



Sentencia 37785 de 2012 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA (SUBSECCIÓN B)

Consejero Ponente (E): Danilo Rojas Betancourth

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

Radicación número: 110010326000200900116 00 (37.785)

Actor: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Demandado: NACIÓN-PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS

Asunto: ACCIÓN PÚBLICA DE SIMPLE NULIDAD

La Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado procede a resolver en única instancia la demanda que MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ interpuso, en ejercicio de la acción pública de nulidad, en contra de los artículos 1 y 2 del Decreto 3576 de 17 de septiembre de 2009, "por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y el Decreto 2025 de 2009", expedido por el gobierno nacional.

SÍNTESIS DEL CASO

El gobierno nacional mediante el Decreto 3576 de 2009 en sus artículos 1 y 2 se ocupó de reglamentar el procedimiento de selección para la celebración de contratos cuyo objeto fuera la adquisición de los bienes o servicios allí previstos, cuyo valor no excediera el 10% de la menor cuantía de la entidad. Estos preceptos fueron acusados en esta sede judicial por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1. El presente proceso se originó en la demanda presentada el 9 de noviembre de 2009, en contra de la Nación-Presidencia de la República y otros (Ministerios de Interior y de Justicia, Hacienda y Crédito Público, Transporte y Departamento Nacional de Planeación). En la demanda se solicitó la declaración de nulidad de los artículos 1 y 2 del Decreto 3576 de 17 de septiembre de 2009, "por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y el Decreto 2025 de 2009", expedido por el gobierno nacional.

1.1 Arguyó que las citadas normas reglamentarias vulneran los artículos 29, los numerales 1 y 2 y el inciso final del artículo 150, el numeral 11 del artículo 189 y el artículo 273 de la Constitución Política; los artículos 2 y 5 de la Ley 1150 de 2007; el numeral segundo del artículo 24 y el artículo 39 de la Ley 80 de 1993; los artículos 27 y 30 del Código Civil y el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo.

1.2 Expuso que en las normas demandas se estableció una modalidad de contratación cuando el valor no exceda el 10% de la menor cuantía no prevista en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, con lo cual violó dicha norma, cuando todos los contratos de las entidades estatales por valor inferior a las cuantías determinadas en esa norma, que no correspondan por su naturaleza a otra categoría, quedaron comprendidos dentro de la modalidad de contratación de menor cuantía. Con ello, el gobierno introdujo nuevamente la modalidad de contratación de mínima cuantía que había sido suspendida por el Consejo de Estado¹, al considerar que ella no fue contemplada dentro de las modalidades de contratación previstas en la norma legal citada, solo que en este caso no le otorgó ninguna denominación a esta modalidad de contratación, con lo cual desconoció lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, lo cual configura un exceso en la potestad reglamentaria, en tanto esta se limita a expedir las órdenes necesarias para la cumplida ejecución de la ley que reglamenta y en este caso el ejecutivo carecía de competencia para establecer regulaciones que no fueron previstas por la propia ley.

1.3 Adujo violación a la Ley 1150 de 2007 que derogó el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 que contemplaba la celebración de contratos sin formalidades plenas en consideración a las cuantías de los mismos. También vulneran el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 que consagra el principio de selección objetiva, porque desconocen el procedimiento señalado en la norma citada, toda vez que en dicha norma el menor precio no está establecido como único factor de evaluación.

1.4 Indicó que el artículo 1º del Decreto 3576 de 2009 viola el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, en tanto este texto legal dispuso que la

escogencia del contratista se efectuaría con arreglo a las siguientes modalidades: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa. El numeral 2º de este artículo incluyó dentro de la modalidad de selección abreviada la contratación de menor cuantía y estableció el monto a partir del cual los contratos deben considerarse incluidos en dicha categoría. De modo que, a su juicio, esta norma no estableció una modalidad de selección del contratista que fuera específica para los contratos cuyo valor no exceda el 10% de la menor cuantía.

1.5 Aseveró igualmente que el artículo 1 del Decreto 3576 viola el literal a del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150, ya que el procedimiento establecido en la norma, así se denomine como "*subasta inversa*" no configura tal modalidad porque no contempla la posibilidad de que los proponentes mejoren sus ofertas económicas. Invocó asimismo violación al numeral 2º del artículo 24 de la Ley 80, en tanto el decreto no contempla que de la evaluación se de traslado a los demás proponentes, lo cual también entraña violación del artículo 3º del CCA y 29 de la Constitución.

1.6 Invocó infracción del artículo 2º literal b de la Ley 1150, pues establecer un procedimiento distinto y específico para el caso de que el valor de tales contratos no exceda del 10% de la menor cuantía, comporta una violación de dicha disposición.

2. Trámite procesal

2. Por auto de 18 de marzo de 2010 se admitió la demanda formulada y se decretó la suspensión provisional solicitada, al razonar que no obstante la declaratoria de suspensión provisional, mediante otro decreto reglamentario, ahora sin denominación particular, se intenta de nuevo regular una modalidad que no dista mucho de lo que la norma suspendida prevé (mínima cuantía), sólo que en esta ocasión no se le rotula bajo una nomenclatura distinta y simplemente se le prevé como situaciones objeto de regulación diferente. Decisión que fue confirmada en proveído de 26 de enero de 2011 que resolvió los recursos de reposición interpuestos contra la medida cautelar decretada.

2.1 La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones y expuso que la potestad reglamentaria tiene su fuente directamente en el parágrafo del artículo 2º de la Ley 1150, la cual implica "el derecho a la libre configuración de los procedimientos de contratación mediante la modalidad de selección abreviada y fue dispuesta así por la misma Ley". Expresó que el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 permite establecer diversos procedimientos dentro de las modalidades de contratación en él previstas, en este caso la selección abreviada, la cual está en relación directa con la naturaleza de los bienes y servicios objeto de contratación y con el valor de los mismos.

2.2 La Nación-Ministerio de Interior y de Justicia agregó que la Corte Constitucional en sentencia C 508 de 2002 sostuvo que el ámbito de aplicación de la potestad reglamentaria se extiende a la posibilidad de regular las modalidades de selección. Por lo que no excede la potestad reglamentaria, definir los procedimientos, cuando el legislador no los haya definido o regulado directamente, por el contrario el gobierno tiene el deber de delimitar el alcance del precepto legal bajo el cual debe actuar la administración pública. Por expreso mandato del legislador se le confirió al ejecutivo la facultad para que conforme a la realidad y particularidades propias de cada una de las causales de selección abreviada, dispusiera lo pertinente acerca de los procedimientos que debían establecerse a efectos de garantizar la adecuada aplicación de la ley. El tratamiento diferencial que se da a una selección abreviada cuya cuantía no exceda del 10% de la menor cuantía, no corresponde a una modalidad de selección nueva introducida por el ejecutivo, pues sigue siendo la misma selección abreviada. Esgrimió que simplificar en razón de la cuantía, es una facultad que no está prohibida por el legislador sino limitada al cumplimiento de las reglas que éste establezca y por ello hace parte de la facultad reglamentaria.

2.3 La Nación-Departamento Nacional de Planeación², mediante apoderado especial, a más de lo ya esgrimido, anotó que nada se opone legalmente a que el gobierno, al reglamentar la modalidad de selección abreviada de menor cuantía, segmente o establezca diferencias de procedimiento en atención al principio de economía. Planteó que esa era la "*comprensión*" de los Decretos 855 de 1994 y 2170 de 2002, que en su momento establecieron diferencias de trato "al (sic) interior de la menor cuantía estableciendo procedimientos diferenciales sin merecer reparo alguno en su legalidad". Resaltó que el Consejo de Estado con anterioridad había manifestado que era posible reglamentar "*trámites*" o procedimientos contractuales diferenciales en la medida en que el legislador no lo hubiera previsto en la ley. Reiteró que el fundamento de la contratación de bajo costo no estaba en el derogado parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993. Luego de citar los salvamentos de voto de uno de los magistrados disidentes a la decisión de suspensión provisional de las normas en estudio, afirmó que los argumentos utilizados para confirmar la suspensión provisional basados en la sentencia expedida por esa misma Sala para declarar la nulidad del artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, no sirven de soporte ni sustento para la declaratoria de nulidad de las normas demandadas. Advirtió que con la eventual nulidad no se cumple con el propósito de la defensa del ordenamiento jurídico superior, pues ante la posibilidad de una interpretación que le otorgara efectos jurídicos a la norma, se prefirió en la suspensión provisional aquella que le restara eficacia jurídica, por lo que solicitó que se diera una interpretación a partir del principio del efecto útil.

3. Por auto de 6 de diciembre de 2011 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.1 Los accionados reiteraron lo expuesto en el proceso. El actor agregó que las normas suspendidas ya no se encuentran vigentes, toda vez que el Congreso reguló la contratación de mínima cuantía y con ello "*el gobierno nacional, que fue quien presentó los dos proyectos de ley, aceptó que no tenía competencia para reglamentar una modalidad de contratación que no fue prevista por el legislador*".

3.2 El Ministerio Público solicitó que se accediera a las pretensiones anulatorias. Estimó que el ejecutivo, en ejercicio de la potestad reglamentaria, estableció una modalidad de contratación no prevista por la norma de rango legal, tal y como había sucedido con la modalidad de contratación de mínima cuantía, prevista en el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. Competencia

4. Por tratarse de una demanda interpuesta en ejercicio de la acción pública de nulidad contra un acto administrativo, del orden nacional, relacionado con temas contractuales, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer el asunto, de acuerdo con lo previsto en los artículos 128, numeral 1 del C. C. A, modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998, 154 del Código Contencioso Administrativo y 1 del Acuerdo No. 55 de 2003, expedido por esta Corporación³.

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

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

5.2 Por cuanto el artículo 18 de la Ley 446 de 1998⁴ prevé que en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo el orden para proferir sentencias podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos y a su importancia jurídica y trascendencia social. En este caso, por tratarse de una disposición de carácter reglamentario relativa a contratación estatal, es claro que es un tema de gran importancia que compromete el interés general, uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento (art. 1º constitucional).

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

II. El acto administrativo acusado

6. Las disposiciones acusadas son los artículos 1 y 2 del Decreto 3576 de 17 de septiembre de 2009, "por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y el Decreto 2025 de 2009", expedido por el gobierno nacional. El texto de las normas reglamentarias impugnadas es el siguiente:

Artículo 1. Modifíquese el parágrafo del artículo 17 del Decreto 2474 de 2008, el cual quedará así:

Parágrafo. El procedimiento de selección para la celebración de contratos cuyo objeto sea la adquisición de bienes o servicios a los que se refiere el presente artículo, cuyo valor no exceda el 10% de la menor cuantía de la entidad, será el de subasta inversa, que para efectos del presente parágrafo corresponde a la adjudicación del contrato al mejor postor; la que se regirá exclusivamente por las siguientes reglas.

Una vez hecha la justificación previa a que se refiere el parágrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, Y con el fin de garantizar la publicidad del procedimiento, la Entidad formulará invitación pública a presentar ofertas, a través de su página web, o en su defecto, en un lugar de su sede de fácil acceso al público. La escogencia recaerá sobre aquella oferta con el precio más bajo, siempre que se encuentre en condiciones de mercado y satisfaga las necesidades de la entidad. De igual manera se procederá si sólo se presenta una sola oferta. En caso de empate la entidad requerirá a los empatados a presentar nueva oferta económica.

La Entidad establecerá en la invitación los requisitos mínimos habilitantes que serán verificados únicamente en el oferente con el precio mas bajo. En caso que éste no cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, se podrá contratar con el oferente que haya presentado el segundo menor precio previa verificación de sus calidades habilitantes. En caso de que éste tampoco cumpla, se verificarán las de quien presentó el tercer menor precio y así sucesivamente hasta obtener un oferente habilitado. En todo caso, la oferta deberá encontrarse en condiciones del mercado y satisfacer las necesidades de la entidad. De no lograrse lo anterior, se repetirá el proceso de selección.

En este procedimiento no será necesario contar con la ficha técnica a que se refiere el artículo 20 del presente decreto, ni se exigirá a los oferentes estar inscritos en el RUP, ni aportar garantía de seriedad de la oferta. Para efectos de la garantía única de cumplimiento, se dará aplicación a lo señalado en el inciso primero del artículo 8 del Decreto 4828 de 2008.

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

Con el fin de garantizar la publicidad del procedimiento, la entidad dejará constancia escrita de los trámites realizados, tomando las medidas que se requieran para la conservación de la información, de conformidad con las normas de archivo aplicables.

Artículo 2. El parágrafo 1 del artículo 9 del Decreto 2025 de 2009, quedará así:

Parágrafo 1. El procedimiento de selección para la celebración de contratos a los que se refiere el presente artículo y cuyo valor no exceda el 10% de la menor cuantía de la entidad, se realizará, con el fin de garantizar la publicidad del procedimiento, mediante una invitación pública formulada a través de la página web de la entidad o, en su defecto, en un lugar de su sede de fácil acceso al público, una vez hecha la justificación previa a que se refiere el parágrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

La Entidad establecerá en la invitación los requisitos mínimos habilitantes, así como los criterios de selección que aplicará para definir el proceso, ponderando factores técnicos y económicos. Realizada la evaluación de la oferta u ofertas presentadas, la entidad dará traslado de la misma por un día en la secretaría de la dependencia que tramita el proceso. Si sólo se presenta una oferta, esta se aceptará siempre que satisfaga las necesidades de la entidad y provenga de un oferente habilitado.

Los requisitos mínimos habilitantes serán verificados únicamente en el oferente que haya obtenido el mayor puntaje en la evaluación. En caso que éste no cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, se podrá contratar con el oferente que se ubique en el segundo lugar en la evaluación realizada, previa verificación de sus calidades habilitantes. En caso de que éste tampoco cumpla se repetirá el proceso de selección.

No se exigirá a los oferentes estar inscritos en el RUP ni aportar garantía de seriedad de la oferta. Para efectos de la garantía única de cumplimiento, se dará aplicación a lo señalado en el inciso primero del artículo 8 del Decreto 4828 de 2008.

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

En relación con las adquisiciones a que se refiere el presente párrafo, la entidad dejará constancia escrita del trámite realizado y de la publicidad de la invitación surtida. Para el efecto tomará las medidas que se requieran para la conservación de la información, teniendo en cuenta las normas de archivo aplicables.

7. La Sala advierte que como la pérdida de fuerza ejecutoria naturalmente sólo produce efectos hacia el futuro, es válido el enjuiciamiento de la legalidad de los artículos 1 y 2 del Decreto 3576 de 2009, mientras estuvieron vigentes⁵. Al respecto, el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo prescribe, al regular la pérdida de fuerza ejecutoria, que "[s]alvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos: 1. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho (...)".

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

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

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

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

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

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

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

7.4 Y, por lo mismo, en el *sub lite* no obstante que por virtud de los artículos 91 y 94 de la Ley 1474 de 2011 y 274 de la Ley 1450 de 2011 que previeron expresamente la contratación de "mínima cuantía", la cual fue reglamentada por el Decreto 2516 de 2011 que en su artículo 10 derogó expresamente los preceptos demandados, las normas acusadas ya no se encuentran vigentes, ello no impide adelantar el correspondiente juicio de legalidad.

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

II: Problema jurídico

8. Corresponde a la Sala determinar si con la expedición de los artículos 1 y 2 del Decreto 3576 de 2009 el gobierno nacional se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Ley 1150 de 2007, en cuanto consagró una modalidad de contratación no prevista por el legislador.

III. Análisis de la Sala

9. Para estudiar el cargo (párrafos 1.1 a 1.6) es preciso reiterar que los artículos 1 y 2 del Decreto 3576 de 2009 establecen una modalidad de contratación no dispuesta en el artículo 2º de la ley 1150 de 2007, toda vez que esta norma prevé como procesos de selección (i) la licitación pública, (ii) la selección abreviada, (iii) el concurso de méritos y (iv) la contratación directa.

9.1 La Sala destaca que esta Corporación dejó sentado -cuando decretó la suspensión provisional de la norma que justamente fue derogada por el decreto acusado- que no se aviene al orden jurídico superior crear una modalidad de escogencia (aunque no se le dé una denominación específica) dentro del proceso de selección abreviada, cuando el valor del contrato no excede del 10% de la menor cuantía.

9.2 Es preciso insistir en que el parágrafo 2º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007¹¹ previó que la menor cuantía corresponde a un mismo proceso de escogencia de contratistas, con sujeción a reglas comunes. Las normas acusadas fraccionan -como lo hacían los preceptos a los que sustituyó y que la Sala censuró- los rangos previstos en el art. 2, num. 2, lit. b)¹², para extractar de allí uno diferente, que no se ajusta al parágrafo segundo citado, sólo que en esta oportunidad no se le nombra de manera particular o diferente.

9.3 Es de resaltar que a pesar del criterio sentado por la Sala, mediante el decreto demandado, ahora sin que se le dé una calificación específica, por vía de decreto reglamentario se prevé una modalidad de selección que en esencia corresponde a la que fue censurada previamente (y que entonces se denominó "*mínima cuantía*"), aunque -como se dijo al decretar la medida cautelar- en esta oportunidad no se le rotula bajo una nomenclatura específica y simplemente se le prevé como situaciones objeto de regulación diferente.

9.4 La jurisprudencia tiene determinado que no se aviene al orden jurídico que por esta vía se creen procesos autónomos o diferentes a los previstos por la ley. En tal virtud, la Sala ratifica lo expresado al estudiar la legalidad del precepto que fue derogado por la norma hoy demandada:

si bien es admisible que existan procesos de selección diferenciados, al interior de la menor cuantía -como modalidad de selección abreviada que es-, lo cierto es que el reglamento no puede, so pretexto de actuar en este sentido, crear procesos de selección autónomos, es decir, diferentes a los previstos por el legislador (...) si bien es cierto que el principio de economía justifica la existencia de procesos de selección ágiles y eficientes, también es verdad que ya están dadas algunas reglas por la ley, y que el reglamento no las puede alterar, so pretexto de buscar la máxima eficiencia en los procedimientos contractuales. Admitirlo viola la ley que se reglamenta.¹³

9.5 En efecto, el parágrafo 2º del artículo 2º de la Ley 1150 es claro en establecer que la menor cuantía debe corresponder a un mismo proceso de escogencia de contratistas, con sujeción a reglas comunes. De ahí que vía reglamento no sea admisible jurídicamente fraccionar los rangos previstos en el art. 2, num. 2, lit. b), para extractar de allí uno diferente, que no se ajusta al parágrafo segundo citado, cuando el legislador no autorizó a hacerlo.

9.6 Según los accionados, habida cuenta que la ley de contratación estatal es una norma de principios, su reglamentación es "*abierta*", expresaron que las normas acusadas eran expresión de una competencia reglamentaria de largo alcance y que la definición de las materias objeto de impugnación, hacía parte de la *libertad de configuración* de los procesos de selección, propio de la reglamentación de una ley de principios.

9.6.1 A este respecto la Sala reitera que si bien es cierto que la Ley 80 tiene un contenido principalístico significativo, también lo es que al regular ciertos asuntos, como es justamente lo relativo a las normas de procedimiento de selección, que fueron objeto de modificación por la Ley 1150 -y luego por las Leyes 1450 y 1474 de 2011- lo hace de manera tal que ello no supone una "reglamentación abierta" de los mismos, que habilite al gobierno a crear vía acto administrativo una modalidad de selección que no fue prevista por la ley.

9.6.2 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 constitucional¹⁴, 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, no puede so pretexto de ello, invadir el ámbito propio del legislador para crear un mecanismo nuevo no previsto por la ley, habida cuenta que: "*la potestad reglamentaria que el Presidente de la República ejerce para la cumplida ejecución y aplicación de la Ley 80 de 1993 [y la de las normas que la modifiquen o adicionen], se encuentra específicamente restringida por la Constitución en primer término, por las leyes como normas de jerarquía superior y necesariamente ha de ejercerse tomando en consideración como un todo jurídico la propia ley mencionada, que fija los parámetros dentro de los cuales debe circunscribirse la reglamentación que se dicte por el Ejecutivo, no para sustituir al legislador, ni como legislador paralelo, sino dentro de un ámbito estrictamente administrativo para no exceder las funciones y atribuciones que al Presidente de la República le señala el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política*"¹⁵

9.7 Ahora, en relación con el argumento de la defensa en cuanto que el fallador debe privilegiar una interpretación que le otorgue efectos jurídicos a los preceptos acusados, de modo que no se les reste eficacia encontrándolos inconformes con el ordenamiento superior, la Sala advierte que este criterio hermenéutico, estrechamente vinculado con el principio de conservación del derecho, no es de recibo cuando la lectura del precepto no permite un entendimiento -como sucede en este caso- ajustado al orden jurídico.

9.7.1 En efecto, es claro que en ejercicio de una función eminentemente administrativa, como es la contenida en el numeral 11 del artículo 189 superior, el gobierno en lugar de producir un acto administrativo para concretar el enunciado abstracto de la ley y encauzarla a su operatividad efectiva¹⁶ -lo que es propio y característico del accionar del ejecutivo- fungió de legislador. De suerte que al hacerlo, el gobierno se arrogó una facultad que no tiene y en consecuencia sus actos están viciados de nulidad.

9.7.2 No hay lugar a interpretaciones condicionadas o moduladas, cuando, como sucede en el caso que se estudia, la situación analizada sólo permite concluir la infracción del orden jurídico superior, lo cual no significa desconocer el principio de interpretación del efecto útil, en tanto la regla de interpretación positiva no puede invocarse como un expediente para autorizar la violación manifiesta de la ley. Nótese que consideraciones tendientes a aplicar el principio de conservación del derecho, como también se denomina esta regla hermenéutica, no son de

recibo cuando se pretenda ocultar la infracción manifiesta del orden jurídico a partir de una "interpretación" que la norma no permite.

9.8 Adicionalmente, no puede pretextarse, como lo hacen insistentemente los demandados, que esta Sección al estudiar una demanda contra el Decreto 2170 de 2002¹⁷, señaló que la determinación de las modalidades de selección fue "*confiada*" por el legislador al reglamento. De su lectura atenta se tiene que la Sala no aludió a la creación -expresa o tácita de modalidades de selección- sino algo mucho más restringido: a la definición del procedimiento. Además los accionados intentan trasladar consideraciones en forma descontextualizada del pronunciamiento que estudió el citado Decreto 2170 de 2002, olvidando que los cargos (y no los particulares que no vienen al caso) estaban circunscritos a reprochar que mediante una disposición reglamentaria se había reproducido el procedimiento de licitación pública, con lo cual se desnaturalizaba el mecanismo de contratación directa y a reprochar si al desarrollar la reglamentación de este mecanismo de selección se estaba invadiendo la esfera del legislador. Como puede apreciarse, estos dos problemas jurídicos son muy distintos al que corresponde estudiar en el *sub lite*, en tanto en este caso se acusa de ilegalidad por haber creado una modalidad diferente a la que se dice reglamentar (sólo que ahora no se le asigna una denominación en particular como antes se hizo -mínima cuantía-), so pretexto de establecer un procedimiento en el interior de la selección abreviada. En ese orden de ideas, las reflexiones de esta Sala contenidas en el fallo que estudió el Decreto 2170 de 2002 no son aplicables al *sub examine*.

9.9 No debe perderse de vista que, como ha dicho la Sala¹⁸, la potestad reglamentaria que atañe al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa está concebida por el ordenamiento constitucional vigente¹⁹ bajo una concepción eminentemente finalística: "*para la cumplida ejecución de las leyes*" (art. 189.11 CN). Se trata evidentemente de una típica función administrativa que faculta al gobierno para la formulación de los actos indispensables y las medidas necesarias para la efectividad práctica del precepto legal, vale decir, concretar por la vía del acto administrativo el enunciado abstracto de la ley en orden a tornarlo efectivo en el terreno práctico, por lo que dichos actos administrativos deben contraerse a asegurar el cumplimiento de la ley y no pueden extenderse a más de su objeto (la cumplida ejecución de la ley), y por lo mismo deben respetar la letra y el espíritu de la ley. De lo contrario la atribución reglamentaria se extralimitaría, pues pasaría de ser desarrollo de la ley conducente a su debida ejecución a pretender modificar la ley que se reglamenta y de esta suerte se invadirían los predios exclusivos del legislador, al decretar normas que únicamente a este último competen²⁰.

9.10 Lo anterior indica que so pretexto de reglamentar el procedimiento de contratación en tratándose de la modalidad "selección abreviada" no podía, vía acto administrativo, preverse una nueva modalidad (así no se le diera denominación alguna) de contratación ya que la atribución reglamentaria no llega al punto de habilitar al gobierno para modificar, adicionar o interpretar leyes, pues tiene establecido nuestra jurisprudencia²¹ que por medio de dicha potestad el ejecutivo no se convierte en legislador, sino en guardián de sus mandatos²², de suerte que si lo hace, se arroga una facultad que no tiene y en consecuencia sus actos están viciados de nulidad.

10. Síguese de lo anterior que el gobierno invadió la competencia regulatoria del legislador, al reglamentar un asunto reservado a la ley. Tan claro es ello, que por iniciativa gubernamental, el Congreso al expedir el plan de desarrollo en el artículo 274 de la Ley 1450 de 2011 estableció la "contratación de mínima cuantía"²³, texto legal que fue retomado por la Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, que en su artículo 94²⁴, previó igualmente la contratación de "*mínima cuantía*". Y al hacerlo, el legislador retomó el precepto que fuera encontrado no ajustado a derecho por esta Corporación y adicionó un numeral nuevo al artículo 2° de la Ley 1150 de 2007.

11. En tal virtud, considera la Sala que el gobierno superó el marco jurídico de su competencia al expedir los actos acusados y se declarará, entonces, la nulidad de los artículos 1 y 2 del Decreto 3576 de 17 de septiembre de 2009.

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

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

FALLA:

DECLÁRASE la nulidad de los artículos 1 y 2 del Decreto 3576 de 17 de septiembre de 2009, "por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y el Decreto 2025 de 2009", expedido por el gobierno nacional.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente de la Sala

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Puso de presente que la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia 27 de mayo de 2009 (Exp. 36054, CP Enrique Gil Botero) ordenó la suspensión provisional del artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, el cual desarrollaba la modalidad de contratación de mínima cuantía y al efecto transcribió *in extenso* las consideraciones de la Sala, lo mismo que de la providencia que resolvió los recursos de reposición interpuestos contra ésta.

2 La Nación-Ministerio de Transporte adujo razones idénticas a las expuestas por el apoderado del DNP.

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

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

5 Los artículos 91 y 94 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 274 de la Ley 1450 de 2011 previeron expresamente la contratación de "*mínima cuantía*", la cual fue reglamentada por el Decreto 2516 de 2011.

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

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

8 Sección Primera, expediente 1948.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

13 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de agosto 6 2009, Rad. 110010326000200800101 00, exp. 36.054, C.P. Enrique Gil Botero.

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

15 Corte Constitucional, sentencia C 508 de 2002.

16 Corte Constitucional, sentencia C 805 de 2001.

17 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, Rad. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715) y otros acumulados, CP Ruth Stella Correa Palacio.

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

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

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

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

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

23 Artículo 274. Contratación mínima cuantía. Adiciónese al artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, el siguiente numeral:

"5) Contratación mínima cuantía. La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas.

b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil.

c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas.

d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.

Las particularidades del procedimiento previsto en este numeral, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones en establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

La contratación a que se refiere el presente numeral se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003, y en el artículo 12 de la presente ley".

24 Según dicho precepto *"la contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:*

a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas;

b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil;

c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas;

d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.

Parágrafo 1º. Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones en establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Parágrafo 2º. La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003, ni en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007".

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 14:42:27