lo anteriormente indicado es acompañado por el Ministerio Público en su concepto³⁵.

Así las cosas, la Sala reconoce la existencia de cosa juzgada absoluta en relación con la disposición antes menciona, lo cual se reflejará en la parte resolutive de esta sentencia.

³⁴ De acuerdo con el reporte del software de gestión de esta Corporación, la sentencia proferida en única instancia el 14 de abril de 2010, cobró ejecutoria el 11 de mayo del mismo año a las 5:00 p.m.

³⁵ Reverso del folio 696 del cuaderno principal.

En relación con los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008, se advierte que la sentencia del 14 de abril de 2010 anuló parcialmente las disposiciones (*cf. supra*, numeral 3.1.1.), de suerte que la coincidencia con el objeto de la presente *litis* no es absoluta y, por lo tanto, esta Sala abordará, en el apartado correspondiente (*cf. infra*, numeral 5.1.) el análisis de la legalidad del contenido de las disposiciones que no fue invalidado.

Se advierte, también, que los cargos formulados en uno y otro proceso (*causa petendi*) no son coincidentes. En efecto, en el expediente 36054B el actor sustentó su cargo de invalidez afirmando que las expresiones por él demandadas³⁶ eran violatorias del artículo 189 número 11 de la Constitución Política y del artículo 2º número 2 de la Ley 1150 de 2007, por cuanto el Presidente de la República, a través de ellas, se despojó de su facultad reglamentaria respecto del procedimiento de selección abreviada con el fin de celebrar los contratos para la prestación de servicios de salud y aquellos de las entidades a cuyo cargo se encuentre la ejecución de programas de protección a personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada, entre otros, previstos en las causales c) y h) del citado precepto legal, y la delegó o transfirió a los distintos órganos sometidos al Estatuto General de Contratación, incumpliendo el mandato legal y desconociendo los límites de dicha potestad. Por su parte, tal como se precisará posteriormente (*cf. infra*, numeral 5.1.2.), el actor en el presente proceso sustentó su cargo señalando que los artículos 47 y 52 demandados infringen lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 pues, so pretexto de regular un procedimiento de selección abreviada para las causales c) y h) del número 2 *ibídem*, autorizó a las entidades públicas para que, en tales supuestos, procedieran a realizar una contratación directa, violando con ello, además, el listado taxativo previsto para esta última modalidad de contratación en el número 4 *ejusdem*.

Por lo anterior, en posición coincidente con la Vista Fiscal³⁷, la Sala reconoce la existencia de cosa juzgada absoluta en relación con las frases anuladas de los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008, tal como se reflejará en la parte resolutive de esta sentencia, y procederá al estudio de la parte no invalidada de la

³⁶ Del artículo 47 demandó la frase: "(...) *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 (...)*" y del artículo 52 aquella que señala: "(...) *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 (...)*."

³⁷ Folio 701 del cuaderno principal.

disposición, de conformidad con los cargos formulados por el actor (*cf. infra*, numeral 5.1.5.).

Finalmente, en relación con las expresiones demandadas del artículo 89 del Decreto 2474 de 2008, encuentra la Sala que respecto del proceso adelantado bajo la cuerda del expediente 36054B existe unidad de objeto con el presente trámite, por manera que la nulidad declarada en aquél en relación con las expresiones demandadas (*cf. supra*, numeral 3.1.1.), tiene carácter vinculante e incidencia directa y determinante respecto de la decisión que debe adoptarse por medio de la presente providencia³⁸. Lo anteriormente indicado es acompañado por el Ministerio Público en su concepto³⁹.

Así las cosas, la Sala reconoce la existencia de cosa juzgada absoluta en relación con las expresiones de la disposición antes mencionada, lo cual se reflejará en la parte resolutive de esta sentencia.

3.2. Sentencia del 7 de marzo de 2011, expediente 37044⁴⁰

3.2.1. Decisiones adoptadas

Mediante la sentencia del 7 de marzo de 2011, para lo que resulta de interés en el presente proceso, esta Corporación desestimó las pretensiones anulatorias dirigidas contra el parágrafo 2º del artículo 77 del Decreto 2474 de 2008, disposición que, junto con la expresión final del número 3 del mismo artículo, fue demandada en el *sub lite*.

3.2.2. Disposiciones demandadas en el sub lite

Dentro de las pretensiones de la demanda se solicitó la declaratoria de nulidad de las disposiciones del Decreto 2474 de 2008 que a continuación transcriben:

“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

³⁸ De acuerdo con el reporte del software de gestión de esta Corporación, la sentencia proferida en única instancia el 14 de abril de 2010, cobró ejecutoria el 11 de mayo del mismo año a las 5:00 p.m.

³⁹ Folio 696 y su reverso del cuaderno principal.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2011, expediente 37044, C.P. Enrique Gil Botero.

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 2° 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 1°. 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 2°. 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).

3.2.3. Cargos propuestos y efectos de la cosa juzgada

El cargo formulado contra el parágrafo 2° del artículo 77 del Decreto 2474 de 2008 en el proceso que se adelantó en el expediente 37044, fue sintetizado por esta Corporación de la siguiente manera:

“1.1. Cargos contra el artículo 77, parágrafo 2.

“Explicó que esta norma vulnera el parágrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1.150 de 2007, según el cual, la Administración debe justificar previamente a la apertura del proceso de selección que se trate, las razones jurídicas en que se fundamenta la modalidad de selección.

“Considera que la Administración no puede obviar la expedición del acto administrativo en el que justifique la modalidad de selección, pues el artículo 2 de la Ley 1.150 de 2007 establece esta obligación, sin excepción, y además el artículo 8 ibídem ordena a las entidades publicar los pliegos de condiciones o sus equivalentes, con la finalidad de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones. Añadió que ‘Si el artículo 77 del Decreto 2.474

establece de manera general un acto administrativo que justifique la contratación directa, además de señalar la causal que se invoca, el objeto a contratar, el presupuesto y el lugar donde se pueden consultar los estudios y documentos previos, no puede de soslayo que los contratos de prestación de servicios cumplan con el requisito previsto en el párrafo 1º del artículo 2º de la ley 1150 de 2007.

“La disposición que se demanda, no tiene otra razón de ser, sino la vulneración de los principios que anteriormente se mencionaron, pues de qué manera se conoce un acto administrativo si no es por su publicidad, desde luego no habiendo acto administrativo, la celebración de este tipo de contratos se convierte en una actuación a hurtadillas (...) el Ejecutivo en su tarea reglamentaria, excepcionó la modalidad de contratación de prestación de servicios de este requisito” –fl. 13, cdno. ppal.-”.

En relación con la *causa petendi* de la presente acción, en punto del ataque contra el artículo 77 del Decreto 2474 de 2008, se echa de menos por la Sala el sustento del cargo formulado en contra el párrafo 2º del mencionado artículo, pues si bien dicha norma se incluye dentro del acápite general denominado “*La reglamentación de la contratación directa*”⁴¹ y se presenta el concepto de la violación en la que, en opinión del actor, incurre el número 3 del mismo artículo 77⁴², nada se dijo en relación con su párrafo 2º, por lo cual se desconoció la carga procesal prevista en el número 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

De lo anterior, se desprenden varias consecuencias en relación con las definiciones que deben adoptarse mediante la presente providencia: (i) En el apartado correspondiente (*cf. infra*, numeral 5.3.) será analizado el cargo formulado en contra de las expresiones demandadas contenidas en el número 3 del artículo 77, pues las mismas no fueron conocidas en el proceso decidido mediante sentencia del 7 de marzo de 2011; (ii) la pretensión anulatoria contra el párrafo 2º del artículo 77 será también analizada en el mismo apartado, pero bajo la consideración del incumplimiento del requisito previsto en el número 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo; y (iii) se reconocerá la cosa juzgada en relación con el párrafo 2º del artículo 77 del Decreto 2474 de 2008, pero sólo en relación con los cargos formulados y estudiados por esta Corporación en la sentencia del 7 de marzo de 2011.

⁴¹ Folios 62 a 73 del cuaderno principal.

⁴² Folio 71 *loc. cit.*

4. Potestad reglamentaria del Presidente de la República

Teniendo en cuenta que el fundamento transversal de los vicios anulatorios alegados por el accionante gravita en torno del ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República, delantamente la Sala pondrá de presente las consideraciones que sobre el particular ha edificado la Corporación.

4.1. La potestad reglamentaria, contenida en el número 11 del artículo 189 de la Constitución Política de 1991, que corresponde casi a una reproducción textual de lo que en el mismo sentido prevenía el número 3 del artículo 120 de la Constitución Política de 1886⁴³, es uno de los más insignes reflejos del constitucionalismo moderno, y de la concepción y estructuración del Estado de Derecho a partir de la fórmula de la división de poderes y de la teoría de los pesos y contrapesos.

El reconocimiento de la potestad reglamentaria procura superar el *brocardo* “*princeps legibus solutus est*” ampliamente difundido en el derecho medieval, conforme con el cual el monarca o príncipe era el productor natural y exclusivo del derecho pero no lo sometía a él, básicamente por concesión divina y por imposición forzada e, incluso, violenta, lo cual, como resulta evidente, transgrede los presupuestos básicos del Estado democrático de Derecho implantado en la mayor parte de los países occidentales y, en cualquier caso, rebasa el concepto democrático y pluralista del Estado.

El poder normativo así reconocido constitucionalmente, pone de presente la jerarquización del ordenamiento jurídico, con preeminencia de las normas constitucionales y legales, somete al imperio de la Ley la actuación que en este sentido despliega el Poder Ejecutivo, y evidencia la necesidad de la existencia de varias fuentes formales productoras de normas jurídicas que garanticen el imperio del derecho y una más ajustada y perspicua regulación legal de los comportamientos sociales.

⁴³ Disponía la norma en mención: “Artículo 120. Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: (...). 3. *Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes (...)*”. V. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 1994, expediente 6361, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Debe precisarse de lo anterior, tal como ha tenido oportunidad de indicarlo esta Corporación⁴⁴, que el reconocimiento del poder de producción normativa a cargo del Presidente de la República consagrado en el número 11 del artículo 189 no es el único que la Carta Política establece para él y para otros organismos públicos, por manera que la reserva legal para la producción misma del derecho –e incluso la prevalencia de la ley– ha venido morigerándose desde la prístina posición de la Revolución Francesa, en la que el imperio de la ley soslayaba cualquier otra medio de producción formal de proposiciones jurídicas⁴⁵. Por esta última circunstancia, la tensión entre el espectro competencial de los diferentes órganos productores de normas se ha resuelto, en nuestro medio, mediante los criterios de jerarquía y de distribución de competencias normativas, los cuales buscan impedir un

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 20 de mayo de 1994, expediente 5185, C.P. Guillermo Chahín Lizcano. Ver, también, Sección Tercera, sentencia del 14 de agosto de 2008, expediente 16230, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, en donde la Corporación advierte una tipología reglamentaria en el ordenamiento jurídico constitucional del siguiente tenor: (i) Reglamentos expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria constitucionalmente atribuida al Presidente de la República, la cual se deriva claramente el número 11 del artículo 189 superior; (ii) Reglamentos constitucionales autónomos entre los que se destacan los establecidos en los artículos 355, 189.17, 131, 224, 268.12, 246, 235.6, 237.6 y 244.11, *ejusdem*; (iii) Reglamentos que desarrollan leyes marco, de acuerdo con lo establecido en el número 19 del artículo 150 *ibídem*; (iv) Reglamentos que desarrollan leyes habilitantes, los cuales se presentan cuando quiera que la Constitución utiliza la fórmula “*de conformidad con la ley*”, al asignar potestades normativas al Gobierno, a organismos autónomos o a otras autoridades -verbigracia, a las asambleas departamentales o a los concejos municipales-; (v) Reglamentos residuales, los cuales se presentan, e.g. en las hipótesis previstas en los artículos 41 y 42 transitorios constitucionales; y (vi) Reglamentos expedidos por otras autoridades administrativas, en asuntos especializados relativos a la órbita de sus competencias, caso en el cual se está ante “*los productos normativos emanados de cualquier autoridad administrativa en ejercicio de la facultad que le asiste en el sentido de regular la ejecución de las funciones o la prestación de los servicios a su cargo, mediante reglamentaciones que estarán subordinadas a la Constitución, a la ley, a los reglamentos expedidos por el Presidente de la República.*”

⁴⁵ Sobre este particular la Corte Constitucional, en sentencia C-805 de 2001, sostuvo: “*El Constituyente de 1991 introdujo respecto de ciertas materias y para determinados órganos un sistema de reglamentación especial. Se trata de ámbitos de regulación, que por expreso mandato de la Constitución se asignan a otros órganos constitucionales, al margen de la potestad reglamentaria del Presidente. Tal es el caso del Consejo Superior de la Judicatura, órgano al cual, de acuerdo con el artículo 257 de la Constitución, le corresponde, con sujeción a la ley ‘Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador’. Del mismo modo, el Consejo Nacional Electoral, de acuerdo con el artículo 265 de la Constitución, tiene, de conformidad con la ley, entre sus atribuciones especiales, la de ‘reglamentar la participación de los partidos y movimientos políticos en los medios de comunicación social del Estado’. El Contralor General de la República, por su parte, tiene entre sus atribuciones, de acuerdo con el artículo 268 de la Constitución, las de ‘Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse’ (Numeral 1º) y ‘Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial’ (Numeral 12). Al Contador General, funcionario de la Rama Ejecutiva, corresponde, a su vez, de acuerdo con el artículo 354 de la Constitución, ‘... determinar las normas contables que deben regir en el país, conforme a la ley’. Del mismo modo, la Junta Directiva del Banco de la República ejerce las competencias de regulación que le corresponden de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 371 y 372 de la Constitución. Sin embargo tales competencias para expedir reglamentos, distintas de la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República, tienen un régimen en la propia Constitución. Por fuera de los casos especiales previstos en la Carta, la competencia primaria para la reglamentación de la ley orientada a garantizar su cumplida ejecución corresponde al Presidente de la República. Lo anterior no obsta para que, de manera general, se pueda afirmar la existencia de ciertas competencias de regulación para órganos administrativos diferentes, y para el caso concreto, para los Ministros del Despacho. Pero tales competencias para la expedición de normas generales por los ministros sólo pueden ejercerse, frente a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, con criterio residual y subordinado”.*

desquiciamiento del sistema y la erosión de presupuestos básicos del Estado de Derecho, tales como la preeminencia de la soberanía popular y el pluralismo⁴⁶.

Para el caso particular de la potestad reglamentaria a la que se ha hecho referencia y es la que, específicamente, goza de relevancia en el *sub lite*, el criterio por el cual se resuelven las tensiones entre la ley y el reglamento es el jerárquico, de suerte que, tal como se indicó, el Gobierno Nacional se encuentra plenamente sometido al imperio de la ley, la cual determinará, como se verá, el contenido, alcance y límites de la mencionada potestad. En punto de la atribución reglamentaria, entonces, se mantiene con pleno vigor la cláusula general de competencia normativa del Congreso de la República, por cuya virtud goza de la facultad de regular cualquier asunto, salvo disposición constitucional en contrario. La producción de normas por el ejecutivo, en este evento, sólo resultará legítima y, consecuentemente, sus disposiciones sólo gozarán de validez, en la medida en que se someta con estrictez a los procedimientos constitucionales preestablecidos y a los dictados de la ley que pretende reglamentar.

4.2. Ahora bien, a partir del contexto antes indicado, la potestad reglamentaria reconocida al Presidente de la República puede entenderse como una atribución constitucional de carácter permanente, correlato de la función principal que tiene el Ejecutivo de asegurar el cumplimiento del derecho contenido en disposiciones de superior jerarquía, para expedir normas de carácter general, impersonal y abstracto que desarrollen los principios y reglas previstos en aquéllas y encauzarlos hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real, sin que ello pueda comportar la modificación, ampliación o restricción de su contenido o alcance⁴⁷.

4.3. Por otra parte, la figura en comento se caracteriza por ser ejercida por el Presidente de la República en su calidad de primera autoridad administrativa, por

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-234 del 2 de abril de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett: “Este reparto general de competencias normativas entre la ley y el reglamento no es casual ni caprichoso sino que responde a finalidades profundas. Por ello, la sentencia C-710 de 2001 indicó que esa estructura de competencias atiende al desarrollo del principio de división de poderes y a la necesidad de que el derecho, además de ser legal, sea legítimo. **La legitimidad del derecho se encuentra vinculada al principio democrático de elaboración de las leyes. Las normas que rigen una sociedad deben ser el resultado de un procedimiento en el que se garanticen en especial dos principios: el principio de soberanía popular, en virtud del cual los límites al ejercicio de las facultades de las personas que hacen parte de una colectividad tienen como único origen legítimo la voluntad popular. Y el principio del pluralismo, como una garantía de participación de la diversidad de los individuos y grupos que componen una sociedad**”.

(se resalta).
⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencias del 25 de abril de 1970, expediente 1087, C.P. Hernando Gómez Mejía y del 24 de mayo de 1973, expediente 2226, C.P. Miguel Lleras Pizarro; Sección Tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2005, expediente 14759, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-228 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

derecho propio de raigambre constitucional, sin que resulte necesario, para cada caso particular, que se precise su reconocimiento por parte del Legislador, de suerte que se ejerce de manera permanente, y no puede ser limitada, *ratione materiae* o *ratione temporis*, salvo reserva constitucional a propósito⁴⁸. Es una competencia inalienable, intransferible e inagotable de carácter meramente instrumental, pues con ella se permite al Ejecutivo desarrollar su función esencial de darle operatividad a las disposiciones legales, por manera que se garantice la *cumplida ejecución de las leyes*.

4.4. En cuanto al contenido y alcance de la potestad, ha advertido esta Corporación:

*“La función reglamentaria no es una actividad mecánica de reproducción de textos. En su ejercicio hay un proceso previo de análisis y evaluación de la ley, de indagación de sus fines, y de investigación sobre su contenido general y sus alcances parciales. Como producto de ese estudio, el reglamento debe ser el reflejo fiel del estatuto desarrollado y de cada uno de sus preceptos. En él puede desenvolverse, no sólo lo que aparezca explícitamente regulado en la ley, sino también lo que se encuentra implícito en ella”*⁴⁹.

Posteriormente indicó:

“(...) [E]n la tarea reglamentaria el Gobierno debe desarrollar no sólo lo que hay expreso en la Ley sino lo que hay implícito en ella, lo que está en la entraña misma de la norma reglamentada aunque las palabras no lo expresen, en forma tal que el reglamento no debe atenerse únicamente a la expresión literal de la norma porque si así fuera su función se limitaría a una mera reproducción de ella; es necesario entonces que el poder reglamentario desentrañe el contenido implícito, la finalidad específica de la Ley sustantiva con lo cual podrá moverse con mayor desenvoltura y agilidad teniendo en cuenta desde luego siempre el principio de no rebasar ni la letra, ni la intención ni la materia intrínseca y si se quiere finalista del precepto sustantivo. Porque nadie duda que una copia servil, literal de la Ley que se reglamenta sería la

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-028 del 30 de enero 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero: *“La potestad reglamentaria, o el poder reglamentario, es un derecho propio constitucionalmente otorgado al Presidente de la República como autoridad administrativa, para dictar las normas de carácter general que son necesarias para la correcta ejecución de la ley. Por consiguiente, esta atribución no necesita de norma legal expresa que la conceda, pero su ejercicio se amplía o restringe en la medida en que el Congreso utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos”*. En palabras de la Corte, la facultad reglamentaria a es *“...inalienable, intransferible, inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo y es irrenunciable, por cuanto es un atributo indispensable para que la Administración cumpla con su función de ejecución de la ley.”*

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de marzo de 1963, C.P. Carlos Gustavo Arrieta.

*negación misma de la facultad reglamentaria y su utilidad práctica sería también totalmente negativa*⁵⁰.

La potestad reglamentaria se trata, pues, de una actividad cuyo presupuesto básico es un mínimo de materialidad legislativa, a partir del cual el Gobierno puede ejercerla para asegurar la ejecución de dicho contenido, bajo los dictados explícitos e implícitos de la ley⁵¹, de suerte que la misma se *acople a las variantes y complicaciones que comporta la realidad*⁵². No se trata, por lo tanto, de una reiteración textual de la ley, pues tal sería un ejercicio inane del Ejecutivo que contrariaría principios superiores del ordenamiento; el ejercicio reglamentario debe estar dirigido a “...*dar vida práctica a la ley para ponerla en ejecución, supliendo aquellos detalles que sería exótico consignar en la propia ley (...). El decreto reglamentario debe estar contenido implícitamente dentro de la ley reglamentada.*”⁵³

4.5. Finalmente, en relación con los límites del Gobierno Nacional respecto de su atribución reglamentaria, esta Corporación goza de una reitera posición que a continuación se transcribe y que, en últimas, se traduce en que la potestad otorgada al Ejecutivo encuentra su límite en la forma en que el Congreso ejerza su poder de producción normativa, de suerte que a más detalle legislativo menor competencia ejecutiva para reglamentar y, *contrario sensu*: a menor ejercicio legislativo, mayor amplitud reglamentaria. Se trata de la llana aplicación de una regla de proporcionalidad inversa que permite superar apreciaciones puramente subjetivas que terminen afectado la órbita competencial del órgano legislativo y, consecuentemente, las condiciones de validez que deben ostentar las normas reglamentarias.

“Para fijar los límites del poder reglamentario es preciso acudir a los propios textos constitucionales. En ellos se establecen dos criterios a seguir: el de la necesidad y el de la competencia.

“a) Necesidad. Así como el legislador sólo puede desarrollar los

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 25 de abril de 1970, expediente 1087, C.P. Hernando Gómez Mejía.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 15 de abril de 1977, expediente 2034, C.P. Jorge Valencia Arango; 5 de mayo de 2005, expediente 13562, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Ver, también, Corte Constitucional, sentencias C-508 del 3 de julio de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-290 del 16 de junio de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía; C-852 del 17 de agosto de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 2 de diciembre de 1982, C.P. Samuel Buitrago Hurtado.

⁵³ Consejo de Estado, sentencia del 22 de agosto de 1944, C.P. Gonzalo Gaitán.

mandatos de la Carta Política que realmente requieran un desenvolvimiento para su adecuada aplicación, pero no aquellos otros que por sí mismos constituyen ordenamientos claros e incondicionados que no necesitan de regulaciones adicionales para su inmediata ejecución, así también el Órgano Administrativo únicamente podrá reglamentar los textos legales que exijan desarrollo para su cabal realización como normas de derecho. Si así no fuera, el legislador y el Ejecutivo forzosamente se colocarían en uno de estos dos extremos: o repiten exactamente lo que ya está expresado por el mandato superior, caso en el cual el nuevo precepto sería superfluo; o adicionan o recortan el alcance de la regla constitucional o legal, incurriendo en ostensible violación de las disposiciones superiores de derecho. Estas apreciaciones fluyen espontánea y naturalmente del principio de la jerarquía de la legalidad que informa todo nuestro sistema constitucional (...). Allí se da la medida exacta de los poderes jurídicos de la Administración Pública en estas materias: si el decreto reglamentario es necesario para que la ley se ejecute debidamente, el Gobierno puede dictarlo. Pero si no es necesario para su adecuada ejecución, la facultad desaparece en razón de que no existe el supuesto básico de su ejercicio. Hay sustracción de materia reglamentable, porque el estatuto superior se realiza en su plenitud sin necesidad de ordenamientos adicionales.

“b) Competencia. La función esencial del órgano administrativo es la de ejecutar las leyes, e igual cosa podría predicarse del órgano jurisdiccional. Desde el punto de vista de la técnica jurídica, las funciones parecen confundirse. Pero es evidente que cada una de esas ramas tiene su propio campo de actividad señalado por el derecho, dentro del cual sus poderes jurídicos se manifiestan de manera diferente. Hay leyes cuya ejecución cae dentro de la esfera de competencia de la administración y, de consiguiente, ellas deben aplicarse directa y preferentemente por ésta. Esos ordenamientos pueden y deben reglamentarse, cuando ello sea necesario, a pesar de que estén incorporados en cualquier clase de Códigos y aunque las decisiones concretas que se adopten con base en tales estatutos, estén sometidas a la revisión eventual de los jueces. Pero hay otras leyes, como las civiles, comerciales, penales y procesales propiamente dichas, cuya aplicación directa corresponde preferentemente al órgano jurisdiccional. Son éstas las que algunos doctrinantes denominan leyes judiciales, destinadas a la aplicación de los tribunales. Tales ordenamientos no dan lugar a la reglamentación, sino a la interpretación por vía jurisprudencial⁵⁴.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 17 de febrero de 1962, C.P. Carlos Gustavo Arrieta, reiterada, entre otras, en las siguientes providencias de esta Corporación: sentencias del 24 de mayo de 1973, expediente 2226, C.P. Miguel Lleras Pizarro; 7 de diciembre de 1982, expediente 10559, C.P. Eduardo Suescún; 11 de marzo de 1994, expediente 2432, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez; sentencia del 14 de agosto de 2008, expediente 16230, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 2 de diciembre de 2013, expediente 41719, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Así las cosas, es claro que la potestad reglamentaria no es absoluta y tiene por límites la Constitución Política y la ley que en cada caso se reglamente, reconociendo la estructura jerarquizada del ordenamiento jurídico y su nivel de segundo orden dentro de las fuentes del derecho, por manera que con su ejercicio el Gobierno Nacional no puede suprimir, restringir, alterar, ampliar, adicionar o, en fin, modificar el contenido del orden normativo superior, pues ello comportaría la extralimitación de su marco competencial⁵⁵.

En suma, la Corporación ha señalado como parámetros para el ejercicio de la función reglamentaria, los siguientes:

“- Entre mayor sea el detalle con que el legislador haya regulado la materia, menos resulta necesaria la reglamentación de la ley. Al contrario, habría una competencia material más amplia en poder del gobierno, cuando la ley omite establecer todas o las suficientes disposiciones para su ejecución.

“- El reglamento debe sumisión a la ley reglamentada, tanto que no podrá restringir o extender su alcance, ni crear situaciones, u ordenamientos no previstos en ésta.

“- El reglamento no puede contradecir la norma reglamentada, sino hacerla más entendible y de fácil aplicación.”⁵⁶.

4.6. En punto de la gestión contractual del Estado, conviene señalar algunos asuntos relativos a su regulación constitucional y a las consecuencias que ello comporta en materia de asignación de competencias, así como las definiciones que, previamente, ha adoptado esta Corporación respecto de la facultad reglamentaria en materia contractual pública.

4.6.1. A propósito de la competencia constitucional asignada de manera expresa al Congreso de la República para la expedición del estatuto general de contratación de la administración pública y, en especial, de la administración nacional (artículo 150, *in fine*, C.N.), la Corte Constitucional, se pronunció en los siguientes términos:

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 1º de abril de 2009, expediente 36476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, reiterado en sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36054B, C.P. Enrique Gil Botero.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de febrero de 1998, expediente 9825, C.P. Luis Fernando Olarte Olarte.

“(...) tampoco es válido considerar que el precepto constitucional obliga al legislador a dictar un estatuto contractual que desarrolle la materia en forma integral y casuística, por cuanto una concepción de esa naturaleza significa que el constituyente quiso desconocer el campo de acción que le corresponde a la administración respecto de los contenidos normativos, que al estar expuestos a las cambiantes circunstancias, demandan una regulación ágil y expedita que permita lograr la debida ejecución de la ley.

“Menos aún del precepto superior puede inferirse la obligación para el legislador de incorporar en un solo cuerpo normativo toda la legislación existente en materia contractual, pues si esta hubiera sido la voluntad del constituyente, en el artículo 150 Fundamental se habría autorizado al Congreso de la República para expedir un estatuto único de contratación para el Estado y no un estatuto general como finalmente quedó redactada la aludida competencia legislativa”⁵⁷.

En este sentido y considerando el desarrollo legislativo que a la fecha se ha procurado para la regulación de los asuntos contractuales del Estado, puede advertirse que el Gobierno Nacional cuenta con un amplio margen para la reglamentación, pues las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 han fijado contenidos normativos generales, al punto que, gran parte de las disposiciones se concentran en la configuración de principios que deben guiar la actividad contractual. No sin razón se ha sostenido recurrentemente que Ley 80 de 1993 es una ley de principios más que de reglas detalladas de la actividad contractual de la administración pública⁵⁸. La Ley 1150 de 2007, por su parte, en una gran cantidad de asuntos se limitó a establecer unas condiciones básicas mínimas y defirió expresamente al Gobierno Nacional su reglamentación⁵⁹.

Al respecto debe indicarse, que la amplia facultad reconocida al Gobierno Nacional no implica, sin embargo, superar los estrictos límites de su poder reglamentario, por manera que su actividad normativa debe sujetarse a los parámetros constitucionales y legales correspondientes, sin que le sea dable sustituir al legislador creando proposiciones normativas que superen el marco

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-949 del 5 de septiembre 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 19 de febrero de 1996, en el que se indica que “...la Ley 80 de 1993 señaló principios y reglas generales para adelantar la actividad contractual del estado, lo que generaría una necesidad mayor de reglamentación por parte del Ejecutivo”.

⁵⁹ En materia de presentación dinámica de ofertas en procesos licitatorios (artículo 2, número 1), selección abreviada (artículo 2°, número 2), concurso de mérito (artículo 2°, número 3, modificado por el artículo 219 del Decreto –Ley 019 de 2012), acuerdos marco (artículo 2°, parágrafo 5°), utilización de tecnología en materia de gestión contractual (artículo 3°), requisitos habilitantes y registro único de proponentes (artículo 6°), garantías en la contratación (artículo 7°), publicidad de procesos de contratación (artículo 8°), promoción del desarrollo local y departamental (artículo 12).

establecido por las leyes correspondientes o que restrinjan impropiaamente los dictados legislativos.

“La potestad reglamentaria aún en el marco de una ley de ‘principios’ como es el estatuto de contratación estatal –so pretexto de aportar los detalles y pormenores de la ley- no puede ir más allá de su ámbito estrictamente administrativo para pretender entrar en los predios de acción de la ley. Lo contrario sería tanto como afirmar que el ámbito de la ley y el del reglamento son idénticos. De modo que aunque la jurisprudencia constitucional⁶⁰, a partir de lo prescrito en el artículo 150 superior in fine, sostiene que por medio de reglamento administrativo es posible regular las modalidades de selección, ello no comporta que esté habilitado a invadir el ámbito propio del legislador para desnaturalizar uno de esos mecanismos y extender hipótesis a casos que francamente fueron excluidos por la ley, habida cuenta que: ‘la potestad reglamentaria que el Presidente de la República ejercite para la cumplida ejecución y aplicación de la Ley 80 de 1993 [y la de las normas que la modifiquen o adicione], se encuentra específicamente restringida por la Constitución en primer término, por las leyes como normas de jerarquía superior y necesariamente ha de ejercerse tomando en consideración como un todo jurídico la propia ley mencionada, que fija los parámetros dentro de los cuales debe circunscribirse la reglamentación que se dicte por el Ejecutivo, no para sustituir al legislador, ni como legislador paralelo, sino dentro de un ámbito estrictamente administrativo para no exceder las funciones y atribuciones que al Presidente de la República le señala el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política”⁶¹.

“Si bien es perfectamente posible el desarrollo de los principios legales mediante normas reglamentarias, ello no significa que por esta vía se terminen adoptando textos normativos abiertos, cargados de un nivel de abstracción y generalidad de tal magnitud, cuyos enunciados terminen convirtiéndose de esta suerte en cláusulas genuinamente principialísticas, cuyo contenido termine a su vez siendo definido por la autoridad administrativa, autora y destinataria primera de este tipo de preceptos. De ahí que el núcleo esencial de un principio, cuando éste ha sido positivizado, debe ser determinado por el legislador y no dejado a su determinación y aplicación sin límite alguno por parte de la administración”⁶².

Al Gobierno Nacional, tampoco le es dable, tal como se indicó al momento de caracterizar la figura (cfr. *supra* numeral 4.3.) transferir su potestad reglamentaria,

⁶⁰ Nota original del texto transcrito: Corte Constitucional, sentencias C 949 de 2001 y C 508 de 2002. Sobre este particular, en sentencia

⁶¹ Nota original del texto transcrito: Corte Constitucional, sentencia C 508 de 2002.

⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de octubre de 2012, expediente 39093, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

pues ello supone una renuncia a su facultad constitucional inalienable que invalidaría su comportamiento, de suerte que no podría dejar en manos de las entidades públicas la definición de aspectos relativos a su gestión contractual, cuya reglamentación le corresponde de acuerdo con la Constitución y la Ley⁶³.

“...[H]a subrayado el Consejo de Estado que al Gobierno Nacional en ejercicio de esta potestad en el ámbito de la contratación pública no le es permitido desbordar los mandamientos del Legislador y extender sus efectos a supuestos no previstos en la norma legal reglamentada;⁶⁴ o expedir una reglamentación que no haga más expedita o facilite la aplicación de la ley⁶⁵; o tipificar negocios jurídicos civiles, comerciales o administrativos, cuyos elementos esenciales y naturales corresponde a la ley y nunca al reglamento⁶⁶; o fijar restricciones que cercenen las opciones legales, como aquella según la cual las partes pueden acordar el modo de costear la publicación del contrato⁶⁷; o conferir facultades de índole judicial, como cuando en el artículo 17 del Decreto 856 de 1994 se sugirió que las cámaras de comercio tenían competencia para determinar los perjuicios y costas causados relacionados con la impugnación en materia de registro de proponentes⁶⁸, entre otros eventos.

“(...)

“Además, ha indicado que el Gobierno Nacional al reglamentar la Ley 80 de 1993, dentro del margen de determinación y espacio de configuración de ese poder normativo, debe obrar con razonabilidad y proporcionalidad y precisar los conceptos que permitan en forma adecuada aplicarlo, con subordinación a la Constitución y a la ley⁶⁹”⁷⁰.

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 1º de abril de 2009, expediente 36476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, reiterado en sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36054B, C.P. Enrique Gil Botero.

⁶⁴ Nota original del texto transcrito: “*CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 19 de febrero de 1998, Exp. 9825, en la cual se declaró la nulidad del parágrafo del artículo 27 del Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993*”.

⁶⁵ Nota original del texto transcrito: “*CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 4 de julio de 1997, Exp. 9523, en la cual se declaró la nulidad del artículo 3 del Decreto 2251 de 1993 que reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993*”.

⁶⁶ Nota original del texto transcrito: “*CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 3 de febrero de 1994*”.

⁶⁷ Nota original del texto transcrito: “*CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 5 de febrero de 1998, Exp. 11.795*”.

⁶⁸ Nota original del texto transcrito: “*Disposición que anuló junto con el aparte del inciso final del artículo 20 de la misma normativa por consagrar un supuesto no previsto en la Ley 80 de 1993. Vid. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 23 de marzo de 2000, Exp. 10.077*”.

⁶⁹ Nota original del texto transcrito: “*CONSEJO DE ESTADO, 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*”.

⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, expediente 24715 y acumulados, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

4.6.2. En materia de regulación contractual, resulta también oportuno considerar lo dispuesto por el artículo 273 superior⁷¹, conforme con el cual:

“ARTICULO 273. A solicitud de cualquiera de los proponentes, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública.

“Los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública, la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas y las condiciones bajo las cuales se realizará aquella, serán señalados por la ley.”

De conformidad con la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, “[l]a Constitución Política reservó a la ley la potestad de establecer los casos en los que se debe utilizar el mecanismo de las audiencias públicas y la forma en que se efectuará la evaluación de las propuestas”⁷².

Así las cosas, la Corporación ha entendido que “(...) la mencionada disposición constitucional no introdujo distinción alguna en cuanto a la remisión del legislador para que regulara la manera en que debe efectuarse la evaluación de las propuestas, razón por la cual no resulta acertado el argumento de los recurrentes tendiente a limitar el alcance y los efectos de esta norma sólo para aquellos eventos en los cuales se pretenda evaluar las propuestas en una audiencia pública”⁷³.

En conclusión, el artículo 273 constitucional asigna expresamente al Legislador la función de regular la forma en que deben evaluarse las propuestas en todos los eventos en los cuales las entidades inicien un proceso de selección, sin que pueda limitarse, únicamente, a aquellos casos en los cuales se aplique el mecanismo de audiencia pública.

5. Análisis de los cargos formulados

⁷¹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011, expediente 36601, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁷² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, auto del 13 de mayo de 2004, expediente 24524, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁷³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, auto del 6 de agosto de 2009, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Con propósitos puramente metodológicos que garanticen un eficiente estudio del objeto de la presente *litis* y una fácil y clara comprensión de los argumentos esgrimidos por todos los intervinientes y de los análisis que se realizarán para establecer la legalidad o no de las disposiciones acusadas, la Sala observará, en lo que sigue, un esquema de estudio para cada una de las normas demandadas del siguiente tenor: (i) transcripción de la(s) disposición(es) demandada(s); (ii) normas violadas y concepto de la violación; (iii) argumentos de las entidades demandadas en relación con el ataque de invalidez; (iv) vista fiscal; y (v) consideraciones particulares de la Sala para resolver.

5.1. Cargo frente a los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008.

En relación con las normas indicadas, se estará a lo señalado en precedencia (*cfr.* supra, numeral 3.1.) frente a la cosa juzgada. Por tal motivo, de los artículos 47 y 52 se limitará el estudio a los apartes demandados no anulados de las disposiciones.

5.1.1. Transcripción de las disposiciones demandadas

A continuación se transcribirán los artículos demandados, suprimiendo de los mismos el aparte anulado en sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36054B.

“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.

“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).

5.1.2. Normas violadas y concepto de la violación

Luego de sintetizar el contenido de las disposiciones de la Ley 1150 de 2007 relativas a la selección abreviada y a las competencias que, según su criterio, tenía el Ejecutivo sobre la materia, el accionante advirtió que lo regulado en los artículos demandados comporta una autorización para realizar una contratación directa en los casos previstos para aplicar la modalidad de selección abreviada, sin respetar, siquiera, los principios que deben regular aquella modalidad de contratación en los términos del parágrafo 2º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Afirmó que la intención del Legislador al establecer la modalidad de selección abreviada era consagrar un sistema más ágil y eficaz que la licitación pública, pero no disponer que en los contratos sometidos a esta nueva modalidad el contratista pudiera ser escogido directamente por la entidad contratante.

Los artículos 47 y 52 permiten la contratación directa, según el actor, pues señalan que tales contratos se podrán celebrar “(...) tomando como única consideración las condiciones del mercado (...)”. La previsión, así consagrada, exime a las entidades de la obligación de adelantar un proceso de selección con convocatoria pública y pluralidad de oferentes.

Se desconoce con lo anterior, lo previsto en el número 4 del artículo 2º de la Ley 1150 en el que se señala que la contratación directa procederá “únicamente” en los casos allí previstos. Se transgrede, también, lo señalado en el parágrafo 2º del artículo 2º *ejusdem*, pues en él se indica que en los procesos de selección abreviada debe garantizarse la publicidad de los actos y la pluralidad de oferentes,

lo cual descarta la posibilidad que en alguna de estas modalidades pueda admitirse la contratación directa.

Finalmente, el actor refiere los antecedentes legislativos de la Ley 1150 de 2007, en los cuales advierte que se demuestra cómo los contratos objeto de regulación en los artículos 47 y 52 decididamente fueron excluidos de la modalidad de contratación directa, para ser incluidos en la selección abreviada como modalidad más expedita que la licitación, pero garantista de la libre concurrencia y pluralidad de oferentes.

5.1.3. Argumentos de las entidades demandadas en relación con el ataque de invalidez

5.1.3.1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

En relación con los artículos 46, 47 y 52, se limitó a afirmar la sustracción de materia por razón de la derogación o modificación de tales disposiciones por normas posteriores⁷⁴.

5.1.3.2. Ministerio de Transporte

En relación con los artículos 47 y 52 señaló que fueron modificados por los artículos 4º y 5º del Decreto 2025 de 2009, respectivamente, por lo cual no es menester un pronunciamiento de fondo al presentarse el fenómeno de la sustracción de materia y falta de objetivo práctico de la sentencia⁷⁵.

5.1.3.3. Departamento Nacional de Planeación

Afirmó la modificación de los artículos 47 y 52 por el Decreto 2025 de 2009, por manera que se abstuvo de realizar un pronunciamiento para la defensa del contenido de tales disposiciones⁷⁶. No obstante lo anterior, advirtió que la modificación de las mismas buscó ajustar la normativa reglamentaria a los preceptos de interpretación legal expresados por esta Corporación. “*Así las cosas, (...) habiendo ya subsanado los errores en que a ese respecto haya podido incurrir*

⁷⁴ Folio 369 del cuaderno principal.

⁷⁵ Folios 459 a 460 *loc. cit.*

⁷⁶ Folio 476 *loc. cit.*

[el Gobierno Nacional], *se abstiene de controvertir sobre las que son ya tesis de la Honorable Sala*⁷⁷.

La accionada, sin embargo, propuso como excepción respecto de todas las normas demandadas, la que título de la siguiente manera: *“No existe exceso en la potestad reglamentaria por parte del Gobierno, toda vez que éste debe reglamentar los textos legales que exijan desarrollo para su cabal realización como norma de derecho cuando el legislador no ha limitado tal facultad, en tanto los artículos demandados del decreto 2474 de 2008 acusados parcialmente, reglamentan las modalidades de selección de contratistas, en lo que las leyes 80 y 1150 señalaron genéricamente”*.

Bajo esta excepción, luego de referir posiciones doctrinarias y jurisprudenciales en torno de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, afirmó la inexistencia de un exceso en dicha potestad *“(…) al definir procedimientos, ni sus elementos compositivos, ni las consecuencias que se derivan de premisas o situaciones que se presenten en la estructuración de un proceso de contratación; o las hipótesis, causales, entidades ni demás eventos, siempre y cuando el legislador no los haya definido y regulado directamente. Por el contrario, el Gobierno tenía el deber y la necesidad de delimitar el alcance del precepto legal para concretar su campo de acción y así obrar en todo dentro del marco de legalidad bajo el cual debe actuar la administración pública y evitar de esta forma el desbordamiento de la acción estatal”*⁷⁸.

5.1.3.4. Ministerio del Interior y de Justicia

La demandada no realizó pronunciamiento alguno respecto de los artículos 47 y 52 demandados en la contestación de la demanda. Sin embargo, en los alegatos de conclusión⁷⁹ advirtió sobre la declaratoria de nulidad parcial de las disposiciones, por lo cual indicó que debe estarse a lo resuelto en la providencia correspondiente.

5.1.4. Vista fiscal

El Ministerio Público señaló que respecto de los artículos 47 y 52 debe aplicarse el principio de cosa juzgada, pues fue declarada la nulidad de la frase *“haciendo uso*

⁷⁷ *Ídem*.

⁷⁸ Folio 484 *loc. cit.*

⁷⁹ Folio 673 *loc. cit.*

*del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del servicio a contratar*⁸⁰.

Señaló, además, en relación con la frase “...se celebrarán por parte de la entidad tomando como única consideración las condiciones del mercado...”, que la misma implica que no le sea obligatorio a la entidad contratante obtener varias ofertas, de suerte que se limitaría a realizar una contratación directa con la persona que ofrezca el mejor precio en el mercado, lo cual contraría el principio de selección objetiva propio de la selección abreviada y, por lo tanto, debe declararse su nulidad⁸¹.

5.1.5. Consideraciones de la Sala para resolver

En primera instancia, esta Sala procederá a determinar con claridad el alcance del ataque anulatorio formulado, pues si bien el accionante en el acápite de la demanda correspondiente a la indicación de las normas demandadas incluyó la totalidad de los preceptos normativos contenidos en los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008, lo cierto es que, al momento de sustentar el cargo de la violación, estableció un alcance diferente a su pretensión.

Lo anterior se deduce, claramente, de los siguientes aspectos: En primer lugar, se advierte que a folio 100 del cuaderno principal el libelista transcribe, nuevamente, los artículos demandados y restringe formalmente su ataque a una sola parte de las disposiciones, al resaltarlas así:

*“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 resaltado es propio del texto transcrito).

“Artículo 52. Procedimiento de contratación. Los contratos a los que se

⁸⁰ Reverso del folio 697 *loc. cit.*

⁸¹ Reverso del folio 699 y folio 700 *loc. cit.*

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.** (Lo resaltado es propio del texto transcrito).

En segundo lugar, desde el punto de vista sustancial, al desarrollar los cargos contra las disposiciones transcritas, el accionante hace mención, exclusivamente, de los apartes antes resaltados, omitiendo realizar referencia alguna respecto de los demás apartes de la disposición, de suerte que debe entenderse que su pretensión se restringe a aquellas respecto de las cuales se estructuró finalmente el cargo. De lo contrario, es decir, entrar a estudiar la legalidad de las demás expresiones respecto de las cuales no se elaboró el concepto de la violación, supondría una inhibición de la Sala para pronunciarse sobre ellas por una ineptitud parcial de la demanda y desconocer que, finalmente, el libelista restringió el alcance de la pretensión formulada.

Por lo anterior, la Sala limitará el estudio a lo que, en definitiva, fue el punto focal del ataque anulatorio del actor, esto es, la expresión “...*tomando como única consideración las condiciones del mercado...*”, contenida en los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008.

Para efectos de lo anterior, se advierte que el asunto objeto de debate se concentra en determinar el alcance que tenía el Gobierno Nacional al momento regular las causales c) y h) en las que procede la modalidad de selección abreviada consagrada en el número 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007.

Sobre este particular, en primer lugar, debe indicarse que la modalidad de selección abreviada tiene como primer antecedente normativo la Ley 1150 de 2007 –pues ni en la legislación derogada de los decretos-ley 150 de 1976 y 222 de 1983, ni en la Ley 80 de 1993, encuentra asiento) y corresponde a una motivación del Legislador por proveer de mayor agilidad y eficiencia la contratación de algunos bienes o servicios, en los que es deseable la concurrencia de oferentes, pero no en los términos y condiciones de una licitación pública, sino de manera *abreviada* o, en términos de la ley, *simplificada*.

En esta modalidad de selección, en principio, no deberían presentarse las complejidades de un proceso de licitación pública, en cuanto a sus prerequisites, fórmulas de convocatoria, etapas, métodos de evaluación, plazos, etc., pues la naturaleza de los bienes y servicios que con ella se proveen no tienen la complejidad, costo, o importancia de aquellos otros propios de la licitación pública o, en cualquier caso, el Legislador consideró que son requeridos para suplir necesidades del servicio público de manera más ágil y eficiente⁸².

En el caso de la selección abreviada, el Legislador optó, además, por establecer unas condiciones mínimas básicas como materia normativa pendiente de reglamentación, pues se dispuso que el Gobierno Nacional reglamentaría la materia y que hasta que ello no sucediera no podría hacerse uso de esta modalidad de contratación⁸³. Sobre este último particular, esta Sala indicó:

“En este supuesto la ley es quien invoca el reglamento para que le colabore, es decir, para que contribuya en la organización del tema –en este caso en la modalidad de contratación denominada selección abreviada-. Se trata de un evento poco frecuente, porque se sabe que la potestad reglamentaria que tiene el Gobierno, para la cumplida ejecución de las leyes, es de su exclusiva competencia, por tanto, no requiere del empoderamiento previo del legislador para ejercerla. Es decir, que no porque el legislador lo solicite es que se puede reglamentar una materia.

“No obstante, nada se opone a que el Congreso invite al Gobierno a actuar, mediante la expedición de un reglamento, que él mismo advierte es necesario, para darle aplicación a un tema de la ley que reconoce necesita precisión y detalle normativo para aplicarlo.

El procedimiento de contratación bajo la modalidad de selección abreviada fue deferido casi en su integridad al reglamento que expediría el Gobierno Nacional, y el Legislador se limitó a determinar los eventos (causales) en que procedería, afirmó la necesidad de que en los mismos se observaran los principios de

⁸² El inciso 1° del artículo 2° de la Ley 1150 sugiere lo afirmado, al indicar que la selección abreviada “...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**” (se resalta).

⁸³ Ante una circunstancia similar (párrafo 2° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en el que se instó al Gobierno a reglamentar la contratación directa en un plazo no superior a 6 meses), la Corte Constitucional indicó en sentencia C-508 de 2002 que la potestad reglamentaria se ejerce por derecho propio del poder ejecutivo, aún sin concesión particular el Legislador, por manera que lo indicado en la norma no puede entenderse como nada diferente a una invitación al Gobierno Nacional para ejercer las potestades que le son reconocidas constitucionalmente, pero en ningún caso como una limitante para tales efectos.

transparencia, economía y responsabilidad, y requirió el cumplimiento de las siguientes reglas generales:

“1. Se dará publicidad a todos los procedimientos y actos.

“2. Para la selección a la que se refiere el literal b) del numeral 2° del presente artículo, será principio general la convocatoria pública y se podrán utilizar mecanismos de sorteo en audiencia pública, para definir el número de participantes en el proceso de selección correspondiente cuando el número de manifestaciones de interés sea superior a diez (10). Será responsabilidad del representante legal de la entidad estatal, adoptar las medidas necesarias con el propósito de garantizar la pulcritud del respectivo sorteo.

“3. Sin excepción, las ofertas presentadas dentro de cada uno de los procesos de selección, deberán ser evaluadas de manera objetiva, aplicando en forma exclusiva las reglas contenidas en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. Para la selección a la que se refiere el literal a) del numeral 2° del presente artículo, no serán aplicables los artículos 2° y 3° de la Ley 816 de 2003”⁸⁴.

Así las cosas, resulta evidente para la Sala que en este supuesto reglamentario el Gobierno Nacional cuenta con un amplio margen de configuración para la estructuración de los procedimientos que resulten pertinentes para cada una de las causales establecidas por el Legislador⁸⁵, con la carga de adecuarlos a los parámetros básicos establecidos en la Ley reglamentada y, por supuesto, a las necesidades y realidades institucionales del país, por manera que se dé cumplimiento a los fines estatales, se procure por la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y se garantice la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución de dichos fines.

En punto de las disposiciones demandadas, tal como quedaron luego de la declaratoria de nulidad parcial anotada previamente en esta providencia (*cfr. supra* numeral 3.1.1.), para efectos de la adquisición de los bienes o servicios señalados en los literales c) y h) del número 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, la entidad pública respectiva celebrará el contrato “...*tomando como única consideración las condiciones del mercado...*”, con lo cual, efectivamente, se

⁸⁴ Ley 1150 de 2007, artículo 2°, parágrafo 2°.

⁸⁵ La Ley 1474 de 2011, por medio del artículo 88 adicionó un parágrafo 6° al artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, por virtud del cual: “*El Gobierno Nacional podrá establecer procedimientos diferentes al interior de las diversas causales de selección abreviada, de manera que los mismos se acomoden a las particularidades de los objetos a contratar, sin perjuicio de la posibilidad de establecer procedimientos comunes. Lo propio podrá hacer en relación con el concurso de méritos.*”

infringen los parámetros generales señalados por el Legislador, transcritos en precedencia y, particularmente, en cuanto guarda relación con la necesidad de que en tales procesos la entidad contratante tenga la posibilidad de contar con varias propuestas y realizar comparaciones mediante el cotejo de ellas y no sólo con las condiciones del mercado como lo señala la disposición.

En efecto, de acuerdo con lo establecido en el número 3 del párrafo 2º *ejusdem*, norma cuya transgresión alega el actor⁸⁶, en el procedimiento de selección abreviada la entidad debe garantizar la libre concurrencia que permita la presentación de propuestas, que serán evaluadas de manera objetiva y de acuerdo con lo previamente establecido en los pliegos de condiciones elaborados a propósito por la entidad. Para este último efecto, es decir, para la selección objetiva de las ofertas, deberá considerarse lo previsto, a su turno, en el artículo 5º de la Ley en comento, conforme con el cual la entidad tiene la obligación de efectuar comparaciones entre los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello⁸⁷, por manera que en aquellas modalidades en las que han de concurrir libremente los oferentes (licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada e, incluso, la modalidad de mínima cuantía introducida por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011), la entidad tiene la obligación de comparar los ofrecimientos efectuados unos con otros y estos con los estudios previos elaborados, como uno de los criterios para establecer cuál de ellos es el más favorable para la satisfacción de los intereses públicos inmersos en la contratación.

En caso contrario, esto es, cuando la pluralidad de ofertas no se estima necesaria (contratación directa), el único parámetro de comparación con el que cuenta la administración para establecer la favorabilidad de la contratación está determinado por los documentos elaborados por ella unilateralmente producto del ejercicio de planeación, en los que se definirán, entre otros aspectos, las condiciones técnicas y económicas requeridas, sobre la base de una verificación de las condiciones del mercado para la prestación del servicio, la entrega de los bienes o la elaboración de las obras que se requieran. En tal circunstancia, el rigor con el que la entidad haya estructurado el proceso de contratación y elaborado sus estudios previos

⁸⁶ Folio 103 del cuaderno principal.

⁸⁷ Ley 1150, artículo 5º, número 2, *in fine* (modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011).

costrará la mayor de las relevancias, pues será el único parámetro con el que contará la entidad pública para definir la favorabilidad de la contratación.

Así las cosas, cuando el Gobierno Nacional estableció que eran las condiciones del mercado el **único** criterio a considerar para la contratación de los bienes o servicios previstos en las letras c) y h) del número 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, dispuso *contra legem*, pues previno un mecanismo de evaluación propio de la contratación directa, cuando lo pertinente era estructurar un proceso en el que se garantizara la pluralidad de ofertas y, consecuentemente, una evaluación de favorabilidad que considerara, entre otros aspectos, la comparación de las propuestas presentadas.

Por lo demás, considera la Sala oportuno anotar que en desarrollo de la prolífica función reglamentaria que en materia contractual pública ha desplegado el Gobierno Nacional en los últimos años, en decretos posteriores al aquí demandado⁸⁸ y, últimamente, en el Decreto 1510 de 2013, se definió que para las causales c) y h) que son objeto de análisis en la presente providencia, el procedimiento de contratación será el previsto para la selección abreviada de menor cuantía, en el cual está claramente garantizada la libre concurrencia y, por lo tanto, la selección del mejor ofrecimiento mediante la comparación mutua de aquellos que se presenten en desarrollo del proceso y de ellos con las condiciones del mercado.

Lo que viene de verse permite entender que la expresión “única” contenida en los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008 fue expedida en exceso de la potestad reglamentaria, violando normas jerárquicas superiores y, por lo mismo habrá de convenirse en que con ello se incurrió en vicio de ilegalidad que conduce a que obligadamente tenga que ser declarada su nulidad.

5.2. Cargo frente a los artículos 53 parcial y 79 parcial del Decreto 2474 de 2008, los artículos 1º y 2º del Decreto 127 de 2009.

5.2.1. Transcripción de las disposiciones demandadas

⁸⁸ Decreto 2025 de 2009 (artículos 4 y 5), derogado por el artículo 9.2. del Decreto 734 de 2012 (artículos 3.2.3.1 y 3.2.7.1). Este último también fue objeto de derogatoria, en virtud de lo dispuesto en el artículo 163 del decreto 1510 de 2013.

A continuación se transcribirán los artículos demandados del Decreto 2474 de 2008:

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

“Para los efectos previstos en el literal i) del numeral 2 del artículo 2° 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.

“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 cedula, 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 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).

“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 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).

Los artículos demandados del Decreto 127 de 2009, son del siguiente tenor:

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

“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).

5.2.2. Normas violadas y concepto de la violación

Los ataques formulados por el accionante contra las normas antes transcritas buscan demostrar la ilegalidad de la regulación dictada por el Gobierno Nacional en punto de la adquisición de bienes y servicios requeridos para la defensa y seguridad nacional a través de la modalidad de selección abreviada (letra i, número 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007) y de los bienes y servicios en el sector defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, que necesiten reserva para su adquisición mediante contratación directa (letra d, número 4 del artículo 2º *ejusdem*).

En primera instancia, el accionante realizó un recuento de la regulación tanto derogada como vigente al momento de la presentación de la demanda en relación con la contratación de bienes y servicios requeridos para la defensa y seguridad nacional. Sobre aquella afirmó que tanto el Gobierno Nacional, como el Consejo de Estado en sus Salas de Consulta y Contencioso Administrativa, le dieron un entendimiento amplio al concepto de defensa y seguridad nacional, sin considerar que se trataba de un evento exceptivo que, por lo mismo, comportaba una interpretación restrictiva. Para estos efectos puso de presente, por una parte, que la regulación expedida por el Gobierno Nacional en esta materia implicó que “...prácticamente todos los contratos que celebraba el ‘sector defensa’ quedaban incluidos en ella...”⁸⁹; por la otra, citó el concepto de 30 de enero de 1997 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, así como la sentencia del 27 de marzo de 2008 de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa de esta Corporación, y concluyó que la conceptualización de defensa y seguridad nacional ofrecida en tales pronunciamientos era válida en el marco de la “*política general del Estado*”, pero no al momento de determinar los contratos a los cuales se refirió el legislador cuando utilizó esta noción para exceptuar algunas contrataciones del trámite previo de una licitación pública, pues para estos eventos, en concepto del libelista, debe entenderse que se trata sólo de contratos que tienen por objeto la *actividad militar directa o bélica*, “...respecto de la cual se justificara el sometimiento a un régimen excepcional (...) fundado en la necesidad de dotar de agilidad a este tipo de contratación”⁹⁰.

⁸⁹ Folio 110 del cuaderno principal.

⁹⁰ Folio 115 a 117 *loc. cit.*

Posteriormente, afirmó que la regulación contenida en la Ley 1150 de 2007 rechazó el entendimiento amplio que se había dado al concepto de defensa y seguridad nacional, lo cual dice advertir tanto de las discusiones parlamentarias que antecedieron la mencionada ley, como su texto mismo. Con la Ley 1150 de 2007, afirmó, se restringió la contratación directa en el sector defensa, pues se impuso que los contratos relativos a la defensa y seguridad nacional debían someterse a la modalidad de selección abreviada, lo cual se justifica, exclusivamente, en la necesidad de agilidad en el proceso. Sólo en los eventos en que se requiriera reserva es posible, por su parte, acudir a la contratación directa⁹¹.

En relación con las hipótesis previstas en los artículos 53 y 79 demandados indicó que el Gobierno Nacional no contaba con la competencia para definir ni las entidades ni los bienes y servicios a contratar en la primera de las normas mencionadas, ni los bienes y servicios que requerían reserva para su contratación, señalados en la segunda, pues considera que no es necesaria la reglamentación para darle cumplida ejecución a la ley, de suerte que deben ser los representantes legales de las entidades públicas correspondientes quienes, previa justificación en los términos del párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007⁹², den aplicación directa de la Ley, como lo hacen en las demás causales contempladas en el número 2 del artículo 2º *ejusdem* y en otros eventos de contratación directa. Aduce el libelista que la enumeración de entidades y contratos que hacen las normas demandadas tiene como efecto habilitar a entidades públicas para que prescindan de la licitación pública en eventos en los cuales, de no existir la reglamentación, no podrían haber pretermitido tal requisito y convierte en “*automáticas*” unas excepciones a la licitación pública que deberían ser objeto de valoración en cada caso en concreto.

El accionante señaló, además, que una interpretación sistemática de la ley permite concluir que las únicas entidades que pueden celebrar contratos que tengan por objeto bienes o servicios relacionados con la defensa y seguridad nacional son aquellas propias del sector defensa y el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, pues son ellas quienes “...*tienen dentro de sus funciones*

⁹¹ Folio 118 a 120 *loc. cit.*

⁹² Ley 1150 de 2007, artículo 2º, 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”.

*institucionales garantizar la defensa y la seguridad nacional...*⁹³, por manera que el Gobierno Nacional desconoció el “*contenido y finalidad de las normas reglamentarias*” al incluir en el artículo 53 del Decreto 2474 de 2008 entidades diferentes.

En relación con la competencia asignada a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República en el párrafo 3º del artículo 53 demandado, se afirma en el libelo generatriz del presente trámite que al introducirla se excede la facultad reglamentaria, pues se asigna una función no prevista en la ley y con ella se permite hacer uso de una excepción legal en favor de entidades y en hipótesis no previstas por el legislador. Afirma que la transgresión se hace más evidente cuando se permite que entidades no señaladas en la letra d, número 4, del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 puedan acudir a la contratación directa previo concepto de la Secretaria Jurídica de Presidencia.

Con respecto a la enumeración de bienes, servicios y contratos para la defensa y seguridad nacional contenidos en el artículo 53 y en su párrafo 4º, en opinión del actor se desconoce la voluntad del legislador de establecer una excepción atendiendo a una finalidad precisa: *la defensa y seguridad nacional*”.

Explicó que la entidad que celebra el contrato, así como la categoría del mismo, son totalmente independientes de la finalidad que se persiga con él; 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) Ordinales 1º a 4º: 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.

(ii) Ordinales 5º y 6º: Los contratos celebrados por el INPEC para el mantenimiento del orden y seguridad de las cárceles, así como 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.

⁹³ Folio 128 del cuaderno principal.

(iii) Ordinales 7º a 11º: 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.

(iv) Los contratos para la seguridad en carreteras que desarrolle el INVÍAS (parágrafo 4º 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 cambio 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 (Ord. 12º); o b) los contratos que celebren las entidades del sector defensa con cargo a las partidas presupuestales de apoyo a operaciones militares, policiales y comicios electorales (Ord. 13º); o c) los contratos relacionados con las instalaciones de la Rama Judicial, Ministerio Público y Ministerio del Interior y de Justicia (Ord. 14º); 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 (Ord. 15º); 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 (Ord. 16º); 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- (Ord. 17º); 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 (Ord. 18°).

Finalmente, en relación con el párrafo 2° del artículo 53, el actor indicó que con el mismo se introdujo un evento de contratación directa no previsto por el legislador, por manera que desbordó su facultad reglamentaria al señalar que entidades diferentes a las indicadas en la letra d, número 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 pudiesen celebrar, directamente, contratos para la defensa y seguridad nacional que requirieran reserva.

En cuanto al artículo 79 demandado, el accionante advirtió que en este evento el legislador no le confirió el Gobierno facultades para indicar cuáles contratos deberían celebrarse bajo reserva, lo cual, en su concepto, debe establecerse en cada caso en particular y justificarse en los términos del párrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, por lo cual la reglamentación no es necesaria para la aplicación de la ley. En este sentido, entiende el demandante que el Gobierno estableció una especie de “*presunción de derecho*”, de acuerdo con la cual en todos los contratos incluidos en la lista, se autoriza la contratación porque, automáticamente, en ellos se debe guardar reserva, por lo que, en contravía de lo querido por el legislador, el Gobierno releva a las autoridades administrativas de justificar, en cada caso, su decisión. Adicionalmente, indicó que en cambio de reglamentar la ley, el Gobierno Nacional ilegalmente y con extralimitación de su potestad la interpretó, lo cual se advierte al señalar la norma que debe “*entenderse*” por bienes y servicios que requieren reserva para su adquisición.

Añadió el accionante que en la enumeración contenida en la norma demandada se incluyen contratos que aparecen en los antecedentes legislativos como ejemplo de lo que el Congreso no quería que ocurriera, tal como sucede en el caso de compra de armas, municiones o de naves y aeronaves. Advirtió, también, que ninguno de los casos previstos obedece a un “*juicio lógico*” que permita concluir que efectivamente en dichos contratos debe entenderse que se requiere de la reserva y, por ende, ellos no pueden celebrarse mediante la modalidad de contratación directa. Sobre algunas de las causales en particular señaló:

(i) Causal contenida en el ordinal 11°: Se trata de una de aquellas hipótesis que deben adelantarse bajo la modalidad de selección abreviada, pues los contratos

que simplemente tengan relación directa con la seguridad y defensa nacionales deben celebrarse mediante dicha modalidad.

(ii) Causal contenida en el ordinal 12º: Evidencia la ilegalidad de ejercer la potestad reglamentaria enlistando, *ex ante*, una serie de contratos y calificando su necesidad de reserva en abstracto, sin tener en cuenta las condiciones concretas que rodean su celebración.

(iii) Causal contenida en el ordinal 13º: Incluye una modalidad de contratos que no tienen relación directa con la defensa y seguridad nacional.

(iv) Causal contenida en el ordinal 14º: No existe justificación para incluir los contratos relacionados con el mantenimiento de los bienes cuyo contrato ameritó reserva.

Finalmente, advierte que una de las circunstancias que hace ilegal la totalidad de la disposición es lo previsto en su párrafo, pues al no requerir la obtención de varias ofertas para la contratación respectiva, se termina vulnerando el principio de selección objetiva que en esta modalidad de contratación debe garantizarse, tal como lo previene el párrafo 2º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

En relación con los artículos demandados del Decreto 127 de 2009 indicó, en síntesis:

(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 número 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.

(iii) Esgrimió que, como en el artículo 2º 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 establecido para la selección abreviada, es decir, que el artículo 1º queda sin efecto con lo prescrito en el artículo 2º del citado Decreto.

(iv) 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.).

5.2.3. Argumentos de las entidades demandadas en relación con el ataque de invalidez

5.2.3.1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Sobre las normas antes referidas se limitó a señalar que coadyuvaba las contestaciones presentadas por las restantes entidades gubernamentales que hacen parte del proceso⁹⁴.

5.2.3.2. Ministerio de Transporte

Manifestó que el Ministerio de Defensa con sus organismos adscritos tiene como función primordial la seguridad de la Nación y para cumplir con la función social asignada, debe hacer una integración con otras entidades del Estado. Igualmente, reafirmó la competencia reglamentaria en cabeza del Presidente de la República y que no resultaban claras las razones por las cuales los artículos demandados eran violatorios de la Constitución Política⁹⁵.

5.2.3.3. Departamento Nacional de Planeación

Tal como se indicó en precedencia (*cfr. supra* numeral 5.1.3.3), la accionada propuso como excepción respecto de todas las normas demandadas, la que título de la siguiente manera: “*No existe exceso en la potestad reglamentaria por parte del Gobierno, toda vez que éste debe reglamentar los textos legales que exijan desarrollo para su cabal realización como norma de derecho cuando el legislador no ha limitado tal facultad, en tanto los artículos demandados del decreto 2474 de 2008 acusados parcialmente, reglamentan las modalidades de selección de*

⁹⁴ Folio 369 *loc. cit.*

⁹⁵ Folio 461 *loc. cit.*

*contratistas, en lo que las leyes 80 y 1150 señalaron genéricamente*⁹⁶, con el alcance ya señalado.

En relación con los artículos 53 y 79 del Decreto 2474 de 2008, y 1º y 2º del Decreto 127 de 2009 señaló, en síntesis, lo siguiente⁹⁷:

(i) En ejercicio de la potestad reglamentaria es posible realizar una interpretación de la ley, pero no en sentido auténtico como lo hace el legislador, con el objeto de materializar la voluntad del legislador.

(ii) Si bien el concepto de defensa y seguridad nacional es indeterminado, es determinable conforme con las circunstancias del momento actual, por lo que se requiere de su constante devenir para que el mismo no pierda vigencia ni actualidad. Adicionalmente, luego de transcribir algunas providencias de esta Corporación, indicó que tal concepto no está limitado a actividades bélicas como lo sostiene el actor, sino que abarca otras facetas de la política pública en orden a garantizar la convivencia pacífica de los ciudadanos.

(iii) Para evitar abusos en la aplicación de la norma legal el Gobierno Nacional, previa identificación de las hipótesis y entidades competentes en esta materia, enlistó una serie de causales que delimitan el tan amplio campo del concepto de seguridad y defensa nacional, en orden a garantizar la debida aplicación de la ley e impedir interpretaciones que no son acordes a la finalidad legal perseguida. Precisó que el listado de eventos no excusa al ordenador del gasto de justificar su decisión, pues ese es un requisito previo de todas las modalidades de contratación consagrado en el artículo 3º del Decreto 2474 de 2008. En el mismo sentido, el listado incluido en el artículo 79 demandado pretende delimitar el alcance de lo que la reserva implica, sin que ello libere de la carga de justificar adecuadamente al jefe de la entidad.

(iv) De acuerdo con lo establecido en el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 y en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el Gobierno Nacional se encuentra facultado para reglamentar, en general y sin distingo de ninguna clase, la selección abreviada y la contratación directa, respectivamente.

⁹⁶ Folios 476 a 485 *loc. cit.*

⁹⁷ Folios 491 a 498 *loc. cit.*

5.2.3.4. Ministerio del Interior y de Justicia

En relación con el párrafo 3º del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008, señaló que se ajusta a la competencia reglamentaria del Gobierno Nacional y respecto del artículo 2º del Decreto 127 precisó que el manual de contratación de la Presidencia de la República solamente podría hacer referencia a los trámites internos de la contratación, a los funcionarios intervinientes y a la vigilancia y control de la ejecución contractual, por lo cual no sustituiría el procedimiento contractual establecido por vía reglamentaria para los casos de selección abreviada.

5.2.4. Vista fiscal

Afirmó que los conceptos de defensa y seguridad nacional se relacionan con toda la población y que las acciones que realiza el Estado para lograr dicha finalidad no se encuentran circunscritas a las entidades del sector de la defensa.

Con respecto al artículo 53 señaló que el Gobierno Nacional contaba con la facultad de limitar las entidades que podían hacer uso de esa especial causal de contratación, sin señalar el fundamento de su afirmación.

En relación con lo previsto en el artículo 79 demandado indicó que resultaba ilustrativo lo regulado por la leyes 1097 de 2006 y 1219 de 2008 en las que el legislador extiende la aplicación del procedimiento de selección por contratación directa a todas la entidades y organismos de la comunidad de inteligencia y, en consecuencia, éste es aplicable a entidades diferentes a las que conforman el sector defensa y el DAS.

Solicitó, en último término, no acceder a la declaratoria de nulidad impetrada.

5.2.5. Consideraciones de la Sala para resolver

5.2.5.1. Primeramente la Sala debe advertir que si bien los ataques formulados por el accionante contra los artículos 53 y 79 del Decreto 2474 de 2008 y 1º y 2º del Decreto 127 de 2009 se desarrollan bajo el concepto de defensa y seguridad nacional, lo cierto es no resulta palmario de las disposiciones anotadas que ambas

tengan por común denominador tal concepto, por lo cual resulta menester resolver este asunto delantadamente.

En efecto, mientras el artículo 53 del Decreto 2474 y el Decreto 127 se atienen a la causal prevista en la letra i, número 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, relativa a la adquisición a través de la modalidad de selección objetiva de los bienes y servicios requeridos para la defensa y seguridad nacional –pues así se señala expresamente en la norma objeto de reglamentación–, el artículo 79 desarrolla una disposición legal referida a la compra, por medio de la modalidad de contratación directa, de bienes o servicios que requieran reserva para su adquisición –letra d, número 4 del artículo 2º *ibídem*–, sin que se precise, de manera explícita, si ello está o no relacionado con la defensa y seguridad nacional. Por lo tanto, cuando el legislador hace referencia a asuntos que gozan de reserva, de hecho, puede considerar temas relativos a la defensa y seguridad nacional, pero no sería la única de las hipótesis que la norma podría subsumir pues, evidentemente, en los términos del artículo 74 de la Constitución Política⁹⁸ el legislador podría estimar que otros asuntos gozan de reserva legal y, en ese sentido, encajarían en la proposición normativa mencionada.

No obstante lo anterior, la misma disposición introdujo un criterio orgánico que sugiere una intención diferente del Legislador, pues estableció que únicamente las entidades que hacen parte del sector administrativo de defensa y el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, podrían hacer uso de la casual así dispuesta, por manera que dicha circunstancia sugiere que el Congreso limitó los eventos de reserva a aquellos relacionados con la defensa y seguridad nacional, pues el espectro competencial de las entidades incluidas en la norma citada está limitado, precisamente, a dicho concepto, tal como se pasa a precisar.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 1512 de 2000, el sector administrado de defensa nacional se encuentra integrado por el Ministerio de Defensa Nacional y sus entidades adscritas y vinculadas, y a la mencionada entidad, como órgano tutelar y rector del sector respectivo, se le asigna como función principal la de “...participar en la definición, desarrollo y ejecución de las políticas de defensa y seguridad nacionales para garantizar la soberanía nacional, la independencia, la integridad territorial y el orden constitucional, el

⁹⁸ Constitución Política, artículo 74: “Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”.

mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio y el derecho de libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz” (número 1 del artículo 5º ejusdem), lo cual se enmarca dentro de los objetivos institucionales relacionados con “...la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo Defensa Nacional, para la defensa de la soberanía, la independencia y la integridad territorial, así como para el mantenimiento del orden constitucional y la garantía de la convivencia democrática ...” (artículo 4º ibídem).

Por su parte, el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, de acuerdo con el Decreto 643 de 2004, en desarrollo de su objeto gozaba de la competencia para “...producir la inteligencia que requiere el Estado, como instrumento de Gobierno para la toma de decisiones y la formulación de políticas relacionadas con la seguridad interior y exterior del Estado...”.

A más de lo que antecede, advierte la Sala que durante el trámite parlamentario de la Ley 1150 de 2007 resultó evidente que la causal de contratación directa, finalmente incluida en dicho cuerpo normativo, obedeció a las consideraciones que sobre el particular se plantearon para permitir que asuntos relacionados con la defensa y seguridad nacional, que fuesen especialmente sensibles, pudieran contar con algún mecanismo normativo que permitiera suplir la necesidad de manera eficiente y, además, reservada⁹⁹.

Finalmente, resulta oportuno indicar que el artículo 1º de la Ley 1219 de 2008 modificó parcialmente la causal de contratación directa contenida en la letra d, número 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, pues por medio de la citada norma se dispuso:

*“Artículo 1º. Contratación estatal. Se entiende que las contrataciones de bienes y servicios que hagan **las entidades y organismos de la comunidad de inteligencia, relacionadas directamente con el cumplimiento de la función de inteligencia, constituyen adquisiciones relacionadas con la defensa y seguridad nacional por lo que están cobijadas por el literal d) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007**, siempre y cuando no se hagan con cargo al presupuesto de gastos reservados, caso en el cual se aplicará lo dispuesto en la Ley 1097 de 2006, ‘por la cual se regulan los gastos reservados’, o las normas que la modifiquen o complementen”. (se*

⁹⁹ Cfr. Gaceta del Congreso 225 del 5 de julio de 2006.

resalta)¹⁰⁰

De acuerdo con lo transcrito, se advierte que el legislador manifestó, expresamente, que la reserva a la que alude la causal de contratación directa objeto de análisis puede estar referida a las “*adquisiciones relacionadas con la defensa y seguridad nacional*”. Adicionalmente, la norma implica dos variaciones respecto de la disposición original: Por una parte, a más de las entidades del sector defensa y el DAS, podrán contratar bajo la causal prevista en la letra d, número 4 del artículo 2º de la Ley 1150 la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), así como los demás organismos que faculte la ley para realizar actividades de inteligencia y contrainteligencia; por otra, la Sala destaca que el legislador establece como una de las hipótesis incluidas en la precitada norma, *la adquisición de bienes y servicios relacionados directamente con el cumplimiento de la función de inteligencia* realizada por entidades y organismos que hacen parte de la comunidad de inteligencia¹⁰¹.

En suma, la Sala considera que, tal como lo expone el libelista, la hermenéutica de la letra d, número 4 del artículo 2º de la Ley 1150 comporta entender que los bienes y servicios adquiridos de conformidad con la causal de contratación directa allí establecida, serán aquellos relacionados con la defensa y seguridad nacional que requieran reserva para su contratación.

5.2.5.2. La Sala observa, por otra parte, que la regulación contenida en la Ley 1150 de 2007 impone un entendimiento particular de aquello que debe considerarse como asuntos relacionados con la defensa y seguridad nacional en materia contractual, pues antes de su entrada en vigencia los bienes y servicios requeridos para tales efectos eran obtenidos, sin distinción alguna, mediante

¹⁰⁰ Para el entendimiento de esta disposición y, en particular, para la determinación de las entidades destinatarias de la misma debe considerarse lo establecido por el artículo 3º de la Ley 1621 de 2013, de acuerdo con la cual: “*Artículo 3º. Organismos que llevan a cabo la función de inteligencia y contrainteligencia. La función de inteligencia y contrainteligencia es llevada a cabo por las dependencias de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional organizadas por estas para tal fin, la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), y por los demás organismos que faculte para ello la Ley. Estos organismos conforman la comunidad de inteligencia y son los únicos autorizados para desarrollar actividades de inteligencia y contrainteligencia. Todos los organismos que lleven a cabo estas actividades estarán sujetos al cumplimiento de la presente ley de manera integral*”. (se resalta).

¹⁰¹ Ley 1621 de 2013, artículo 3º. “*Definición de la función de inteligencia y contrainteligencia. La función de inteligencia y contrainteligencia es aquella que desarrollan los organismos especializados del Estado del orden nacional, utilizando medios humanos o técnicos para la recolección, procesamiento, análisis y difusión de información, con el objetivo de proteger los derechos humanos, prevenir y combatir amenazas internas o externas contra la vigencia del régimen democrático, el régimen constitucional y legal, la seguridad y la defensa nacional, y cumplir los demás fines enunciados en esta ley*”. A más de la conceptualización transcrita, el mismo cuerpo normativo establece los límites y fines de la función de inteligencia y contrainteligencia (art. 4º), así como los principios que rigen tales actividades (art. 5º).

procesos de contratación directa, con mecanismos restringidos de publicidad siguiendo, en parte, con la lógica de la reserva legal para asuntos de defensa y seguridad nacional impuesta por el artículo 12 de la Ley 57 de 1985¹⁰². En tal disposición, la limitación de acceso a la información pública se estructura en dos grandes grupos: documentos reservados conforme a la Constitución o a la Ley, por una parte y, por otra, aquellos que tengan relación con la defensa y seguridad nacional. Actualmente, sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el letra i, número 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el número 1 del párrafo 2º del mismo artículo, al imponerse la modalidad de selección abreviada para la adquisición de este tipo de bienes y servicios, resulta menester dar publicidad a todos los procedimientos y actos que se realicen dentro del trámite contractual correspondiente.

El Legislador del 2007, tal como se advierte de la exposición de motivos que acompañó el proyecto de Ley presentado por el Gobierno Nacional y las discusiones parlamentarias, buscó privilegiar tanto la transparencia en la contratación, como la agilidad y oportunidad para la adquisición de los bienes y servicios relacionados con la defensa y seguridad nacional, más que la reserva con la que debe ser manejada la información que en ellos está implícita¹⁰³. Sin embargo, considerando que puede existir información sensible que ponga en riesgo intereses superiores del Estado al ser revelada, el Legislador estableció la posibilidad que las entidades que hacen parte del sector administrativo de defensa, el DAS y aquellas que conforman la “*comunidad de inteligencia*” pudiesen adquirir, directamente, bienes y servicios que necesiten reserva para su contratación¹⁰⁴.

Lo anterior, permite advertir que el Legislador entiende que, en materia de contratación, no todo aquello relacionado con la defensa y seguridad nacional es reservado, lo cual rompe la lógica con que se manejaba el asunto bajo la anterior normatividad y se acompasa, como se señaló precedentemente, con los dictados

¹⁰² Ley 57 de 1985, artículo 12: “*Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional.*” (se resalta).

¹⁰³ Gaceta del Congreso 458 de 2005: “*Adicionalmente en esta categoría [la selección abreviada] se recoge la llamada ‘menor cuantía’ (...), así como otros procesos que por su naturaleza o circunstancias deben ser objeto de tratamiento expedito, tales como la defensa y seguridad nacional, entre otras.*”

¹⁰⁴ Ley 1150 de 2007, artículo 2º, número 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*”. La disposición transcrita, tal como se indicó en precedencia, debe entenderse parcialmente modificada por lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1219 de 2008.

constitucionales y con otras regulaciones en las que no es suficiente acudir al expediente de la “*defensa y seguridad nacional*” para restringir el libre acceso a la información pública, como resulta, e.g., de lo contenido en el artículo 19 de la Ley 1712 de 2014¹⁰⁵.

5.2.5.3. La legislación contractual nacional ha sido constante en establecer una regulación específica en materia de bienes y servicios relacionados con la defensa y seguridad nacional. Los decretos-ley 150 de 1976 y 222 de 1983 establecieron una regulación sustancialmente similar que permitía a las entidades del sector defensa la contratación de material de guerra o reservado, así como su aseguramiento, transporte, mantenimiento y reparación. En tales eventos la contratación se sustraía de la licitación pública o privada y sólo requería, para su perfeccionamiento, el correspondiente registro presupuestal y la constitución de las garantías a que hubiere lugar¹⁰⁶. La Ley 80 de 1993, por su parte, siguiendo la regulación previa, estableció la contratación directa para estos efectos, pero introdujo el concepto, en materia contractual, de “*defensa y seguridad nacional*”, con lo cual, como se verá, se amplió el espectro de la regulación sobre esta materia¹⁰⁷. De la regulación actual sobre el particular se remite a lo indicado en precedencia (*cf. supra*, numerales 5.2.5.1 y 5.2.5.2), y se reitera que la Ley 1150 de 2007 dividió el tratamiento de la materia, por manera que en los casos en que los bienes y servicios requeridos para la defensa y seguridad nacional no comporten reserva para su adquisición se aplicará la modalidad de selección abreviada, en tanto que, cuando ello sí resulte necesario, procederá la contratación directa.

5.2.5.4. Esta Corporación ha sido reiterativa en la conceptualización que de la defensa y seguridad nacional se ha realizado en punto de las disposiciones legales que regulan la materia relativas a la gestión contractual del Estado; en esta oportunidad, no encuentra la Sala ningún argumento que la disuada de modificar su postura, por lo cual reiterará lo afirmado en ocasiones anteriores, tal como sigue.

¹⁰⁵El artículo 19 de la Ley 1712 de 2014, en términos similares al artículo 21 de la Ley 57 de 1985, pero con mayor precisión en relación con los asuntos objeto de análisis en esta providencia, previene que podrá rechazarse el acceso a información pública reservada, entre otros eventos, por tratarse de asuntos relativos a la defensa y seguridad nacional, lo cual deberá estar suficientemente motivado. Dispone, además, que la negativa sustentada en la reserva por defensa y seguridad nacional podrá ser objeto de recurso de reposición e, incluso, de conocimiento de la justicia contencioso administrativa a través de un procedimiento breve y sumario (art. 27).

¹⁰⁶ Cfr. Decreto Ley 150 de 1976, artículos 31.15 y 170; Decreto Ley 222 de 1983, artículos 43.17 y 259.

¹⁰⁷ Ley 80 de 1993, artículo 24, número 1, letra i., la cual fue reglamentada por el Decreto 855 de 1994.

En primer lugar, es importante anotar el cambio de regulación introducido por la Ley 80 de 1993 y mantenido, posteriormente, por la Ley 1150 de 2007 respecto de las legislaciones anteriores pues, como se anotó, en estas últimas se acudía a un concepto restringido relativo al “*material de guerra*”, en tanto que en aquellas es mucho más general y comprensivo de otras temáticas diferentes a las puramente militaristas.

La defensa y seguridad nacional son *conceptos normativos indeterminados*¹⁰⁸ que adquieren significación conforme el contexto social, cultural y económico que, en cualquier caso, reflejará las necesidades de una colectividad en una circunstancia espacio-temporal definida. Como concepto anfibológico requiere de un contexto

¹⁰⁸ Esta Corporación, en relación con los conceptos normativos indeterminados, ha señalado: “*Este tipo de conceptos los utiliza comúnmente el legislador, y también el Constituyente, ante la dificultad que se presenta de tratar con precisión y rigor una materia, bien por imposibilidad conceptual o bien por imposibilidad fáctica de incluir en una palabra más precisa todo el universo de supuestos que pretenden regular. Esto hace que se deba apelar a expresiones omnicomprensivas de un acervo de situaciones que deben caber en el supuesto de la norma creada, correspondiendo a otra autoridad, la que aplica la norma, interpretar el concepto y definir si se debe o no aplicarse a un caso concreto. La labor de precisión del concepto jurídico indeterminado, con la pretensión de definir su posible aplicación o desecharla, por no corresponder con el caso, es creadora de derecho, o por lo menos aclaratoria del creado por el legislador. De hecho, uno de los primeros problemas que ofrece este tipo de conceptos es que no se sabe, de manera inmediata, si es aplicable al caso que se somete a examen, siendo necesario definirlo previamente para, posteriormente, determinar si el asunto concreto encuadra en el supuesto de la norma. Desde luego que las múltiples aplicaciones del concepto, bien en la vía administrativa o en la jurisdiccional, según corresponda, ayudan a precisarlo, poco a poco, dándole concreción y sentido preciso, facilitando la aplicación a los casos futuros. Esta labor, lenta y puntual, también da lugar, frecuentemente, a que el operador jurídico encuentre diferentes contextos aplicativos de la norma, de manera que con frecuencia surgen matices en la aplicación de la misma, creándose una multiplicidad de significados locales del concepto, haciendo aún más técnico el uso del mismo*”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia del 30 de agosto de 2007, Rad. AP-00618-01, C.P Enrique Gil Botero. Por parte de la doctrina: García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomas Ramón. “*Curso de Derecho Administrativo*” Tomo I, editorial Civitas S.A., Madrid, 1995, pág. 448, quienes sobre el particular indican: “*Por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de realidad a que se refieren de una manera precisa e inequívoca. Por ejemplo: la mayoría de edad se produce a los dieciocho años; el plazo para interponer el ‘recurso ordinario’ es de un mes; la jubilación se declarará al cumplir el funcionario 65 años. El número de años, o el número de días así precisados, están perfectamente determinados, y la aplicación de tales conceptos en los casos concretos se limita a la pura constatación, sin que se suscite (una vez precisado por la ley el modo del cómputo y efectuada la prueba correspondiente) duda alguna en cuanto al ámbito material a que tales conceptos se refieren. Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. Así, procederá también la jubilación cuando el funcionario padezca incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones; buena fe; falta de probidad. La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación. La ley utiliza conceptos de experiencia (incapacidad para el ejercicio de sus funciones, premeditación, fuerza irresistible) o de valor (buena fe, estándar de conducta del buen padre de familia, justo precio) porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; o el precio es justo o no lo es ; o se ha faltado a la probidad o no se ha faltado. Tertium non datur . Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo las cuales solo permiten una ‘unidad de solución justa’ en cada caso*”.

específico que permita nutrirlo de contenido, de suerte que cada realidad social le dará un sentido particular¹⁰⁹. Son conceptos simbióticos pues se sirven mutuamente y la acción de uno afecta al otro, por manera que su adecuado entendimiento merece un tratamiento unívoco¹¹⁰.

¹⁰⁹ La seguridad nacional en Nueva Zelanda es entendida como “...la condición que permite a los ciudadanos del Estado asumir sus actividades diarias libres de temor y con la posibilidad de aprovechar al máximo las oportunidades para avanzar en su estilo de vida. Abarca la preparación, la protección y la preservación de las personas y de los bienes y la información, tanto tangibles como intangibles” (Department of the Prime Minister and Cabinet, “New Zealand’s National Security System”. Mayo de 2011). Para el Estado Francés “...la seguridad de Francia, similarmente a la de Europa, debe ser entendida de un modo global. La estrategia de seguridad nacional engloba tanto a la seguridad externa como interna, y los medios tanto militares como civiles, económicos y diplomáticos. Tiene que considerar todos los fenómenos, riesgos y amenazas perjudiciales para el modo de vida de la nación” (Instituto Español de Asuntos Estratégicos, “La evolución del concepto de Seguridad”. Junio de 2011). En la *Estrategia de Seguridad Nacional del Gobierno de España* de 2013, luego de advertirse que el concepto de seguridad en el siglo XXI debe ser amplio y dinámico, con el objeto de cubrir todos los ámbitos concernientes a la seguridad del Estado y de sus ciudadanos y que abarca desde la defensa del territorio hasta la estabilidad económica y financiera o la protección de las infraestructuras críticas, se indica que “...la Seguridad Nacional es la acción del Estado dirigida a proteger la libertad y el bienestar de sus ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos”. (Departamento de Seguridad Nacional, Presidencia del Gobierno Español, “Estrategia de Seguridad Nacional”. 2013). La Ley de Seguridad Nacional Mexicana previene que por tal se entiende “...las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano y conlleva la protección frente a amenazas y riesgos que enfrente el país, la preservación de la soberanía e independencia nacional y la defensa del territorio, el mantenimiento del orden constitucional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas de gobierno, el mantenimiento de la unidad de las partes integrantes de la Federación, la defensa legítima frente a otros estados o sujetos de derecho internacional y la preservación de la democracia, fundada en el desarrollo económico, social y político del país y sus habitantes”(Ley de Seguridad Nacional del 31 de enero de 2005, artículo 3º).

¹¹⁰ En concepto No. 938 del 30 de enero de 1997, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, definió los conceptos de seguridad y defensa nacional, de la siguiente manera “Los conceptos de seguridad y defensa nacional. El ramo de seguridad, perteneciente a la administración pública, comprende las actividades que velan por la seguridad de los habitantes del territorio del Estado. Su finalidad es detectar las amenazas que puedan perturbar el orden público, afectar intereses nacionales o desestabilizar las instituciones políticas vigentes. Por tanto, tiene un carácter eminentemente preventivo. A su servicio se encuentran la Policía Nacional y el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

“(...)”

“La Constitución Política de 1991 se refiere a la seguridad del Estado como una de las causales que, conjuntamente con la estabilidad institucional y la convivencia ciudadana, puede dar lugar a la perturbación grave del orden público y consiguiente declaración por el gobierno nacional del Estado de Connoción Interior, cuando se atente de manera inminente contra ella y el ataque no pueda ser conjurado mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía (art. 213).

“De manera similar emplea la expresión seguridad nacional en su artículo 350, para disponer que en el Presupuesto estatal (Ley de Apropiedades) el componente denominado gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación, excepto ‘en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional’.

“En cuanto a la defensa nacional, está constituida por el conjunto de acciones que realiza el Estado para defender su territorio y sus legítimas instituciones. Implica una labor esencialmente de protección. La Carta Política preceptúa que la Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea (art. 217, inciso primero).

“(...)”

“De manera que, aunque disímiles, los conceptos de seguridad y de defensa nacional se complementan para el cumplimiento de fines esenciales del Estado, como que ambos conforman sectores de la administración pública íntimamente relacionados. Al sector seguridad corresponde ‘asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo’, mientras que al sector defensa compete ‘defender la independencia nacional y mantener la integridad territorial’, para utilizar expresiones que pertenecen a la terminología empleada por el artículo 2º de la Constitución. Por lo demás, la primera noción implica un campo de acción de naturaleza preventivo, encomendado a instituciones y cuerpos de naturaleza civil; la segunda requiere de medidas de protección e inclusive acciones de carácter bélico, para lo cual se han organizado instituciones y cuerpos de naturaleza militar”. (se resalta)

El núcleo básico de la expresión se encuentra en la razón misma del Estado, como pacto político garante de la vida, honra y bienes de las personas, por manera que a través de la defensa y seguridad nacional se busca obtener el bienestar de los ciudadanos y la estabilidad misma del Estado. Es un concepto base sobre el que se construye la estrategia del Estado para proteger a los ciudadanos y rebaza, en mucho, *el criterio conforme al cual la seguridad es apenas un conjunto de dispositivos para la guerra*: es un fenómeno que, dadas las condiciones actuales de nuestras sociedades, puede referir, incluso, a asuntos económicos, energéticos, ambientales y hasta de salud pública¹¹¹.

Esta Corporación sostuvo:

“(...) la estrategia de seguridad y de defensa en un país tan azotado por la violencia no se contrae exclusivamente a la adquisición de bienes y servicios bélicos (del lat. belicus, guerrero, perteneciente a la guerra), esto es solamente dedicados a la guerra, como es la adquisición de armas y armamento de todo tipo; de naves, artefactos navales y aeronaves destinados al servicio del ramo de defensa nacional, lo mismo que sus accesorios, repuestos y demás elementos necesarios para su operabilidad y funcionamiento; de municiones, torpedos y minas; de material blindado; de equipos con sus accesorios y repuestos para el transporte de personal y material del sector defensa; de materiales explosivos, herramientas y equipos para pruebas y mantenimiento del material de guerra, defensa y seguridad nacional; de equipos y demás implementos de comunicaciones para uso de entidades que tengan asignadas funciones de conservación y manejo del orden público; de elementos necesarios para la dotación de vestuario o equipo, individual o colectivo, de la fuerza pública y de equipos de inteligencia que requieran el sector defensa, entre otros.

“Contrario sensu, una visión sistémica de la seguridad y defensa nacionales impone la articulación dinámica de diversos elementos (no sólo bélicos) con el entorno de violencia que agobia a la sociedad colombiana desde hace mucho tiempo. Asegurar la convivencia pacífica, base y razón de ser de la defensa y seguridad nacional, supone para el Estado la adopción de medidas que no siempre comportan la acción militar directa. En otros términos, la acción estatal en punto de seguridad no tiene que forzosa e ineludiblemente recaer en el empleo de las armas, ni en la estrategia militar o en el despliegue de fuerzas combatientes, sino que también puede haber otros medios eficaces para garantizar la defensa y seguridad nacionales. La prerrogativa legítima del ejercicio de la coacción exige la utilización de

¹¹¹ Cfr. Room, Joseph, “*Defining National Security: The nonmilitary aspects*”. Council on foreign Relations Press. New York. 1993.

varios instrumentos, que no se reducen necesariamente al uso de las armas. La seguridad no sólo se defiende sino que se robustece si, por ejemplo, se materializa efectivamente una política de sometimiento de grupos que pretenden hacer de la seguridad un fin ilegítimo de su accionar delincencial. Una conclusión se impone: **la seguridad no es sólo una cuestión de medios bélicos, sino que ante todo es un asunto político, de ahí su lugar privilegiado en el texto político fundamental: la Constitución.**

“(…)

“En definitiva, en materia de seguridad, **la consecución de objetivos de defensa y seguridad no autoriza sólo la compra de armamento como prima facie parecería, sino que autoriza la adopción de medidas proporcionadas y razonables al logro de ese objetivo, medidas que serán evaluadas caso por caso para determinar si realmente guardan relación y conexidad**”¹¹². (se resalta).

Por lo señalado, es evidente que la variación conceptual introducida por la Ley 80 de 1993 respecto de los anteriores estatutos (*cf. supra* numeral 5.2.5.3.), esto es, pasar del concepto de “material de guerra” a aquel otro de “defensa y seguridad nacional”, no está determinada por un mero capricho semántico del legislador. A contrariedad de lo afirmado por el censor, lo que en efecto ocurrió, fue una lectura adecuada de la realidad nacional que estimó pertinente ampliar el alcance del concepto inicial para, con ello, propender por el cumplimiento cabal de las finalidades del Estado, en garantía del bienestar colectivo y del cumplimiento de los más altos fines de la Nación. Un paso más adelante dio el legislador del 2007 cuando, además, entendió que no todo lo relativo a la defensa y seguridad nacional comporta un “secreto de Estado” y que, no por ser públicas las actuaciones en estas materias y privilegiar así el derecho al acceso a la información¹¹³ y al control de los funcionarios estatales, se deja de alcanzar los fines perseguidos por el Estado en estas materias.

En términos generales, no puede la Sala dejar de señalar, sin perjuicio de un análisis más detallado en apartados posteriores de esta providencia, la tendencia legislativa que, en términos similares a la Ley 1150 de 2007, pero con mayor especialidad y detalle, se ha ocupado por la regulación del derecho de acceso a la información pública poniéndolo a tono con la finalidad garantista de la Constitución

¹¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 2008, expediente 29393, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹¹³ Constitución Política, artículo 74: “Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos **salvo los casos que establezca la ley.** El secreto profesional es inviolable”. (se resalta)

Política de 1991 y limitando severamente la posibilidad de actuaciones secretas de la administración pública¹¹⁴; se amplía, así, la garantía del acceso a la información pública como pilar fundamental del Estado social y democrático de derecho, lo cual permite y estimula el control y seguimiento del quehacer administrativo por parte de la ciudadanía. Esa tendencia, precisamente, es la que se observa reflejada en la Ley 1150 de 2007 al imponer procesos públicos para la adquisición de bienes y servicios requeridos para la defensa y seguridad nacional.

5.2.5.5. Con base en lo señalado en precedencia, la Sala pasará a estudiar, en primera instancia, la legalidad del artículo 53 demandado, respecto del cual son varios los aspectos reprochados por el actor:

(i) Es cuestionada la legalidad de la enumeración de entidades habilitadas para hacer uso de la causal de selección abreviada, para lo cual se arguye que una interpretación sistemática de la Ley 1150 de 2007 permite concluir que las únicas entidades habilitadas son la pertenecientes al sector defensa y el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, particularmente porque son ellas las únicas que tienen funciones relacionadas con la defensa y la seguridad nacional.

Sobre el particular, debe señalar la Sala que no le asiste razón al censor respecto de la interpretación que ofrece de la Ley 1150 de 2007, pues el canon hermenéutico sistemático sobre el cual edifica su pretensión anulatoria no permite restringir el alcance de la disposición atacada, en el sentido que sólo las entidades que hace parte del sector administrativo de defensa y el DAS, tiene la posibilidad de acudir a la modalidad de selección abreviada para la adquisición de bienes o servicios requeridos para la defensa y seguridad nacional, toda vez que, exclusivamente, tales entidades tienen dentro de su marco de competencias la defensa y seguridad nacional.

En efecto, tal como se dejó visto, la defensa y seguridad nacional es un concepto normativo indeterminado y, por lo tanto, dinámico, cuyo entendimiento deriva de unas definidas condiciones espacio-temporales. Con él, en último término, se pretende garantizar el orden constitucional y la convivencia pacífica, por manera que mal haría el intérprete al restringir, *a priori* y contrario al mandato expreso del

¹¹⁴ Ver, por ejemplo, la Ley 1712 de 2014. por la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones.

legislador, las entidades públicas que podrían prestar su concurso para tales efectos. No se trata, sin embargo, de una “*patente de corso*” para que todas las entidades públicas, sin importar la rama u orden al que pertenezcan, puedan decidir, libérrimamente, si una acción específica que pretendan adelantar corresponde a aquellas que se pueden adscribir a la defensa y seguridad nacional pues, memórese, en punto del marco competencial de las entidades públicas se privilegia el principio de la especialidad, conforme con el cual la materia, objeto, cometidos y funciones de los órganos públicos deben estar previamente atribuidos por el ordenamiento jurídico, con lo cual se desarrollan expresos mandatos superiores en orden de garantizar el principio de legalidad en las actuaciones públicas (artículos 2, 4, 6, 121, 122, 123, 150 número 7 y 189 números 14, 15, 16 y 17, superiores)¹¹⁵.

Sobre el particular esta Sala tuvo la oportunidad de precisar:

*“Del anterior marco conceptual es posible inferir que existen unas precisas autoridades, instituciones u organismos del Estado a cuyo cargo se encuentra la defensa y seguridad de la nación, a saber: el Presidente de la República como supremo responsable de la conservación y restablecimiento del orden público y jefe supremo de la fuerza pública, las Fuerzas Militares -Ejército, Armada y Fuerza Aérea-, la Policía Nacional y los organismos que, como la Fiscalía General de la Nación, cumplen funciones de policía judicial, **sin perjuicio de que otras entidades u órganos estatales puedan tener asignadas funciones de conservación y manejo del orden público,**...”¹¹⁶.*

¹¹⁵ Ley 489 de 1998, artículo 5º: “*Competencia Administrativa. Los organismos y entidades administrativos deberán ejercer con exclusividad las potestades y atribuciones inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo*”.

¹¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2012, expediente 26776, C.P. Hernán Andrade Rincón, en la que, además, se advirtió: “...*si bien el marco funcional de la Organización Electoral - Registraduría Nacional del Estado Civil no comporta, en principio, labores atinentes a la seguridad y defensa nacionales desde un punto de vista orgánico, es dable considerar que el proceso de modernización de la cedulación y la identificación ciudadana, así como el acceso de las entidades estatales a sus sistemas de información sí guarda relación de conexidad con tales materias, habida cuenta de la necesaria relación de apoyo y coordinación que, en cuanto a los fines de la seguridad y el mantenimiento del orden público, se desprende del acceso de las entidades involucradas en estas labores a las bases de datos de la Registraduría, tales como la Fiscalía General de la Nación y su Cuerpo Técnico de Investigación, la Policía y el Ejército Nacional, entre otras, como quiera que la correcta identificación ciudadana compete a la Registraduría, entidad que en nuestro esquema constitucional tiene asignada la guarda de la identidad de las personas*”.

A guisa de ejemplo puede referirse, también, la Ley 1219 de 2008, la cual, en su artículo 1º -a cuya lectura se debe acudir teniendo en consideración lo previsto el artículo 30 de la Ley 1621 de 2013 y en el artículo 1º del decreto 857 de 2014-, señala a la Unidad de Información y Análisis Financiero –UIAF como un organismo que cumple algunas de sus funciones en el marco de la Defensa y Seguridad Nacional, no obstante hacer parte del sector administrativo de hacienda y crédito público de acuerdo con lo previsto en el artículo 1 del Decreto 4712 del 15 de diciembre de 2008.

A más de lo indicado en la sentencia que acaba de transcribirse, la Sala considera pertinente precisar, en adición, que el mismo marco normativo que fue analizado en su oportunidad impone que tales entidades sean sólo las de carácter nacional, en tanto que sólo aquellas que tengan ese amplio espectro territorial de competencia podrían asumir funciones relativas a la defensa y seguridad nacional, lo cual permite distinguir este concepto de, por ejemplo, aquel otro de seguridad ciudadana, en el que podrían intervenir entidades del orden territorial.

La coherencia interna del sistema, la correspondencia entre los diferentes preceptos legales y su concordancia objetiva, todos elementos definitorios para una razonable interpretación sistemática, no permiten advertir una *voluntas legislatoris* diversa al texto claro y expreso de la letra i, número 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.

Sin perjuicio de lo anterior, advierte la Sala que resulta evidente el exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, pues la norma demandada entró a distinguir cuando el Legislador no lo hizo. Así, en tanto que la norma de rango legal, simplemente, señaló como causal de selección abreviada la “...*contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional*”, el reglamento, por su parte, dispuso que tales bienes y servicios tendrían dicha destinación siempre que fuesen adquiridos 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*”, contrariando el concepto normativo indeterminado contenido en la Ley y que permite, en cada caso, estimar si el marco competencial de una entidad del orden nacional resulta comprensivo de actividades tendientes a garantizar la defensa y la seguridad nacional. Convertir en *numerus clausus* aquello que por voluntad del Legislador es *numerus apertus* comporta una evidente transgresión a los límites de la potestad reglamentaria, en tanto se ejerce confrontando los dictados legales que se dice desarrollar conforme con una facultad *sublegal*, se invade la órbita del legislador al pretender darle rango legal a aquello que por su naturaleza no lo tiene y, por contera, se desquicia, con tal actitud, el ordenamiento constitucional.

El hipotético evento en que la norma demandada no hubiese sido derogada implicaría, por ejemplo, que organismos existentes a la sazón como la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) y el Departamento Administrativo

“Dirección Nacional de Inteligencia”¹¹⁷, que de acuerdo con lo dispuesto en la Ley cumplen funciones relacionadas con defensa y seguridad nacional, no habrían podido acudir a la mencionada modalidad de contratación, contrariando la manifiesta intención del legislador. Valga mencionar, además, que en otros cuerpos normativos, como la Ley 1621 de 2013, cuando se refiere a los organismos que llevan a cabo la función de inteligencia y contrainteligencia –que, como se vio, comportan actividades de defensa y seguridad nacional– se acude, también, a fórmulas abiertas que permiten que normas ulteriores se agreguen a tales previsiones sin necesidad de entrar a modificarlas o derogarlas¹¹⁸.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí analizado, la Sala declarará la nulidad del siguiente aparte del primer inciso del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008: “...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...”, pero no por las razones aducidas en el libelo introductorio de la presente actuación procesal, motivo por el cual resulta menester aclarar la pertinencia de la declaratoria de nulidad *ex officio* de los actos por un vicio como el advertido en precedencia, esto es, por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

En efecto, debe advertirse que el juez Contencioso Administrativo al adelantar el control de legalidad, en principio y por regla general, no puede alejarse de lo establecido en el acto generatriz del proceso en cuanto refiere a las normas violadas y el concepto de la violación (número 4º del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo). Es decir, se trata de un control de legalidad estricto, en tanto que el espectro que debe ser analizado está dado por el accionante y, por lo tanto, el fallo judicial ha de respetar, con estrictez, el principio de congruencia

¹¹⁷ Es importante resaltar que para la fecha de supresión del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS (Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011) la Dirección Nacional de Inteligencia no había sido creada (Decreto 4179 del 3 de noviembre 2011), lo cual explica que ninguna de las funciones a cargo de aquella entidad fueron trasladadas a esta (artículo 3º del Decreto 4057 de 2011), por manera que no puede asumirse que en los eventos en que alguna disposición legal o reglamentaria haga referencia al DAS, debe entenderse hecha a la Dirección Nacional de Inteligencia.

¹¹⁸ Ley 1621 de 2013, artículo 3º: “Organismos que llevan a cabo la Función de Inteligencia y Contrainteligencia. La función de inteligencia y contrainteligencia es llevada a cabo por las dependencias de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional organizadas por estas para tal fin, la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), **y por los demás organismos que faculte para ello la Ley**. Estos organismos conforman la comunidad de inteligencia y son los únicos autorizados para desarrollar actividades de inteligencia y contrainteligencia. Todos los organismos que lleven a cabo estas actividades estarán sujetos al cumplimiento de la presente ley de manera integral”. (se resalta)

contenido en el artículo 170 del estatuto administrativo y, consecuentemente, garantizar el debido proceso y derecho de contradicción del accionado¹¹⁹.

No obstante lo anterior, esta Sala ha advertido, reiteradamente¹²⁰, que ante precisas circunstancias el principio dispositivo sobre el que se edifica la Justicia Contencioso Administrativa debe ceder ante el principio de la prevalencia del derecho sustancial, por manera que abiertas y groseras afectaciones del orden jurídico habilitan al juez administrativo para asumir el conocimiento de asuntos que superan la *causa petendi*¹²¹.

“Con lo anterior, no se trata de desconocer el principio de jurisdicción rogada que distingue a la contencioso administrativa, sino de admitir que existen algunos eventos en los cuales tal característica debe ceder, en virtud de los más altos valores que se hallan en juego y que le corresponde defender al juez contencioso administrativo”¹²².

Así, en efecto, el fenómeno de la incompetencia *ratione materiae*, *ratione temporis*, *ratione personae* o *ratione loci*, como defecto del acto administrativo, es

¹¹⁹ V. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, expediente 18509, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹²⁰ Ver, entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 16 de diciembre de 1994, expediente 7879, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; 11 de mayo de 1999, expediente 10196, C.P. Ricardo Hoyos Duque; 16 de febrero de 2006, C.P. Ramiro Saavedra; 15 de abril de 2010, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹²¹ La Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del ordinal 4º del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo (Sentencia C- 197 de 1999), indicó sobre este particular: *“Considera la Corte, que tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente.*

“Considera igualmente la Corte que la exigencia prevista en el segmento normativo acusado, no puede significar que el juez administrativo pueda sustraerse de la obligación contenida en el art. 4 de la Constitución, conforme al cual ‘En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales’, norma esta última que tiende a garantizar la supremacía y defensa del ordenamiento jurídico superior.

“En conclusión, por las razones anteriormente expuestas, considera la Corte que el aparte normativo acusado no viola las normas invocadas por el demandante ni ningún otro precepto de la Constitución. No obstante, la norma será declarada exequible condicionada a que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito tantas veces mencionado, y que cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica deberá aplicar el art. 4 de la Constitución”.

¹²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2006, expediente 13414, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Señaló, además: *“(…) la competencia de las autoridades estatales es un aspecto que se encuentra regulado por normas imperativas de ‘orden público’, el cual constituye el ‘Conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras’; así mismo, constituye el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, siendo la incompetencia la regla general, mientras que la competencia es la excepción, ya que se restringe a la que de manera expresa les otorga el ordenamiento jurídico a las distintas autoridades, lo que se explica si se tiene en cuenta que ‘la incompetencia está entronizada en beneficio de los intereses generales de los administrados contra los posibles abusos o excesos de poder de parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse”.*

“(...) el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (arts. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador”¹²³.

Tal anomalía en la producción del acto representa, entonces, un desquiciamiento del orden constitucional, pues supone que una autoridad pública ejecuta actividades que le son extrañas, bien porque están a cargo de otra autoridad, ora porque exceden aquellas que constitucional o legalmente le son conferidas. Expedir un acto por fuera del marco competencial de la autoridad pública confronta la institucionalidad, viola el principio de legalidad y afecta el modelo de Estado Social de Derecho al vulnerar el espectro de acción de la autoridad pública.

Así las cosas, es claro para esta Sala la facultad de declaratoria de nulidad *ex officio* del aparte de la norma señalada, en tanto que, con ella se usurparon funciones propias del órgano legislativo y, consecuentemente, se violaron preceptos de orden constitucional que comportaron una extralimitación en el ejercicio de la facultad reglamentaria.

(ii) El censor cuestiona la legalidad de la enumeración de los bienes, servicios y tipos contractuales previstos en el artículo 53 y en su párrafo 4º, pues en su criterio no es el objeto sino la finalidad de los contratos celebrados, lo que habilita a las entidades estatales para acudir a la causal de selección abreviada prevista en la letra i, número 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007. Afirmó, igualmente, que lo que hace la norma reglamentaria demandada 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.

En primera instancia, respecto de la norma objeto de reglamentación¹²⁴, la Sala advierte que si bien le asiste razón al libelista en cuanto al criterio finalista inmerso

¹²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 1999, expediente 10196, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹²⁴ Ley 1150 de 2007, artículo 2: “La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

“(...

“2. Selección Abreviada:

en ella, en tanto los bienes y servicios a adquirir lo serán “...**para** la defensa y seguridad nacional”¹²⁵, por manera que para tal destino o afectación se procura la adquisición, también lo es que en la misma norma se incorpora un criterio de necesidad, pues aquellos bienes y servicios deberán ser “*requeridos*” para los fines mencionados.

Con lo anterior, la Sala quiere significar que para el adecuado entendimiento y aplicación de la disposición resulta menester tener en consideración dos asuntos específicos y complementarios: la necesidad de los bienes y servicios, por una parte y, por la otra, la adecuación de los mismos para la finalidad prevista en la norma. Sin más, su hermenéutica requiere de un *juicio de necesidad* y un *juicio adecuación*, ambos inmersos en el proceso de concreción del concepto jurídico indeterminado de defensa y seguridad nacional.

Con el *juicio de necesidad* se pretende establecer, dadas unas condiciones materiales preexistentes, cuáles bienes y servicios, por su naturaleza misma, son requeridos para atender ese concepto vago e impreciso de la defensa y seguridad nacional. La valoración de la necesidad será un reflejo de la realidad social, cultural y económica del Estado en un momento determinado, de suerte que el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional es la vía adecuada para garantizar la cumplida ejecución de la Ley en este sentido. En efecto, con el ejercicio de tal función, como se dejó visto (*cf. supra* numeral 4.), el Poder Ejecutivo encauza las normas de rango legal hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real, lo cual, necesariamente, comporta un análisis del orden constitucional y legal en conjunto –para garantizar la validez del acto–, así como de las necesidades concretas de la sociedad desde diversos puntos de vista –para garantizar su eficacia–. El ejercicio reglamentario, entonces, representa una labor hermenéutica compleja que atiende tanto aspectos normativos como fácticos para garantizar la materialización de los designios legislativos y que, en materia de defensa y seguridad nacional, bien puede reflejarse en la determinación de los bienes y servicios para procurarla.

“(...)”

“Serán causales de selección abreviada las siguientes:

“(...)”

“i) La contratación de bienes y servicios **que se requieran para** la defensa y seguridad nacional”. (Se resalta)

¹²⁵ Entre las acepciones asignadas a la preposición “*para*”, en el contexto de la norma analizada se advierte que la misma corresponde a “...*el fin o término a que se encamina una acción*”, así como “...*para determinar el uso que conviene o que puede darse a algo*”. Real Academia Española, “*Diccionario de la Lengua Española*”. Vigésima segunda edición. www.rae.es.

Por este aspecto, entonces, la Sala encuentra ajustada a la ley la posibilidad de que el Gobierno Nacional, en ejercicio de su potestad reglamentaria, señale las categorías de bienes o servicios que pueden ser afectos a la defensa y seguridad nacional.

El *juicio de adecuación*, por su parte, implica definir si los bienes y servicios requeridos, en el caso particular, permiten alcanzar los altos intereses involucrados en la defensa y seguridad nacional, pero desde un plano específico propio de cada una de las entidades públicas que, dado su marco competencial, concurren al logro de ese objetivo. Este juicio de adecuación, tal como lo anota el libelista, no podría realizarse *ex ante*, en tanto atiende a una consideración finalista de los bienes y servicios respectivos, por lo cual el Gobierno Nacional no podría llevarlo a cabo en desarrollo de su atribución de reglamentación.

En este evento se privilegia el principio de especialidad y, por supuesto, el de legalidad, pues la entidad u organismo del orden nacional contratante deberá realizar un análisis que le permita establecer si la adquisición de los bienes y servicios señalados previamente por el Gobierno Nacional le permite cumplir con sus funciones constitucionales y legales y, adicionalmente, si con tal adquisición se procura por la defensa y seguridad nacional. Aquí, por lo indicado, no sólo se deberá considerar la relación entre los bienes y servicios a adquirir y la defensa y seguridad nacional, sino que resultará imperativo que tal relación de conexidad se adecue al ámbito competencial de cada entidad pública del orden nacional involucrada.

Encuentra la Sala, consecuentemente, que para poder acudir a la causal de selección abreviada objeto de análisis, la entidad de que se trate deberá cumplir con estrictez lo previsto en el parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, en tanto estará en la obligación de demostrar que con los bienes o servicios que pretende adquirir cumple con sus funciones legales y constitucionales y, así mismo, procura la defensa y seguridad nacional. No se tratará, por lo tanto, de una simple remisión a la categoría de bienes y servicios establecida por el Gobierno Nacional, pues ello corresponde al juicio de necesidad previsto por el Legislador, sino que será menester realizar un juicio acabado de adecuación que permita demostrar la relación directa entre los bienes y servicios, las funciones que se desarrollan y los altos fines perseguidos con la contratación.

Por lo señalado, la Sala declarará ajustada al ordenamiento superior la enumeración de los bienes, servicios y tipos contractuales previstos en el artículo 53 y en su parágrafo 4º, pero condicionado a que la entidad pública del orden nacional que acuda a esta modalidad de contratación a más de dar estricto cumplimiento a lo señalado en el parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, establezca la relación existente entre los bienes y servicios a adquirir, la satisfacción de las necesidades que ellos procurarán para la defensa y seguridad nacional y las funciones a su cargo.

(iii) El accionante formula reparos de legalidad contra cada una de las causales del artículo 53, por lo cual resulta menester analizar los cargos presentados y su virtualidad para que proceda la declaratoria de nulidad impetrada.

Sobre el particular es oportuno indicar, preliminarmente que, tal como se indicó al estudiar el cargo que precede inmediatamente, la inclusión de supuestos para la procedencia de la causal de selección abreviada relativa a la adquisición de bienes y servicios requeridos para la defensa y seguridad nacional, corresponde al juicio de necesidad que, válidamente, puede adelantar el Ejecutivo, pero bajo supuestos de razonabilidad y proporcionalidad los cuales deben guiar la labor reglamentaria y, además, servirán de parámetro para el control judicial de las decisiones adoptadas, las cuales, si bien buscan llenar de contenido el concepto jurídico indeterminado de defensa y seguridad nacional, no por ello escapan a los medios de control que garanticen su adecuación con el ordenamiento constitucional y legal¹²⁶.

¹²⁶ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 18059, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, en donde se anota: “*La comprensión de los conceptos jurídicos indeterminados que, a juicio de la Sala, se acompasa con el relativismo axiológico moderado que imponen el principio del pluralismo y el propio principio democrático, es la que establece entre aquéllos y la discrecionalidad administrativa, una diferencia apenas gradual, no cualitativa o radical, en la medida en que, según las circunstancias del caso concreto, tales conceptos indeterminados pueden constituirse en fuente de discrecionalidad administrativa, de la manera que se explicará a continuación que es como debería entenderse la facultad discrecional. Naturalmente, ello no ocurrirá en aquellos supuestos en los que el concepto jurídico indeterminado provea al operador jurídico -administrativo o judicial- de suficientes elementos de juicio como para poder tener por acreditado que el caso se encuadra, sin lugar a dudas, en alguna de las zonas de certeza del concepto -positiva o negativa, con lo cual, el concepto claramente se aplica o se inaplica. Pero sí es lo que sucede en los casos dudosos, penumbrales, o neutros, los que caen en la zona o halo de incertidumbre del concepto, en los que una decisión estrictamente lógico-deductiva no es posible, y se hace necesario recurrir a argumentos o elementos de juicio de naturaleza técnica, económica, política, de conveniencia u oportunidad, etcétera -que, como se explicó, pueden ser racionales o razonables, más no concluyentes o definitivos-, con el fin de arribar a la formulación de un criterio objetivo y razonable de decisión, que es, como se verá, lo mismo que cabe esperar que realice el operador jurídico que ejercita una facultad discrecional*”.

Finalmente, debe advertirse que el ordinal 18º será declarado ilegal, pero por las razones que serán expuestas *infra* numeral 5.2.5.6.

Ordinales 1º a 4º, 7º a 17º y párrafo 4º:

Sobre las hipótesis en ellos contenidas, el actor señaló que los bienes y servicios en ellas mencionados pueden o no tener relación con la defensa y seguridad nacional y en ello centró su ataque.

Al respecto, baste reiterar lo anotado en precedencia en relación con el juicio de necesidad y adecuación, previniendo que en estos casos será la entidad pública del orden nacional la que deberá demostrar cómo la adquisición de tales bienes o servicios se enmarcan dentro del concepto de defensa y seguridad nacional y, además, guardan estrecha relación con las funciones a ellas asignadas. Por lo anterior, no se accederá, por este aspecto, a las súplicas de la demanda.

Ordinales 5º y 6º:

Advierte el actor que en tales eventos se extiende la aplicación de la norma a entidades no previstas en ella (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – Inpec y a la Organización Electoral-Registraduría Nacional del Estado Civil) y a conceptos y finalidades generales diferentes a la defensa y seguridad nacional.

En cuanto a las finalidades de los bienes adquiridos haciendo uso de la causal de contratación *sub examine*, la Sala remite a lo precisado con anterioridad, en la medida en que serán los representantes legales de la entidades mencionadas en los ordinales 5º y 6º, quienes deberán demostrar, suficientemente, cómo la adquisición de los bienes o servicios allí referidos se enmarcan dentro del concepto de defensa y seguridad nacional y, además, guardan estrecha relación con las funciones a ellas asignadas.

En relación con la indicación de las entidades antes mencionadas, la Sala también remite a las consideraciones efectuadas precedentemente sobre este particular, por manera que, en principio, tanto el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, como la Registraduría Nacional del Estado Civil podrían atender funciones relativas a la defensa y seguridad nacional.

A más de lo anterior, por su pertinencia temática, la Sala reitera el siguiente pronunciamiento de esta misma Corporación en relación con la Registraduría Nacional del Estado Civil:

“En este orden de ideas, la Sala debe destacar que, si bien el marco funcional de la Organización Electoral - Registraduría Nacional del Estado Civil no comporta, en principio, labores atinentes a la seguridad y defensa nacionales desde un punto de vista orgánico, es dable considerar que el proceso de modernización de la cedulación y la identificación ciudadana, así como el acceso de las entidades estatales a sus sistemas de información sí guarda relación de conexidad con tales materias, habida cuenta de la necesaria relación de apoyo y coordinación que, en cuanto a los fines de la seguridad y el mantenimiento del orden público, se desprende del acceso de las entidades involucradas en estas labores a las bases de datos de la Registraduría, tales como la Fiscalía General de la Nación y su Cuerpo Técnico de Investigación, la Policía y el Ejército Nacional, entre otras, como quiera que la correcta identificación ciudadana compete a la Registraduría, entidad que en nuestro esquema constitucional tiene asignada la guarda de la identidad de las personas”¹²⁷.

En relación con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la Sala hace suyas las consideraciones expuestas por la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el pronunciamiento que, sobre este mismo particular, se transcriben:

“El artículo 15 de la ley 65 de 1993, “por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”¹²⁸, dispone lo siguiente:

“ARTICULO 15. SISTEMA NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO. El Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario está integrado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, como establecimiento público adscrito al ‘Ministerio de Justicia y del Derecho’¹²⁹ con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa; por todos los centros de reclusión que funcionan en el país, por la Escuela Penitenciaria Nacional y por los demás organismos adscritos o vinculados al cumplimiento de sus fines.

El sistema se regirá por las disposiciones contenidas en este Código y por las demás normas que lo adicionen y

¹²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2012, expediente 26776, C.P. Hernán Andrade Rincón.

¹²⁸ Nota original del texto transcrito: “Publicada en el Diario Oficial No. 40.999 de agosto 20 de 1993”.

¹²⁹ Nota original del texto transcrito: “Hoy Ministerio del Interior y Justicia por disposición del artículo 7 de la ley 790 de 2002”.

complementen”.

“Por su parte, el artículo 14 de esa ley, reformado por el artículo 3 del decreto 2636 de 2004, “por el cual se desarrolla el Acto Legislativo 03 de 2002”¹³⁰, establece las funciones generales del INPEC de la siguiente manera:

“ARTICULO 14. CONTENIDO DE LAS FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO. Corresponde al Gobierno Nacional por conducto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta a través de una sentencia penal condenatoria, el control de las medidas de aseguramiento, del mecanismo de seguridad electrónica y de la ejecución del trabajo social no remunerado”.

“Y en cuanto a la finalidad de la detención preventiva el artículo 11 de la ley 65, reformado por el artículo 2 del decreto 2636 de 2004, prevé:

“ARTICULO 11. FINALIDAD DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. La detención preventiva tiene por objeto asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas, y la efectividad de la pena impuesta”. (Subraya la Sala).

“A juicio de la Sala, la naturaleza y funciones generales asignadas al INPEC se enmarcan en el fin esencial del Estado y sus autoridades de ‘proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades’, previsto en el artículo 2 de la Constitución Política, función que materialmente se cumple a través de los establecimientos carcelarios y penitenciarios que están a su cargo, en donde se encuentran reclusos, por orden judicial, los infractores de la ley penal.

“El artículo 9 de la ley 65, en concordancia con el Código Penal, señala que la pena tiene una función ‘protectora y preventiva’, y por lo mismo, su efectiva ejecución garantiza la protección de la comunidad, los derechos de las víctimas y permite garantizar y conservar el orden público en el territorio nacional.

“Cuando la ley 65 dispone que el Gobierno Nacional, por conducto del INPEC, es el responsable de la ejecución de la pena, considera la Sala que ello obedece a la estrecha relación que existe entre dicha función y el orden público. Como se sabe, es función exclusiva del Presidente de la República conservar y restablecer el orden público (art. 189, num. 4

¹³⁰ Nota original del texto transcrito: “Publicado en el Diario Oficial 45.645 del 19 de agosto de 2004”.

de la Constitución Política), noción que incluye la de seguridad pública, tal como ha sido determinado por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, citándose para efectos de este concepto la contenida en la sentencia C – 802 de 2002, de la siguiente manera:

“...A pesar de la multiplicidad de enfoques de que puede ser susceptible el concepto de orden público, lo cierto es que él remite a unas condiciones necesarias para el desenvolvimiento armónico y pacífico de las relaciones sociales y, en consecuencia, para la realización de los derechos y el cumplimiento de los deberes correlativos. El orden público es un supuesto de la pacífica convivencia, es el escenario de desenvolvimiento normal de las relaciones entre el poder y la libertad. De allí que el concepto de orden público se ligue siempre a las condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad requeridas para el despliegue de la vida en comunidad y para la afirmación de sus miembros como seres libres y responsables...”.

“Lo expuesto lleva a afirmar que las funciones asignadas al INPEC, están estrechamente relacionadas con la seguridad del Estado y la convivencia ciudadana. Y una falla en la prestación de ese servicio, no sólo genera zozobra y angustia en la sociedad, sino que aumenta la sensación de impunidad que ha agobiado a la sociedad colombiana en los últimos tiempos. No debe olvidarse que en la eficacia del sistema judicial y en la percepción que la ciudadanía tiene de éste, juega un papel determinante el cumplimiento efectivo de las providencias de los jueces”¹³¹.

Por lo indicado, esta Sala no accederá, en este punto, a las súplicas de la demanda.

Parágrafo 2º del artículo 53

Sobre el particular, como se precisó en su oportunidad, el libelista considera que lo previsto en el mencionado parágrafo implica introducir un nuevo evento de contratación directa no previsto por el Legislador, por manera que entidades no indicadas en la letra d, número 4 del artículo 2 de la Ley 1150 podrían contratar directamente la provisión de bienes o servicios que para su adquisición requieren reserva.

¹³¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 25 de marzo de 2010, expediente 1993. C.P. William Zambrano Cetina.

En relación con este asunto la Sala encuentra un evidente exceso, *contra legem*, en el ejercicio de la facultad reglamentaria, por lo cual, retomando lo afirmado por la Corporación al momento de decretar la medida cautelar de suspensión provisional, procederá a declarar su nulidad.

Se afirmó:

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 Defensa 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".

Parágrafo 3º del artículo 53

Se advirtió en la demanda que con la citada disposición se presentó un exceso de la potestad prevista en el número 11 del artículo 189 superior, pues se asigna una función a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República no prevista en la ley y con ella se permite hacer uso de una excepción legal en favor de entidades y en hipótesis no previstas por el legislador.

En este asunto, al igual que en el que lo precede, se advierte palmariamente la infracción del reglamento y, por contera, el exceso en el ejercicio de la facultad correspondiente, de suerte que la disposición será anulada.

En efecto, en este asunto 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 que entidades públicas, distintas a las señaladas en ese artículo, puedan adquirir, en el caso 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 con ello el reglamento está contemplado un requisito adicional que no fue previsto en la letra i, número 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 para recurrir a ese procedimiento de contratación.

La ilegalidad de la disposición está determinada por dos aspectos: Por una parte, la norma está exigiendo una condición, trámite o requisito con carácter vinculante que no se encuentra señalado en la disposición legal y, también, asigna una competencia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República en el marco de los procesos de selección que no está consagrada en la misma. Por otra parte, limita la posibilidad de que otras entidades que puedan concurrir para garantizar la defensa y seguridad nacional, mediante una autorización que debe expedir la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República. Sobre este último particular, la Sala remite a la consideraciones que permitieron advertir la anulabilidad del primer inciso de la disposición *sub examine*, por virtud del cual se enumeran las entidades habilitadas para hacer uso de la causal de selección abreviada, en contravía de lo dispuesto por el Legislador sobre este particular.

5.2.5.6. En relación con el artículo 79, la Sala procederá a declarar su nulidad, pero no por los argumentos expuestos por el accionante, quien considera viciada la disposición por estar vedado al Ejecutivo enlistar los eventos objeto de reserva, pues correspondía al representante legal de cada entidad justificar las condiciones de la misma, en los términos del párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1150.

Respecto a lo anterior, debe precisarse que en este apartado será analizada la validez del artículo 79, salvo la de su párrafo, el cual será estudiado más adelante, en punto de los ataques formulados por el accionante sobre la regulación de la contratación directa por pertinencia temática (*cf. infra* numeral

5.3.). Igualmente, ha de indicarse que el estudio de legalidad que enseguida se adelanta y cuya conclusión fue anticipada, tendrá efectos, como se anunció en el numeral inmediatamente anterior, frente al ordinal 18º del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008.

Pues bien, la Sala encontró que el Gobierno Nacional excedió su competencia reglamentaria, violando normas de estirpe constitucional y quebrantando las barreras previstas en la Ley 1150 de 2007 para ejercer su prerrogativa, por manera que, tal como se señaló previamente en esta providencia, resulta procedente y necesaria la declaratoria *ex officio* de dicha nulidad.

A la anterior conclusión se arriba por la potísima razón que la restricción de acceso a la documentación pública es una atribución otorgada única y exclusivamente al Legislador, de suerte que no podría el Gobierno Nacional, so pretexto del ejercicio de su potestad reglamentaria, invadir las competencias constitucionales asignadas de manera exclusiva al Congreso de la República y señalar, *motu proprio*, en qué casos la adquisición de algunos bienes o servicios está sometida a reserva.

La referencia a la facultad reglamentaria permanente, inalienable, intransferible e inagotable del Gobierno Nacional, contenida en el párrafo 2º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, no podría interpretarse, de ninguna manera, en el sentido que el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de establecer los eventos en que el derecho fundamental de acceso a la información pública puede ser objeto de restricción en materia de contratación pública, pues tal competencia es conferida exclusiva, excluye y directamente por la Constitución Política al Congreso de la República. Dispone, en efecto, el artículo 74 de la Constitución Política:

*“Artículo 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos **salvo los casos que establezca la ley**. (se resalta por la Sala)*

“El secreto profesional es inviolable”.

El derecho fundamental así consagrado se instituye como una herramienta fundamental para garantizar la publicidad y transparencia de la gestión pública y, consecuentemente, evita la arbitrariedad de los organismos públicos con

actuaciones solapadas, secretas y carentes de la posibilidad del debate y control público.

A este respecto, ha señalado la Corte Constitucional que las restricciones al mencionado derecho, por su incidencia vital en la estructura del Estado Social de Derecho, está sometido a exigentes condiciones de orden constitucional, por manera que los juicios de su adecuación al ordenamiento superior son, en extremo, rigurosos, pues “...[e]l establecimiento de restricciones al derecho de acceso a información sin la observancia de los límites constitucionales y convencionales, crea un campo propicio para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como reservada, generando inseguridad jurídica respecto al ejercicio de este derecho y las facultades del Estado para restringirlo”¹³². En consonancia con el precepto constitucional antes transcrito, la Corte en la providencia en cita, resalta que toda limitación al acceso a la información pública debe estar fijada en una ley de forma clara y precisa, como medio para asegurar que tal acceso no quede arbitrariamente en cabeza del poder público.

En sentencia C-491 de 2007¹³³, la Corte recogió las reglas jurisprudenciales que deben respetar las restricciones que se pretendan imponer a este derecho. Por su relevancia para el asunto bajo examen, se transcribirán *in extenso* los apartes pertinentes de dicha providencia:

“11. Los requisitos para que pueda restringirse el derecho de acceso a la información pública han sido definidos por la jurisprudencia nacional e internacional y suponen un riguroso análisis de constitucionalidad de las medidas que establecen tales restricciones. Dichos requisitos pueden resumirse como sigue:

“1) Como regla general, en virtud de lo dispuesto por el artículo 74 de la Constitución, 13 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las personas tienen derecho fundamental de acceso a la información del Estado. En este sentido, dónde quiera que no exista reserva legal expresa debe imperar el derecho fundamental de acceso a la información (...).”

“(...)

¹³² Corte Constitucional, sentencia C-540 del 12 de julio de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹³³ Corte Constitucional, sentencia C-491 del 27 de junio de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, reiterada, entre otras providencias, en C-540 de 2012 y C-274 de 2013.

“De la regla ‘pro publicidad’ se derivan dos consecuencias: las normas que limitan el derecho de acceso a la información deben ser interpretadas de manera restrictiva y toda limitación debe estar adecuadamente motivada¹³⁴.

“En todo caso la Corte ha indicado que el derecho de acceso a los documentos públicos no se extiende a los documentos meramente preparatorios o en trámite de elaboración ni a la información íntima o privada de personas naturales que no tenga ninguna relevancia pública¹³⁵.

“Finalmente, la Corte ha considerado ‘constitucionalmente admisible’ la regulación legal del procedimiento de acceso a información. Tales reglas deben ser tenidas en cuenta por el juez constitucional a la hora de definir si en un determinado caso existe vulneración del derecho que se estudia.¹³⁶

“2) Tal y como lo dispone el artículo 74 de la Constitución, los límites del derecho de acceso a la información pública tienen reserva de ley. En efecto, según la citada disposición, ‘todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley (...).’

“En aplicación de esta regla, la Corte tuteló el derecho de un ciudadano a quien las autoridades aeronáuticas le negaban el acceso a una cierta información con el argumento de que la misma era objeto de reserva según un reglamento aeronáutico contenido en un acto administrativo. En criterio de la Corte ‘resulta evidente que la reserva de las investigaciones administrativas sobre accidentes aéreos que la entidad demandada opone al actor para negar los documentos por él solicitados, no emana de la ley, sino de un acto de la Administración

¹³⁴ Nota original del texto transcrito: “A este respecto la Corte ha señalado que existe una clara obligación del servidor público de motivar la decisión que niega el acceso a un documento público y tal motivación debe reunir los requisitos establecidos por la Constitución y la ley que se explican en la presente sentencia. **En particular debe indicar expresamente la norma en la cual se funda la reserva.** Por esta vía el asunto puede ser sometido a controles disciplinarios, administrativos e incluso judiciales. Cfr. Sentencia T-074 de 1997. La exigencia de motivación se encuentra adicionalmente en las normas legales sobre la materia”. (se resalta)

¹³⁵ Nota original del texto transcrito: “Sentencia T-216 de 2004. En el mismo sentido C-872 de 2003. En esta sentencia la Corte señala que la información privada que repose en las hojas de vida en poder del estado y que no tenga relevancia pública puede ser reservada y no difundirse sin autorización del data habiente”.

¹³⁶ Nota original del texto transcrito: “Así, en la sentencia T-527 de 2005 la Corte reiteró que ‘las reglas para el acceso de documentos y el régimen de restricciones contenidas en la Ley 57 de 1985 ‘por la cual se ordena la publicidad de los actos y los documentos oficiales’ constituye una regulación constitucionalmente admisible del contenido del derecho previsto en el artículo 74 Superior’. Entre estas, se encuentran: (i) ‘la facultad de consulta y obtención de copias de los documentos que reposen en oficinas públicas, a excepción de aquellos sometidos a reserva por mandato legal o que estén relacionados con la defensa y seguridad nacional (art. 12); ii) la caducidad de la reserva, que es de treinta años a partir de la expedición del documento (art. 13); iii) la obligación del peticionario de pagar a favor del tesoro público el valor de las copias que solicite, suma que no podrá exceder el costo de reproducción (art. 17); iv) la inoponibilidad de la reserva del documento cuando su acceso fuere solicitado por una autoridad en ejercicio de sus funciones (art. 20); v) la necesidad de motivar la decisión que niegue el acceso a los documentos y la posibilidad del control judicial de tal determinación ante el contencioso administrativo (art. 21); vi) la obligación de las autoridades de resolver la solicitud de acceso en el término de diez días, entendiéndose que vencido ese lapso procede el silencio administrativo positivo y deberá suministrarse el documento en los tres días siguientes (art. 25)’”.

dictado en ejercicio de su función reglamentaria, como lo es el Manual de Reglamentos Aeronáuticos adoptado por Resolución No. 2450 de 1974, del Jefe del Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil. Por ello mismo, siendo como es que en el presente caso no se está ante una reserva en sentido estricto, mal podría aducirse un tal reglamento para desatender las pretensiones del demandante' (T-1268/01).

“3) La ley que limita el derecho fundamental de acceso a la libertad de información debe ser precisa y clara al definir qué tipo de información puede ser objeto de reserva y qué autoridades pueden establecer dicha reserva. En efecto, la Constitución en este sentido rechaza las normas genéricas o vagas que pueden terminar siendo una especie de habilitación general a las autoridades para mantener en secreto toda la información que discrecionalmente consideren adecuado. Para que esto no ocurra y no se invierta la regla general de la publicidad, la ley debe establecer con claridad y precisión el tipo de información que puede ser objeto de reserva, las condiciones en las cuales dicha reserva puede oponerse a los ciudadanos, las autoridades que pueden aplicarla y los sistemas de control que operan sobre las actuaciones que por tal razón permanecen reservadas.

“(…)

“4) La reserva puede operar respecto del contenido de un documento público pero no respecto de su existencia. Al respecto la Corte ha indicado que ‘el secreto de un documento público no puede llevarse al extremo de mantener bajo secreto su existencia. El objeto de protección constitucional es exclusivamente el contenido del documento. Su existencia, por el contrario, ha de ser pública, a fin de garantizar que los ciudadanos tengan una oportunidad mínima a fin de poder ejercer, de alguna manera, el derecho fundamental al control del poder público (art. 40 de la C.P.)’¹³⁷

“5) La reserva legal sólo puede operar sobre la información que compromete derechos fundamentales o bienes constitucionales pero no sobre todo el proceso público dentro del cual dicha información se inserta. En ese sentido en un caso de violencia contra menores, por ejemplo, solo es reservado el nombre del menor o los datos que permitan su identificación, pero no el resto de la información que reposa en el proceso, pues resultaría desproporcionado reservar una información cuyo secreto no protege ningún bien o derecho constitucional. A este respecto no sobra recordar que la Corte ha señalado que cualquier decisión destinada a mantener en reserva determinada información debe ser motivada y que la interpretación de la

¹³⁷ Nota original del texto transcrito: “Sentencia T-216 de 2004”.

*norma sobre reserva debe ser restrictiva*¹³⁸.

“6) La reserva legal no puede cobijar información que por decisión constitucional deba ser pública. Así por ejemplo, resultaría abiertamente inconstitucional que se estableciera una reserva sobre el contenido de las leyes de la República, el trámite legislativo, los nombres de los servidores públicos de elección popular, en fin, todos los procesos y actuaciones cuya publicidad es constitucionalmente obligatoria. En este sentido, para mencionar un tema que tiene relación directa con las normas demandadas, resultaría inadmisiblemente constitucionalmente hablando que la cuantía de los gastos reservados de cada entidad estuviera también bajo reserva. Al ser este un tema que debe encontrarse dispuesto en la ley de presupuesto, dicha información debe ser pública de forma tal que pueda ser conocida y controvertida por la ciudadanía.

*“7) La reserva debe ser temporal. Su plazo debe ser razonable y proporcional al bien jurídico constitucional que la misma busca proteger. Vencido dicho término debe levantarse. A este respecto, por ejemplo, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de una norma que no establecía un plazo razonable para la reserva de las investigaciones disciplinarias. La Corte encontró que la reserva de ley sobre la investigación disciplinaria debía levantarse una vez se practicaran todas las pruebas de la investigación o, una vez vencido el término legal para su práctica. Extender la reserva más allá de dicho plazo resulta desproporcionado y viola el derecho de acceso a la información Pública*¹³⁹.

“(…)

“8) Durante el periodo amparado por la reserva la información debe ser adecuadamente custodiada de forma tal que resulte posible su posterior

¹³⁸ Nota original del texto transcrito: “En este sentido se ha manifestado también la Corte Suprema de Justicia al considerar 1) que la reserva legal del proceso penal se levanta una vez a terminado este o se ha archivado la actuación; 2) que sólo puede permanecer en reserva la información estrictamente necesaria para proteger la vida o integridad de víctimas y testigos o la intimidad de sujetos de especial protección como los menores; 3) que sólo se admite la reserva de las piezas que han sido trasladadas a otro proceso que se encuentra en curso pero no de la información restante del proceso archivado. Cfr. CSJ Sala de Casación Penal sentencias de 17 de junio de 1998 y Sentencia de 10 de noviembre de 1999”.

¹³⁹ Nota original del texto transcrito: “Al respecto dijo la Corte: ‘La disposición demandada ha introducido una restricción desproporcionada para el ejercicio de los mentados derechos fundamentales y será, por lo tanto, declarada exequible sólo bajo el entendido de que la reserva deberá levantarse tan pronto se practiquen las pruebas a que haya lugar y, en todo caso, una vez expire el término general fijado por la ley para su práctica. En estas condiciones, el público puede libremente ser informado sobre los cargos y los descargos y las pruebas que los sustentan y, para el efecto, acceder al respectivo expediente, inclusive antes de que se expida el fallo de primera instancia, lo cual asegura que si a raíz del escrutinio público surgen nuevos elementos de prueba éstos podrán ser aportados antes de que se adopte la decisión final.’ Sentencia C-038 de 1996. En esta materia no sobra recordar que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 57 de 1985, la reserva legal de cualquier documento cesa, entendiéndose como documento histórico, permitiendo la publicación de éstos: “la reserva sobre cualquier documento cesará a los treinta años de su expedición; cumplidos éstos, el documento adquiere carácter histórico y podrá ser consultado por cualquier ciudadano y la autoridad que esté en su posesión adquiere la obligación de expedir a quien lo demande copias o fotocopias del mismo.”.

publicidad¹⁴⁰. La pérdida o deterioro de los documentos en los que reposa esta información puede dar lugar a graves sanciones disciplinarias e incluso penales y por ello las entidades que custodian la información así como los organismos de control deben asegurarse que dicha información se encuentre adecuadamente protegida¹⁴¹. No sobra indicar que la Corte consideró que esta era una de las obligaciones más importantes de las entidades custodias de información reservada para garantizar el derecho fundamental a la verdad de las víctimas de violaciones de derechos humanos y a la memoria de la sociedad colombiana.¹⁴²

“9) La reserva cobija a los funcionarios públicos pero no habilita al Estado para censurar la publicación de dicha información cuando los periodistas han logrado obtenerla (...).

“(...

“10) Adicionalmente, la Corte ha considerado que la reserva puede ser oponible a los ciudadanos pero no puede convertirse en una barrera para impedir el control intra o interorgánico, jurídico y político, de las decisiones y actuaciones públicas de que da cuenta la información reservada. En este sentido, la exigencia de motivación de la decisión de no entregar una información ‘reservada’ tiene como uno de sus propósitos principales, según la Corte, facilitar el control judicial de dicha decisión.

“11) Es cierto que el legislador puede establecer límites del derecho de acceso a la información, pero esos límites sólo serán constitucionalmente legítimos si tienen la finalidad de proteger derechos fundamentales o bienes constitucionalmente valiosos como la seguridad nacional, el orden público o la salud pública. En todo caso, la limitación que se imponga debe resultar razonable y proporcionada al logro de dicha finalidad (...)

“(...

“Adicionalmente la Corte ha señalado que en las siguientes situaciones

¹⁴⁰ Nota original del texto transcrito: “Sentencia C-370 de 2006”.

¹⁴¹ Nota original del texto transcrito: “En este sentido la sentencia C-872 de 2003 señaló: En suma, en una sociedad democrática, la regla general consiste en permitir el acceso ciudadano a todos los documentos públicos. De allí que constituya un deber constitucional de las autoridades públicas entregarle, a quien lo solicite, informaciones claras, completas, oportunas, ciertas y actualizadas sobre cualquier actividad del Estado. Aunado a lo anterior, debe existir, en toda entidad oficial, una política pública de conservación y mantenimiento de esta variedad de documentos, muy especialmente, aquellos que guarden una relación directa con la comisión de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.”

¹⁴² Nota original del texto transcrito: “A este respecto en la sentencia inmediatamente citada la Corte señaló: ‘Ahora bien, las últimas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario vinculan estrechamente el derecho fundamental de acceso a documentos públicos con los derechos de las víctimas de los crímenes de lesa humanidad, de genocidios y de crímenes de guerra, a la justicia, la reparación, y muy especialmente, a conocer la verdad. ‘En el mismo sentido Cfr. Sentencia C-370 de 2006 sobre el acceso a la información pública en la llamada ‘ley de justicia y paz’”.

puede resultar legítima la reserva: (1) para garantizar la defensa de los derechos fundamentales de terceras personas que puedan resultar desproporcionadamente afectados por la publicidad de una información; (2) ante la necesidad de mantener la reserva para garantizar la seguridad y defensa nacional; (3) frente a la necesidad de asegurar la eficacia de las investigaciones estatales de carácter penal, disciplinario, aduanero o cambiario; (4) con el fin de garantizar secretos comerciales e industriales¹⁴³. En todo caso cualquier restricción debe resultar razonable y proporcionada a los fines que se busca alcanzar.

“Como lo ha señalado la Corte, en perfecta armonía con lo establecido por la doctrina y la jurisprudencia interamericana en la materia, “el principio de proporcionalidad comprende tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El primero se refiere a que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, que la medida legislativa debe ser lo más benigna posible con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto, y la tercera, alude a que la intervención en el derecho fundamental intervenido deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.”¹⁴⁴.

“12) En estrecha relación con las consideraciones anteriores, la Corte ha considerado que corresponderá al juez que ejerce el control sobre la decisión de no entregar determinada información, definir si tal decisión se encuentra soportada de manera clara y precisa en una ley y si la misma resulta razonable y proporcionada al fin que se persigue (...).

“(...

13) Especialmente, en cuanto se refiere a la información relativa a la defensa y seguridad nacional, resulta relevante recordar que distintas disposiciones legales y de derecho internacional admiten su reserva legal. Al respecto, el artículo 12 de la Ley 57 de 1985, permite extender el carácter de reservados a los documentos que atenten contra la seguridad y defensa nacional (...)

“(...

“En distintas decisiones la Corte ha admitido expresamente que una de las razones que pueden justificar la restricción del principio de publicidad de la información del Estado es la defensa de la seguridad nacional. Sin embargo ha reiterado que en cualquier caso la limitación

¹⁴³ Sentencia T-473 de 1992. En el mismo sentido, en la sentencia C-887 de 2002 la Corte entendió que en el proceso de licitación y adjudicación de los contratos de concesión de licencias de PCS, puede mantenerse la reserva.

¹⁴⁴ Sentencia C-872 de 2003 que resume el principio de proporcionalidad utilizado por la Corte desde las primeras sentencias de tutela y constitucionalidad en 1992.

concreta que se establezca debe satisfacer los principios de razonabilidad y proporcionalidad así como los restantes requisitos antes mencionados (...)”.

Finalmente la Corte, a manera de colofón, establece las siguientes reglas para la legítima restricción del derecho fundamental de acceso a la información pública:

- La restricción debe estar autorizada por la ley o la Constitución;
- La norma que establezca el límite debe ser precisa y clara en sus términos de forma tal que no ampare actuaciones arbitrarias o desproporcionadas de los servidores públicos;
- El servidor público que decida ampararse en la reserva para no suministrar una información debe motivar, por escrito, su decisión y fundarla en la norma legal o constitucional que lo autoriza;
- La ley debe establecer un límite temporal a la reserva;
- Deben existir sistemas adecuados de custodia de la información;
- Deben existir controles administrativos y judiciales de las actuaciones o decisiones reservadas;
- La reserva opera respecto del contenido de un documento público pero no respecto de su existencia;
- La reserva obliga a los servidores públicos comprometidos pero no impide que los periodistas que acceden a dicha información puedan publicarla;
- La reserva debe sujetarse estrictamente a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; y
- Deben existir recursos o acciones judiciales para impugnar la decisión de mantener en reserva una determinada información.

Por otra parte, en la providencia en cita, en punto de la defensa y seguridad nacional, se advirtió:

“En particular la Corte ha señalado que la finalidad de proteger la seguridad o defensa nacional es constitucionalmente legítima y por lo tanto para el logro de tales objetivos puede establecerse la reserva de cierta información. Sin embargo, en cada caso es necesario ‘acreditar que tales derechos o bienes se verían seriamente afectados si se difunde determinada información, lo que hace necesario mantener la reserva’. En otras palabras, no basta con apelar a la fórmula genérica ‘defensa y seguridad del Estado’ para que cualquier restricción resulte admisible. Adicionalmente es necesario que se satisfagan los restantes requisitos que han sido mencionados”.

Así las cosas, la Sala encuentra que el correcto entendimiento que debe darse de la causal prevista en la letra d, número 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, supone la existencia de eventos definidos por el Legislador como reservados, pues sólo a través de ese medio constitucionalmente definido se puede garantizar el principio básico de la legitimidad democrática y se asegura la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos ante la restricción de un derecho fundamental¹⁴⁵.

La variación del tratamiento del concepto de defensa y seguridad nacional que impuso la Ley 1150 de 2007 en materia de contratación estatal fuerza la anterior conclusión (*cf. supra* numeral 5.2.5.2), pues distinguió entre asuntos de defensa y seguridad nacional que no requieren reserva y entre aquellos que si lo ameritan,

¹⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-872 del 30 de septiembre de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, en donde se advierte: “El principio de proporcionalidad se asienta sobre dos supuestos concretos: uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, conocido como principio de justificación teleológica.

“El primero exige que toda medida limitativa de un derecho fundamental, en este caso el acceso a documentos públicos, se encuentre prevista en la ley. Se considera un presupuesto formal ya que no asegura un contenido determinado de la medida, pero si constituye un postulado básico para su legitimidad democrática y asegura la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos.

“El segundo presupuesto es de orden material porque introduce en el enjuiciamiento de las intromisiones del Estado en la esfera de los derechos fundamentales los valores que trata de salvaguardar la actuación de los poderes públicos y que precisan gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos. Así pues, el principio de proporcionalidad requiere que toda limitación a los derechos fundamentales tienda a la consecución de fines legítimos.

“(…)

“Por su parte, el principio de razonabilidad, en tanto que límite a la actividad del legislador, implica la exclusión de toda decisión adoptada de manera manifiestamente absurda, injustificada o insensata, vale decir, apartándose de los designios de la recta razón. Para autores como Tixier, la noción de razonabilidad puede ‘permitir al juez ejercer un cierto control sobre la finalidad de los actos particulares o de las autoridades públicas frente a una regla general que éstas han establecido’.

“En este orden de ideas, en una sociedad democrática, las excepciones legales al principio de publicidad de los documentos públicos sólo deben aplicarse en la medida estrictamente necesaria para proteger un derecho fundamental o algún bien de especial importancia”.

por manera que no bastaría con acudir al expediente anfibológico de la “*defensa y seguridad nacional*” para limitar el derecho al acceso a la información pública y, mucho menos, para hacer uso de la causal de contratación directa *sub examine*: será necesario, se itera, soportar tal decisión en una norma de rango legal que imponga, expresamente, la restricción.

Podría pensarse, sin embargo, que ya la Ley otorgó la autorización para la reserva de la información relativa a asuntos de defensa y seguridad nacional y que, en consecuencia, correspondería a las entidades señaladas por la letra i), del número 4 del artículo 2 de la Ley 1150 justificar la necesidad de la reserva en cada uno de los eventos previstos en el artículo 79 demandado o, como lo afirma el demandante, sin sujeción al listado indicado, la justificación se realizaría en todos los eventos en que, a juicio de la entidad contratante, resultara necesaria la contratación de bienes o servicios que requirieran reserva.

Sobre tal particular interpretación, la Sala debe indicar que la generalidad y vaguedad con que tal limitación de acceso a la información pública estaría estructurada reñiría con los dictados constitucionales a propósito y, evidentemente, con la jurisprudencia constitucional que se ha puesto de presente en esta providencia y en la que se fijan algunas de las condiciones que legislativamente deben garantizarse para respetar el derecho fundamental consagrado en el artículo 74 superior.

A título ilustrativo y como reafirmación de lo señalado en precedencia, resulta pertinente referir las consideraciones de la Corte Constitucional al declarar contrario a la Carta Política el parágrafo 2º del artículo 5 del proyecto de Ley Estatutaria número 228 de 2012 Cámara, 156 de 2011 Senado, “*por medio de la cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional*”¹⁴⁶. El parágrafo en mención establecía:

“Parágrafo 2º. Se exceptúan de la aplicación de esta ley y por tanto gozan de reserva legal la información, documentos, bases de datos y contratos relacionados con defensa y seguridad nacional, orden público y relaciones internacionales, de conformidad con el artículo 74 de la Constitución Nacional, el artículo 12 de la Ley 57 de 1985, el artículo 27 de la Ley 594 de 2000, la Ley 1097 de 2006, el literal d) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, la Ley

¹⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-274 del 9 de mayo de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

1219 de 2008, el artículo 2° de la Ley 1266 de 2008, el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 y demás normas que las adicionen, modifiquen o sustituyan”.(Resalta la Sala)

La Corte Constitucional advirtió que la norma transcrita no determinaba de manera clara ni concreta el tipo de información objeto de reserva, ni el porqué de su imposición y agregó:

“Este tipo de expresiones genéricas o vagas constituyen una habilitación general a las autoridades para mantener en secreto la información que discrecionalmente consideren adecuado, y es claramente contraria al artículo 74 CP, porque constituyen una negación del derecho, e impiden el control ciudadano sobre las actuaciones de los servidores públicos y de las agencias estatales. También resulta contraria a los tratados internacionales de los cuales Colombia hace parte, y que conforman el bloque de constitucionalidad en sentido estricto. (Art. 93 CP).

“Dado que se trata de excepciones al principio de publicidad, la posibilidad de establecer una reserva depende no solo de que una ley consagre esta opción de manera general, sino que precise qué información es la que goza de este tratamiento excepcional. Así por ejemplo, con esta fórmula abierta, quedan cobijadas por la reserva tanto el detalle de gastos reservados como la cuantía de los mismos, impidiendo así el control ciudadano sobre la forma como las entidades utilizan los recursos.¹⁴⁷ También podían quedar amparados el contenido de un documento público y su existencia, y todo tipo de información cuyo secreto no protege ningún bien o derecho constitucional.

“Por lo anterior, este párrafo desconoce el principio constitucional que informa el ejercicio del poder público, según el cual el legislador puede establecer límites al acceso a la información pública que sean excepcionales, ‘razonables y ajustadas a un fin constitucionalmente admisible. La medida exceptiva de la publicidad, igualmente, deberá analizarse en términos de razonabilidad y proporcionalidad, como quiera que ella afecta, según se ha anotado, un conjunto de derechos fundamentales¹⁴⁸”.

¹⁴⁷ Nota original del texto transcrito: “C-491 de 2007, MP. Jaime Córdoba Triviño, SV Jaime Araujo Rentería”.

¹⁴⁸ Nota original del texto transcrito: “Sentencia C-038 de 1996. En el mismo sentido la sentencia C-527 de 2005 señaló: Mas recientemente la Corte ha reiterado que las limitaciones del derecho de acceso a la información pública serán admisibles cuando se compruebe: (i) la existencia de reserva legal en relación con la limitación del derecho, (ii) la necesidad que tales restricciones se sujeten a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y estén relacionados con la protección de derechos fundamentales o de valores constitucionalmente protegidos, como sucede con la seguridad y la defensa nacional; y (iii) el carácter temporal de la restricción, en la medida en que la ley debe fijar un plazo después del cual los documentos pasan al dominio público. En el mismo sentido C-872 de 2003 y T-1029 de 2005”.

Así las cosas, en consonancia con el fallo de constitucionalidad, esta Sala debe observar que la expresión genérica del legislador no puede ser colmada en ejercicio de la facultad reglamentaria en tratándose de la restricción de un derecho fundamental, por manera que la determinación precisa y clara de su contenido deberá ocupar, nuevamente, la labor legislativa, por manera que, para el caso de lo establecido en la letra i) del número 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, debe entenderse la existencia de un reenvío a las normas de orden legal que establecen los eventos en que por causa de defensa y seguridad nacional debe reservarse la información contractual que corresponda, sin perjuicio de las justificaciones particulares que deberán realizar los funcionarios públicos encargados del trámite contractual correspondiente. Sólo una interpretación en este sentido se ajusta a los dictados constitucionales y legales, y garantiza la transparencia y la publicidad de la actuación del Estado¹⁴⁹.

Por lo que antecede, la Sala colige que la norma expedida por el Gobierno Nacional en la que establece los casos en los cuales se requiere reserva para la contratación de ciertos bienes y servicios, comporta una extralimitación en el ejercicio de su función reglamentaria e invade la órbita competencial del Congreso de la República, por lo cual resulta menester expulsarla del ordenamiento jurídico declarando su nulidad.

En consonancia con lo anterior, teniendo en cuenta que el ordinal 18º del artículo 53 señala que los contratos a que se refiere el artículo 79 podrán ser celebrados a través de la modalidad de selección abreviada por la Fiscalía General de la Nación o el Consejo Superior de la Judicatura, resulta menester declarar su nulidad para garantizar la completitud del estudio de legalidad que se adelanta en la presente providencia, teniendo en cuenta, por supuesto, que el listado incluido en el artículo 79 es el resultado de una extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

5.2.5.7. En relación con las normas demandadas del Decreto 127 de 2009, la Sala advierte:

¹⁴⁹ A manera de ejemplo del reenvío referido, lo cual reafirma la posición de la Sala (*cfr. supra* numeral 5.2.5.1), la Ley 1219 de 2008 dispuso como una de las hipótesis para acudir a la causal de contratación directa precitada, *la adquisición de bienes y servicios relacionados directamente con el cumplimiento de la función de inteligencia* realizada por entidades y organismos que hacen parte de la comunidad de inteligencia.

El artículo 1º del mencionado Decreto dispuso 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 2008, el cual reglamenta la letra i, número 2, del artículo 2º 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, por manera que debe ser interpretado en unidad con aquél del cual es parte integrante.

Así las cosas, la Sala reiterará lo afirmado en precedencia en relación con la posibilidad de que concurren diferentes tipos de entidades del orden nacional en garantía de la defensa y seguridad nacional (*cf. supra* numeral 5.2.5.5), con la carga de agotar suficientemente el *juicio de adecuación*, para lo cual deberá evidenciar el cumplimiento de sus funciones institucionales con la adquisición del bien o servicio requerido y que, adicionalmente, el mismo tiene como finalidad la defensa y seguridad nacional.

En particular, respecto del Departamento Administrativo de la República, se advierte que conforme con el Decreto 4657 de 2006¹⁵⁰ su misión se concentra en “...asistir al Presidente de la República en su calidad de Jefe de Gobierno, Jefe de Estado y Suprema Autoridad Administrativa en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales y prestarle el apoyo administrativo necesario” (artículo 1º). En cuando a sus funciones, el mencionado Decreto, establece:

“Artículo 3º. Funciones Generales. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, tendrá las siguientes funciones generales:

“1. Organizar, dirigir, coordinar y realizar directamente si fuere el caso, las actividades necesarias que demande el Presidente de la República, para el ejercicio de las facultades Constitucionales que le corresponde ejercer, con relación al Congreso y con la administración de justicia.

“2. Organizar, asistir y coordinar las actividades necesaria que demande el Presidente de la República, para el ejercicio de las facultades Constitucionales que le corresponde ejercer como jefe del estado y

¹⁵⁰ Decreto vigente al momento de la expedición del Decreto 127 de 2009 y actualmente derogado por el Decreto 3443 de 2010, Ambos decretos, en relación con la regulación objeto de interés para esta providencia, coinciden sustancialmente.

suprema autoridad administrativa, y disponer lo necesario según sus instrucciones, para la eficiente y armónica acción del gobierno, representándolo, cuando así lo demande, en la orientación y coordinación de la administración pública y de sus inmediatos colaboradores en la acción de Gobierno.

“3. Hacer las veces de Secretario Ejecutivo en los Consejos, Comités o demás organismos de consulta, asesoría, coordinación o apoyo que dependa directamente del Despacho Presidencial.

“4. Divulgar los actos del Gobierno nacional y coordinar lo referente a una adecuada difusión de la gestión Gubernamental.

“5. Apoyar al Presidente de la República en los diagnósticos, estudios, análisis y demás actividades que contribuyan a la formación de criterios, conceptos o formulaciones que éste desee definir.

“6. Apoyar al Presidente de la República en el estudio de la legalidad y conveniencia de los distintos actos legales, administrativos y reglamentarios de los cuales conozca el primer mandatario.

“7. Prestar el apoyo logístico y administrativo que se demande, para el ejercicio de las facultades y funciones presidenciales.

De acuerdo con lo indicado, es claro que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República desarrolla su objeto competencial alrededor de la figura presidencial, poniendo a disposición de quien la desempeña todos los medios necesarios para el cumplimiento de sus funciones legales y constitucionales.

En relación con el Presidente de la República, baste señalar que conforme con la Constitución Política él simboliza la unidad nacional, es el Jefe de Estado, del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa y, entre otras funciones, tiene a su cargo dirigir las relaciones internacionales del país; dirigir a la fuerza pública como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República; conservar el orden público y restablecerlo donde fuere turbado; dirigir las operaciones de guerra; proveer la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia y la honra de la Nación y la inviolabilidad del territorio (artículo 189 superior), todo lo cual revela su evidente relación con la defensa y seguridad nacional en los términos expuestos en esta providencia.

Por lo anterior, encuentra la Sala que lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 127 de 2009, resulta ajustado al ordenamiento jurídico pero condicionado a que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, a más de dar estricto cumplimiento a lo señalado en el párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, establezca la relación existente entre los bienes y servicios a adquirir, la satisfacción de las necesidades que ellos procurarán para la defensa y seguridad nacional y las funciones a su cargo.

En relación con el artículo 2º del Decreto 127 de 2009, la Sala declarará su nulidad pues, tal como se advirtió al momento de ordenar su suspensión provisional, la Corporación ya se ha ocupado de asuntos de similitud sustancial, en los cuales se ha encontrado que ese tipo de normas reglamentarias transgreden el ordenamiento jurídico, en particular, como lo señala en este caso el actor, los artículos 189, número 11, de la Constitución Política y 2º, número 2 de la Ley 1150 de 2007.

Para estos efectos, la Sala recurrirá a los mismos razonamientos que ésta Corporación realizó en el auto del 1º de abril de 2009, bajo el expediente 36.476¹⁵¹, en el que se resolvió la medida de suspensión provisional de los apartes demandados de los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008, razonamientos que, por otra parte, son del todo aplicables al artículo 2º del Decreto 127 de 2009:

"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 Sala, 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

¹⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 1º de abril de 2009, expediente 36476 C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

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.

"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". (se resalta)

5.3. Cargo frente al párrafo único del artículo 6º, párrafo 5º del artículo 8º parcialmente, artículo 9 parcialmente, el número 3 del artículo 77 parcialmente, así como su párrafo 2º, el párrafo del artículo 79 del Decreto 2474 de 2008, y el artículo 83, parcialmente, del Decreto 066 de 2008.

5.3.1. Transcripción de las disposiciones demandadas

Los artículos demandados del Decreto 2474 de 2008 son del siguiente tenor:

"Artículo 6º. 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.

“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 8°. 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 desierta de los procesos de selección.

“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 5°. 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 2° de la Ley 1150 de 2007, salvo lo señalado en el parágrafo 6° 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 2° 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 2° 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 2° 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 2° 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 9°. 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).

“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 2° 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 1°. 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 2°. 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).

El parágrafo del artículo 79 del Decreto 2474 de 2008, establece:

“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).

El artículo demandado del Decreto 066 de 2008 es del siguiente tenor:

“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.” (El texto subrayado corresponde a lo demandado)

5.3.2. Normas violadas y concepto de la violación

Afirmó el censor que lo contenido en los Decretos 066 y 2474 de 2008, a diferencia de los derogados 855 de 1994 y 2170 de 2002, resulta violatorio de los principios de transparencia y selección objetiva, en punto de la reglamentación relativa a la contratación directa. En particular, señaló el demandante que las

disposiciones transcritas en el numeral anterior infringen los dictados del párrafo 2º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor:

“Parágrafo 2º.- El Gobierno Nacional expedirá, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley, un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en ella.

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

En general se precisa como concepto de la violación el que las normas demandadas, por una parte, permitan la celebración de contratos sin que la administración cuente, previamente, con varias propuestas, lo cual, en concepto del libelista, elimina la posibilidad de realizar una selección objetiva, vulnerando tal principio de contratación. Por otra parte, se indica que al no exigirse la publicación de ciertos actos relativos a la contratación directa se viola el principio de transparencia y se impide la libre concurrencia a los procesos.

En relación con cada una de las disposiciones demandadas, advirtió el censor, en síntesis, lo siguiente:

(i) Parágrafo único del artículo 6º: Al no ser requerida la obligación de elaborar pliego de condiciones en la modalidad de contratación directa, se elimina la posibilidad de contar con varias ofertas y, por contera, se vulnera el principio de selección objetiva.

(ii) Parágrafo 5º del artículo 8º: Al no requerirse la publicación de los documentos señalados en el artículo 8º en el caso de la contratación directa se elimina la posibilidad de la concurrencia de varios proponentes y se vulnera, injustificadamente, el principio de transparencia que debe regir en la contratación pública.

(iii) Artículo 9: Al excluir la publicidad del proyecto y del documento definitivo del pliego de condiciones se desconoce el principio de transparencia que debe respetarse en la contratación directa.

(iv) Número 3 parcial y párrafo 2º del artículo 77: En relación con lo contenido en el número 3, *in fine*, se advirtió su ilegalidad pues permite la existencia o no de varias ofertas en la contratación directa, lo cual desconoce el principio de selección objetiva. El censor no precisó el concepto de la violación en la que incurre el párrafo 2º demandado.

(v) Párrafo del artículo 79: De acuerdo con el accionante, el Decreto 855 de 1994 preveía que en la contratación que debe contar con reserva de acuerdo con la ley (artículo 5¹⁵²) resultaba necesario obtener, por lo menos, dos ofertas, exigencia que no es requerida en el Decreto 2474 de 2008, lo cual vulnera el principio de selección objetiva, tal como lo exige el párrafo 2º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

5.3.3. Argumentos de las entidades demandadas en relación con el ataque de invalidez

5.3.3.1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

En relación con el párrafo único del artículo 6º, señaló que no existía sustentación alguna por parte del actor de la afirmación conforme con la cual “...*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*”, sin precisar el sentido de su dicho.

Adicionó, en argumentos nebulosos de difícil comprensión, que la selección objetiva es una “...*actitud y no un mecanismo limitado a la existencia de un medio o mecanismo denominado pliego de condiciones...*” y que, en el caso de la contratación directa “...*son precisamente las circunstancias que llevan a optar por esta forma de contratación la que implica (sic) un procedimiento que cumpla con las condiciones fácticas, es decir, objetivas ante las cuales es viable contratar directamente sin necesidad de un pliego previo de condiciones, pues la condiciones (sic) son tan obvias que excluyen la necesidad del pliego*”¹⁵³.

¹⁵² Decreto 855 de 1994, artículo 5º: “*Los contratos que se realicen para ejecutar los gastos a los que se refiere el párrafo 2º del artículo 64 de la Ley 104 de 1993, así como aquellos que de acuerdo con la ley tengan carácter reservado, se celebrarán directamente y por su naturaleza no se publicarán en el Diario Oficial o Gaceta Oficial correspondiente*”.

¹⁵³ Folio 369 del cuaderno principal.

Frente a las otras disposiciones demandadas se limitó a señalar que coadyuvaba las contestaciones presentadas por las restantes entidades gubernamentales que hacen parte del proceso¹⁵⁴.

5.3.3.2. Ministerio de Transporte

En relación con las normas anotadas en este aparte, se limitó a señalar que no resultaba clara la violación alegada, pues el actor se había limitado a cotejar las normas impugnadas con las normas superiores infringidas, pero sin concretar una evidente y manifiesta violación de las mismas¹⁵⁵.

5.3.3.3. Departamento Nacional de Planeación

Tal como se indicó en precedencia (cfr. *supra* numerales 5.1.3.3 y 5.2.3.3), la accionada propuso como excepción respecto de todas las normas demandadas, la que título de la siguiente manera: “*No existe exceso en la potestad reglamentaria por parte del Gobierno, toda vez que éste debe reglamentar los textos legales que exijan desarrollo para su cabal realización como norma de derecho cuando el legislador no ha limitado tal facultad, en tanto los artículos demandados del decreto 2474 de 2008 acusados parcialmente, reglamentan las modalidades de selección de contratistas, en lo que las leyes 80 y 1150 señalaron genéricamente*”¹⁵⁶, con el alcance ya señalado.

En relación con las disposiciones demandadas que se analizan en el presente apartado indicó, en síntesis:

(i) De acuerdo con lo previsto en la Ley 1150 de 2007, en la modalidad de contratación directa no es necesario confrontar varias ofertas, como sí ocurría bajo el régimen normativo anterior en el caso contratación directa de menor cuantía (letra a, número 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993). Esta última hipótesis de contratación (menor cuantía), se recoge actualmente como una de aquellas que dan lugar a la modalidad de selección abreviada, en donde sí es requerida la pluralidad de ofertas. Yerra entonces el demandante al analizar las disposiciones actuales con fundamento en el régimen anterior.

¹⁵⁴ *ídem.*

¹⁵⁵ Folio 462 *loc. cit.*

¹⁵⁶ Folios 476 a 485 *loc. cit.*

(ii) La contratación directa parte de la idea de prescindir de la pluralidad de ofertas y de un pliego de condiciones que se publique junto con el acto administrativo de apertura, lo cual sólo puede ocurrir en circunstancias taxativas autorizadas por la ley.

(iii) La objetividad de la selección en la contratación directa está determinada por la capacidad que tenga la oferta del contratista para satisfacer las necesidades de la entidad contratante, lo cual se establecerá basado en los estudios elaborados por la entidad.

(iv) Con el fin de garantizar la publicidad de la contratación directa se ordenó la publicación tanto del acto administrativo de justificación de la contratación, como del contrato, sus adiciones, modificaciones, suspensiones y la información sobre las sanciones ejecutoriadas y el acta de liquidación.

(v) El Gobierno Nacional no tiene restricción alguna para derogar sus propios reglamentos y mucho menos para sustituirlos por otros que den aplicación a un nuevo marco legal tal como erradamente lo insinúa el demandante.

(vi) La selección objetiva no está determinada, exclusivamente, por la posibilidad de comparar varias ofertas, por lo cual se permite a la administración contratar con el único oferente, siempre que se ajuste a los criterios de selección objetiva definidos. Por lo tanto, no le asiste razón el accionante cuando señala que se transgreden los principios de selección objetiva, transparencia y eficiencia cuando el reglamento autoriza considerar, para la contratación, las condiciones del mercado y los estudios previos, prescindiendo de la comparación de ofertas.

(vii) Respecto de la derogatoria del artículo 83 del Decreto 066 de 2008, indicó que si lo pretendido por el actor es revivir las normas derogadas, resulta pertinente señalar que el artículo 14 de la ley 153 de 1887 establece que *“[u]na ley derogada no revivirá por sí sola las referencias que á ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva”*.

5.3.3.4. Ministerio del Interior y de Justicia

No realizó ninguna mención respecto de las normas analizadas en el presente apartado.

5.3.4. Vista fiscal

Con fundamento en lo sostenido por esta Corporación en la sentencia del 7 de marzo de 2011, expediente 37044, el Ministerio Público advierte que la Ley 1150 de 2007 modificó sustancialmente la contratación directa contemplada en la Ley 80 de 1993, por lo cual no es necesario para ese tipo de selección de contratista la pluralidad de proponentes. Ello lo deduce, además, de lo previsto en el párrafo 2º del artículo 2º de la primera de las leyes indicadas y de las causales que dan lugar a esta modalidad de contratación, ya que no se indica la necesidad de acudir a varios oferentes.

“Al no ser necesaria la mencionada pluralidad de ofertas para realizar la selección de contratistas, las expresiones demandadas (...) no riñen con el espíritu de la Ley 1150 de 2007, y en consecuencia, la pretensión de nulidad no está llamada a prosperar”¹⁵⁷.

5.3.5. Consideraciones de la Sala para resolver

5.3.5.1. La gestión contractual pública resume, convoca y sintetiza los más importantes principios de la actividad del Estado, los dinamizan y los pone en práctica mediante su cumplimiento y el de las reglas que de ellos se derivan. El cuerpo normativo cuya expedición corresponde al Legislativo contiene las reglas y principios que rigen la actividad contractual del Estado (Ley 80 de 1993, artículo 1º), y supone un constante balance entre los mismos, relaciones simbióticas y juicios de ponderación; las reglas, por su parte, se nutren del contenido de los principios sin que se pueda, en muchas ocasiones, delimitar su origen o fundamento en uno sólo de ellos.

En relación con la naturaleza y fuerza normativa de los principios y reglas, esta Sala ha señalado:

“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.”¹⁵⁸

¹⁵⁷ Folio 699 *loc. cit.*

¹⁵⁸ Nota del texto transcrito: “... Con frases harto expresivas lo ha proclamado RIVERO: ‘Los principios generales tienen pleno valor de Derecho Positivo, considerándoles éste como parte integrante esencial del

“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”¹⁵⁹.

“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 derecho¹⁶⁰, se convierten en pautas hermenéuticas para desentrañar el significado y alcance de las reglas jurídicas¹⁶¹, y constituyen fuente formal para resolver situaciones o problemas concretos ante la falta o insuficiencia de reglas jurídicas¹⁶².”¹⁶³

Y respecto de la distinción entre las reglas y principios, la doctrina advierte:

orden jurídico y sancionando su violación con la misma energía que la de la regla escrita’. Por consiguiente, su valor es indiscutible, hayan logrado o no el reconocimiento jurisprudencial”. Ob. Cit. GONZÁLEZ, Pérez Jesús. Ob. Cit Pág. 50”.

¹⁵⁹ Nota del texto transcrito: *“Así pues –por lo que aquí interesa-, la distinción esencial parece ser la siguiente: las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada al respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de un ‘supuesto de hecho’ a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles ‘reaccionar’ ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, sexta edición, 2005, págs. 110 y 111”.*

¹⁶⁰ Nota del texto transcrito: *“Ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RAMÓN, Tomás. Ob. Cit. pág. 85 y 86”.*

¹⁶¹ Nota del texto transcrito: *“Si los principios constituyen la base misma del Ordenamiento, nada más lógico que acudir a ellos en la labor de interpretación de cada una de las normas que integran el ordenamiento. Ellos indicarán en cada momento la fórmula interpretativa que se debe elegir”. Cfr. Ob. Cit. GONZÁLEZ, Pérez Jesús, pág 52”.*

¹⁶² Nota del texto transcrito: *“El artículo 230 de la C.P. señala que los principios generales del derecho son criterio auxiliar de la actividad judicial; y el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señala que cuando haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes y, en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas o principios generales de derecho”.*

¹⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, expediente 24715 y acumulados, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario.

“En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados. Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla”¹⁶⁴.

En punto de los principios de la gestión contractual pública el artículo 23 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública indicó que la misma se desarrollará de acuerdo con los principios de transparencia, economía y responsabilidad, de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. La misma norma precisa que serán aplicables, también, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo. Análogamente, en varios apartados del Estatuto se menciona, también, a la selección objetiva como principio de la contratación estatal (artículos 24 parágrafos 2º y 3º, y 38 de la Ley 80 de 1993 y 2º número 2, letra e de la Ley 1150 de 2007), no obstante tal tratamiento, como se verá, no es uniforme en el mencionado cuerpo normativo.

5.3.5.2. Teniendo en cuenta que los cargos que en este apartado debe estudiar la Sala se concentran en la infracción del principio de transparencia y de la selección objetiva, la Sala abordará, en consecuencia, estos conceptos para poder adoptar las definiciones correspondientes.

¹⁶⁴ Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 5. 1988, Págs. 143-144.

El principio de *transparencia*¹⁶⁵ refleja la esencia de las instituciones democráticas en cuanto al carácter público de sus actuaciones. Con él se pretende, por lo tanto, garantizar la máxima publicidad de todas las actuaciones de las entidades públicas en punto de su actividad contractual, de suerte que puedan ser conocidos por la comunidad, en general, y por los posibles proveedores del Estado, en particular, desde los pasos previos de la planeación contractual (plan anual de adquisiciones, plan general de compras, etc.¹⁶⁶), hasta el finiquito de las relaciones contractuales perfeccionadas. Por su virtud, los procesos de contratación estatales deben ser visibles, claros, perspicuos, con garantía de conocimiento y acceso a toda la información que en ellos se produzca, lo cual pretende evitar que los representantes del Estado incurran en acciones arbitrarias y, por supuesto, en actos de corrupción¹⁶⁷.

En desarrollo de este principio, además, la escogencia de los contratistas del Estado deberá realizarse, por regla general, mediante licitación pública, de suerte que las otras modalidades son excepcionales y, por lo tanto, de aplicación restringida¹⁶⁸; se establecerán las etapas procesales pertinentes para el ejercicio del derecho de contradicción¹⁶⁹; las condiciones de contratación contenidas en los

¹⁶⁵ Exposición de motivos del proyecto de ley 149 de 1992. Gaceta del Congreso 75 del 23 de septiembre de 1992, Pág. 17: “El artículo 24 del proyecto contempla el principio de transparencia en virtud del cual se garantiza en primer lugar la imparcialidad y por consiguiente la escogencia objetiva de contratistas aún en los casos de contratación directa o urgente.

“También se prevé que los interesados pueden ejercer el derecho de contradicción en los procesos contractuales, y por ello se dispone que las actuaciones de las autoridades sean públicas, permitiendo el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política, de acuerdo con el cual el acto de adjudicación de una licitación puede tener lugar en audiencia pública.

“De otra parte, se prevé que en los pliegos de condiciones se definan reglas de juego claras y completas que sin duda conducirán a una selección objetiva y a la consecuente confección de ofrecimientos que se ajusten a los requerimientos de los entes públicos, evitando así que la entidad se vea abocada a declarar desiertos los procesos de selección.

“Como se observa, el principio de transparencia involucra varios conceptos básicos como son los de selección objetiva, contradicción, publicidad y moralidad administrativa, entre otros, los cuales deben presidir la actuación de la administración pública”. (destaca la Sala)

¹⁶⁶ Ley 1474 de 2011, artículo 74: “Plan de acción de las entidades públicas. A partir de la vigencia de la presente ley, todas las entidades del Estado a más tardar el 31 de enero de cada año, **deberán publicar en su respectiva página web** el Plan de Acción para el año siguiente, en el cual se especificarán los objetivos, las estrategias, los proyectos, las metas, los responsables, **los planes generales de compras** y la distribución presupuestal de sus proyectos de inversión junto a los indicadores de gestión.

“A partir del año siguiente, el Plan de Acción deberá estar acompañado del informe de gestión del año inmediatamente anterior.

“Igualmente publicarán por dicho medio su presupuesto debidamente desagregado, así como las modificaciones a este o a su desagregación.

“Parágrafo. Las empresas industriales y comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta estarán exentas de publicar la información relacionada con sus proyectos de inversión”. (la Sala destaca).

¹⁶⁷ Ley 80 de 1993, artículo 24, números 2, 3, 4, 6, 8 y 9.

¹⁶⁸ Ley 1150 de 2007, artículo 2º, número 1: “Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo”. A las hipótesis previstas debe agregarse la modalidad de mínima cuantía introducida en el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011.

¹⁶⁹ Ley 80 de 1993, artículo 24 número 2.

documentos preparados por la administración deberán ser elaboradas con respeto de las cargas de buena fe, lealtad y corrección, de manera inteligible, detallada, objetiva¹⁷⁰; y las decisiones que se adopten deberán estar suficientemente motivadas¹⁷¹.

La adecuada aplicación de este principio y de las reglas que de él se derivan permite, tal como se previno con antelación, la concreción de otros principios propios de la gestión administrativa como la imparcialidad, la igualdad, la moralidad y la selección objetiva, y mantiene con ellos una relación simbiótica, por manera que la pervivencia de unos supone la de los otros¹⁷².

No obstante lo anterior, en consonancia con su naturaleza, en tanto puede graduarse la rigurosidad de su aplicación, tal como se dejó visto, la materialización del principio de transparencia puede obtenerse por otras vías, particularmente en las excepciones a la licitación pública, esto es, la selección abreviada, el concurso de méritos, la contratación directa y la mínima cuantía. Así, por lo tanto, considerando asuntos relativos a la naturaleza de los bienes o servicios a adquirir, su cuantía estimada o la oportunidad para su obtención, la transparencia del proceso puede gozar de graduaciones, sin que ello comporte una violación del aludido principio. Se trata de juicios de conveniencia a cargo del Legislativo, el cual, bajo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, cuenta con una amplia libertad de configuración normativa para establecer el grado de aplicación que tal principio tendrá en las diferentes actuaciones de los organismos y entidades sujetos a su acatamiento.

Teniendo en cuenta, además, que pende de manera fundamental de este principio, aquel relativo a la libre competencia, es importante indicar que este último es relativo, no absoluto ni irrestricto, pues el interés público puede imponer limitaciones al mismo¹⁷³. Así, por lo tanto, tal libertad puede verse restringida con causales de inhabilidad o incompatibilidad, condiciones técnicas y económicas, así como por consideraciones de conveniencia estimadas razonable y proporcionalmente por el Legislador, tal como ocurren en los casos de la selección abreviada, la contratación directa y la mínima cuantía, en donde, en comparación

¹⁷⁰ Número 5, *ejusdem*.

¹⁷¹ Número 7, *ejusdem*.

¹⁷² Cfr. Exposición de motivos del proyecto de ley 149 de 1992. Gaceta del Congreso... *loc. cit.*

¹⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 2001, expediente 12037, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

con la licitación pública, la publicidad de los procesos comporta importantes restricciones, como se dejó anotado.

En relación con la *selección objetiva*, en primer lugar conviene señalar que, tal como se advirtió anteriormente, no cuenta con una regulación uniforme en punto de su naturaleza. En efecto, el Estatuto de Contratación alude a ella tanto como principio (artículos 24 parágrafos 2º y 3º, y 38 de la Ley 80 de 1993 y 2º número 2, letra e. de la Ley 1150 de 2007), como deber (artículos 25 número 1 y 76 de la Ley 80 de 1993, y artículo 5º de la Ley 1150 de 2007) y aún como simple procedimiento (artículos 21, 24 número 8, 32 parágrafo 2º y 37 parágrafo 1º de la Ley 80 de 1993, y 2º número 2 de la Ley 1150 de 2007).

La aparente anfibología del concepto corresponde, sin duda, al afán del Legislador por establecer condiciones específicas que garanticen la escogencia de los mejores o más favorables contratistas para el Estado de manera transparente y eficiente, por una parte y, por otra, al hecho que, tal como se indicó previamente, en los principios y reglas que regulan y direccionan la actividad contractual del Estado se sintetizan gran parte de los principios que regulan, en general, la actuación de la Administración Pública.

En efecto, una revisión de la exposición de motivos que acompañó el proyecto de ley 149 de 1992 –que luego se convirtió en la Ley 80 de 1993–, permite advertir que la *voluntas legislatoris* consistió en entronizar una regla de conducta a cargo de las entidades contratantes en la que se resalta “...*cómo la actividad contractual de la administración debe ser en un todo ajena a consideraciones caprichosas o subjetivas y que, por lo tanto, sus actos deben llevar siempre como única impronta la del interés público*¹⁷⁴”.

Continúa la exposición de motivos indicando:

*“A nadie escapa que la acertada escogencia del particular que colaborará en el logro de los cometidos estatales vinculados a una determinada actividad de la administración, **constituye un factor primordial cuya inobservancia puede comprometer virtualmente la eficaz ejecución del contrato y, por consiguiente, la satisfacción misma del interés público que ha debido tenerse presente al tiempo de su celebración.***

¹⁷⁴ Cfr. Exposición de motivos del proyecto de ley 149 de 1992. Gaceta del Congreso... *loc. cit.* Pág. 17.

“En orden, pues, a garantizar que la decisión de la administración sobre esa importante materia, se produzca en forma tal que apunte exclusivamente al cabal cumplimiento de tales propósitos, el proyecto precisa en su artículo 29 que la selección objetiva consiste en la escogencia del ofrecimiento más favorable para la entidad, con lo cual se recoge la esencia del artículo 33 del actual estatuto, haciendo énfasis en la improcedencia de considerar para tal efecto motivaciones de carácter subjetivo y estableciendo, a título meramente enunciativo, los factores determinantes de la escogencia.

*“Adicionalmente, el aludido artículo del proyecto exige que la ponderación de esos factores conste en forma clara, detallada y concreta en los respectivos pliegos de condiciones, cuadernos de requisitos o términos de referencia, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, buscando con ello cerrar la puerta a cualquier arbitrariedad en la decisión administrativa de selección. Con ese mismo propósito la prenombrada disposición establece que **la favorabilidad de la propuesta no puede obedecer a factores diferentes de los enunciados en los referidos documentos contentivos de requisitos y condiciones** o fundamentada exclusivamente en alguno de ellos o en la sola y simple consideración del más bajo precio o menor plazo ofrecidos.*

*“Así mismo **se impone a la administración la obligación de efectuar comparaciones de propuestas mediante diversos mecanismos**, entre ellos el cotejo de los diferentes ofrecimientos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios de los organismos consultores, todo ello enderezado a que la evaluación de las propuestas se adelante de una manera razonada y con fundamento en todos los factores de selección considerados en su conjunto. (...)*

“(…)

*Se hace de esta forma explícito que **el propósito de los procedimientos de selección consiste en garantizar dicha igualdad, así como permitir que la administración escoja a quien ofrezca las mejores condiciones para la satisfacción de la finalidad de interés público que ella pretende alcanzar con la contratación, todo ello en un contexto de máxima eficiencia, transparencia, agilidad, oportunidad y, obviamente, de una estricta responsabilidad.** (la Sala destaca)*

En la exposición de motivos del proyecto de reforma a la Ley 80 de 1993, que luego sería sancionada como la Ley 1150 de 2007, se advierte¹⁷⁵:

¹⁷⁵ Exposición de motivos Proyecto de Ley 20 de 2005 (Senado). Gaceta del Congreso No 458 del 1º de agosto de 2005, Pág. 8.

*“Piedra angular de la apuesta que hace el proyecto por la obtención de los objetivos concurrentes de eficiencia y transparencia se encuentra **en la reformulación del contenido del deber de selección objetiva con el objeto de que la evaluación de las ofertas se concentre en los aspectos técnicos y económicos, de forma que las condiciones del proponente (capacidad administrativa, operacional, financiera y experiencia) no sean objeto de evaluación, sino de verificación de cumplimiento**; es decir, se conviertan en requisitos de habilitación para participar en el proceso (“pasa, no pasa”) y en consecuencia la evaluación de las ofertas se concentre en los aspectos técnicos y económicos”¹⁷⁶.*

Así las cosas, en punto de la selección de contratistas para el Estado, las entidades se encuentran con un deber de conducta específico que impone comportamientos que no pueden ser desconocidos. Se trata, entonces, en estrictez, de una regla de conducta cuya aplicación no admite graduaciones: la selección será objetiva o no lo será y, en este último caso, se confrontará el ordenamiento jurídico con las consecuentes responsabilidades administrativas, disciplinarias, fiscales y penales, pues de ninguna manera podría la Administración Pública, a título de excepción de la regla de selección, contratar la prestación de servicios o la provisión de bienes basada en simples motivaciones subjetivas de aprecio o consideración, o desconociendo los criterios de evaluación previamente definidos en los pliegos de condiciones o en los documentos que acompañan el proceso de contratación.

La selección objetiva, en tanto regla jurídica, encuentra fundamento en múltiples principios que informan la acción estatal como la transparencia, la igualdad, la economía, la eficiencia, la eficacia, la libre concurrencia, la imparcialidad y la moralidad, y de acuerdo con la última regulación de su contenido y alcance¹⁷⁷, se advierte que la misma consiste en *“...la escogencia del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”*.

Se desprende de lo anterior que, en particular y sin soslayar los otros principios enunciados, el deber de selección objetiva encuentra claro fundamento en los principios de imparcialidad y economía.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Ley 1150 de 2007, artículo 5, modificado parcialmente por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011.

En efecto, en cuanto a la imparcialidad, previene el artículo 3º, número 3, de la Ley 1437 de 2011:

*“En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna **y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva**”.* (se resalta)

A diferencia de lo regulado en el derogado Decreto 1º de 1984¹⁷⁸, la norma transcrita complementa el principio de imparcialidad en el sentido de imponer una regla de carácter prohibitivo, en tanto las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones no podrán fundarse en consideraciones de tipo subjetivo, de suerte que las relaciones con los asociados y las decisiones que, en consecuencia, se adopten, deberán estar informadas por criterios exclusivamente objetivos. Así, en el plano contractual, los funcionarios encargados de los trámites y definiciones respectivas no podrán tener en ninguna etapa del *iter* negocial, esto es, desde su planeación hasta la liquidación del contrato, consideraciones diferentes al interés público y a las finalidades propias de la contratación; por supuesto, en el proceso de selección de contratistas las determinaciones que se adopten, necesariamente, deben estar alejadas de asuntos que graviten en torno del fuero interno de los funcionarios y sujetarse a las reglas objetivas, justas, claras y completas previstas en los documentos de la contratación. De allí, que la selección deba ser *objetiva*.

En relación con el principio de *economía*, resulta evidente que la selección debe garantizar que el Estado contrate con aquel que resulte más favorable a sus intereses, de suerte que se optimice la utilización de los recursos públicos y se obtengan los bienes y servicios de la más alta calidad, teniendo como norte el cumplimiento de los altos fines del Estado¹⁷⁹.

¹⁷⁸ El inciso 6º del artículo 3º del Código Contencioso Administrativo establecía: “En virtud del principio de imparcialidad las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos”.

¹⁷⁹ Ley 1437 de 2011, artículo 3, número 12: “En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas”.

5.3.5.3. La selección objetiva, entonces, como regla de conducta impone que siempre, en toda actuación contractual, ella debe estar presente¹⁸⁰. Así, por lo tanto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado de manera reiterada que en todas las modalidades de contratación previstas en la ley, incluida la contratación directa, debe atenderse tal deber como expresión del interés general o interés público¹⁸¹.

Sobre este particular, para efectos de resolver el cargo del actor, resulta indispensable dilucidar si resulta necesario, para efectos de la selección objetiva, contar con pluralidad de ofertas, pues en sus alegatos advierte que al permitirse contratar directamente sin la presentación de varias propuestas, la mencionada regla se vería infringida.

Al respecto, en términos generales, puede señalarse que la regulación contenida en la Ley 80 de 1993 superó una de las dificultades más habituales en presencia del estatuto anterior (Decreto – Ley 222 de 1983, artículo 30 número 2, letra i y 42 número 1), pues consideró procedente la adjudicación de contratos sometidos a licitación pública cuando sólo se presentaba una propuesta. Sobre este particular, la Sala sostuvo:

*“El principio de igualdad de los oferentes, el trato imparcial y la prohibición de discriminación, son elementos esenciales en la escogencia del contratista. Sin embargo, el art. 29 de la ley al establecer que se deben comparar y cotejar los diferentes ofrecimientos, **la pregunta obligada es si la comparación de las ofertas es esencial, caso en el cual nunca sería posible contratar con el proponente único, toda vez que la falta de concurrencia impediría la selección objetiva.***

*“La selección objetiva, en concordancia con el art. 29 de la ley 80 de 1993, se define a partir de criterios que son fácilmente identificables y que la ley enuncia: el precio, el plazo, el cumplimiento en contratos anteriores, la calidad, la experiencia, etc., los cuales, considerados integralmente -la llamada ponderación- permiten determinar la propuesta más favorable. Dichos factores podrán concurrir todos o los que la administración discrecionalmente establezca, de acuerdo con las necesidades del servicio y el fin del contrato. **En otras palabras, la***

¹⁸⁰ La Sala destaca cómo en contrataciones tan sensibles como aquellas efectuadas con cargo a gastos reservados, el deber de selección objetiva debe ser respetado (Ley 1219 de 2008, artículo 4.1.).

¹⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de junio de 2008, expediente 17783, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; sentencias del 18 de marzo de 2010, expediente 17756 y del 27 de enero de 2012, expediente 19932, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

selección objetiva comporta: i) la obligación de fijar previamente los criterios de selección (art. 24 ord. 5º), ii) el llamado público para que, en igualdad de oportunidades, se presenten las ofertas (principio de concurrencia (art. 30 num. 3), y iii) la transparencia (art. 24).

“La comparación de los ofrecimientos es una de las garantías de la selección objetiva, la cual se efectúa de acuerdo con los parámetros previamente determinados en el pliego de condiciones. La metodología es variable por cuanto así como puede realizarse una operación matemática, puede ser un simple cotejo o una ponderación precisa, pero cualquiera sea la que se defina, la selección del contratista, en principio, está diseñada para efectuarse ante una pluralidad de ofrecimientos. **No obstante, resulta obvio entender que la comparación o cotejo de ofertas es procedente efectuarla cuando existe pluralidad de ofertas, sin perjuicio de que, en el caso de un proponente único, también pueda hacerse con los precios del mercado.**

(...)

“La actual ley de contratación pretende que la selección del contratista se realice con objetividad. Para ello la administración debe realizar una evaluación de los diferentes ofrecimientos, lo cual se cumple comparándolos conforme a las reglas y parámetros previamente establecidos en las condiciones de la contratación. Pero ésta que es la regla general, tiene una excepción, y es cuando al llamado público concurre un sólo proponente, caso en el cual no le está permitido a la entidad contratante invocar este motivo como suficiente para declarar desierto el proceso licitatorio.

“La regla de la adjudicación compulsoria obliga a la administración pública siempre a escoger el contratista que haya presentado la propuesta más favorable. Sin embargo, **la favorabilidad de un ofrecimiento podrá determinarse no sólo con la comparación y cotejo con otras. Ante la excepcionalidad de la declaratoria de desierto de la licitación prevista por la ley, que establece el ordinal 18 del art. 25, puede resultar favorable para la administración el ofrecimiento único, que a pesar de no compararse con otros, se ajuste a los criterios legales de selección objetiva, a los ‘precios y condiciones del mercado y a los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello’ (inciso cuarto del art. 29).**”

“Para la sala es claro que el numeral 18 del art. 25 de la ley 80 de 1993, pretende poner término a la declaración de desierto de la licitación por falta de concurrencia de oferentes. **Una interpretación sistemática de**

esa norma con las demás de la ley que se refieren a la selección objetiva del contratista, permiten concluir que la presentación de una sola oferta no es suficiente para que se proceda a la declaratoria de desierta de la licitación. En este caso puede la administración adjudicar el contrato al oferente único, siempre y cuando su propuesta cumpla con todos los requisitos del pliego de condiciones y se ajuste a sus exigencias, ya que la objetividad no la determina, por sí sola, la pluralidad de ofertas.¹⁸² (la Sala destaca).

Se desprende de lo indicado, que si bien, en general, la comparación de ofertas es un mecanismo que garantiza el deber de selección objetiva, no es una *conditio sine qua non* para tales propósitos, pues existen otros métodos por cuya virtud tal deber puede ser cumplido. En tal sentido, la Sala no halla fundados los reproches presentados por el actor.

En efecto, la administración se encuentra en la obligación de establecer, con antelación al inicio del proceso de contratación, los criterios objetivos de la futura contratación, tales como la necesidad a satisfacer y los mejores medios para tales propósitos, el presupuesto estimado de la contratación, el objeto contractual, las prestaciones específicas a cargo de las partes, las condiciones de calidad y oportunidad, así como las calidades del posible contratista. Con fundamento en tal ejercicio de planeación y estructuración de la contratación, la administración cuenta, sin duda, con criterios que le permitirían adoptar una decisión objetiva en relación con aquello que resulte más favorable para el cumplimiento de los fines ínsitos en la contratación.

Adicionalmente, dentro de la regulación correspondiente a la selección objetiva, la Ley 1150 de 2007 establece que en el proceso de escogencia y calificación que adopten las entidades, tendrán en cuenta los criterios que allí se indican. Entre ellos se señala que la “...entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello”. Así las cosas, de la norma se deriva que en el proceso de selección objetiva serán procedentes tanto las comparaciones de los ofrecimientos recibidos, unos con otros, y estos con los estudios efectuados por la entidad. Ante la ausencia de pluralidad de ofertas –

¹⁸² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de junio de 2004, expediente 15235, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

situación que, por lo demás debería ser excepcional, así como lo debe ser acudir a la modalidad de contratación directa, pues memórese que la regla general es la licitación pública en garantía de la máxima publicidad y concurrencia en la contratación estatal—, será procedente comparar el único ofrecimiento con los criterios objetivos elaborados por la entidad. En este evento, por lo tanto, los métodos a los que se debe acudir para garantizar la selección objetiva se ven reducidos en comparación con las demás modalidades de contratación, en tanto no hay comparación de ofertas, sin que ello implique que se incumpla con tal regla, pues persiste, necesariamente una confrontación de la única oferta con los estudios previos que elaboró la entidad, lo cual ofrecerá la objetividad necesaria para evitar imparcialidad en la contratación de los bienes o servicios de que se trate.

Aceptar el argumento del libelista supondría que en eventos tales como la ausencia de pluralidad de oferentes en el mercado y contratos interadministrativos, la administración adoptaría la decisión atendiendo criterios subjetivos o con desmedro de los interés públicos, pues no sería posible establecer la favorabilidad de la contratación, lo cual desconoce la existencia de fórmulas diferentes, establecidas por el mismo Legislador, para garantizar la imparcialidad y objetividad de la contratación.

5.3.5.4. En cuanto a la contratación directa como modalidad excepcional, para efectos de resolver los cargos formulados por el accionante, la Sala reiterará lo indicado por la Corporación sobre tal modalidad y la inexistencia de la obligación de exigir la presentación de varias propuestas, con lo cual, además, fija su jurisprudencia sobre este tópico. Se indicó, en efecto:

“Como modalidad de selección [la contratación directa] tiene antecedente en todos los estatutos contractuales que ha tenido el país –decreto-ley 150 de 1976, decreto-ley 222 de 1983-, incluida la ley 80, de donde procede el más inmediato. En esta ley constaba de 13 causales -taxativas y reservadas al legislador-, pero el Congreso encomendó al reglamento el desarrollo de su procedimiento de selección –al igual que acontece en la ley 1.150 con la selección abreviada-.

“Al asumir el Gobierno esta tarea, que cumplió principalmente con la expedición de los decretos 855 de 1994 y 2.170 de 2002 –con algunas modificaciones en varios decretos adicionales-, se establecieron

distintos procedimientos de selección para las distintas causales: en unas se exigían dos ofertas, en otras tres, y para otras sólo una; entre otras opciones que con libertad configuró el reglamento.

“Actualmente, la ley 1.150 de 2007 modificó de manera fuerte la contratación directa, y actuó de la siguiente forma: tomó las 13 causales que existían y las dividió en dos grupos: i) uno lo continuó llamando contratación directa, y ii) otro lo denominó selección abreviada. Pero el legislador no se limitó a reorganizar y agrupar las causales existentes, porque creó otras. Algunas nuevas las incorporó a la lista de la contratación directa y otras a la de la selección abreviada. Es así como, la sumatoria de las causales de ambas modalidades asciende a 18, nueve en cada modalidad.

“La razón por la que el legislador obró así es bastante clara. Buscó ordenar las modalidades de selección, empezando por su nombre, pero sobre todo para homogeneizar las causales que contenían –cuando este era el caso-, de allí que se denominaran conforme a su finalidad y propósito. **Por esto llamó contratación directa a aquella forma de escoger al contratista donde no es necesario que la administración obtenga dos o más ofertas, toda vez que es la única manera de entender que de verdad la contratación es directa. Si necesitara varias propuestas, la modalidad no sería esta, ya que la expresión contratación directa debe dar la idea de que la contratación se realiza con quien la entidad escoja libremente, de no ser así no sería directa.** Este fue el problema nominal que tuvo la ley 80, como quiera que recogía bajo este nombre muchas causales donde se exigían varias ofertas –incluso hasta 10, como en la menor cuantía-, por ello nada tenía de directa la elección.

“(…)

“(…) **Del articulado mismo de la ley 1.150 se desprende que las causales de contratación directa no requieren de la obtención de un número plural de ofertas. Por el contrario, la escoge libremente, bien pidiendo una sola oferta o incluso ninguna, pudiendo pasarse -en este último caso- a suscribir directamente el contrato**”¹⁸³. (se resalta)

Al reiterar la posición transcrita, la Sala precisa, además, que los mecanismos adoptados por la Ley, si bien admiten la contratación de bienes y servicios sin la concurrencia de varias propuestas, exigen, por otra parte, que tal contratación sea residual, excepcional, restringida y respetuosa de la selección objetiva, de suerte

¹⁸³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2011, expediente 37044, C.P. Enrique Gil Botero.

que se privilegien, sin limitación, los principios de imparcialidad y economía en tales contrataciones¹⁸⁴.

La Sala, en conclusión de lo advertido en los numerales 5.3.5.1 a 5.3.5.4 y en consonancia con lo indicado en el numeral 5.1.5., desechará las pretensiones anulatorias respecto de las normas aquí analizadas, teniendo en consideración que, como se ha señalado, en la contratación directa la ley establece mecanismos para garantizar el deber de selección objetiva independientemente de la presentación o no de propuestas y que la restricción al principio de transparencia en tales procesos se encuentra justificada en juicios de conveniencia a cargo del Legislativo, el cual, bajo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, cuenta con una amplia libertad de configuración normativa para establecer el grado de aplicación que tal principio tendrá en las diferentes actuaciones de los organismos y entidades sujetos a su acatamiento.

En relación con el párrafo 2º del artículo 77, tal como se indicó precedentemente (*cf. supra* numeral 3.2.3) se evidencia la omisión por parte del actor de indicar el concepto de la violación en la que, en su criterio, incurre dicha disposición, respecto de las normas señaladas como vulneradas en la demanda. Por tal motivo, la Sala no cuenta con los elementos esenciales que le permitan realizar el juicio de legalidad requerido.

En efecto, el concepto de la violación no es nada diferente a la *causa petendi*¹⁸⁵ lo cual implica que, ante su ausencia, no pueda el juzgador realizar inferencias, so pena de vulnerar el principio de congruencia consagrado en el ordenamiento procesal¹⁸⁶. Adicionalmente, al ser el juicio de nulidad contencioso administrativo esencialmente dispositivo, corresponde al actor indicar, con precisión, tanto las

¹⁸⁴ Debe precisar la Sala, adicionalmente, que lo indicado en esta providencia no puede interpretarse en contravía de lo señalado por esta misma instancia en sentencia del 14 de febrero de 2012, expediente 2010-00036-01 (II), toda vez que la Ley 1341 de 2009 –objeto de análisis en la providencia en cita– representa una norma especial en punto del acceso y uso del espectro electromagnético, por manera que la subasta regulada en su artículo 72, no se sujeta, por su especialidad, a las previsiones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ni, por lo tanto, a las consideraciones que sobre tal cuerpo normativo realiza la Corporación en la presente sentencia.

¹⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 33934, C.P. Enrique Gil Botero. En esta providencia se precisa que “(...) *el concepto de la violación constituye la causa petendi en el proceso, motivo por el cual sí esta Sala intentará (sic) desentrañar las razones por las que el elemento motivación de las circulares demandadas es defectuoso, estaría modificando dicha causa petendi al incorporar en el proceso razones no alegadas; en otras palabras, se estaría decidiendo por fuera de lo pedido ('extra petita'), porque son precisamente los argumentos traídos por el demandante al proceso los que 'determinan el marco de juzgamiento'*”.

¹⁸⁶ Artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

normas violadas, como el concepto de dicha violación, aspectos que demarcarán el ámbito competencial del fallador.

A este respecto, ha señalado la Corporación:

“No puede el juzgador -sin infringir sus competencias- entrar a evaluar la eventual violación de normas superiores que no fueron indicadas como violadas junto con su respectivo concepto de violación, tal y como lo ordena el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A.

*“La disposición en cita debe tomarse conjuntamente con el **principio de congruencia** previsto en el artículo 170 eiusdem y desarrollo del principio general del derecho procesal de **consonancia**, contenido en artículo 305 del C. de P. C., modificado por el artículo 1º numeral 135 del decreto 2282 de 1989, por cuya virtud, la decisión final del juzgador debe resultar armónica y concordante con las pretensiones formuladas en la demanda, pues en toda decisión que ponga fin a un litigio debe existir una rigurosa adecuación entre lo pedido y lo resuelto, o lo que es igual, una perfecta simetría entre el objeto de la controversia y la decisión judicial que le pone fin a la misma.*

*“El numeral 4º del artículo 137 del C.C.A. a cuyo tenor “[c]uando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación” prevé sin duda un **presupuesto formal de la demanda**, exigencia normativa que, como ha señalado la jurisprudencia, al mismo tiempo demarca para el demandado el terreno de su defensa y delimita los estrictos y precisos términos del problema jurídico puesto en conocimiento del juzgador y, por ende, el campo de decisión del mismo.*

“(…)

*“(…) en el terreno de la justicia administrativa, orientada por el **principio dispositivo**, el juzgador -tal y como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia- requiere para hacer su pronunciamiento de la individualización de las peticiones anulatorias, debidamente apoyadas en las razones de derecho contentivas del concepto de la violación que a juicio del actor conduzcan a la invalidación del acto administrativo atacado. En otras palabras, el fallador está impedido para estudiar temas y para pronunciarse sobre puntos que no fueron planteados y sustentados por el actor, en el escrito de demanda.*

“En tal virtud, en tratándose de las acciones que tienen por objeto ejercer un control de legalidad de los actos administrativos, el accionante al formular la causa petendi tiene la carga procesal

ineludible de enunciar en forma puntual y específica las normas que estima infringidas lo mismo que el concepto de la violación, habida consideración que el control asignado al contencioso administrativo no reviste, en estos casos, un carácter general, sino que, por el contrario, se encuentra estrictamente delimitado por los aspectos que el actor le solicite sean revisados.

“O lo que es igual, la demanda demarca el debate judicial y –por contera- el juez no está facultado para estudiar preceptos diferentes de aquellos que se adujeron en la demanda, de no ser así, ha dicho la jurisprudencia “se violaría el derecho constitucional de defensa y contradicción que ampara a todo demandado, al resolver el conflicto con base en un punto de derecho que no fue invocado ni debatido”¹⁸⁷.

Por lo anterior, la ineptitud en la que incurre la demandada en este aspecto inhibe a la Sala de realizar el pronunciamiento de fondo requerido en relación con el parágrafo 2º del artículo 77 del Decreto 2474.

5.4. Cargo frente al artículo 5º, parcialmente del Decreto 2474 de 2008

5.4.1. Transcripción de la disposición demandada

Artículo 5º del Decreto 2474 de 2008 es del siguiente tenor:

“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

¹⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, expediente 18509, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

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).

5.4.2. Normas violadas y concepto de la violación

Señala el actor que la norma demandada es violatoria del párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007¹⁸⁸, pues por su virtud, cuando se realice una modalidad de contratación diferente a la contratación directa, las entidades quedarán *“...eximidas de cumplir el requisito de justificar las razones por las cuales la aplican. No tendrán siquiera la obligación dispuesta en el artículo 77 de señalar la causal que se invoca para tal fin”*¹⁸⁹.

Al respecto indicó que de acuerdo con 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, situación de la que se releva ilegalmente a las entidades por la norma demandada cuando adelanten licitaciones públicas, selecciones abreviadas y concursos de méritos.

Añadió que en el número 5 de la norma impugnada, al señalarse los requisitos que debe cumplir el acto administrativo de apertura, 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 número 3 del artículo 3º (estudios y documentos previos) y el número 2 del artículo 6º (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.

5.4.3. Argumentos de las entidades demandadas en relación con el ataque de invalidez

5.4.3.1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

¹⁸⁸ “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”.

¹⁸⁹ Folio 119 del cuaderno principal.

Indicó que no se presenta un desbordamiento de la potestad reglamentaria, en tanto que en ningún caso pueden las entidades, al proponer una forma específica de contratación, obviar o desconocer principios constitucionales y legales de contratación¹⁹⁰.

5.4.3.2. Ministerio de Transporte

En relación con la disposición demandada, señaló que la misma había sido objeto de derogatoria por parte del Decreto 2025 de 2009, por lo cual no resulta procedente un pronunciamiento sobre el particular¹⁹¹; no obstante lo anterior, posteriormente¹⁹², indicó respecto de la misma que el actor no había logrado demostrar a qué se refería la violación.

5.4.3.3. Departamento Nacional de Planeación

Tal como se indicó en precedencia (cfr. *supra* numerales 5.1.3.3, 5.2.3.3 y 5.3.3.3), la accionada propuso como excepción respecto de todas las normas demandadas, la que título de la siguiente manera: “*No existe exceso en la potestad reglamentaria por parte del Gobierno, toda vez que éste debe reglamentar los textos legales que exijan desarrollo para su cabal realización como norma de derecho cuando el legislador no ha limitado tal facultad, en tanto los artículos demandados del decreto 2474 de 2008 acusados parcialmente, reglamentan las modalidades de selección de contratistas, en lo que las leyes 80 y 1150 señalaron genéricamente*”¹⁹³, con el alcance ya señalado.

En relación con el artículo 5º demandado, no se presentó ninguna consideración específica respecto de los cargos formulados.

5.4.3.4. Ministerio del Interior y de Justicia

No presentó ninguna consideración relacionada con los cargos formulados por el actor en defensa de la legalidad de la disposición demandada.

¹⁹⁰ Folio 368 *loc. cit.*

¹⁹¹ Folios 459 a 460 *loc. cit.*

¹⁹² Folio 462 y 463 *loc. cit.*

¹⁹³ Folios 476 a 485 *loc. cit.*

5.4.4. Vista fiscal

El Ministerio Público advirtió que el párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 se encontraba reglamentado por los artículos 5º y 77 del Decreto 2474 de 2008 y que en tales disposiciones se contienen los presupuestos para justificar la modalidad de contratación escogida, lo cual implica que la pretensión del actor no este llamada a prosperar¹⁹⁴.

5.4.5. Consideraciones de la Sala para resolver

Teniendo en cuenta que el actor considera que en ejercicio de la potestad reglamentaria el Gobierno vulneró el párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, delantamente se señalará el contenido y alcance de la precitada disposición. Para el efecto, será reiterado lo indicado por esta Sala con ese mismo propósito, en sentencia del 7 de marzo de 2011¹⁹⁵:

“Se deduce de la norma legal que se viene de citar, sin dificultad, y en primer lugar, que todo proceso de escogencia de contratistas debe contar con una ‘justificación’ que ‘soporte la modalidad de selección que se propone adelantar’. De allí que, en principio, un reglamento no puede eximir de este requisito a ninguna modalidad de selección, y tampoco a alguna causal que la integra -cuando esta es de aquellas que tienen varios supuestos de concreción, como acontece con la selección abreviada o con la contratación directa-. Pero para acercarse al tema de fondo se requiere estudiar con detalle el contenido y el alcance del párrafo primero citado.

“En tal sentido, y en segundo lugar, el legislador se ocupó directamente de señalar en qué etapa del proceso de selección se debe cumplir esa exigencia. Dispuso que debe ser ‘de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate’.

“Ahora, la apertura del proceso es fácil de identificar, tratándose de las modalidades de licitación pública, concurso de méritos y selección abreviada, porque en los tres casos las normas –legal o reglamentaria- prevén un acto administrativo que marca el inicio formal de cada uno de estos procesos. Así, por ejemplo, para la licitación pública el artículo 30.1 contempla ese acto, y para el concurso de méritos y selección abreviada el decreto reglamentario 2.474 de 2008 es quien lo hace.

¹⁹⁴ Folio 698 *loc. cit.*

¹⁹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2011, expediente 37044, C.P. Enrique Gil Botero.

“Entre otras cosas, en los dos últimos casos el reglamento fue quien creó el requisito, porque la ley 1.150 exhortó al Gobierno para que se ocupara de establecer todo –o casi todo- el proceso de selección en estas dos modalidades de escogencia de contratistas –según lo disponen los arts. 2, numeral 3 (para el concurso de méritos) y el art. 2, párrafo transitorio (para la selección abreviada)-.

“Para la contratación directa, en cambio, la ley no contempló una disposición semejante –es decir, una invitación a ejercer la potestad reglamentaria-, pero eso no significa que se requiera, pues se sabe que esta facultad, cuando se ejerce sobre las leyes, pertenece al Gobierno Nacional, y viene dada directamente por la Constitución Política -art. 189.11-. De manera que la necesidad de reglamentar una ley –y particularmente una materia específica suya- obedece, como regla general, al juicio que hace el Gobierno de esa circunstancia. Sin embargo, en ocasiones -como en el concurso de méritos y en la selección abreviada- el propio legislador reconoce que su trabajo necesita de ciertos detalles para la cumplida ejecución de la ley, y por eso en ocasiones exhorta al Gobierno para que ejerza el poder normativo reglamentario en beneficio de la aplicación de la ley.

“Pues bien, motu proprio, el reglamento –decreto 2.474- estableció un requisito para la contratación directa, que guarda alguna relación, pero sólo aparente, con la apertura del proceso. Se dice aparente, porque técnicamente no es lo mismo. Se trata del ‘acto administrativo de justificación de la contratación directa’. Y no se trata de un acto de apertura, porque técnicamente no existe esa etapa ni en la ley ni en el reglamento. Pero sí está claro que la ley exigió justificar por qué se hace uso de esa modalidad de selección.

“En tercer lugar, el párrafo primero del artículo 2 de la ley 1.150 no dispuso en qué lugar o acto del procedimiento se debe justificar jurídicamente la razón por la cual se emplea alguna de las cuatro modalidades de contratación. Se limitó a señalar que antes de abrir el proceso se debe cumplir con este requisito. En esta medida, es válido que el reglamento precise esta cuestión de detalle.

“En conclusión, el párrafo que se comenta si bien estableció una etapa en la cual se debe cumplir este requisito –antes de abrir el proceso-, no indicó algo más preciso. Pero resulta que ese período es muy complejo y vasto, pues involucra muchos actos previos que hacen parte de la etapa anterior a la apertura, de allí que bien podría cumplirse al empezar el trámite interno de preparación del proceso de selección, o bien casi al terminarlo –pero antes de llegar al límite temporal de la

apertura-. Lo cierto es que a juzgar por este párrafo, en cualquiera de estos momentos se cumpliría con él". (se resalta)

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, es claro que la disposición que se advierte como infringida, impone la obligación de motivar jurídicamente la elección de la modalidad de contratación de que se trate, sin que se especifique el medio a través del cual ello debe realizarse. 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 modalidad de selección: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa o mínima cuantía.

Ahora bien, de acuerdo con la norma demandada, la entidad contratante está en la obligación de ordenar la apertura de las licitaciones públicas, concursos de méritos o selecciones abreviadas mediante actos administrativos de carácter general y debidamente motivados, indicando, entre otros aspectos, *"la modalidad de selección que corresponda a la contratación"*. Adicionalmente, tal como lo informa el propio actor, en el número 3 del artículo 3º y en el número 2 del artículo 6º 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.

En punto de lo regulado por el número 3 del artículo 3º, esta Sala precisó:

"El artículo 3 citado desarrolló en el numeral tercero el párrafo 1 del art. 2 de la ley 1.150 de 2007, pues se refiere exactamente al mismo tema, es decir, a la necesidad de 'expresar los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección'. Pero esta norma se debe analizar con un poco más de profundidad, en su alcance y significado.

"De un lado, su objeto es el desarrollo de los numerales 7 y 12 del art. 25 de la ley 80, que se refieren a los estudios previos. De manera que el reglamento no crea el requisito, sino que lo toma de la ley, pero le introduce un significado más concreto –según se explicará-. En efecto, establece con claridad los aspectos, datos y elementos que hacen parte de estos estudios -que la ley simplemente enuncia, pero que no describe-.

"De otro lado, introduce como parte del contenido mínimo la obligación

de que se exprese el requisito previsto en el art. 2, párrafo primero, de la ley 1.150. Es decir, que en virtud suya hace parte de estos estudios la obligación de ‘expresar los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección’ que se emplea”¹⁹⁶.

Así las cosas, en esta oportunidad la Sala no encuentra que los cargos formulados por el actor tengan vocación de prosperidad, pues de acuerdo con los mismos no es dable considerar la ilegalidad de la norma demandada. Por el contrario, de lo antes indicado se advierte que la misma se sujeta íntegramente a las disposiciones que son objeto de reglamentación. En concreto, de conformidad con las normas contenidas en el Ley 1150 de 2007 y aquellas que la reglamentaron en el Decreto 2474 de 2008, resulta palmario que en cualquier proceso de contratación que pretenda ser iniciado deberá establecerse, tanto en los estudios y documentos previos, como en el acto administrativo de apertura, las razones de orden jurídico que dieron lugar a la escogencia de la modalidad de contratación que corresponda.

De acuerdo con lo anterior, por los aspectos analizados, no serán acogidas las suplicas de la demanda.

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

F A L L A

PRIMERO.- DECLÁRASE la existencia de cosa juzgada en el presente asunto respecto del artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, de conformidad con lo dispuesto en el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia proferida el 14 de abril de 2010 dentro del proceso radicado bajo el número 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)B.

SEGUNDO.- DECLÁRASE la existencia de cosa juzgada en el presente asunto en relación con los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008 respecto de la expresión ‘...*haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable...*’, contenida en tales disposiciones, de conformidad con lo dispuesto en el numeral sexto de la parte

¹⁹⁶ *Ibidem.*

resolutiva de la sentencia proferida el 14 de abril de 2010 dentro del proceso radicado bajo el número 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)B.

TERCERO.- DECLÁRASE la existencia de cosa juzgada en el presente asunto en relación con el artículo 89 del Decreto 2474 de 2008 respecto de la expresión “*y todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección*”, de conformidad con lo dispuesto en el numeral décimo de la parte resolutiva de la sentencia proferida el 14 de abril de 2010 dentro del proceso radicado bajo el número 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)B.

CUARTO.- INHIBÉSE respecto del párrafo 2º del artículo 77 del Decreto 2474 de 2008 de conformidad con lo señalado en la parte considerativa de la presente providencia y **DECLARÁSE** la existencia de cosa juzgada respecto de la misma disposición, pero sólo en relación con los cargos formulados y estudiados en sentencia del 7 de marzo de 2011, bajo el expediente 11001-03-26-000-2009-00070-00 (37044).

QUINTO.- DECLÁRASE la nulidad de la expresión “*única*” contenida en los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008, de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la presente providencia.

SEXTO.- DECLÁRASE la nulidad del siguiente aparte del primer inciso del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008 “*...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...*”, así como de su ordinal 18º y de sus párrafos 2º y 3º, de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la presente providencia.

SÉPTIMO.- DECLÁRASE la legalidad de la enumeración de bienes, servicios y tipos contractuales previstos en el artículo 53 y en su párrafo 4º del Decreto 2474 de 2008, pero condicionada a que la entidad pública del orden nacional que acuda a esta modalidad de contratación a más de dar estricto cumplimiento a lo establecido en el párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, establezca la relación existente entre los bienes y servicios a adquirir, la satisfacción de las necesidades que ellos procurarán para la defensa y seguridad nacional y las funciones a su cargo.

OCTAVO.- DECLÁRASE la nulidad del artículo 79 del Decreto 2474 de 2008, de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la presente providencia.

NOVENO.- DECLÁRASE la legalidad del artículo 1º del Decreto 127 de 2009, pero condicionada a que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, a más de dar estricto cumplimiento a lo establecido en el párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, establezca la relación existente entre los bienes y servicios a adquirir, la satisfacción de las necesidades que ellos procurarán para la defensa y seguridad nacional y las funciones a su cargo.

DÉCIMO.- DECLÁRASE la nulidad del artículo 2º del Decreto 127 de 2009, de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la presente providencia.

DECIMOPRIMERO.- NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda, relacionadas con los artículos 5, 6, 8, 9, 77 y 79 del Decreto 2474 de 2008 y del artículo 83 del Decreto 066 de 2008.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA
Presidente

HERNÁN ANDRADE RINCÓN
Magistrado

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO
Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada