
Sentencia nº 110010326000201400035 00 (50222) de Consejo de Estado - Sección Tercera, de 14 de Mayo de 2014

Ponente: Mauricio Fajardo Gómez

Demandado: Nación - Presidencia de la República - Departamento Nacional de Planeación.

Fecha de Resolución: 14 de Mayo de 2014

Emisor: Sección Tercera

Id. vLex: VLEX-512022255

<http://vlex.com/vid/-512022255>

Texto

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez

Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de dos mil catorce (2014)

Proceso: 110010326000201400035 00 (50.222).

Actor: Martín Bermúdez Muñoz.

Demandado: Nación - Presidencia de la República - Departamento Nacional de Planeación.

Referencia: Solicitud de suspensión provisional

Se procede a resolver la solicitud de suspensión provisional que elevó la parte actora en relación con el inciso séptimo del artículo 3, el último inciso del artículo 73 y el primer inciso del artículo 78 del Decreto Reglamentario 1510 de 2013, de manera parcial; y en relación con el artículo 65, el inciso segundo y los numerales 1 al 20 del artículo 78 del Decreto Reglamentario 1510 de 2013, de manera total.

I. ANTECEDENTES :

1.- En escrito que se presentó el día 24 de febrero de 2014, el ciudadano Martín Bermúdez Muñoz formuló demanda en ejercicio del medio de control de nulidad contra el contenido de los artículos 3, 65, la letra c) del artículo 73 y el artículo 78 del Decreto Reglamentario 1510 de 2013.

2.- La parte actora con su demanda también solicitó la suspensión provisional de todas las normas demandadas.

3.- Los hechos.

La parte demandante se concretó a señalar que la Ley 1150 de 2007 tuvo como propósito, entre otros, restringir la contratación directa en el sector defensa. Sostuvo que con esa finalidad el legislador sujetó los contratos cuyo objeto lo constituía la seguridad y la defensa nacional al proceso de selección abreviada y dispuso que solo en caso de que el contrato debiera estar sometido a reserva sería posible aplicar la contratación directa. Así mismo agregó el actor que el legislador dispuso que en los dos casos anteriores resultaba necesario que en acto administrativo previo el representante legal de la entidad contratante justificara las razones por las cuales acudía a cualquiera de las dos modalidades.

Para el Libelista, todo lo anterior fue desconocido por las normas del Decreto Reglamentario 1510 de 2013 que ahora son objeto de demanda, en cuyo contenido se establecen cuáles son las entidades que pueden acudir a estos dos regímenes especiales (selección abreviada y contratación directa), se determinan los bienes que puede ser contratados mediante tales modalidades y se deroga la obligación del representante legal de la entidad contratante de justificar previamente la necesidad de reserva en el contrato, para acudir a la contratación directa.

Según se expone en la demanda, las normas demandadas autorizan ex ante a ciertas entidades estatales a celebrar determinados contratos, sin necesidad de justificar, en cada caso concreto, las condiciones previstas en la Ley para acudir a la selección abreviada o a la contratación directa; mediante este procedimiento el Gobierno Nacional establece de nuevo, para la contratación de la mayor parte de las entidades que integran las Fuerzas Militares, la modalidad de contratación directa automática que la Ley 1150 de 2007 pretendió abolir y se permite ahora que se pueda acudir a esta última modalidad sin que el representante de la entidad estatal contratante asuma alguna responsabilidad por adoptar la decisión de acudir a la misma.

A ello añadió que las normas demandadas extienden el régimen excepcional a contratos y a entidades estatales que nada tienen que ver con la seguridad y la defensa nacional e incluyen como reservados contratos que ni siquiera de manera general y abstracta podrían incluirse en esa categoría.

4.- A través de auto de 21 de abril de 2014 se admitió la demanda y mediante auto

separado de esa misma fecha se corrió traslado a las entidades públicas demandadas por el término de 5 días, con el propósito de que se pronunciaran en relación con la solicitud de suspensión provisional que se solicitó en el libelo demandatorio.

5.- Intervención de las entidades demandadas y coadyuvantes.

Dentro del término de traslado concedido, tanto la Presidencia de la República, como el Departamento Nacional de Planeación presentaron sus escritos en los cuales expusieron sus argumentos de oposición frente a la medida cautelar de suspensión provisional.

Igualmente, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 223 de la Ley 1437 de 2011, dentro del mismo término de traslado otorgado a las demandadas, el Ministerio de Defensa y Colombia Compra Eficiente allegaron sus escritos de coadyuvancia al extremo pasivo.

5.1.- Ministerio de Defensa.

El ente ministerial, en primer lugar, se pronunció en relación con la suspensión provisional del inciso séptimo del artículo 3 y del artículo 65 del Decreto 1510 de 2013 y al efecto indicó que el parágrafo transitorio del artículo segundo de la Ley 1150 de 2007 había conferido al Gobierno Nacional la potestad de reglamentar la modalidad de selección abreviada, actividad con la cual no se vulneraban las normas superiores señaladas por el actor.

Advirtió también que en pasada oportunidad el actor había demandado los artículos 53 y 79 del hoy derogado Decreto 2474 de 2008 mediante los cuales se recogían los bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional, hoy contenidos en el Decreto 1510, y reglamentaba la causal de contratación directa de los bienes y servicios en el sector defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad que necesitaran reserva para su adquisición, no obstante, al conocer del asunto, la Sección Tercera del Consejo de Estado se abstuvo de decretar la suspensión provisional solicitada.

En cuanto a la censura del artículo 78, el ente interviniente argumentó que la Ley 80 de 1993, en el parágrafo 2 del artículo 24, norma que hoy se encuentra vigente, otorgó facultades al Ejecutivo para expedir el reglamento de la contratación directa, tarea que fue justamente realizada por el Decreto 1510 de 2013.

Agregó que por el hecho de no ser necesario recibir varias ofertas en los procesos de contratación directa respecto de los bienes sometidos a reserva no se vulnera el principio de selección objetiva. Como sustento de lo anterior, citó apartes de una providencia de la Sección Tercera de esta Corporación en la cual se pronunció frente a la legalidad del inciso primero del artículo 82 del Decreto 2474 de 2008.

5.2.- Departamento Nacional de Planeación.

La entidad demandada, por conducto de apoderado, intervino dentro del término

concedido, oportunidad en la cual se opuso al decreto de la medida cautelar solicitada por considerar que no existe una vulneración del ordenamiento jurídico y, menos aún, una afectación palmaria de derechos que puedan afectar el interés público.

Al respecto sostuvo que el Decreto demandado reglamentó la situación especial originada con la creación de Colombia Compra Eficiente, como ente rector del sistema de compras y contratación pública, cuyo enfoque se determina por los resultados, por lo cual se otorga mayor discrecionalidad a los gerentes de compras para tomar decisiones dentro del marco definido por la ética, la transparencia y la rendición de cuentas. Por lo anterior, añadió que la norma requiere simplificación y actualización para dotar al sistema de compras y contratación pública de la flexibilidad necesaria para operar con una estructura legal en la cual los principios estén en la ley, las estructuras en los decretos y los detalles operacionales y procedimentales estén en los manuales, guías y los documentos estándar.

Concluyó que el Decreto demandado cumple con tales propósitos, por lo cual no puede ser recibo la medida cautelar de suspensión provisional.

Anotó que no existe una oposición de la norma reglamentaria frente al ordenamiento jurídico; a su juicio, el cargo planteado se asocia a percepciones de carácter particular acerca de la existencia de la competencia para definir o no las entidades y las categorías de bienes y servicios requeridos para la defensa y seguridad nacionales.

Añadió que el Decreto Reglamentario 1510, en sus disposiciones acusadas, transforma los preceptos generales que consagra la Ley 1150 de 2007, en normas operativas para reglamentar la situación especial originada con la creación de Colombia Compra Eficiente, como ente rector del sistema de compras y contratación pública. Por ende se requiera la categorización de las entidades y los bienes y servicios que comprende el concepto de defensa y seguridad nacional. Sostuvo, además, que el Decreto aludido no eliminó para la contratación directa la obligación de justificar la modalidad de selección.

Por otro lado, adujo que la competencia de oferentes es la regla general pero encuentra su excepción en la contratación directa, que puede no ser un proceso competitivo pero nunca desprovisto de la valoración objetiva de obtener un bien o servicio requerido en condiciones de mercado y que satisface las necesidades de la entidad.

5.3.- Colombia Compra Eficiente.

La entidad coadyuvante manifestó su inconformidad frente a la medida cautelar solicitada.

En orden a expresar su desacuerdo alegó que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la potestad reglamentaria es una función administrativa que faculta al Gobierno para la formulación de los actos indispensables y las medidas necesarias para la efectividad práctica de los preceptos legales, de manera que el

Ejecutivo no podrá establecer una cláusula abierta que no responda a los parámetros restrictivos y taxativos de la ley, sino que debe producir un acto administrativo para concretar el enunciado abstracto de la ley.

En ese sentido, afirmó que el Decreto 1510 transformó el precepto legal general relacionado con la causal de selección abreviada “la contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional”, en una norma operativa. En este caso la cumplida ejecución de la ley requería la categorización de las entidades y los bienes y servicios que comprendían el concepto de defensa y seguridad nacionales.

Por otra parte, señaló que el artículo 20 del Decreto 1510 de 2013 establecía que todas las entidades estatales debían incluir en los estudios y documentos previos, la modalidad de selección del contratista, por lo cual se desvirtuaba la supuesta ilegalidad acusada por el demandante.

Por último, manifestó que la competencia de oferentes es la regla general pero encuentra su excepción en la contratación directa la cual si bien debe observar la selección objetiva, no supone la necesidad de competencia entre los proponentes.

5.4.- Presidencia de la República.

La entidad demandada, al referirse a los cargos de violación expuestos en la solicitud de suspensión provisional, sostuvo que de los mismos no se desprende una arbitrariedad manifiesta, lo cual además de obedecer a la falencia en la argumentación de la demanda se debe a la textura abierta de las normas legales presuntamente vulneradas.

Así mismo, advirtió que la realización de un listado de entidades y bienes y servicios para la defensa y seguridad nacionales no transgrede en forma alguna la Ley 1150 de 2007, por cuanto tal categorización constituye una facultad del Gobierno Nacional.

En igual dirección argumentativa que la desarrollada por las demás entidades intervinientes, indicó que en observancia a la jurisprudencia del Consejo de Estado, el Decreto 1510 de 2013 simplemente transformó el precepto legal en una norma operativa.

Advirtió que el demandante concibe el concepto de defensa y seguridad nacionales como un aspecto ligado a cuestiones bélicas sin tener en cuenta que las entidades enlistadas en el reglamento también cumplen tareas de esta índole. A ello agregó que el comprador público no puede hacer lo que no esté expresamente determinado y, en este caso, definido conceptualmente pues la libertad de configuración contractual no puede atender a la discrecionalidad del contratante.

En línea con lo expuesto concluyó que el Gobierno Nacional en ningún momento excedió su facultad reglamentaria, puesto que le otorgó un alcance operativo a las normas reglamentarias en punto a la contratación de bienes y servicios requeridos

para la defensa y seguridad nacionales que en la práctica van más allá de la compra de armas y elementos de guerra.

De otro lado, advirtió que el artículo 73 del Decreto demandando no vulnera el párrafo 1° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 porque en ningún momento se eximió a las entidades estatales de justificar la modalidad de selección del contratista, en cuanto esta justificación debe formar parte de los estudios y documentos previos, de acuerdo con el numeral 3 del citado artículo 73 del censurado Reglamento.

Precisó que el artículo 78 del Decreto 1510 no vulnera el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 porque esta norma no consagra el principio de selección objetiva, sino que establece unas reglas generales relacionadas con el principio de transparencia, siendo el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 el que consagra el principio de selección objetiva. Sobre el particular, además, adujo que el principio de selección objetiva supone que las entidades deben seleccionar el ofrecimiento más favorable para la entidad sin que ello implique la existencia de un proceso competitivo, como la recepción de varias ofertas.

Finalmente, para el Departamento Administrativo demandado no existió vulneración alguna a un precepto constitucional o legal, sino pleno apego a las reglas de interpretación previstas en el Código Civil, por lo que no se reúnen las exigencias mínimas necesarias para ordenar la suspensión provisional de las normas acusadas.

II. CONSIDERACIONES

1.- Competencia del Despacho para resolver acerca de la petición de suspensión provisional respecto de los efectos de los actos administrativos, en vigencia de la Ley 1437 -CPACA-.

Antes de determinar si la medida cautelar que se solicitó en la demanda está llamada, o no, a prosperar, se estima necesario determinar la competencia para resolver la petición de suspensión provisional de los numerales 3.1, 3.3 y 3.5 del artículo 4 del Decreto demandado en forma parcial.

La Ley 1437 de 2011 contempla la posibilidad de que en relación con un mismo litigio se puedan y deban adoptar en forma separada dos decisiones trascendentes para el proceso que se pretende promover, así: i) aquella que admite la demanda y ii) la que resuelve la suspensión provisional, a lo cual se debe adicionar que la nueva codificación modificó también lo relacionado con el juez competente para pronunciarse acerca de la medida cautelar de suspensión provisional, tal como se pasa a exponer.

Al respecto conviene señalar, en primer lugar, que según las determinaciones contenidas en el artículo 125 del CPACA, la decisión que decreta una medida cautelar debería ser adoptada por la Sala respectiva, por cuanto dicha disposición establece que entrándose de Corporaciones Judiciales, las decisiones a que hace referencia el artículo 243, en sus numerales 1, 2, 3 y 4, deben ser adoptadas en forma colectiva

por la Sala correspondiente y ocurre que el siguiente es el tenor literal de dicho numeral 2:

“ARTÍCULO 243. APELACIÓN. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

“

2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite”. (Se destaca).

No obstante lo anterior, también ocurre que las normas especiales que en esa misma codificación se ocupan de regular la materia relacionada con las medidas cautelares, con toda claridad determinan que la decisión por medio de la cual se tramita y decide lo concerniente a la petición de una medida cautelar debe ser adoptada por el juez o Magistrado Ponente respectivo.

En efecto, la Ley 1437, en su artículo 233, prevé:

“La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso”. (Negrillas y subrayas adicionales).

De conformidad con la disposición legal transcrita se tiene, de un lado, que la petición de una medida cautelar –y la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos lo es porque así lo dispone en forma precisa el numeral 3 del artículo 230 de la Ley 1437, tal como más adelante se determinará– se debe resolver mediante una decisión distinta al auto admisorio de la demanda; de otro lado se encuentra que tal determinación, según el aludido artículo 233 ibídem, debe ser proferida por el Magistrado Ponente, lo cual encuentra plena concordancia con lo previsto en las normas que le preceden, a saber:

“ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

PARÁGRAFO. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se registrarán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio”. (Se destaca).

“

“ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

“

“3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

“

PARÁGRAFO. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente”. (Se destaca).

“

“ARTÍCULO 232. CAUCIÓN. El solicitante deberá prestar caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con la medida cautelar. El Juez o Magistrado Ponente determinará la modalidad, cuantía y demás condiciones de la caución, para lo cual podrá ofrecer alternativas al solicitante.

La decisión que fija la caución o la que la niega será apelable junto con el auto que decreta la medida cautelar; la que acepte o rechace la caución prestada no será apelable.

No se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública”. (Se destaca).

Así las cosas, en punto de la definición del juez competente para resolver una solicitud de medida cautelar, resulta evidente que a pesar de las previsiones generales contenidas en el artículo 125 de la Ley 1437, están llamadas a prevalecer las disposiciones especiales que gobiernan el trámite y la resolución de tales medidas cautelares, normas que aunque se encuentran en una misma codificación además de ser especiales por razón de la materia también resultan posteriores, todo de conformidad con los dictados de los numerales 1 y 2 del artículo 5 de la Ley 57 de 1887, a cuyo tenor:

“Artículo 5º.- Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1ª. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;

2ª. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad ó generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior (...). (Se destaca).

De esta manera, se reitera entonces que con sujeción a los dictados de los artículos 230 y siguientes de la Ley 1437, normas especiales y posteriores respecto del artículo 125 de la misma codificación, la determinación acerca de la procedencia, el decreto, el levantamiento, etc., de una medida cautelar deberá ser proferida por el Magistrado Ponente –que no por la Sala– cuando la competencia para ello radique en una Corporación como ocurre con los Tribunales Administrativos o con el Consejo de Estado.

Por si lo anterior no fuese suficiente, se tiene que de acuerdo con la excepción prevista en el propio artículo 125 de la Ley 1437, cuando se trata de procesos de

única instancia –como sucede en el caso en estudio–, el auto que decrete la medida cautelar debe ser adoptada por el Magistrado Ponente .

También cabe agregar que de conformidad con el artículo 236 de la Ley 1437, “El auto que decrete una medida cautelar será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso ...”, es decir, en atención a la instancia del proceso y al Juez que la profiere.

Por consiguiente, si la decisión emanada de una Corporación Judicial por medio de la cual se decreta una medida cautelar dentro de un proceso que cursa en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo resulta pasible del recurso de súplica, ello obedece precisamente a que la propia ley parte del supuesto de que esa clase de decisiones deban ser adoptadas por el respectivo Magistrado Ponente, pues de lo contrario, esto es si fueren adoptadas por la Sala de decisión, dicho medio de impugnación resultaría inviable comoquiera que el recurso de súplica procede “... contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia ...” (Artículo 246 CPACA) – (énfasis añadido).

Así las cosas resulta dable reafirmar que el auto que resuelve sobre la petición de una medida cautelar debe ser dictado por el respectivo Magistrado Ponente.

De conformidad con todo lo expuesto, la presente decisión será adoptada por el respectivo Magistrado Ponente, en Sala Unitaria.

2.- La medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos bajo la vigencia de la Ley 1437 de 2011.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución Política, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

Es así como el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, contempla el procedimiento de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo entre las medidas cautelares de posible aplicación en los juicios que cursan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo , en tanto que el artículo 231 consagra los requisitos de procedencia de la aludida medida cautelar, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”. (Se destaca).

Pues bien, las anteriores disposiciones del citado CPACA, en particular el artículo 231 de la Ley 1437, permiten determinar una variación significativa en cuanto a la regulación de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos en relación con aquella que contenía el Estatuto anterior (CCA), tanto en aspectos de trámite o de procedimiento, como en las cuestiones sustantivas o de fondo, los cuales conviene destacar.

2.1.- Aspectos procedimentales:

a).- Oportunidad para solicitar la medida cautelar.

Con base en el Código Contencioso Administrativo, la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo sólo se podía solicitar con la demanda o en escrito separado a ella, pero siempre antes de su admisión, es decir que sólo podía decretarse antes de que se trabara la relación jurídico procesal; por el contrario, con la entrada en vigencia del nuevo Estatuto de lo Contencioso Administrativo, la mencionada medida podrá decretarse, a petición de parte, "... antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso", lo cual abre paso, además, a que la petición pueda elevarse incluso dentro de la segunda instancia del proceso.

b).- Traslado de la solicitud a la parte demandada.

En relación con este punto, la doctrina ha precisado :

"Dada la amplitud de medidas que se pueden adoptar, y por estar presente el interés público en todos los procesos contencioso administrativos, se decidió que de la solicitud de medidas cautelares siempre se le diera traslado a la parte demandada, buscando con ello varios fines: que ponga de presente al juez los derechos o intereses que resultarían afectados con la medida cautelar solicitada, y que además reflexione sobre la viabilidad de oponerse a las pretensiones del proceso ante medidas tan graves como la anticipación del derecho u otras similares".

También resulta pertinente adicionar que el mencionado traslado a la parte demandada es un asunto de la mayor importancia, toda vez que de esa manera se logra la efectiva observancia del Derecho Fundamental al Debido Proceso y de las garantías que de él forman parte, tema respecto del cual se ha expuesto:

"... con el fin de garantizar el debido proceso y en particular el derecho de contradicción ... para que ella [la entidad demandada] tenga la posibilidad de exponer sus argumentos, sus puntos de vista y que el juez, al pronunciarse respecto de la petición de amparo cautelar, lo haga sobre la base de haberle brindado esa oportunidad a la entidad demandada para así conocer las dos caras de la moneda -artículo 233- y garantizar la efectividad plena del derecho fundamental al debido

proceso, consagrado como rector de la actuación judicial en el artículo 29 de la Constitución Política, cuyas dimensiones al derecho de defensa y al principio de contradicción emergen con fuerza y claridad en este punto” .

En tanto que en el C.C.A., el mencionado traslado a la parte demandada, previa definición de la procedencia de la medida cautelar, no se encontraba previsto, por manera que dicha parte sólo obtenía conocimiento de la solicitud de la medida y de su consiguiente decreto o denegación, según fuere el caso, con la notificación mismas del propio auto admisorio de la demanda, una vez dicha decisión ya hubiere sido proferida y en relación con la cual, por tanto, sólo contaba con el recurso respectivo para controvertirla o impugnarla; en el panorama de la nueva normativa, se repite, la parte destinataria de la medida cautelar tendrá oportunidad de conocer la respectiva solicitud y pronunciarse sobre la misma antes de que el Juez del proceso profiera la decisión que corresponda acerca de su procedencia.

c).- Decreto oficioso de la medida cautelar.

No menos significativa es la facultad consagrada en el parágrafo del artículo 229 de la Ley 1437, por cuya virtud se autoriza expresamente al juez de la causa, dentro de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y dentro de las acciones de tutela de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para decretar en forma oficiosa medidas cautelares, facultad que jamás contempló el Estatuto anterior.

2.2.- Aspectos sustanciales:

a).- Procedencia de la suspensión provisional en virtud de las normas superiores enunciadas como transgredidas tanto en la petición de la medida cautelar, como en la demanda.

Según se expuso, el artículo del 229 CPACA permite que la petición de la medida cautelar se eleve en cualquier momento del proceso, incluida la segunda instancia, lo cual evidencia el significado que la nueva ley atribuye a la figura -inciso primero del artículo 231 ídem- al establecer que la suspensión provisional de un acto administrativo puede proceder por la violación de la disposiciones invocadas en la demanda o por la de aquellas que se señalen en el escrito que se presente separado de dicha demanda, mientras que en el anterior régimen legal, la suspensión provisional de los actos administrativos sólo podía examinarse a la luz de las disposiciones cuya violación se invocaba únicamente dentro de la petición de la medida cautelar, cuestión que naturalmente amplía el campo de análisis que puede adelantar el juez competente al momento de decidir, así como extiende el haz de fundamentos normativos o cargos formulados en contra del acto administrativo demandado que podrán servir de apoyo a la decisión de suspensión provisional, dando efectivamente prelación al fondo sobre la forma o sobre aspectos eminentemente subjetivos, tal como lo dispone el artículo 228 de la Carta Política, pero sin que esa mayor amplitud reduzca, limite o afecte los derechos de defensa y de contradicción de la parte destinataria de la medida cautelar solicitada, puesto que ella

igual siempre estará en posibilidad –y con la carga– de conocer y examinar tanto las normas cuya violación se invoca como las argumentaciones que se formulen acerca del sentido de las alegadas violaciones, ora que obren en el escrito separado contentivo de la solicitud de suspensión provisional, ora que se encuentren consignadas en la demanda.

b). Para la procedencia de la suspensión provisional de los actos administrativos, la violación de las normas superiores no requiere ser manifiesta o evidente.

Quizá el cambio mas significativo que introdujo el nuevo Estatuto respecto de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos dice relación con la eliminación del requisito consistente en que para la prosperidad de la medida se exigía que la vulneración de la norma superior fuese directa y palmaria.

Ciertamente, el artículo 152 del C.C.A., disponía que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podía decretar la suspensión provisional de actos administrativos demandados, pero tal medida se encontraba supeditada al cabal cumplimiento de los siguientes presupuestos:

“1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor”. (Se destaca).

Y en ese sentido, la jurisprudencia reiterada y consolidada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, desarrollada bajo el imperio del Código Contencioso Administrativo, siempre fue sólida y consistente al determinar que para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo el quebranto debía ser evidente, resultante de una “manifiesta infracción” que, por lo tanto, pudiera detectarse fácil y palmariaemente, por confrontación directa entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como vulneradas o respecto de los documentos públicos aportados con la solicitud, es decir que la transgresión al ordenamiento superior debía aparecer prima facie, sin necesidad de lucubración alguna, por la sola comparación, pues en caso contrario la medida debía denegarse para que durante el debate probatorio, propio del proceso, se determinara si las

decisiones administrativas cuestionadas adolecían, o no, de ilegalidad y, por ende, ello sólo podía establecerse en la sentencia.

Sin embargo, la nueva normativa suprimió aquel presupuesto esencial, en cuya virtud la procedencia de la suspensión provisional pendía del hecho consistente en que la vulneración directa de la norma superior apareciera de bulto, por cuanto el transcrito artículo 231 de la Ley 1437 dispone que tal medida cautelar estará llamada a proceder cuando la violación deprecada "... surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud".

Al respecto se ha sostenido que la "... exigencia de una infracción calificada, de una infracción manifiesta que el juez la pueda advertir con facilidad del simple cotejo entre el acto demandado y las normas superiores, no aparece ya en la Ley 1437 de 2011 y fue deliberadamente eliminada de la nueva codificación para evitar que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos quede absolutamente restringida a casos excepcionales" .

Por su parte, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado:

"De esta manera, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia sine quanon que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionales con la solicitud. Entonces ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la trasgresión debía aparecer prima facie. Ahora, la norma da la apertura de autorizar al juez administrativo para que desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto: 1º) realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda estudiar las pruebas allegadas con la solicitud" . (Negrillas y subrayas del original).

"

"El Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), establecía que esta medida estaba sujeta a que la contradicción con las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud de suspensión fuera manifiesta y apreciada por confrontación directa con el acto demandado, de esa manera, se impedía que el Juez pudiera realizar un estudio profundo del caso, pues la trasgresión debía ser ostensible y como tal, no podía implicar esfuerzo analítico alguno.

Al respecto cabe resaltar que la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al juez administrativo para realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y estudiar las pruebas allegadas con la solicitud" .

Así las cosas, con fundamento en la nueva normativa resulta dable concluir que si el juez de la causa, a petición de parte –salvo aquellos asuntos en los cuales las medidas cautelares puedan decretarse de oficio–, encuentra la alegada violación de la ley, podrá hacer efectiva entonces la tutela judicial mediante la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, sin necesidad de esperar hasta la finalización del proceso.

3.- Fundamentos de la solicitud de medida cautelar en el caso concreto.

La parte actora, en este acápite de la demanda, señaló:

“Las razones con base en las cuales debe disponerse la suspensión provisional están expuestas en la presente demanda. Con ellas se demuestra [que] la ilegalidad de las disposiciones demandadas surge de su confrontación con las normas legales invocadas como violadas.

“En efecto:

“a.- La Ley 1150 de 2007 dispuso que los contratos “que se requieran para la defensa y seguridad nacional” están sometidos a la modalidad de la contratación abreviada y ordenó que “la entidad deberá justificar de manera previa la apertura del proceso de selección de que se trate, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar”.

Los artículos 3 y 65 del decreto 1510 de 2013, desconocen la anterior disposición al establecer que determinadas entidades estatales, siempre que sus contratos versen sobre determinados bienes o servicios deben acudir a esta modalidad de selección, sin que aquí resulte relevante cuál es la causa o la finalidad del contrato.

“b.- El artículo 73 del decreto, en relación con los contratos sometidos a reserva, eximió a las entidades estatales a cumplir la obligación de “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” dispuesta en el artículo 2 [de] la Ley 1150 de 2007 para todos los contratos estatales.

“c.- El artículo 78 del decreto 1510 de 2013 dispone que la contratación directa de los bienes sometidos a reserva “debe hacerse en condiciones de mercado, sin que sea necesario recibir varias ofertas” con lo cual viola el principio de selección objetiva previsto en el artículo 24 de la ley 80 de 1993, conforme con el cual las disposiciones que reglamenta la contratación directa deben garantizar y desarrollar, los principios de economía, transparencia y selección objetiva.”

d.- El artículo 2 de la ley 1150 de 2007 incluyó dentro de la modalidad de contratación directa a “La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS que necesiten reserva para su adquisición” y el artículo 78 del decreto 1510 de 2013 señala bienes y servicios que deben ser contratados por reserva desconociendo que lo que la necesidad de reserva

es una circunstancia vinculada a la finalidad que se persiga con la celebración del contrato que no puede determinarse ex ante de manera general y abstracta.

“Al adoptar esta disposición el decreto permite que, para los contratos allí determinados, se acuda a la contratación directa de manera automática sin establecer, como lo señala la ley, la necesidad de reserva.”

4.- Resolución de la solicitud de la medida cautelar.

4.1.- Del aparte del artículo 3 del Decreto 1510 a través del cual se determinan las entidades que deben acudir al procedimiento de selección abreviada y del artículo 65 del mismo cuerpo reglamentario por el cual se enlistan los bienes y servicios que deben contratarse mediante dicha modalidad de selección.

El tenor literal del inciso séptimo del artículo 3 del Decreto 1510, reza:

“Bienes y Servicios para la Defensa y Seguridad Nacional son los adquiridos para ese propósito por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, las entidades del Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia, la Fiscalía General de la Nación, el INPEC, la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios SPC, la Unidad Nacional de Protección, la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Superior de la Judicatura en las categorías previstas en el artículo 65 del presente decreto.”

Por su parte, el artículo 65 dispone:

Artículo 65. Selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios para la Defensa y Seguridad Nacional. Las entidades estatales que adquieren bienes y servicios para la Defensa y Seguridad Nacional deben utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía para las siguientes categorías:

1. Materiales explosivos y pirotécnicos, materias primas para su fabricación y accesorios para su empleo.
2. Paracaídas y equipos de salto para unidades aerotransportadas, incluidos los equipos y partes necesarios para su mantenimiento.
3. Los equipos de buceo y de voladuras submarinas, sus repuestos y accesorios.
4. 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.
5. Los bienes y servicios requeridos por la Registraduría Nacional del Estado Civil para adelantar el proceso de modernización de la cedula, identificación ciudadana, los

requeridos por las entidades estatales para acceder a los sistemas de información de la Registraduría Nacional del Estado Civil y los requeridos para las elecciones populares.

6. 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.

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

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

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

10. 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.

11. 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.

12. 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.

13. Adquisición, adecuación de las instalaciones de la Rama Judicial, del Ministerio Público y excepcionalmente de la Unidad Nacional de Protección, que se requieran por motivos de seguridad, en razón de riesgos previamente calificados por la autoridad competente.

14. 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.

15. 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.

16. Bienes y servicios requeridos directamente para la implementación y ejecución del Sistema Integrado de Emergencia y Seguridad (SIES) y sus Subsistemas.

17. Los contratos celebrados por la Fiscalía General de la Nación o el Consejo Superior de la Judicatura que requieren reserva.

18. Los contratos celebrados por el Instituto Nacional de Vías (Invías) para el desarrollo del Programa de Seguridad de Carreteras, siempre que la adquisición de bienes, obras o servicios se haga con recursos que administra con destinación específica para el sector defensa.

Cuando los bienes y servicios para la Defensa y Seguridad Nacional sean Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes, las entidades estatales deben utilizar la subasta inversa, el Acuerdo Marco de Precios o la bolsa de productos.

Considera el demandante que las disposiciones reglamentarias transcritas vulneran el contenido de la letra i) del numeral segundo del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en cuyo texto se señaló:

“Artículo 2°. De las modalidades de selección. 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. 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.

“El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

“Serán causales de selección abreviada las siguientes:

“(...).

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

En criterio del actor, las referidas normas del Decreto Reglamentario vulneran la disposición legal que quedó transcrita por cuanto el Gobierno carece de competencia para determinar cuáles son las entidades y las categorías de contratos que puedan sujetarse a esta causal de selección abreviada, en la medida en que tal determinación

resulta innecesaria para la aplicación de la ley y, por ende, desborda la potestad reglamentaria; argumentó que mientras el legislador estableció el factor finalístico -entendido como fin- la defensa y seguridad nacionales para acudir a la modalidad de selección abreviada, el ejecutivo distorsionó dicho mandato para en su lugar establecer el supuesto consistente en que la referida modalidad de selección se puede extender a determinadas entidades y para determinados contratos, dejando de lado el propósito perseguido por el legislador, pues varias de las entidades allí enlistadas no guardan relación alguna con la defensa y seguridad nacionales o con el sector defensa el cual cubre exclusivamente y en estricto rigor a las Fuerzas Militares y a la Fuerza de Policía, al igual que sucede con varios de los contratos allí enunciados que nada tienen que ver con ese objetivo.

De entrada el Despacho advierte que el mandato legal en cita estableció, de manera clara e inequívoca, que habrá lugar a acudir a la referida modalidad de selección abreviada cuando se trate de la "... contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional", texto que evidencia y refleja, sin esfuerzos y sin necesidad de efectuar lucubraciones al respecto, que el criterio -único, además- que el legislador consagró en esa disposición para que se pudiera acudir a dicha modalidad de selección indiscutiblemente fue el finalístico, esto es aquel que obliga a desentrañar la finalidad, el propósito o el móvil que en cada caso concreto hubiere determinado la celebración del contrato correspondiente.

En una palabra, la aplicación de la causal de selección abreviada que consagra la referida letra i) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150, obliga a identificar la causa del contrato en cuestión.

Así pues, sólo cuando el propósito, el móvil o la finalidad de un determinado contrato, esto es cuando su causa la constituya la adquisición de bienes y servicios requeridos para la defensa y seguridad nacionales, podrá operar entonces la aplicación de la norma legal en comento, independientemente de la entidad estatal que concurra a su celebración.

En este punto resulta pertinente señalar que cuando la respectiva entidad estatal contratante proceda a cumplir el mandato legal consistente en motivar y/o exponer la justificación que determine la aplicación de esa modalidad de selección, deberá revelar y sustentar, precisamente, la finalidad que persigue con la celebración del respectivo contrato, tal y como lo ordena el parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, según el cual "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".

Acerca de la satisfacción de este requisito legal ha de aclararse que la sola existencia del acto administrativo justificativo de la modalidad de selección escogida, proferido por la entidad estatal contratante, así como las motivaciones, explicaciones y/o justificaciones que en él se plasmen, si bien constituirá un elemento importante en la identificación de la finalidad, del propósito, del móvil, de la causa del respectivo contrato, no es menos cierto que su sola existencia no garantiza, per se, que la

aludida finalidad que impulsa la celebración del respectivo contrato efectivamente se encuentre orientada a satisfacer requerimientos de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacionales, puesto que en relación con el criterio finalístico en mención ha de ponerse de presente que lo que importa acerca del mismo es su concreción efectiva y real, que no únicamente formal o aparente, lo cual no impide agregar que la ausencia de tal motivación o justificación, además de constituir un desconocimiento flagrante del citado párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1150 –por demás aplicable a todos los procedimientos de selección contractual–, indubitablemente dificultaría en extremo la identificación de dicha finalidad.

Así pues, retomando el punto medular en discusión, resulta claro, tal como lo sostiene el demandante, que en el caso particular de la causal de selección abreviada que se analiza, la ley no estableció un criterio subjetivo u orgánico en virtud del cual se pudieran identificar algunas entidades estatales específicas como directa y exclusivamente destinatarias de la autorización legal impartida para que pudieran optar por esa modalidad de selección.

Nótese, a título puramente ilustrativo, que cuando las normas legales –incluidas, de manera especial, las que integran el Estatuto de Contratación Estatal– hacen descansar su aplicación en el criterio subjetivo u orgánico, así lo reflejan sin ambages, tal como lo evidencia el texto del párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80, modificado por el artículo 15 de la Ley 1150, en cuanto determinó, por razón del tipo o naturaleza de las correspondientes entidades estatales contratantes –que no por la finalidad de los contratos respectivos– que “[l]os contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”, criterio subjetivo u orgánico –que no finalístico – que igual se refleja en el artículo 16 de la misma Ley 1150 al determinar que “[l]os contratos que celebren Satena, Indumil, El Hotel Tequendama, la Corporación de Ciencia y Tecnología Para el Desarrollo de la Industria Naval, Marítima y Fluvial - Cotecmar- y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana -CIAC-, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad”.

En consecuencia, se impone concluir que en el caso concreto de la previsión normativa contenida en la mencionada letra i) del numeral segundo del artículo segundo de la Ley 1150, para efectos de alcanzar su recta y adecuada aplicación se necesita desentrañar, en cada caso, la finalidad o la causa que hubiere impulsado o motivado la celebración del respectivo negocio jurídico, por manera que sólo se alcanzará esa adecuada aplicación normativa si se pone en evidencia que el mismo efectivamente hubiere tenido como fin, como propósito o como móvil el de contratar bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacionales.

Teniendo en cuenta entonces que la letra i) del numeral segundo del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 no consagró un criterio subjetivo u orgánico para optar por la

referida modalidad de selección abreviada, puesto que su aplicación se reservó, de manera única y exclusiva, al aludido factor finalístico, igual se impone concluir que el Gobierno Nacional al expedir el inciso séptimo del artículo 3 del Decreto Reglamentario 1510 de 2013, mediante el cual determinó que las entidades estatales allí enlistadas, en su contratación, debían acudir al procedimiento de selección abreviada, sin duda se apartó del sentido y el alcance de la norma legal que se reglamenta, al desarrollar su aplicación con base en un criterio distinto al único que en esa específica causal definió y adoptó el legislador.

Aceptar la validez de la norma reglamentaria, además, llevaría fácilmente a la conclusión equivocada de que las entidades estatales enlistadas en el inciso séptimo del artículo 3º del Decreto 1510 serían las únicas autorizadas para, en su contratación, acudir a la modalidad de selección abreviada, con lo cual, se estarían dejando por fuera de esa opción legal a otras tantas entidades estatales que bien pudieren necesitar la contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacionales pero que, por no estar enlistadas en el demandado reglamento no podrían optar por la referida modalidad simplificada de selección contractual.

Con todo, siguiendo el lineamiento trazado, el Despacho estima necesario precisar que no comparte los argumentos del demandante en cuanto sostiene que la potestad reglamentaria se excedió por cuanto en este caso no existía necesidad de reglamentar la norma en comento.

Al respecto cabe señalar, contrario a lo sugerido por el actor, que no resulta jurídicamente válido sostener que la norma legal transgredida no requiera reglamentación o menos que el Presidente de la República, en ejercicio de su función reglamentaria conferida por la Carta Política, no pueda disponer de las directrices necesarias para su correcta ejecución a través del respectivo reglamento. Lo que ocurre, sin embargo, es que el ejercicio de dicha potestad constitucionalmente atribuida exige y supone el fiel desarrollo de los criterios señalados por el órgano legislativo, de tal suerte que el respectivo reglamento debe consultar y ajustarse de manera íntegra al marco legal que se pretende reglamentar, por lo cual cabe puntualizar que si la norma legal instaura un criterio finalístico para su aplicación, será ese, y no otro distinto, el criterio que deba desarrollar el Gobierno para su aplicación, cuestión que difiere de lo sucedido en el escenario reglamentario que se analiza, en el cual el Ejecutivo, en el inciso séptimo del artículo 3 del Decreto 1510 de 2013, dejó de lado el criterio eminentemente finalístico que adoptó la norma legal en estudio para que se pudiera acudir al procedimiento administrativo de selección abreviada y en su lugar decidió adoptar y desarrollar un criterio diferente, el cual no fue previsto, ni acogido, ni autorizado en esa norma por el legislador.

A las mismas conclusiones que aquí se han expuesto, arriba el Despacho en lo que concierne al también demandado artículo 65 del Decreto Reglamentario 1510 de 2013, a través del cual el Gobierno Nacional enlistó, por su objeto contractual –que no por su finalidad–, varios negocios que, en forma imperativa e ineludible, deberían sujetarse al procedimiento de selección abreviada de menor cuantía en cuanto se

trate de "... la contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional."

En este punto el Despacho estima pertinente traer a colación, de manera genérica, los ampliamente conocidos desarrollos conceptuales que ponen en evidencia la diferencia existente entre el objeto por un lado y por el otro la causa, ambos considerados como elementos indispensables de todo contrato.

Para una parte importante de la doctrina foránea, el objeto del contrato lo constituye un bien susceptible de valoración económica que corresponde a un interés de los contratantes. Otros autores extranjeros sostienen que el objeto del contrato no es una parte del contrato, sino algo sobre lo cual recae, o sobre la cosa vendida o sobre el precio, o sobre la prestación consistente en entregar una y otro, o sobre las relaciones o intereses recíprocos que los contratantes establecen.

A su turno, los tratadistas Ospina Fernández y Ospina Acosta al definir lo que debe entenderse como objeto de los actos jurídicos, precisan que:

"... para que se configure un acto jurídico no basta cualquier manifestación de voluntad, sino que es necesario que el agente o agentes persigan un objeto jurídico, cual es la creación, modificación o extinción de relaciones de tal índole, aunque no se ocupen en señalar pormenorizadamente todo el contenido específico de dicho acto, ya que las normas jurídicas pertinentes al reconocerlo se ponen en movimiento y se encargan, por vía imperativa o supletiva, de llenar los vacíos de que adolezca.

Lo anteriormente dicho permite establecer la distinción entre el objeto genérico y el objeto específico de los actos jurídicos. El primero consiste en esa intención abstracta de participar en la regulación de las relaciones sociales, en el ejercicio de la facultad que para ello confiere a los particulares el postulado de la autonomía de la voluntad privada, o sea que es un requisito también genérico de todo acto jurídico. El segundo, que es el que aquí nos interesa, está constituido por el contenido específico de cada acto, determinado por las regulaciones voluntarias de los agentes o, en su defecto, por las normas destinadas a complementar o a suplir la voluntad deficiente o faltante, según la naturaleza del mencionado acto. Así para que exista una compraventa es suficiente que las partes manifiesten su intención de obligarse recíprocamente y que convengan en la cosa vendida y en el precio (elementos esenciales), porque la ley ya se ha ocupado en señalar todos los efectos propios de dicho contrato (elementos naturales), tales como el régimen de saneamiento por evicción o por vicios redhibitorios de la cosa vendida, etc., a lo que se agrega que dichas partes también pueden descartar o modificar estos efectos legales, en cuanto las normas respectivas sean de índole supletiva (elementos accidentales) (...).

De suerte que el objeto de los actos jurídicos se identifica con el contenido jurídico específico de ellos (objeto específico), o sea, con los efectos de dicha índole que están llamados a producirse, bien sea en razón de la voluntad de los agentes, o bien por ministerio de la ley.”

Esos mismos autores se encargan de explicar que los requisitos legales del objeto son, a saber: la posibilidad del objeto, entendida como la correspondencia del mismo con las leyes de la naturaleza y la imposibilidad de contrariarlas; la determinación del objeto concebida como la estipulación de las prestaciones de hacer o no hacer, dar o entregar que son materia de acto jurídico; la determinación de la naturaleza de las cosas, referida a la indicación de las obligaciones y las prestaciones de especie o cuerpo cierto y las obligaciones y las prestaciones de género; la determinación de la cantidad de las cosas; la determinación de objeto ilícito, bajo el entendido de que existe objeto ilícito en todos los contratos prohibidos por las leyes y en aquellos contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

Con miras a ilustrar en qué casos se presenta un objeto ilícito, el doctrinante Uribe Holguín ha sostenido:

“Cuando el objeto consiste en entregar [una] cosa material que no existe ni llega a existir, o que no está determinada, ni es determinable, y cuando consiste en ejecutar o abstenerse de ejecutar un hecho físicamente imposible, la obligación es inexistente. Cuando la cosa material esta fuera del comercio, o el hecho o la abstención son moralmente imposibles, la obligación es inválida. En estos dos últimos casos el objeto se llama ILICITO. ”

Y al efectuar el examen de la legislación nacional se observa que aun cuando en el Código Civil no se definió de manera precisa en qué consiste el objeto de un contrato, por tal debe entenderse el contenido del mismo, en cuanto comprende todas las cosas o bienes sobre los cuales recaen el libre acuerdo de las partes, así como todas aquellas estipulaciones de estirpe obligacional que lo integran, esto son las prestaciones de dar, hacer o no hacer a cuyo cumplimiento recíprocamente se obligan los extremos del negocio

Por su parte, la causa, móvil o finalidad se encuentra definida en el artículo 1524 del Código Civil, en los siguientes términos:

“Art. 1524.- No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario

expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”.

Del texto normativo se desprende con claridad que la causa de un contrato está constituida por el móvil o la finalidad que determina u orienta su celebración, además de lo cual agrega que no habrá obligación sin causa real y lícita.

Así mismo, los tratadistas Ospina Fernández y Ospina Acosta al referirse a la causa del negocio jurídico señalan que la misma se identifica con “...los móviles que inducen a las personas a la celebración de los actos jurídicos” .

Para Uribe Holguín la causa, entendida como el móvil del contrato, debe reunir cuatro requisitos consistentes en: que la conozcan y la hayan aceptado ambas partes; que el motivo haya sido determinante, es decir que sin él no se hubiera contratado; que el móvil sea real, esto es de existencia verdadera y efectiva, y que el móvil sea lícito, es decir no prohibido por la ley, ni contrario a las buenas costumbres o al orden público.

Según lo expuesto se tiene que si bien resulta posible, deseable y hasta indispensable encontrar relación entre el objeto de un contrato y su causa o finalidad, en cuanto es esta última la que refleja y/o constituye en sí misma la motivación que dio lugar a su celebración, no es menos cierto que los elementos en mención no pueden confundirse ni reducirse a uno solo, sino que corresponden a dos (2) elementos de cada contrato perfectamente diferenciables entre sí, no obstante su necesaria y estrecha interrelación.

Así pues, el objeto de un determinado contrato, individualmente considerado, no contiene, en sí mismo, la causa que determinó su celebración y, por tanto, por sí solo no explica su finalidad, aunque su contenido o alcance pueda servir para extraer algunos elementos que ayuden a identificarla, pero sin agotarla ni encerrarla en su totalidad, puesto que a través de un mismo objeto contractual bien pueden alcanzarse, perseguirse y/o satisfacerse distintas finalidades.

Es tan clara la distinción y diferenciación que en torno a esas dos figuras establece el ordenamiento jurídico nacional, que por ello mismo contempla que la ilicitud de cualquiera de ellas, de manera autónoma y separada la una de la otra, dará lugar a la nulidad absoluta de todo el vínculo, ora por ilicitud en el objeto, ora por ilicitud en la causa.

Hechas las anteriores precisiones, el Despacho concluye que el demandado artículo 65 del Decreto Reglamentario 1510 de 2013, al igual que ocurrió al efectuar el examen preliminar del también demandado artículo 3, no desarrolló el criterio

finalístico que adoptó la Ley 1150 de 2007 al regular la aludida causal de selección abreviada; en este caso particular, se tiene con claridad que el Ejecutivo, al establecer un listado de objetos contractuales que por su relación material con la defensa y seguridad nacionales determinarían la aplicación de dicha causal, acudió a definir y desarrollar un criterio objetivo o material que no coincide con el tantas veces referido criterio finalístico contemplado en la norma legal que se reglamenta.

Por último, en relación con el argumento de los intervinientes que defienden la legalidad de la norma demandada, según el cual para la debida operatividad y cumplida ejecución de la disposición legal resultaba necesario una categorización de las entidades estatales -criterio subjetivo u orgánico- y una identificación de los bienes y servicios susceptibles de contratación -criterio objetivo o material- para entender que la conjugación de unos y otros asegurarían que los contratos respectivos serían los que corresponderían a la adquisición de bienes y servicios para la seguridad y defensa nacionales, se impone reiterar que la reglamentación de los mandatos legales sólo puede atender a los lineamientos y criterios que el mismo legislador hubiere adoptado o autorizado sobre la materia. En consecuencia, dado que el criterio que consagró el legislador para acudir a dicha modalidad de selección fue el de la finalidad, resulta evidente que la reglamentación no puede hacerse extensiva o desarrollarse a partir de criterios distintos a los consagrados por el imperativo legal.

Todo cuanto ha sido expuesto basta para que en esta oportunidad el Despacho acceda a decretar la medida cautelar de suspensión provisional solicitada en relación con el inciso séptimo del artículo 3 y del artículo 65, ambos preceptos del Decreto Reglamentario 1510 de 2013.

4.2.- De la letra (c) del inciso final del artículo 73 del Decreto 1510 el cual exime a la entidad estatal contratante de la obligación de expedir el acto administrativo en el que se justifica la modalidad de selección.

El texto del Decreto Reglamentario dentro del cual se encuentra el aparte demandado es el siguiente:

“Artículo 73. Acto administrativo de justificación de la contratación directa. La entidad estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, el cual debe contener:

1. La causal que invoca para contratar directamente.
2. El objeto del contrato.
3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista.
4. El lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos.

Este acto administrativo no es necesario cuando el contrato a celebrar es de

prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de que tratan los literales a), b) y c) del artículo 75 del presente decreto.” (El aparte destacado por el Despacho es sobre el cual recae la censura).

A su turno, la letra c) del artículo 75, establece:

“Artículo 75. No publicidad de estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos elaborados para los siguientes procesos de contratación no son públicos: a) la contratación de empréstitos; b) los contratos interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República, y c) los contratos a los que se refiere el numeral 17 del artículo 65 y el artículo 78 del presente decreto” (se subraya el segmento normativo demandado).

Como resulta apenas natural, para efectos de determinar el alcance de la demandada letra c) del transcrito artículo 75 se impone acudir a las normas de ese mismo Decreto Reglamentario a las cuales se hace expreso reenvío, esto es al texto del numeral 75 del artículo 65 y a la parte pertinente del artículo 78.

Así reza el aludido numeral 17 del artículo 65 del examinado Decreto 1510 de 2013:

“17. Los contratos celebrados por la Fiscalía General de la Nación o el Consejo Superior de la Judicatura que requieren reserva”.

Y por último, su artículo 78 reza:

“Artículo 78. Contratación de Bienes y Servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que necesiten reserva para su adquisición. Las entidades estatales no están obligadas a publicar los documentos del proceso para adquirir bienes y servicios en el sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva. En estos procesos de contratación la adquisición debe hacerse en condiciones de mercado sin que sea necesario recibir varias ofertas.

“Los siguientes bienes, obras y servicios requieren reserva para su adquisición:

“1. Armas, sistemas de armamento y sus repuestos, municiones, elementos para la instrucción de las mismas, manejo, incluyendo los elementos contra motines, torpedos y minas, herramientas y equipos para pruebas y mantenimiento de estos y estas.

“2. Equipos optrónicos y de visión nocturna, sus accesorios, repuestos e implementos necesarios para su funcionamiento.

“3.- Redes, sistemas de información y comunicaciones, incluyendo hardware y software, servicios y accesorios, infraestructura para la ciberdefensa y ciberseguridad informática y física, incluyendo la consultoría, el diseño, las metodologías de análisis, implementación y configuración, requeridos para el sector defensa y la dirección

nacional de inteligencia.

“4. Naves, artefactos navales y fluviales, y aeronaves, y cualquier otro equipo para el transporte aéreo, marítimo o fluvial requerido para la defensa nacional, así como sus accesorios, repuestos, elementos de su operación y funcionamiento, combustible y lubricantes.

“5. Vehículos militares y policiales 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, de la Dirección Nacional de Inteligencia.

“6. Servicios de transporte especializado que requieren reserva para garantizar la vida y la integridad de personas protegidas por la Unidad Nacional de Protección.

“7. Material blindado y la adquisición de vehículos para blindar para el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva.

“8. Equipos de detección aérea, de superficie y submarinas, sus repuestos y accesorios, equipos de sintonía y calibración para el Sector Defensa.

“9. Los bienes, obras y servicios relacionados con la señalización y las ayudas de navegación aérea, marítima y fluvial, con sus accesorios, repuestos y demás insumos para su operación, información técnica tendiente a proteger y salvaguardar los límites y fronteras y garantizar la soberanía, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional, así como las compras y los contratos relacionados con proyectos de ciencia y tecnología destinados a establecer la conformación física y morfológica del territorio nacional para su defensa.

“10. Los bienes, obras y servicios que tengan por finalidad garantizar la vida e integridad del Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República.

“11. Los bienes y servicios para la administración, conservación, clasificación, ordenación, guarda y sistematización de los archivos generales como de inteligencia que hacen parte del Departamento Administrativo de Seguridad en supresión y de la Dirección Nacional de Inteligencia.

“12. Los bienes y servicios que por razón de su especificación técnica permiten mantener líneas logísticas estandarizadas con equipamiento existente de la Fuerza Pública, sin consideración de marcas u origen.

“13. Equipo y vestuario con funcionalidades orientadas a la protección personal, balística, nuclear, biológica o química y textiles con acabados funcionales especiales para la confección de vestuario.

“14. Las obras públicas que tengan relación directa con la defensa y seguridad

nacional, inteligencia y contrainteligencia, la seguridad de las instalaciones, la integridad del personal y de las operaciones de la Fuerza Pública y de la Dirección Nacional de Inteligencia, así como las consultorías e interventorías relacionadas con las mismas.

“15. Los bienes, obras y servicios relacionados con la capacitación, instrucción y entrenamiento del personal de la Fuerza Pública, de la Unidad Nacional de Protección y de la Dirección Nacional de Inteligencia, así como para el diseño de estrategias relacionadas con la defensa, la seguridad nacional, inteligencia y contrainteligencia.

“16. Los bienes, obras y servicios derivados de la compensación a cargo de países y proveedores de los bienes y servicios previstos en el artículo 65 y en el presente artículo. Estos bienes y servicios deben ser adquiridos a través de convenios de cooperación industrial y social, llamados offset, que tienen 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.

“17. Los bienes, obras y servicios para garantizar la defensa y seguridad de la infraestructura petrolera, minera, energética, vial, de comunicaciones y para la erradicación de cultivos ilícitos, incluyendo la dotación de las unidades militares comprometidas en esta tarea y los equipos, elementos y servicios necesarios para garantizar su permanencia y operación en las áreas objeto de protección.

“18. Los servicios de mantenimiento de los bienes, obras y servicios señalados en el presente artículo y las interventorías necesarias para la ejecución de los respectivos contratos.

“19. Los equipos de inteligencia, los estudios de confiabilidad y credibilidad para personal de inteligencia y la consultoría e interventoría en materia de inteligencia.

“20. Los bienes y servicios enumerados en el presente artículo contratados con personas extranjeras de derecho público, o con proveedores autorizados por estas.”

La simple lectura de las normas transcritas, palmariamente contrario a lo que sostienen algunas de las intervenciones de varias de las entidades que se oponen a la prosperidad de las peticiones del demandante, refleja con claridad que el Decreto Reglamentario eximió de la obligación legal de expedir acto administrativo justificativo de la modalidad de selección de contratación directa, en cuanto esa decisión administrativa forma parte de los “documentos previos elaborados para los ... procesos de contratación”, en los siguientes casos:

A).- Cuando se trate de “[l]os contratos celebrados por la Fiscalía General de la Nación o el Consejo Superior de la Judicatura que requieren reserva”;

B).- Cuando se trate del proceso para adquirir bienes y servicios en el sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren

reserva” en relación con los bienes y servicios enlistados en los numerales 1 al 20 del artículo 78 del Decreto demandado.

A juicio del Despacho, tal como lo sostiene la parte demandante, la disposición cuestionada transgrede de manera ostensible la previsión legal contenida en el párrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, por cuya virtud se dispuso:

“Artículo 2°. De las modalidades de selección. 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:

“

“Párrafo 1°. 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”.

Así pues, emerge de manera diáfana que las normas legales que integran el Estatuto de Contratación Estatal, al regular el principio de transparencia que debe imperar en la actividad contractual, no establecen distinción alguna orientada a relevar a una o a varias entidades estatales, en ciertos eventos, del deber que les asiste justificar la modalidad de selección escogida previamente a su apertura y por contera a la celebración del contrato producto de la misma. Por manera que la necesidad de justificar el procedimiento administrativo de escogencia del contratista constituye un imperativo legal vigente que excluye de plano el otorgamiento de algún tipo de autorización por cuya virtud el reglamento faculte a las entidades estatales contratantes para prescindir de la expedición del acto previo justificativo del procedimiento administrativo de selección que ha de observarse, cuestión que impone concluir que la previsión reglamentaria que en ese sentido se expidió desbordó el marco normativo reglamentado al consagrar reglas exceptivas en punto al deber legal de justificar la escogencia de la modalidad de selección de contratación directa que la norma legal no autorizaba.

Al respecto conviene reiterar que:

“La potestad reglamentaria se caracteriza porque los actos expedidos están subordinados a la ley que reglamentan, de modo que no pueden modificar las disposiciones contenidas en ella. Si el ejecutivo desborda la facultad reglamentaria y se arroga una competencia de la que carece, termina por invadir la órbita del legislador, al punto de colegislar conjuntamente con él” . (Se destaca).

En este punto resulta preciso recordar que en pasada oportunidad la Sección Tercera de esta Corporación al pronunciarse sobre la solicitud de suspensión provisional del párrafo 2 del artículo 2 del Decreto Reglamentario 2474 de 2008, mediante el cual se suprimió la obligación de expedir acto administrativo para justificar la modalidad de selección escogida en los casos en que se contratara la prestación de servicios y

apoyo a la gestión, si bien suspendió los efectos de la norma impugnada tras encontrarla ilegal por contemplar excepciones no previstas en la ley que se reglamentaba, lo cierto es que al decidir el fondo del asunto la Sección Tercera se abstuvo de declarar su nulidad con fundamento en el hecho de que la obligación de justificar la modalidad de selección de todas maneras subsistía por cuenta del artículo 3.3 del citado reglamento mediante el cual se exigía que al realizar los estudios previos debían expresarse los fundamentos jurídicos que soportaran la modalidad de selección escogida.

No obstante, como acertadamente lo advierte el actor, tales consideraciones no resultan extensivas a la presente causa si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 75 del Decreto 1510, no existe la obligación de publicar los estudios y documentos previos para ese tipo de contratos (a los que se refieren el numeral 17 del artículo 65 y el artículo 78 del Decreto en examen), de tal manera que la norma reglamentaria tendría el efecto de relevar o eximir a la entidad estatal contratante que corresponda, del deber impuesto por la ley consistente en tener que justificar públicamente las razones que la hubieren llevado a adoptar en esos eventos la modalidad de selección de contratación directa, por lo cual se desvanecería la motivación que se debe sobre el particular en cuanto la expresión del sustento que le dio origen ya no habría de darse a conocer a la colectividad.

Al respecto, el Despacho considera pertinente aclarar que aun cuando varias de las entidades intervinientes sostuvieron que no existía vulneración alguna del párrafo primero del artículo 2 de la Ley 1150 por cuanto el reglamento en su artículo 20, numeral 3, establecía que todas las entidades estatales debían incluir en los estudios y documentos previos la modalidad de selección del contratista y su justificación, lo cierto es que esta regla, por lo menos en cuanto a la publicación de los mismos, como se advirtió, fue exceptuada por cuenta del artículo 75 del mismo Decreto, circunstancia que impone concluir que a pesar de que subsista el deber de justificar en los estudios previos la modalidad de selección escogida, la eliminación del deber de publicarlos y con ello de revelar su motivación en este preciso evento, impide la cristalización del principio de transparencia que entre otras reglas para su materialización supone el deber de publicidad de todos los actos y procedimientos, tal y como lo dispone el párrafo segundo, numeral primero, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, precepto legal que en esta materia no hace más que dar desarrollo al principio constitucional de publicidad, erigido expresamente por el artículo 209 supremo en uno de los rectores de la función administrativa, dentro de la cual se encuentra incorporada, claro está, la actividad contractual del Estado.

En consecuencia, al hallarse configurada la violación directa del párrafo primero del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, para el Despacho resulta procedente suspender, de manera provisional y parcial, los efectos de la letra c) del inciso final del artículo 73 del Decreto 1510 de 2013, en cuanto dispone que no será necesario expedir acto administrativo de justificación de la contratación para “c) los contratos a los que se refiere el numeral 17 del artículo 65 y el artículo 78 del presente decreto.”

Al respecto resulta de la mayor importancia destacar que la suspensión provisional

que se dispondrá en relación con los efectos de la demandada letra c) del inciso final del artículo 73 del Decreto 1510 de 2013, no cubre la totalidad de los alcances de su contenido sino, exclusivamente, aquellos que coliden de manera directa con el transcrito párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1150, puesto que sólo a ese aspecto hizo referencia la solicitud de la medida cautelar que aquí se resuelve.

Para mayor claridad conviene señalar que la mencionada letra c), como no podía ser de otra manera, se encuentra afectada por las hipótesis normativas del artículo 75 del Decreto 1510, las cuales no se contraen a la justificación previa a la apertura del proceso de selección de los fundamentos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar –que es el único aspecto sobre el cual versa el análisis efectuado en la presente providencia, así como la decisión contenida en la misma– sino que comprende muchas más, puesto que el aludido artículo 75 del cual forma parte la mencionada letra c) se ocupa, sin distinción alguna, de eximir de publicidad a la totalidad de “[l]os estudios y documentos previos elaborados para los ... procesos de contratación” a “que se refiere el numeral 17 del artículo 65 y el artículo 78 del presente decreto”.

En consecuencia, se suspenderá, de manera provisional y parcial, el inciso final del artículo 73 del Decreto Reglamentario 1510 de 2013, en el aparte que reza “y (c) del artículo 75 del presente Decreto”, pero sólo en cuanto corresponde a la exoneración que dicha norma contiene respecto del deber de 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.

4.3.- Del aparte del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013, por el cual en los casos de contratación directa de los bienes que requieren reserva para su adquisición para el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección, se estableció que no será necesario recibir varias ofertas.

El tenor literal del inciso 1º de la norma acusada es el siguiente:

“Artículo 78. Contratación de Bienes y Servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que necesiten reserva para su adquisición. Las entidades estatales no están obligadas a publicar los documentos del proceso para adquirir bienes y servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva. En estos procesos de contratación la adquisición debe hacerse en condiciones de mercado sin que sea necesario recibir varias ofertas”. (El aparte que se resalta y se subraya constituye la materia de demanda).

Según el demandante, al establecerse en el reglamento que no será necesario recibir varias ofertas para acudir a la contratación directa de bienes sometidos a reserva, habrían quedado excluidos los principios de selección objetiva y transparencia que disciplina la Ley 80, los cuales conservan plena vigencia, pues, en su sentir, se habría autorizado la contratación directa sin reglamentar la existencia de algún procedimiento previo que le abriera paso a la celebración del negocio jurídico

correspondiente y, en esa medida, se habría contrariado abiertamente lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 24 de dicho Estatuto, de conformidad con el cual:

“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.”

Para el Despacho, la lectura de la norma reglamentaria, en su parte acusada, “sin que sea necesario recibir varias ofertas”, ofrece dos interpretaciones que merecen un especial pronunciamiento.

Ciertamente, el texto completo del inciso 1º del artículo 78 de Decreto 1510, del cual forma parte el segmento normativo demandado, permite evidenciar que esa disposición reglamentaria exonera o autoriza a las entidades estatales del Sector Defensa, a la Dirección Nacional de Inteligencia y a la Unidad Nacional de Protección, para que en la contratación de bienes y servicios que necesiten reserva, no deban publicar los documentos del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual; así mismo, la norma reglamentaria en cita autoriza a esas mismas entidades estatales para que en esos específicos procedimientos administrativos de selección contractual –es decir los que versen sobre la contratación de bienes y servicios que necesiten reserva– puedan proceder, en condiciones de mercado, sin que sea necesario recibir varias ofertas.

Dentro de ese marco normativo resulta posible dar dos (2) interpretaciones diferentes al segmento normativo demandado, a saber:

Una primera forma de leer la disposición en examen permite entender que a través de ella se autoriza a las entidades estatales del Sector Defensa, a la Dirección Nacional de Inteligencia y a la Unidad Nacional de Protección, para que, en la contratación de bienes y servicios que necesiten reserva, puedan proceder a la celebración de los respectivos contratos aunque no hubieren recibido más de una sola oferta.

Una segunda interpretación, por el contrario, permite inferir que la autorización que la norma demandada imparte a las entidades estatales mencionadas, en los casos igualmente allí establecidos, abarca o comprende la posibilidad de la celebración de los contratos respectivos sin que sea necesario recibir varias ofertas pero no porque no se hayan presentado, formulado o entregado varias propuestas, sino porque sencillamente podría prescindirse de la solicitud, de la invitación o de la convocatoria encaminada a su obtención.

Como fácilmente puede apreciarse, según que la norma se entienda en uno o en otro sentido, igualmente sería diferente su alcance y, por tanto, distintas también deben ser las conclusiones que se adopten acerca de la solicitud de suspensión provisional que se ha formulado en relación con la misma.

Así pues, si el segmento normativo se entiende dentro de la primera interpretación

expuesta, esto es que el citado artículo 78 del Decreto 1510 se habría limitado a autorizar la celebración de los contratos en él referidos aunque no se hubiere obtenido, al finalizar el procedimiento administrativo de selección contractual correspondiente, más de una oferta, no se encuentran razones para acceder al decreto de la medida cautelar deprecada.

Al respecto conviene señalar que en relación con la posibilidad de adjudicar válidamente un procedimiento de selección contractual tan formal y exigente como la licitación pública, desde el punto de vista positivo reciente se registró una evolución normativa muy clara a propósito de lo cual resulta pertinente revisar lo que al respecto disponía el artículo 42 del Decreto-ley 222 de 1983, a cuyo tenor:

“ARTICULO 42. DE CUANDO SE DECLARA DESIERTA LA LICITACION O CONCURSO DE MERITOS. El jefe del organismo respectivo declarará desierta la licitación o el concurso de méritos:

1. Cuando no se presente el número de mínimo de participantes que se haya determinado en el pliego o invitación.
2. Cuando el procedimiento se hubiere adelantado con pretermisión de alguno de los requisitos previstos en este estatuto o en sus normas reglamentarias.
3. Cuando ninguna de las propuestas se ajustare al pliego de condiciones o a la invitación.
4. Cuando se hubiere violado la reserva de las mismas de manera ostensible y antes del cierre de la licitación o concurso.
5. Cuando a su juicio, las diferentes propuestas se consideren inconvenientes para la entidad contratante.

En los casos previstos en los numerales 1, 2, 3 y 4 de este artículo, la declaratoria deberá hacerse mediante resolución motivada”. (Se resalta por fuera del texto original).

Por su parte, dentro de las reglas que se exigían para efectuar o realizar la licitación pública, de manera expresa, la letra i) del artículo 30 del citado Decreto-ley 222 de 1983 ordenaba que en los pliegos de condiciones debía indicarse el número mínimo de oferentes hábiles requeridos para que pudiese efectuarse válidamente la adjudicación, según los siguientes términos:

“ARTICULO 30. DE COMO SE REALIZA LA LICITACION PUBLICA. La licitación pública se efectuará conforme a las siguientes reglas:

“.....

“2ª) La entidad interesada elaborará un pliego de condiciones que, además de lo que

se considere necesario para identificar la licitación, contenga en forma expresa y completa:

“.....

“i. El número mínimo de participantes hábiles exigido para que la licitación no sea declarada desierta, el cual no podrá ser inferior a dos;” (Se deja resaltado).

Así pues, según los precisos dictados imperativos del referido cuerpo normativo, contenido del anterior estatuto de contratación administrativa, resultaba improcedente adjudicar una licitación pública si a su desarrollo únicamente concurría un (1) sólo proponente, puesto que la norma legal exigía, de manera mandatoria, la presencia del número plural de proponentes hábiles que en cada caso concreto determinase el respectivo pliego de condiciones, sin que ese número pudiese ser inferior a dos (2) oferentes hábiles, so pena de tener que declararse desierto el correspondiente procedimiento administrativo de licitación.

Esa expresa exigencia que contenía el mencionado Decreto-ley 222 de 1983 desapareció a partir de la expedición, en el año de 1993, de la Ley 80, comoquiera que el nuevo Estatuto de Contratación Estatal, a través de su artículo 81, derogó las normas legales que se han dejado transcritas y, además, NADA dispuso acerca de la pluralidad de oferentes como requisito para la adjudicación de procedimientos de selección contractual.

Tal aserto encuentra fundamento claro en la exposición de motivos que sirvió para sustentar y explicar el sentido y el propósito del proyecto que posteriormente se convirtió en la que hoy es la Ley 80; en dicha exposición de motivos se puso de presente la intención que animó, desde su concepción, la nueva regulación contractual para efectos de eliminar la exigencia de la pluralidad de oferentes para la adjudicación válida de los procedimientos de selección, de conformidad con los siguientes términos:

“2. La declaración de desierta de la licitación o concurso

“Como un corolario de la eliminación del requisito de la concurrencia obligatoria de propuestas en los procedimientos de selección, el proyecto suprime la obligación de declarar desierta la licitación o concurso por esa causa, pues ha sido justificada y, por lo demás, reiterada la crítica que de tiempo atrás se ha formulado a ese imperativo en cuanto que por definición el proceso de selección debe adelantarse en forma absolutamente transparente y, por consiguiente, con plenas garantías de información y publicidad que aseguren la igualdad de oportunidades, resultando por ello carente de toda justificación que en el evento de presentarse un solo proponente que de acuerdo con el criterio de selección objetiva reúna los requisitos y cumpla las condiciones exigidas por la entidad pública contratante, ésta deba abstenerse de contratar con dicho proponente por no haber habido concurrencia, viéndose de esa manera abocada a la necesidad de realizar un nuevo proceso licitatorio, o de concurso que, a todas luces, no se compadece con los criterios de agilidad, eficiencia y

oportunidad que deben predominar en las actuaciones administrativas.

“Por estas razones y como un desarrollo específico del principio de la economía, el artículo 25, numeral 17 del proyecto, establece claramente que la declaratoria de desierta de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causales constitutivos de impedimentos para la escogencia objetiva, como cuando ninguno de los proponentes cumple los requisitos y exigencias contemplados en el respectivo pliego de condiciones, de tal manera que si la administración se ve en el caso de hacer tal declaración, tiene el deber ineludible de sustentar en forma precisa y detallada las razones o móviles determinantes de la decisión adoptada en ese sentido”.

Así pues, a partir de la vigencia de la Ley 80 las entidades estatales quedaron facultadas legalmente para adjudicar de manera válida los procedimientos de selección contractual contemplados, regulados y autorizados por ese mismo cuerpo legal, cuando en desarrollo de tales procedimientos administrativos de selección se verificare la participación de un (1) solo y único proponente, en tanto la propuesta correspondiente se ajuste al pliego de condiciones y, simultáneamente, resulte favorable para los intereses y propósito de la respectiva entidad contratante.

Ese fue, precisamente, el entendimiento que a la regulación contenida en la Ley 80 le atribuyó la Jurisprudencia del Consejo de Estado, según lo evidencian los pronunciamientos realizados sobre la materia por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de entre los cuales resulta ilustrativa la sentencia proferida en junio 24 de 2004, en la cual se puntualizó:

“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 desierta 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.

“Por consiguiente, a partir de la expedición de la ley 80 de 1993 no es necesaria la existencia de por lo menos dos propuestas que cumplan con las condiciones de la licitación para que pueda procederse a la adjudicación del contrato. Hoy la presentación de una sola oferta no es causal que frustre el proceso licitatorio, como sí lo era en vigencia del decreto ley 222 de 1983” (Se deja resaltado y subrayado).

Esa jurisprudencia que trazó la Sección Tercera del Consejo de Estado, la cual ha sido permanentemente reiterada, consistente en reconocer como válida y ajustada al régimen legal vigente la decisión administrativa de adjudicar una licitación a un oferente único, naturalmente informa y orienta el proceder que válidamente pueden asumir las entidades estatales contratantes en el campo de otros procedimientos de

selección contractual.

Bajo este entendido y retomando el examen del caso concreto, cabe concluir en que cuando alguna de las entidades a que se refiere el citado artículo 78 del Decreto 1510 de 2013, pretenda realizar la contratación directa de bienes o servicios sometidos a reserva y sólo se presente una oferta, esta situación no tendría que impedir o afectar la posibilidad de efectuar válidamente la correspondiente adjudicación y la consiguiente celebración del respectivo contrato, pues lo que cobra verdadera relevancia es que al interior de la entidad se hayan agotado todas las herramientas tendientes a garantizar una invitación o convocatoria transparente.

Por tanto, en la hipótesis en que luego de realizar el respectivo llamado a los interesados se presente una única oferta, siempre que la misma satisfaga las necesidades de la entidad, la autorización que contiene el segmento normativo cuya suspensión provisional se solicita, es una autorización que no se revela contraria al ordenamiento jurídico vigente, ni a las normas positivas invocadas como violadas por el demandante.

Por el contrario, en cuanto la norma en examen contentiva de una autorización para que las entidades estatales a que se refiere el aludido artículo 78 del Decreto 1510 de 2013 y en los casos allí previstos, puedan celebrar los respectivos contratos sin necesidad de recibir ofertas, se entienda comprensiva de la autorización para prescindir también de la solicitud que debe anteceder a dicha recepción, según la modalidad de que se trate: invitación, convocatoria, llamado, etc., es un entendimiento que contraría abiertamente la norma legal invocada como violada así como los principios que ella desarrolla, los principios en los cuales esa misma norma legal se sustenta y los principios que deben consultarse para determinar el alcance de dicha disposición.

Ante esta última interpretación el Despacho encuentra que le asiste razón a la parte demandante en cuanto el aparte pertinente de la norma en cuestión impediría que se materialice el principio de selección objetiva, cuyo correcto entendimiento solo es posible realizarlo a la luz de los principios constitucionales de igualdad y moralidad, así como de los principios de libre concurrencia y transparencia.

Al respecto se impone destacar que, contrario a lo sostenido por las entidades estatales intervinientes, uno de los tantos matices del principio de selección objetiva y con independencia de que la modalidad de selección corresponda a la contratación directa, en cuyo evento dicho principio, al igual que en los casos de las otras modalidades de selección, constituye un pilar fundamental de la actividad precontractual, consiste, entre otros, en garantizar la existencia de un procedimiento administrativo a partir del cual se convoque o se invite a los interesados a presentar su ofertas en condiciones de igualdad y transparencia.

“Lo anterior significa que la Administración está obligada, aún en los eventos de contratación directa definidos en la ley, a garantizar la libre concurrencia de los participantes, fijar las bases de participación, determinar los criterios de evaluación de

las ofertas, adelantar los análisis pertinentes de las propuestas presentadas, con criterios de objetividad y transparencia garantizando la igualdad e imparcialidad respecto de los oferentes, con el fin de adjudicar a aquel, cuya propuesta sea la más conveniente para el interés público y la satisfacción de las necesidades de la comunidad. Significa entonces que la modalidad de contratación directa prevista en la ley, no puede ser utilizada por la Administración para seleccionar a su arbitrio al contratista que le simpatiza, puesto que la ley le impone el deber de respetar los principios de transparencia, selección objetiva, economía, igualdad, imparcialidad, publicidad y libre concurrencia, como orientadores de la actividad contractual y de esta manera garantizar que la selección se cumpla en condiciones de igualdad para que la propuesta escogida sea la más favorable para los intereses de la entidad.”

Así pues, la supresión por vía del reglamento de la necesidad de solicitar varias ofertas en el procedimiento de contratación directa para los bienes sometidos a reserva, transgrede el principio de selección objetiva contenido en el Estatuto de Contratación, habida consideración de que cercena de plano la libre concurrencia por cuanto cierra la posibilidad de comparecer al procedimiento de selección a todo aquel que se encuentre en capacidad de realizar un ofrecimiento a la entidad, imposibilita la comparación efectiva de ofertas y, por ende, desplaza la escogencia de la propuesta más favorable para la entidad y para los fines que ella persigue.

Frente a este punto ha de aclararse que el hecho de que la contratación recaiga sobre bienes y servicios sometidos a reserva no constituye una justificación válida para que la misma se encuentre desprovista de la debida convocatoria encaminada a obtener una pluralidad de ofertas y así materializar la negociación en condiciones de mercado, pues la circunstancia de la reserva se orienta a relevar, por cuestiones de seguridad, a la entidad estatal contratante de hacer públicas las especificaciones del objeto a contratar, pero no la autoriza, per se, a dejar de lado su obligación de garantizar la libre comparecencia al procedimiento de selección a quienes les asista interés en ello.

En el escenario de este entendimiento de la norma demandada, le asiste la razón al demandante en cuanto manifiesta que el Decreto Reglamentario No. 1510 de 2013, en la parte final del primer inciso de su artículo 78, se apartó de la observancia del principio de selección objetiva desarrollado por el Estatuto de Contratación Estatal.

En línea con la conclusión que antecede resulta menester entonces que la decisión que debe adoptarse en relación con la solicitada medida de suspensión provisional requiere modularse a través del respectivo condicionamiento de que debe ser objeto. Al respecto, la Corte Constitucional al resolver sobre la inconstitucionalidad de una norma, consideraciones que para el caso son extensivas, naturalmente no por ser el mismo tipo de acción la que se conoce sino por versar sobre los efectos del retiro del ordenamiento, así sea de forma provisional, de una previsión normativa, en este caso, de una disposición reglamentaria, sobre la respectiva decisión condicionada ha señalado que “esta medida de preservación jurídica, auspiciada por el principio de conservación del derecho y desplegada en torno a la interpretación armónica de la ley, evita la supresión graciosa de normas jurídicas, el consiguiente empobrecimiento de la normatividad así como propende al fortalecimiento del espíritu democrático

mediante el respeto por la voluntad del legislador”.

En el orden de ideas que ha quedado expuesto, el Despacho procederá a suspender provisionalmente, de manera condicionada, los efectos de la parte final del primer inciso del artículo 78 del Decreto 1510, “sin que sea necesario recibir varias ofertas”, sólo en cuanto se entienda que la autorización que contiene la norma demanda incluya o comprenda también la pretermisión del deber de solicitar varias ofertas.

En tanto que si la interpretación que se imprime al mismo aparte se identifica con aquella según la cual no será necesario recibir varias ofertas, porque no obstante haber adelantado la respectiva invitación y garantizado la libre concurrencia, no se obtuvo pluralidad de ofertas, en este caso el sentido de la previsión reglamentaria se encontraría ajustado al ordenamiento jurídico.

4.4. Del artículo 78 mediante el cual se enuncian los bienes obras y servicios que requieren reserva para su adquisición.

La parte actora señaló que el artículo 78 del Decreto 1510 de 2013 contraría la letra d) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en la medida en que dicha norma legal simplemente dispone que la contratación directa procedería en los casos de contratación de bienes y servicios del Sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición, sin que el legislador haya conferido facultades al ejecutivo para indicar en el Decreto Reglamentario cuáles contratos deberían celebrarse de este modo, pues la condición de la reserva constituía una particularidad que concernía determinar al representante legal de la entidad, con anterioridad al procedimiento de selección, dependiendo de las circunstancias que rodeen cada caso concreto.

Con base en los argumentos expuestos consideró el actor que en este evento no existía necesidad de reglamentación en tanto la norma era muy clara al establecer que el criterio para acudir a la contratación directa para la adquisición de bienes y servicios del Sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– aludía a la determinación de si sobre ellos recaía la necesidad de reserva; además, señaló que el artículo 78 del mencionado Decreto había excedido la potestad reglamentaria pues a partir del mismo no se propendía por la ejecución de la ley sino por su interpretación, puesto que se estaba interpretando el alcance de la noción de “reserva” al enunciar un listado taxativo de los casos en que esta se configuraba, función que resultaba privativa de los órganos legislativo y jurisdiccional.

El aparte correspondiente al texto demandado del artículo 78 es el siguiente:

“Los siguientes bienes, obras y servicios requieren reserva para su adquisición:

1. Armas, sistemas de armamento y sus repuestos, municiones, elementos para la ins–trucción de las mismas, manejo, incluyendo los elementos contra motines, torpedos y minas, herramientas y equipos para pruebas y mantenimiento de estos y estas.

2. Equipos optrónicos y de visión nocturna, sus accesorios, repuestos e implementos necesarios para su funcionamiento.

3. Redes, sistemas de información y comunicaciones, incluyendo hardware y software, servicios y accesorios, infraestructura para la ciberdefensa y ciberseguridad informática y física, incluyendo la consultoría, el diseño, las metodologías de análisis, implementación y configuración, requeridos para el Sector Defensa y la Dirección Nacional de Inteligencia.

4. Naves, artefactos navales y fluviales, y aeronaves, y cualquier otro equipo para el transporte aéreo, marítimo o fluvial requerido para la defensa nacional, así como sus accesorios, repuestos, elementos de su operación y funcionamiento, combustible y lubricantes.

5. Vehículos militares y policiales 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, de la Dirección Nacional de Inteligencia.

6. Servicios de transporte especializado que requieren reserva para garantizar la vida y la integridad de personas protegidas por la Unidad Nacional de Protección.

7. Material blindado y la adquisición de vehículos para blindar para el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva.

8. Equipos de detección aérea, de superficie y submarinas, sus repuestos y accesorios, equipos de sintonía y calibración para el Sector Defensa.

9. Los bienes, obras y servicios relacionados con la señalización y las ayudas de navegación aérea, marítima y fluvial, con sus accesorios, repuestos y demás insumos para su operación, información técnica tendiente a proteger y salvaguardar los límites y fronteras y garantizar la soberanía, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional, así como las compras y los contratos relacionados con proyectos de ciencia y tecnología destinados a establecer la conformación física y morfológica del territorio nacional para su defensa.

10. Los bienes, obras y servicios que tengan por finalidad garantizar la vida e integridad del Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República.

11. Los bienes y servicios para la administración, conservación, clasificación, ordenación, guarda y sistematización de los archivos generales como de inteligencia que hacen parte del Departamento Administrativo de Seguridad en supresión y de la Dirección Nacional de Inteligencia.

12. Los bienes y servicios que por razón de su especificación técnica permiten

mante–ner líneas logísticas estandarizadas con equipamiento existente de la Fuerza Pública, sin consideración de marcas u origen.

13. Equipo y vestuario con funcionalidades orientadas a la protección personal, balís–tica, nuclear, biológica o química y textiles con acabados funcionales especiales para la confección de vestuario.

14. Las obras públicas que tengan relación directa con la defensa y seguridad nacional, inteligencia y contrainteligencia, la seguridad de las instalaciones, la integridad del personal y de las operaciones de la Fuerza Pública y de la Dirección Nacional de Inteligencia, así como las consultorías e interventorías relacionadas con las mismas.

15. Los bienes, obras y servicios relacionados con la capacitación, instrucción y entre–namiento del personal de la Fuerza Pública, de la Unidad Nacional de Protección y de la Dirección Nacional de Inteligencia, así como para el diseño de estrategias relacionadas con la defensa, la seguridad nacional, inteligencia y contrainteligencia.

16. Los bienes, obras y servicios derivados de la compensación a cargo de países y proveedores de los bienes y servicios previstos en el artículo 65 y en el presente artículo. Estos bienes y servicios deben ser adquiridos a través de convenios de cooperación in–dustrial y social, llamados offset, que tienen 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.

17. Los bienes, obras y servicios para garantizar la defensa y seguridad de la infraestruc–tura petrolera, minera, energética, vial, de comunicaciones y para la erradicación de cultivos ilícitos, incluyendo la dotación de las unidades militares comprometidas en esta tarea y los equipos, elementos y servicios necesarios para garantizar su permanencia y operación en las áreas objeto de protección.

18. Los servicios de mantenimiento de los bienes, obras y servicios señalados en el pre–sente artículo y las interventorías necesarias para la ejecución de los respectivos contratos.

19. Los equipos de inteligencia, los estudios de confiabilidad y credibilidad para personal de inteligencia y la consultoría e interventoría en materia de inteligencia.

20. Los bienes y servicios enumerados en el presente artículo contratados con personas extranjeras de derecho público, o con proveedores autorizados por estas.

El tenor literal de la norma que se invocó como infringida es el siguiente:

“Artículo 2°. De las modalidades de selección. 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:

“(…).

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;”.

Ciertamente, la letra d) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 consagró como causal para la modalidad de selección de contratación directa, la contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- que necesitaran reserva.

En relación con este aspecto, el Despacho estima pertinente advertir, ello no con el ánimo de abordar un estudio oficioso del cargo, sino con el propósito de desentrañar de mejor manera el alcance y el contenido de la letra d) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, cuya vulneración precisamente fue alegada por el actor, que la reserva sin duda constituye una excepción al principio de raigambre constitucional de publicidad que, por regla general, debe regir en toda función administrativa.

Este principio de publicidad de igual manera se encuentra recogido en el ya revisado parágrafo 1º del mismo artículo 2 de la Ley 1150, según el cual “[l]a entidad deberá justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar”, a lo cual se debe añadir lo dispuesto en el parágrafo segundo de esa misma norma, según cuyo tenor:

“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.”

En este contexto legal, emerge con claridad que en cuanto la circunstancia de la contratación sometida a reserva constituye una excepción frente al aludido Principio Constitucional de Publicidad que constituye la regla general y que está llamado a orientar todas las actuaciones de la Administración Pública, el desarrollo de tal excepción y su detallada regulación acerca de los eventos e hipótesis en los que tiene cabida, tal y como lo sostiene el demandante, sólo puede estar en cabeza del legislador, sin que sea posible que el Gobierno Nacional asuma, a través del reglamento, la definición de tales excepciones.

No puede perderse de vista que de conformidad con las más elementales reglas de la

lógica formal y de hermenéutica jurídica, se tiene que las excepciones a una regla general deben consagrarse de manera expresa, amén de que la creación de las excepciones únicamente compete a quien tiene la capacidad de adoptar, modificar o revocar la correspondiente regla general o se encuentra expresamente facultado para ello -como suele ocurrir con el legislador respecto de la consagración de excepciones a determinados postulados constitucionales- y, por tanto, las excepciones deben obrar en normas de igual o superior jerarquía a aquella que contiene o consagra la regla general.

Ahora bien, en punto a los argumentos expuestos por el Ministerio de Defensa en relación con el tema, resulta imperativo precisar que si bien el parágrafo 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 dispuso que el Gobierno Nacional debía expedir el reglamento para la modalidad de contratación directa, a través del cual se desarrollaran y garantizaran los principios de economía, transparencia y selección objetiva, lo cierto es que la potestad reglamentaria en este caso fue desbordada al reglamentar una circunstancia constitutiva de excepción a un principio constitucional cuya competencia recae de manera exclusiva en el Congreso de la República. En consecuencia, la medida de suspensión provisional del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013 debe ser accedida.

Finalmente, se precisa que de conformidad con lo normado en el inciso final del artículo 232 del CPACA, “[n]o se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos ...”.

En mérito de lo expuesto, se

R E S U E L V E :

PRIMERO: SUSPENDER, de manera provisional, en su totalidad, el inciso séptimo del artículo 3 del Decreto Reglamentario 1510 de 2013, en el cual se encuentra contenida la definición de las entidades estatales que podrían acudir al procedimiento de selección abreviada para la contratación de bienes y servicios requeridos para la defensa y seguridad nacionales.

SEGUNDO: SUSPENDER, de manera provisional, en su totalidad, el artículo 65 del Decreto Reglamentario 1510 de 2013, mediante el cual se realizó un listado de los contratos y/o los bienes y servicios requeridos para la defensa y seguridad nacional respecto de los cuales estaba llamada a operar la causal de selección abreviada.

TERCERO: SUSPENDER, de manera provisional y parcial, el inciso final del artículo 73 del Decreto Reglamentario 1510 de 2013, en el aparte que reza “y (c) del artículo 75 del presente Decreto”, pero sólo en cuanto corresponde a la exoneración que dicha norma contiene respecto del deber de 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.

CUARTO: SUSPENDER, de manera provisional y parcial, de forma condicionada, el

segmento del primer inciso del artículo 78 del Decreto Reglamentario 1510 de 2013 que determina “sin que sea necesario recibir varias ofertas”, pero únicamente en cuanto se entienda que esa norma autoriza a las entidades estatales del Sector Defensa, a la Dirección Nacional de Inteligencia y a la Unidad Nacional de Protección, en los casos de adquisición de bienes y servicios que requieren reserva, para que celebren los correspondientes contratos sin dar cumplimiento al principio de selección objetiva y, por tanto, prescindiendo de cualquier modalidad encaminada a obtener pluralidad de ofertas.

Por el contrario, NIÉGASE la solicitud de suspensión provisional del aludido segmento normativo del artículo 78 del Decreto Reglamentario 1510 de 2013, en cuanto se entienda que la norma demandada autoriza a efectuar la adjudicación y consiguiente celebración de contratos, a las entidades y en los casos previstos en ese mismo artículo 78, cuando a pesar de haber observado las actuaciones encaminadas a solicitar pluralidad de ofertas solamente se reciba u obtenga una sola propuesta.

QUINTO: SUSPENDER, de manera provisional, en su totalidad, el segundo inciso del artículo 78 del Decreto Reglamentario 1510 de 2013, incluyendo sus numerales 1 al 20, en el cual se dispone “Los siguientes bienes, obras y servicios requieren reserva para su adquisición”, así como se enlistan los bienes, obras y servicios que requieren reserva para su adquisición.

SEXTO: RECONOCER personería al Abogado Carlos Alberto Saboya González, portador de la Tarjeta Profesional No. 139.177 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de la entidad interviniente, Ministerio de Defensa, en los términos del poder obrante a folio 25 del cuaderno de la suspensión provisional.

SEPTIMO: RECONOCER personería al Abogado Andrés Tapias Torres, portador de la Tarjeta Profesional No. 88.890 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en los términos del poder obrante a folio 67 del cuaderno de la suspensión provisional.

OCTAVO: RECONOCER personería al Abogado José Camilo Guzmán Santos, Secretario General de Colombia Compra Eficiente, como representante judicial de la entidad interviniente Colombia Compra Eficiente, de conformidad con los documentos aportados a folios 53-58 del cuaderno de la suspensión provisional.

NOVENO: Previo a reconocer personería para actuar al apoderado del demandado Departamento Administrativo Nacional de Planeación, por Secretaría de la Sección, REQUIÉRASE a dicha entidad con el fin de que aporte copia íntegra del Acta en la cual conste la posesión en el cargo de quien otorgó el poder correspondiente actuando en calidad de Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento Nacional de Planeación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE y CÚMPLASE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Consejero de Estado