



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00035-00 (50222)

Actor: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD

***Temas:** MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Decreto 1510 de 2013, artículos 3, 65, 73 y 78 – BIENES Y SERVICIOS PARA LA DEFENSA Y SEGURIDAD NACIONAL - En el artículo 3 se excedió la competencia reglamentaria al predefinir listados de entidades, bienes y servicios. Reiteración de lo expuesto por el pleno de la Sección Tercera frente a normas del Decreto 2474 de 2008 que reglamentaba las mismas disposiciones de la Ley 1150 de 2007 – ACTO ADMINISTRATIVO DE JUSTIFICACION DE LA CONTRATACIÓN PARA LAS CATEGORÍAS QUE REQUIEREN RESERVA – la exención del requisito no significó exoneración de la exigencia de los estudios previos – PLURALIDAD DE OFERTAS – legalidad de la disposición que exige de la “recepción” de varias ofertas en la contratación directa / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES – La circunstancia de que en ciertas causales de la contratación directa se exima del deber de publicidad a los estudios y documentos previos, en manera alguna elimina la obligación que tiene la entidad estatal contratante de justificar en ellos los fundamentos jurídicos que soportan dicha modalidad.*

Procede la Sala a decidir el medio de control de nulidad interpuesto por el actor contra el contenido de los artículos 3 (inciso séptimo), 65, 73 (el segmento "y c)" del inciso final) y 78 del Decreto Reglamentario 1510 de 17 de julio de 2013, expedido por el Gobierno Nacional y publicado en el Diario Oficial No. 48854 de esa misma fecha.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito radicado el 24 de febrero de 2014¹, en el Consejo de Estado, el ciudadano Martín Bermúdez Muñoz, actuando en nombre propio, formuló demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 del CPACA, para que se declaren nulas las siguientes disposiciones del Decreto 1510 de 2013 *"Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública"*:

- El inciso séptimo del artículo 3, contentivo de la definición de *"Bienes y Servicios para la Defensa y Seguridad Nacional"*.
- El artículo 65 en el cual se enlistaron las categorías de bienes y servicios para la Defensa y Seguridad Nacional que deben utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía.

La expresión *"y c)"* del inciso final del artículo 73 relacionada con la no exigencia del acto administrativo de justificación de la contratación directa para las categorías que requieren reserva, literal que incluyó todas las categorías de bienes y servicios objeto de la causal de contratación directa contenida en el artículo 78 y la categoría de contratos objeto del ordinal 17 del artículo 65, contentivo de la causal de selección abreviada.

- El artículo 78, en el que se enlistaron los *"bienes, obras y servicios que requieren reserva"*.

En la parte inicial de la demanda, el actor explicó que las disposiciones antes referidas violaban los artículos 150 (numerales 1, 2 e inciso final) y 189 (numeral

¹ Fls. 1-76, c. 1.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

11), 216 y 217 de la Constitución Política; 2 de la Ley 1150 de 2007; 24 (párrafo segundo) de la Ley 80 de 1993; 27 y 30 del Código Civil y 5 y 6 de la Ley 684 de 2001².

La demanda fue coadyuvada por la Contraloría General de la República mediante escrito presentado el 11 de noviembre de 2014³.

2. Suspensión provisional

En el mismo escrito de demanda, el actor solicitó decretar la suspensión provisional⁴ de los efectos jurídicos de las normas demandadas, pues consideró que la ilegalidad de las mismas surge de la simple confrontación con las normas legales en las que se sustenta el concepto de violación.

En auto de 14 de mayo de 2014⁵, proferido por el entonces ponente del proceso, se suspendieron de manera provisional:

- El inciso séptimo del artículo 3 del Decreto 1510 de 2013.
- El artículo 65 del Decreto 1510 de 2013.
- El segmento "*y c) del artículo 75 del presente Decreto*" contenido en el artículo 73 del Decreto 1510 de 2013 "*(...) 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*".
- El segundo inciso y los numerales 1 al 20 del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013; al mismo tiempo moduló la suspensión del segmento demandado del primer inciso del mismo artículo que determina "*...sin que sea necesario recibir*

² Se anticipa que para el momento en que se interpuso la demanda, ya la Ley 684/01 había sido declarada inexecutable en su integridad por la Corte Constitucional en sentencia C-251/02 [MPs. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández].

³ Fls. 201-223, c. 1.

⁴ Fls. 74-75, c. 1.

⁵ Fls. 73-133, c. Suspensión Provisional.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

varias ofertas", restringiendo el efecto suspensivo sólo en cuanto se entienda que la norma autoriza a las entidades estatales referidas por dicha disposición "...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 oferentes", pero excluyendo la suspensión "...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".

Con posterioridad, en auto 27 de junio de 2014⁶, proferido por el entonces ponente encargado, se aclaró el alcance de la medida de suspensión provisional en relación con los artículos 65 y 78 del Decreto 1510 de 2013, precisándose, respectivamente;

- Que al suspender los efectos del artículo 65 del Decreto 1510 de 2013 "(...) *el procedimiento de selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional quedó desprovisto temporalmente de marco reglamentario y en esa medida para la celebración de los respectivos contratos requeridos para esa finalidad deberá acudirse a la regla general de selección de contratista o a la selección abreviada cuando su cuantía así lo permita*".
- Que "(...) *los bienes, obras o servicios que requieran reserva para su adquisición serán los que en esos términos y de manera expresa cuenten con el respectivo amparo legal, pues de lo contrario no podrá predicarse de los mismos condición reservada alguna*".

Finalmente, en auto de 19 de noviembre de 2015⁷, proferido por esta Subsección al resolver el recurso de súplica interpuesto, se revocó la suspensión provisional

⁶ Fls. 206-215, C. Suspensión Provisional.

⁷ Fls. 243-290, C. Suspensión Provisional.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

de los artículos 65 y del segmento "...sin que sea necesario recibir varias ofertas" del inciso primero del 78, y se confirmó dicha medida en lo demás.

3. Contestación de la demanda

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente⁸, el Departamento Nacional de Planeación⁹ y, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República¹⁰ contestaron la demanda formulada, oponiéndose a las pretensiones de nulidad incoadas. Asimismo, el Ministerio de Defensa Nacional¹¹ presentó un escrito indicando que coadyuvaba la contestación de la demanda que se presentara dentro del proceso.

A los argumentos expuestos en la contestación de la demanda se referirá la Sala al momento de resolver de fondo sobre cada uno de los cargos formulados.

4. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

Habiendo sido surtida la audiencia inicial el 20 de noviembre de 2014¹², mediante auto de 23 de septiembre de 2016 se corrió traslado¹³ a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, emitiera concepto.

Del término procesal hicieron uso el actor¹⁴, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República¹⁵, el Departamento Nacional de Planeación¹⁶, la

⁸ Fls. 114-123, c. 1. Escrito de 20 de junio de 2014.

⁹ Fls. 125-134, c. 1. Escrito de 3 de julio de 2014.

¹⁰ Fls. 81-89, c. 1. Escrito de 21 de julio de 2014.

¹¹ Fls. 135-180, c. 1. Escrito de 15 de julio de 2014

¹² Fls. 233-244, c. 1. En la audiencia inicial se indicó que por tratarse de un asunto de puro derecho y por no existir pruebas por practicar se prescindía de la audiencia de pruebas. Asimismo se indicó que si bien el artículo 179 del CPACA permitía proferir sentencia ante la prescindencia de la audiencia de pruebas, no se procedía en ese sentido, dado que para la fecha de dicha audiencia existían otros procesos de nulidad regidos por el CPACA, los cuales debían decidirse con sujeción al orden cronológico de entrada para fallo.

¹³ Fl. 247, c. 1.

¹⁴ Fls. 270-274, c. 1.

¹⁵ Fls. 248-255, c. 1.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

Dirección Nacional de Inteligencia¹⁷ y la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente¹⁸. El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer de la demanda interpuesta contra los artículos 3 (inciso séptimo), 65, 73 (segmento “y c”, inciso final) y 78 del Decreto 1510 de 2013, dado que se trata de un acto administrativo de carácter general, que el Gobierno Nacional expidió en ejercicio de la potestad reglamentaria del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política. Por tal motivo, de conformidad con el numeral 1 del artículo 237 de la Constitución Política, y los artículos 137 y 149 del CPACA, corresponde al Consejo de Estado conocer, en única instancia, de las demandas de nulidad que contra tales normas se interpongan.

Pese a que el actor invocó la violación de algunas normas de la Constitución Política, se advierte que el Decreto 1510 de 2013 fue proferido en ejercicio de la potestad reglamentaria y materialmente se trató de una norma expedida en desarrollo de una función propiamente administrativa¹⁹, lo cual hace improcedente el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, este último en relación con el cual la competencia corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación.

¹⁶ Fls. 256-260, c. 1.

¹⁷ Fls. 261-263, c. 1.

¹⁸ Fls. 276-278, c. 1.

¹⁹ CE. SPCA. Fallos de 30-Jul-13 [Exp. 11001-03-24-000-2005-00170-01(AI)]. MP. Marco Antonio Velilla; y de 23-Jul-96 [Exp. S-612 (3367)]. MP. Juan Alberto Polo Figueroa. De acuerdo con estas providencias, uno de los criterios vigentes en la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en orden a considerar si el control de legalidad de un acto administrativo de carácter general respecto de las normas de la Constitución Política corresponde a una controversia propia de la nulidad por inconstitucionalidad o de nulidad, consiste en si dicho acto obedece a una función propiamente administrativa, dado que solo en caso negativo se trataría de una nulidad por inconstitucionalidad y su conocimiento correspondería a dicha Sala.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

En ese sentido, no sobra señalar que el Consejo de Estado en varias oportunidades ha indicado que las normas reglamentarias del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública revelan el desarrollo de una función de naturaleza exclusivamente administrativa, tendiente a organizar la gestión de la administración pública en un asunto de la mayor importancia para el logro de los objetivos estatales: la contratación estatal²⁰.

2. Las normas y segmentos normativos demandados del Decreto 1510 de 2013 y la compilación en el Decreto 1082 de 2015

El presente acápite se orienta de manera introductoria a dar claridad respecto de los efectos de las decisiones que se adoptan en la parte resolutoria de la presente providencia, teniendo en cuenta, de una parte, que las normas del Decreto 1510 de 2013 que para la fecha de expedición del Decreto 1082 de 2015 se encontraban suspendidas no fueron derogadas por este y, de otro lado, respecto de dichas normas suspendidas, las que en esta providencia no sean declaradas nulas deben ser compiladas en el Decreto 1082 de 2015, según lo establece el artículo 3.1.1.²¹.

²⁰ CE. S3. SP. Fallo de 23-Jul-15 [Exp. 11001-03-26-000-2009-00043-00(36805)]. MP. Hernán Andrade Rincón.

²¹ "Decreto 1082/15. Artículo 3.1.1. Derogatoria Integral. Este decreto regula íntegramente las materias contempladas en él. Por consiguiente, de conformidad con el art. 3 de la Ley 153 de 1887, quedan derogadas todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria relativas al Sector Administrativo de Planeación Nacional que versan sobre las mismas materias, con excepción, exclusivamente, de los siguientes asuntos:

"1) No quedan cobijados por la derogatoria anterior los decretos relativos a la creación y conformación de comisiones intersectoriales, comisiones interinstitucionales, consejos, comités, sistemas administrativos y demás asuntos relacionados con la estructura, configuración y conformación de las entidades y organismos del sector administrativo.

"2) Tampoco quedan cobijados por la derogatoria anterior los decretos que desarrollan leyes marco.

"3) Igualmente, quedan excluidas de esta derogatoria las normas de naturaleza reglamentaria de este sector administrativo que, a la fecha de expedición del presente decreto, se encuentren suspendidas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las cuales serán compiladas en este decreto, en caso de recuperar su eficacia jurídica.

"4) Exceptúense de la derogatoria integral prevista en el presente artículo, los decretos 600 de 1996, 3176 de 2002, 4479 de 2009, 51 de 2012, así como los artículos 1 a 11 y 19 del Decreto 1399 de 2013 y los artículos 1 a 12 y 18 del Decreto 722 de 2015.

"Los actos administrativos expedidos con fundamento en las disposiciones compiladas en el presente decreto mantendrán su vigencia y ejecutoriedad bajo el entendido de que sus fundamentos jurídicos permanecen en el presente decreto compilatorio" (subrayado fuera del texto).



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

Lo anterior sin perjuicio de que, según se explicará enseguida, se evidencia en el presente caso que algunas normas demandadas del Decreto 1510 de 2013 no obstante no fueron derogadas por el Decreto 1082 de 2015 – por encontrarse suspendidas cuando este fue expedido – sí lo fueron por virtud del Decreto 1965 de 2014, normas que aun en el evento de que no sean declaradas nulas en esta providencia, no pueden recobrar su eficacia jurídica por no encontrarse vigentes.

En todo caso, la derogatoria antedicha no impide un pronunciamiento judicial sobre la validez de las disposiciones en cuestión, puesto que, de conformidad con lo ha señalado repetidamente por esta Corporación, el control de legalidad no está condicionado a la vigencia de la norma sino a garantizar la legalidad objetiva dentro del ordenamiento jurídico colombiano, en la medida en que una norma derogada, durante el tiempo que hizo parte del ordenamiento jurídico pudo incidir sobre situaciones jurídicas²².

En ese sentido, salvo por el segmento normativo del inciso primero del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013, ninguna de las normas demandadas total o parcialmente en este proceso fue reproducida²³ en el Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015, hecho que obedeció a que para el momento en que este último fue expedido, aquellas estaban suspendidas por virtud del auto de 14 de mayo de 2014 – *referido en el acápite de antecedentes* – y, en cumplimiento de las pautas consignadas en los considerandos²⁴ de dicho Decreto 1082 de 2015, fueron reproducidas por este únicamente las disposiciones que no habían sido objeto de declaración de nulidad o de suspensión provisional.

²² CE. S3. SP. Fallo de 23-Jul-15 [Exp. 11001-03-26-000-2009-00043-00(36805)]. MP. Hernán Andrade Rincón. En esta providencia se cita el fallo hito en la materia: CE. SPCA. Fallo de 14-Ene-91 [Exp. S-157]. MP. Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

²³ Pese a que de los considerandos del Decreto 1082/15 podría inferirse que este realizó una compilación de las normas, esa conclusión se desvirtúa con el artículo 3.1.1. de ese mismo decreto que derogó integralmente las normas cuyo contenido este reprodujo, salvo las específicas excepciones allí mismo establecidas.

²⁴ El considerando undécimo advierte: "Que durante el trabajo compilatorio recogido en este decreto, el Gobierno Nacional verificó que ninguna norma compilada hubiera sido objeto de declaración de nulidad o de suspensión provisional, acudiendo para ello a la información suministrada por la Relatoría y la Secretaría General del Consejo de Estado" (subrayado fuera del texto).



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

Precisamente, el segmento normativo del inciso primero del artículo 78, sí fue reproducido en el Decreto 1082 de 2015, dado que la medida cautelar de suspensión inicial versó únicamente sobre una de sus interpretaciones.

Ahora bien, previo al Decreto 1082 de 2015, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 1965 de 7 de octubre de 2014, para reglamentar la causal de selección abreviada correspondiente a la contratación de bienes y servicios requeridos para la defensa y seguridad nacional, en el cual, a través del artículo 65A, adicionó el Decreto 1510 de 2013. Este último artículo, además de llenar el vacío reglamentario que había acarreado la suspensión provisional del artículo 65 del Decreto 1510 de 2013, tuvo el efecto tácito de derogar no solo esa específica disposición, sino también el inciso séptimo del artículo 3 del mismo decreto, normas que, según se analizará más adelante, son inescindibles.

La derogatoria tácita de las normas mencionadas se deduce a partir de la incompatibilidad entre su contenido y el del artículo 65A, puesto que, en el contexto de la selección abreviada, mientras los derogados artículos 65 – totalmente – e inciso 7º del artículo 3 – parcialmente – supeditaban la procedencia de la causal de contratación para la defensa y seguridad nacional únicamente respecto de específicas entidades estatales y categorías de bienes y servicios, el artículo 65A no dispuso esas mismas limitaciones y previó no solo que las entidades estatales sometidas al EGCAP²⁵, en general, podían contratar al amparo de esa causal, sino que, además, dejó en manos de ellas la justificación de las razones por las cuales los bienes y servicios que contrataran en cada caso se requerían para la finalidad implícita en dicha causal.

En ese sentido, si bien el auto de 19 de noviembre de 2015 revocó, entre otras, la suspensión provisional del artículo 65 del Decreto 1510 de 2013, este no recobró su vigencia, dado que ya había sido derogado tácitamente por el artículo 65A,

²⁵ Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

incorporado a aquel por virtud del Decreto 1965 de 2014, norma esta última que sí fue compilada en el Decreto 1082 de 2015²⁶.

Así las cosas, en relación con las normas y segmentos normativos del Decreto 1510 de 2013 que fueron demandados en este proceso, debe advertirse que los artículos 75 (la expresión "y c)" del inciso final) y 78 no han sido derogados expresa ni tácitamente, a diferencia de lo que sucedió con el inciso séptimo del artículo 3 y el artículo 65²⁷.

3. Análisis de los cargos formulados contra los artículos demandados del Decreto 1510 de 2013

La Sala advierte que acogerá²⁸ en lo que corresponda las consideraciones expuestas por el pleno de la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁹ acerca del alcance de varias de las disposiciones de la Ley 1150 de 2007 que, en el presente proceso, el actor considera infringidas por los artículos demandados.

De forma general y sin perjuicio de la explicación detallada en cada uno de los cargos frente a los artículos demandados del Decreto 1510 de 2013, el actor reiteró el argumento del desbordamiento de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional, en la medida en que aquellos no contenían disposiciones

²⁶ "Decreto 1082/15. Artículo 2.2.1.2.1.2.26. Selección Abreviada para la adquisición de Bienes y Servicios para la Defensa y Seguridad Nacional. Las Entidades Estatales que requieran contratar Bienes y Servicios para la Defensa y Seguridad Nacional deben hacerlo a través del procedimiento para la selección abreviada de menor cuantía señalado en el artículo 2.2.1.2.1.2.20 del presente decreto.

"Si los bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional son Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes en los términos del artículo 2.2.1.1.1.3.1 del presente decreto, la Entidad Estatal debe utilizar el procedimiento de subasta inversa, compra por Catálogo derivado de la celebración de Acuerdos Marco de Precios o a través de bolsa de productos.

"Las Entidades Estatales deben consignar en los Documentos del Proceso las razones por las cuales los bienes o servicios objeto del Proceso de Contratación son requeridos para la defensa y seguridad nacional".

²⁷ Se reitera lo indicado anteriormente en el sentido de que el control de legalidad de una norma se justifica aún si esta ha sido derogada dado que dicho control esta orientado a garantizar la legalidad objetiva dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

²⁸ Los referidos planteamientos fueron también acogidos en este mismo proceso en el auto de 19-Nov-15 [MP. Carlos Alberto Zambrano Barrera] que resolvió los recursos de súplica interpuestos contra el auto de 14-May-14, aclarado por el de 27-Jun-14.

²⁹ CE. S3. SP. Fallo de 23-Jul-15 [Exp. 11001-03-26-000-2009-00043-00(36805)]. MP. Hernán Andrade Rincón.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

necesarias para darle cumplida ejecución a las normas legales que reglamentaron e hicieron extensiva su aplicación a supuestos no previstos por el legislador.

3.1. Cargos frente al inciso séptimo del artículo 3 y el artículo 65

Si bien se trata de disposiciones demandadas por separado, el análisis respecto de las mismas se realizará conjuntamente en este acápite, dado que la definición “Bienes y Servicios para la Defensa y Seguridad Nacional” establecida en el inciso séptimo del artículo 3 incorpora expresamente al artículo 65, que dispone 18 categorías específicas de dichos bienes y servicios.

3.1.1. Concepto de la violación

3.1.1.1. El inciso séptimo del artículo 3 del Decreto 1510 de 2013

Norma(s) reglamentada(s)

“Ley 1150/07. 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.

“(…)”.

Norma reglamentaria demandada

“Decreto 1510 de 2013. Artículo 3. Definiciones. Los términos no definidos en el presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio. Para la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

significado que a continuación se indica. Los términos definidos son utilizados en singular y en plural de acuerdo como lo requiera el contexto en el cual son utilizados.

"(...)

"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.

(...)" (lo subrayado corresponde a lo demandado).

Sostuvo el actor, de una parte, que el inciso séptimo transcrito del artículo 3, además de no satisfacer el cometido de la disposición en la que aquel se encuentra inserto – consistente en definir varios de los términos utilizados en el Decreto 1510 de 2013 –, involucró, sin que la Ley 1150 de 2007 se lo delegara, entidades estatales³⁰ que no desempeñan funciones relacionadas con la finalidad comprendida en la definición de "bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional"; de otro lado, que si no fuera porque dicho inciso las incorporó como las únicas entidades que podían contratar al amparo de la causal de selección abreviada de contratación de bienes y servicios requeridos para la defensa y seguridad nacional, carecerían de la facultad para acudir a la causal del literal i) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

La Contraloría General de la República, en el escrito que coadyuvó la demanda, indicó que mientras la causal legal del literal i) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 está fundamentada en un criterio teleológico – es decir, la *destinación del bien o servicio a contratar* –, con la definición reglamentaria, dicho criterio fue modificado por uno orgánico.

³⁰ Específicamente las siguientes entidades: Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (*en adelante también "DAPRE"*), Fiscalía General de la Nación (*en adelante también "la Fiscalía"*), Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (*en adelante también "INPEC"*), Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios SPC (*en adelante también "USPEC"*), Unidad Nacional de Protección (*en adelante también "UNP"*), Registraduría Nacional del Estado Civil (*en adelante también "la Registraduría"*) y Consejo Superior de la Judicatura (*en adelante también "el CSJ"*).



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

Al profundizar sobre la relación entre los "*bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional*" y las entidades que pueden contratarlos, argumentó el actor que, tratándose de la "*defensa y seguridad nacional*", no todas las entidades tienen la función directa de velar por ella, razón por la cual, en su opinión, solo a las entidades a las que dicha función se les atribuye, de conformidad con las normas constitucionales y legales, son las únicas habilitadas para celebrar contratos que tengan esa finalidad. Agregó que una posición contraria implicaría que dependa del reglamento la determinación de las entidades que, careciendo de una relación directa con la referida finalidad, puedan prescindir de la regla general de la licitación pública, al contratar bajo el amparo de otra modalidad que constituye una excepción a dicha regla.

Con base en los antecedentes de la Ley 1150 de 2007, el actor agregó que el legislador restringió el concepto "*defensa y seguridad nacional*" únicamente a las actividades bélicas que habiendo sido confiadas a las autoridades militares están dirigidas indirectamente a garantizar la seguridad de los ciudadanos, por lo que no le era dable al reglamento ampliar el alcance de dicho concepto, al involucrar entidades que no tenían dentro de sus funciones tales actividades.

3.1.1.2. El artículo 65 del Decreto 1510 de 2013

Norma(s) reglamentada(s)

"Ley 1150/07. 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.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

"(...)

"Parágrafo 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.

"(...)".

Norma reglamentaria demandada

"Decreto 1510 de 2013. 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.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

"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" (lo subrayado corresponde a lo demandado).

En relación con el artículo 65 transcrito del Decreto 1510 de 2013, reglamentario de la causal de la selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

para la defensa y seguridad nacional, el actor arguyó que aquel desbordó la potestad del numeral 11 del artículo 189 constitucional, al determinar, sin que el legislador se lo delegara, las categorías de bienes, servicios y contratos a los que aquella debía aplicarse, argumento que justificó al indicar que, de conformidad con la Ley 1150 de 2007, no es al reglamento sino a cada entidad contratante a la que le corresponde, previo a la apertura del proceso de selección, determinar y justificar si el objeto del respectivo contrato se encuentra cobijado por dicha causal.

De acuerdo con el actor, en el contexto de la Ley 1150 de 2007, en varias de las causales de la modalidad de la selección abreviada, la procedencia de estas depende de que exista una correspondencia finalista entre el móvil de cada contrato y el objeto de la respectiva causal, cuestión que aquel catalogó como uno de los factores que exceptúan la regla general de la licitación pública y que denominó "*la causa del contrato*". Aseveró que en esos casos³¹ la procedencia de la causal legal de turno no está subordinada a una enumeración o lista de bienes y servicios – *lo cual constituye el objeto material sobre el que recaería el contrato* –, conclusión que ejemplificó con dos causales de la selección abreviada: la prestación de servicios de salud y los contratos que tienen por objeto directo las

³¹ "Ley 1150/07. 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:

"(...)

"c) Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios;

"(...)

"g) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993;

"(...)

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



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta.

Además, con base en los antecedentes de la Ley 1150 de 2007, el actor advirtió que, dado que el legislador restringió el concepto de "*defensa y seguridad nacional*" exclusivamente a la actividad bélica a cargo de las autoridades militares, no le era dable al reglamento hacer extensivo el alcance de la causal legal contenida en el literal i) del numeral 2 del artículo 2 de dicha ley respecto de otras actividades que no se relacionaran directamente con la bélica.

Complementó lo anterior al señalar que varios de los bienes, servicios y contratos incluidos en las categorías enlistadas en el artículo 65, considerados en abstracto, no incorporaban la finalidad e hipótesis implícitas en el concepto de "*defensa y seguridad nacional*", específicamente aludió en este punto a las categorías de los numerales 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 18.

Cuestionó además, de una parte, que los bienes y servicios de la categoría del numeral 16, por corresponder al Sistema Integrado de Emergencia y Seguridad (SIES), el mismo es definido por el Gobierno Nacional en un documento CONPES, situación que, en su opinión, implica una delegación de la potestad reglamentaria contenida en dicha categoría en blanco, sin ningún contenido específico o preciso; de otro lado, que los contratos incorporados en la categoría del numeral 17 constituyen una extensión a la Fiscalía General de la Nación y al Consejo de la Judicatura de la regla que exceptúa de la licitación pública a la contratación de las entidades del sector Defensa y el DAS cuando requiere de reserva.

La Contraloría General de la República, en el escrito en que coadyuvó la demanda no presentó argumentos distintos a los expuestos por el actor contra el artículo 65 del Decreto 1510 de 2013, con la única excepción de que ese organismo dejó a salvo la legalidad del inciso final de aquel, referido a la hipótesis según la cual, si los bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional son de características técnicas uniformes, las entidades estatales deben utilizar la subasta inversa, el acuerdo marco de precios o la bolsa de productos.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

Este último argumento de la Contraloría no será tenido en cuenta dado que, según ya se indicó en la audiencia inicial³² del presente proceso, aquella, como coadyuvante de la demanda, no podía alterar ni condicionar la pretensión del actor de que se declare la nulidad del artículo 65 del Decreto 1510 de 2013.

3.1.2. Argumentos de las entidades demandadas

3.1.2.1. Departamento Nacional de Planeación (*en adelante también DNP*)

Defendió la legalidad de la definición y las categorías contenidas en los artículos demandados e indicó que la reglamentación de la causal legal de la selección abreviada del literal i) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 requería de la definición y categorización de las entidades y los bienes y servicios comprendidos en el concepto de "*defensa y seguridad nacional*".

3.1.2.2. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente (*en adelante también CCE*)

Sostuvo que los artículos demandados eran legales, toda vez que mientras el legislador consagró un concepto abierto respecto de la causal de selección abreviada contenida en el literal i) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el reglamento la hizo operativa al definir y categorizar los bienes o servicios para la defensa y seguridad nacional, así como las entidades que, de acuerdo con sus funciones y objetivos, podían contratarlos. En ese sentido, cuestionó la interpretación finalista del actor, dada la discrecionalidad que la misma genera.

³² Fls. 233-247, c. 1.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

3.1.2.3. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (en adelante también DAPRE)

Arguyó que mientras el inciso séptimo del artículo 3 del Decreto 1510 de 2013 sirvió para hacer operativa la causal de contratación, las categorías de bienes y servicios dispuestas en el artículo 65 del mismo decreto no se debían restringir a los temas bélicos.

3.1.2.4. Coadyuvancia del Ministerio de Defensa

Advirtió que el inciso séptimo del artículo 3 del Decreto 1510 de 2013, al enlistar las entidades incorporadas al concepto "*defensa y seguridad nacional*", tuvo el móvil de restringir el uso de la causal del literal i) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, exclusivamente, respecto de las entidades cuyos objetivos y funciones misionales se relacionaran de modo directo o indirecto con la salvaguarda del cometido implícito en dicho concepto, situación que aseguraba la correcta aplicación y entendimiento de esa causal.

Además, señaló que la referida restricción del artículo 65 del Decreto 1510 de 2013 guardó estrecha relación con el propósito de la defensa y seguridad nacional y permitió excluir otras categorías que se subordinaron a la regla general de la licitación pública.

3.1.3. Consideraciones de la Sala para resolver

Según se indicó en párrafos precedentes, el pleno³³ de la Sección Tercera, en oportunidad relativamente reciente, se refirió al alcance de varias de las disposiciones de la Ley 1150 de 2007 que en este proceso el actor estima transgredidas, entre las que precisamente se encuentra el literal i) del numeral 2 del artículo 2 de dicha ley, contentivo de la causal de selección abreviada "*La*

³³ CE. S3. SP. Fallo de 23-Jul-15 [Exp. 11001-03-26-000-2009-00043-00(36805)]. MP. Hernán Andrade Rincón.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

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

Las consideraciones del pleno de la Sección Tercera resultan ahora pertinentes, dado que, si bien en esa ocasión el análisis de la providencia contrastó el literal i) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 con el artículo 53 del Decreto 2474 de 2008 que lo reglamentaba, el contenido de las disposiciones demandadas que se analizan en esta oportunidad – *artículos 3 (inciso séptimo) y 65 del Decreto 1510 de 2013 que también reglamentaron ese mismo literal* – no sufrió variaciones sustanciales en relación con lo que disponía el artículo 53 del Decreto 2474 de 2008.

El inciso séptimo del artículo 3 del Decreto 1510 de 2013 excedió la potestad reglamentaria al establecer las entidades específicas que podían contratar al amparo de la causal de contratación contenida en el literal i) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007

Los cargos del actor frente al inciso séptimo del artículo 3 del Decreto 1510 de 2013 que define los *“Bienes y Servicios para la Defensa y Seguridad Nacional”* están dirigidos a cuestionar la inclusión de algunas de las entidades públicas allí contenidas, puesto que, en opinión de aquel, las funciones u objetos de las mismas no se compadecen con el sentido militar implícito en la normativa de contratación referida a dicho concepto.

Es preciso empezar por recordar que el pleno de la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó que a diferencia de normativas anteriores al EGCAP, en este los conceptos de *“defensa nacional”* y *“seguridad nacional”* no se circunscribieron al *“material de guerra”*, aseveración que fue justificada, de una parte, en que se trata de conceptos normativos indeterminados, naturaleza en virtud de la que adquieren significación de conformidad con el contexto social, cultural y económico que refleja las necesidades de una colectividad en una circunstancia espacio-temporal definida, y, de otro lado, en que son también conceptos anfibológicos y simbióticos, cualidades por las que, respectivamente, requieren de un contexto



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

específico que permita nutrirlos de contenido y se sirven y afectan en forma recíproca.

En la misma línea de argumentación, esta Corporación agregó que, dado que la *“defensa y seguridad nacional”* constituye una expresión medular del Estado como pacto político garante de la vida, honra y bienes de las personas, sirve como instrumento para buscar obtener el bienestar de los ciudadanos y la estabilidad misma del Estado, propósito que rebasa en forma considerable el plano estrictamente bélico o armamentista y que puede estar referido inclusive a asuntos económicos, energéticos, ambientales y hasta de salud pública.

Lo expuesto permite apreciar, de entrada, en el presente caso cómo la interpretación del actor respecto de la causal *“La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional”*, contenida en el literal i) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, se opone a la interpretación del pleno de la Sección Tercera. En efecto, si la tesis jurisprudencial vigente comulga con una visión sistemática del concepto de *“defensa y seguridad nacional”*, no cabe sostener entonces que, en vigencia del EGCAP, aquel se encuentre reducido únicamente a las actividades bélicas confiadas a las autoridades militares.

En este punto resulta preciso prevenir, así como lo hizo el pleno de la Sección Tercera en su oportunidad, que la referida visión sistemática de la defensa y seguridad nacional no significa que todas las entidades públicas, sin importar la rama u orden al que pertenezcan, puedan decidir, libremente, si la contratación específica que pretendan adelantar se encuentra cobijada por la causal del literal i) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Lo dicho, teniendo en cuenta que si el marco competencial de las entidades públicas se restringe a la materia, objeto, cometidos y funciones que les atribuye el ordenamiento jurídico, cuando se trata de la defensa y seguridad nacional, el referido marco solo puede concernir a



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

las entidades del ámbito nacional a cargo de la conservación y manejo del orden público³⁴.

En consideración a lo precedente, observa la Sala que la causal legal “La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional” incorporó una lista abierta (*numerus apertus*) que permite, en cada caso, estimar si el marco competencial de una entidad del orden nacional resulta comprensivo de actividades tendientes a garantizar la defensa y seguridad nacional, razón por la cual, cuando la norma reglamentaria – inciso séptimo del artículo 3 del Decreto 1510 de 2013 – estableció una lista cerrada (*numerus clausus*) de las entidades que pueden contratar al amparo de dicha causal, excedió de paso los límites de la potestad reglamentaria al invadir la competencia del legislador.

Así las cosas, la Sala declarará la nulidad del inciso séptimo³⁵ del artículo 3 del Decreto 1510 de 2013, precisando que la interpretación de la norma reglamentada que fundamenta esa concreta decisión y que ha sido expuesta en los párrafos inmediatamente precedentes, difiere de la interpretación que le dio la parte actora a esa misma norma, situación que no impide la declaratoria de nulidad del inciso

³⁴ Sobre el particular esta Sala tuvo la oportunidad de precisar: “Del anterior marco conceptual es posible inferir que existen unas precisas autoridades, instituciones u organismos del Estado a cuyo cargo se encuentra la defensa y seguridad de la nación, a saber: el Presidente de la República como supremo responsable de la conservación y restablecimiento del orden público y jefe supremo de la fuerza pública, las Fuerzas Militares -Ejército, Armada y Fuerza Aérea-, la Policía Nacional y los organismos que, como la Fiscalía General de la Nación, cumplen funciones de policía judicial, sin perjuicio de que otras entidades u órganos estatales puedan tener asignadas funciones de conservación y manejo del orden público (...)” (Subrayado fuera del texto). CE. S3/sA. Fallo de 29-Ago-12 [Exp. 11001-03-26-000-2004-00007-00(26776)]. MP. Hernán Andrade Rincón.

³⁵ “Decreto 1510 de 2013. Artículo 3. Definiciones. Los términos no definidos en el presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio. Para la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que a continuación se indica. Los términos definidos son utilizados en singular y en plural de acuerdo como lo requiera el contexto en el cual son utilizados.
“(...)”

“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.
“(..)” (lo subrayado correspondé a lo demandado).



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

en cuestión por encontrarse configurado el vicio de exceso de competencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria puesto que, se reitera, en la decisión del legislador de no haber delimitado las entidades específicas que pueden contratar al amparo de la causal de contratación contenida en el literal i) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, no podía intervenir el Gobierno Nacional en ejercicio de la competencia atribuida por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

En el presente caso, es claro que el exceso de competencia material del Gobierno Nacional en el ejercicio de la potestad reglamentaria constituye la causa que determina la declaratoria de nulidad del inciso séptimo del artículo 3 del Decreto 1510 de 2013, vicio que fue efectivamente argüido por la parte actora en la demanda, más allá de que la interpretación que esta le dio a la norma reglamentada no coincida con la de la presente providencia. En otras palabras, el alcance en la interpretación de la norma reglamentada no le impide al juez declarar la nulidad de la norma reglamentaria, siempre y cuando la decisión anulatoria se encuentre fundamentada en la misma causal alegada por la parte actora.

La decisión en cuestión coincide por lo demás con la declaratoria de nulidad que hiciere el pleno de la Sección Tercera³⁶ en la decisión referenciada en la presente providencia, en la que se contrastó el literal i) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 con el artículo 53 del Decreto 2474 de 2008 que lo reglamentaba, norma esta última respecto de la que fueron reproducidas³⁷, en el inciso séptimo del artículo 3 del Decreto 1510 de 2013, la mayoría de las entidades pueden

³⁶ CE. S3. SP. Fallo de 23-Jul-15 [Exp. 11001-03-26-000-2009-00043-00(36805)]. MP. Hernán Andrade Rincón.

³⁷ Mientras el inciso séptimo del artículo 3 del Decreto 1510/13 incluyó "(...) al 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 (...)", el artículo 53 del Decreto 2474/08 incluyó a "(...) la Presidencia de la República, las entidades del sector defensa, el DAS, la Fiscalía General de la Nación, el INPEC, el Ministerio del Interior y de Justicia, la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Superior de la Judicatura".



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

contratar al amparo de la causal de contratación contenida en el literal i) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

Con excepción del numeral 17 y desde la óptica del “juicio de necesidad” y “juicio de adecuación”, el artículo 65 del Decreto 1510 de 2013 admite una lectura ajustada al ordenamiento jurídico siempre que en cada caso la entidad estatal contratante que acuda a la causal de contratación contenida en el literal i) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 demuestre que con los bienes o servicios que pretende adquirir cumple con sus funciones legales y constitucionales y procura la defensa y seguridad nacional

Los cargos del actor frente al artículo 65 del Decreto 1510 de 2013 que restringe “la adquisición de bienes y servicios para la Defensa y Seguridad Nacional” a los bienes, servicios y tipos contractuales contenidos en las 18 categorías establecidas por dicha norma, se sustentan esencialmente en que la mayoría de ellos carecen de una efectiva relación con el concepto de “defensa y seguridad nacional”.

En la mencionada sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado se indicó que cuando el literal i) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 se refiere a los “bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional” incorporó en la sintaxis de esa causal de contratación tanto un criterio finalista (“para”) como también uno de necesidad (“requeridos”), criterios a partir de los cuales se dedujo que la interpretación y la aplicación de esa disposición legal entrañaba, respectivamente, un “juicio de adecuación” y un “juicio de necesidad”.

En relación con el “juicio de necesidad” la providencia que sirve de eje para la presente decisión concluyó que, dado que la reglamentación comporta una labor hermenéutica compleja que atiende aspectos normativos y fácticos, en el caso de “la defensa y seguridad nacional” dicha labor bien podía reflejarse en la determinación de los bienes y servicios para procurarla, razón por la cual, la posibilidad de que el Gobierno Nacional, en ejercicio de su potestad reglamentaria, determine concretamente las categorías de bienes o servicios que podían ser



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

afectos a la defensa y seguridad nacional, se ajusta a la ley, siempre que dicha determinación se realice bajo supuestos de razonabilidad y proporcionalidad.

A diferencia del juicio precedente, se indicó que en cumplimiento del párrafo 1³⁸ del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el “juicio de adecuación” no puede realizarse *ex ante* en desarrollo de la reglamentación, puesto que este implica que cada entidad u organismo del orden nacional contratante realice un análisis que le posibilite establecer si la adquisición de los bienes y servicios señalados previamente por el Gobierno Nacional le permite cumplir con sus funciones constitucionales y legales y, adicionalmente, si con tal adquisición se procura la defensa y seguridad nacional. En ese sentido, en la mencionada sentencia se agregó que se trata de un “juicio acabado de adecuación” que permita demostrar la relación directa entre los bienes y servicios, las funciones que se desarrollan y los fines perseguidos con la contratación.

Dentro de ese contexto, observa la Sala que, en el presente caso, salvo la categoría del numeral 17 del artículo 65 del Decreto 1510 de 2013 – *que se analizará en las consideraciones frente a los cargos contra el artículo 78 del Decreto 1510 de 2013* –, los cuestionamientos del actor contra las categorías contenidas en los numerales 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 18 corresponden a la órbita del “juicio de adecuación”, puesto que estuvieron circunscritos a afirmar cómo algunos bienes, servicios y tipos contractuales contenidos en aquellas no podían incorporar, respecto de las entidades por ellas previstas, la finalidad e hipótesis implícitas en el concepto de “defensa y seguridad nacional”.

³⁸ “Ley 1150/07. 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:

“(…)”

“Parágrafo 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.

“(…)”.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

En ese sentido, no sobra recordar que el pleno de la Sección Tercera³⁹ señaló que, al no poder realizarse *ex ante*, el “juicio de adecuación” de la causal contenida en el literal i) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en desarrollo del párrafo 1 del mismo artículo, le atañe a la entidad del orden nacional contratante respectiva, en cada caso, el deber de establecer la relación existente entre los bienes y servicios específicos a adquirir, la satisfacción de las necesidades que ellos procurarán para la defensa y seguridad nacional y las funciones a su cargo.

Por virtud de lo expuesto, dado que respecto de los bienes, servicios y tipos contractuales previstos en las categorías contenidas en los numerales 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 18 del artículo 65 del Decreto 1510 de 2013, el actor no sustentó ningún cargo fundado en los criterios de razonabilidad y proporcionalidad propios del “juicio de necesidad”, es dable concluir que la enumeración de dichas categorías se encuentra ajustada al ordenamiento superior, aun cuando desde la óptica del “juicio de adecuación” resulta necesario condicionar la legalidad de esa norma al no ser posible realizarlo *ex ante*.

Es preciso recodar que la legalidad condicionada de los actos administrativos ha sido admitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado como una técnica de control de legalidad que garantiza tanto la supremacía de las normativas superiores sobre el acto administrativo objeto del contencioso objetivo, como también el principio de la conservación del derecho, específicamente en los casos en los que la disposición administrativa demandada admite una lectura a la luz de las normas superiores⁴⁰.

Precisamente, aunque en este caso el “juicio de adecuación” de los bienes, servicios y tipos contractuales de las categorías contenidas en el artículo 65 del

³⁹ CE. S3. SP. Fallo de 23-Jul-15 [Exp. 11001-03-26-000-2009-00043-00(36805)]. MP. Hernán Andrade Rincón.

⁴⁰ CE. S3. Fallos de 2-May-07 [Expediente 11001-03-26-000-1998-05354-01(16257)]. MP. Ruth Stella Correa Palacio; 9-Jun-10 [Exp. 11001-03-26-000-2009-00089-00(37258)]. MP. Enrique Gil Botero; y [sC] 20-Abr-15 [Exp. 11001-03-26-000-2014-00037-00(50219)]. MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

Decreto 1510 de 2013 no puede realizarse *ex ante*, ello no impide que sea declarada su legalidad sujeta a ciertos condicionamientos tendientes a garantizar la eficacia de un juicio acabado de adecuación.

De allí que, con excepción del numeral 17 – *que no sobra reiterarlo, se analizará en las consideraciones frente a los cargos contra el artículo 78 del Decreto 1510 de 2013* –, la enumeración de los bienes, servicios y tipos contractuales del artículo 65 del Decreto 1510 de 2013 se declarará ajustada al ordenamiento superior, pero condicionada a que la entidad pública del orden nacional que acuda a esta modalidad de contratación, a más de dar estricto cumplimiento a lo señalado en el párrafo 1 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, establezca la relación existente entre los bienes y servicios a adquirir, la satisfacción de las necesidades que ellos procurarán para la defensa y seguridad nacional y las funciones a su cargo.

Lo anterior resulta aplicable inclusive respecto del numeral 16 del Decreto 1510 de 2013, en relación con el cual el actor fundamentó su reproche en la presunta delegación de la potestad reglamentaria, al corresponder a un sistema definido a través de un documento CONPES, puesto que, en todo caso, la entidad o entidades responsables de la contratación, al amparo de dicho sistema, deben proceder de conformidad con el mismo condicionamiento antedicho.

El uso de la técnica de control de legalidad en cuestión coincide por lo demás con la declaratoria de legalidad condicionada que hicieron el pleno de la Sección Tercera en la decisión referenciada en la presente providencia, en la que se contrastó el literal i) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 con el artículo 53 del Decreto 2474 de 2008 que lo reglamentaba, norma esta última respecto de la que fueron reproducidas⁴¹ la mayoría de las categorías en el artículo 65 del Decreto 1510 de 2013.

⁴¹ Del análisis entre las categorías de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional contenidas en los artículos 53 del Decreto 2474/08 y 65 del Decreto 1510/13, se encuentra que esencialmente las 18 categorías del segundo reprodujeron la mayoría de las del primero - estas últimas que no solo estaban contenidas en 19 ordinales sino también en los cuatro párrafos que



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

Por las razones expuestas no se accederá a la petición de nulidad del artículo 65 del Decreto 1510 de 2013.

3.2. Cargo frente al artículo 73

3.2.1. Concepto de la violación

Norma(s) reglamentada(s)

"Ley 1150/07. 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;

"(...)"

"Ley 80/93. Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

"(...)

"Parágrafo 2. 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.

"(...)"

Norma reglamentaria demandada

"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:

el Decreto 2474/08 incluía -, sin perjuicio de que tratándose de dicha reproducción, en algunos casos los cambios se evidencian por motivos de simple redacción y en otros por la desaparición de alguna entidad (tal y como sucedió con el DAS).



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

"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 75⁴² del presente decreto" (lo subrayado corresponde al segmento demandado).

Cuestionó el actor la excepción que estableció el segmento demandado del acto administrativo de justificación para la contratación directa, dado que, en su concepto, se estaría así exceptuando la aplicación del párrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en relación con el deber de la entidad estatal respectiva de explicar los fundamentos jurídicos que soportan en cada caso la modalidad de selección que se propone adelantar.

Advirtió que, si bien en otra oportunidad el Consejo de Estado validó dicha excepción, lo hizo respecto de causales cuya reglamentación contemplaba la publicidad de los estudios y documentos previos en los que se cumplía con el deber de justificación.

⁴² El literal c) del artículo 75 del Decreto 1510/13 establece:

"Decreto 1510/13. 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."

A su turno el numeral 17 del artículo 65 del mismo decreto determina:

"Decreto 1510/13. Artículo 65. Selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios para la Defensa y Seguridad Nacional.

"(...)

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

"(...)"

Y el artículo 78 del decreto antedicho dispone 20 categorías contentivas de bienes, servicios y obras que por necesitar de reserva pueden adquirirse o contratarse al amparo de la modalidad de selección de la contratación directa y únicamente por las entidades estatales insertas en esa misma disposición.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

Arguyó el actor, además, que el literal c) contenido en el artículo 75 del Decreto 1510 de 2013 no solo cobijó la causal de la contratación directa sino también al numeral 17 del artículo 65 de esa normativa, disposición que estaba referida a la causal de la selección abreviada.

La Contraloría General de la República, en el escrito en que coadyuvó la demanda, agregó, en relación con el argumento del actor, que el hecho de que el artículo 75 del Decreto 1510 de 2013 hubiera exceptuado el deber de publicidad de los estudios y documentos previos en algunos casos, llevaba a que, a través de la excepción del artículo 73, se permitiera incumplir la obligación de justificar la modalidad seleccionada, puesto que resultaría ineficaz incluir la justificación en los documentos previos, ya que estos también tenían restringida su publicidad.

3.2.2. Argumentos de las entidades demandadas

3.2.2.1. DNP

Defendió la legalidad del segmento demandado, al indicar que no se eliminó para la contratación directa la obligación de justificar la modalidad de selección y señaló que el numeral 3 del artículo 20 del Decreto 1510 de 2013 estableció que todas las entidades debían incluir en los estudios y documentos previos la modalidad de selección del contratista, su justificación y los fundamentos jurídicos - exigencia aplicable inclusive para la contratación directa -, con la única excepción de la mínima cuantía.

3.2.2.2. CCE

Sostuvo que el artículo demandado no tuvo la intención ni tampoco el efecto de descartar el deber de la entidad estatal de realizar los estudios y documentos previos del proceso, estos últimos en los que el propio Decreto 1510 de 2013 determinó que debían incluir la modalidad de selección del contratista, su justificación y los fundamentos jurídicos.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

3.2.2.3. DAPRE

Arguyó, de una parte, que la contratación de carácter reservado no debe cumplirse con las mismas reglas de publicidad de la adquisición de otros bienes y servicios que requiere la actividad estatal - aludiendo a la regla de proferir un acto administrativo justificando la modalidad de selección -, de lo contrario entorpecería la finalidad propia de dicha contratación, y, de otro lado, que en todo caso la contratación directa no está exonerada en el Decreto 1510 de 2013 de que se realicen los estudios y documentos previos en los que persiste la obligación de justificar la necesidad de esa modalidad.

3.2.2.4. Coadyuvancia del Ministerio de Defensa

Reiteró los argumentos anteriores y agregó que el hecho de que la entidad no deba publicar los estudios y documentos previos que soportan la reserva de la causal de la contratación directa en cuestión, no significa que los mismos no se realicen.

3.2.3. Consideraciones de la Sala para resolver

Los cargos del actor frente al segmento “y c)” del inciso final del artículo 73 del Decreto 1510 de 2013, que sustrajo a la entidad estatal que suscriba los contratos correspondientes a dicha letra, del deber de expedir el acto administrativo de justificación de la contratación directa, están dirigidos a cuestionar esa excepción en la medida en que, si el artículo 75 del mismo decreto ya había excluido de la publicidad a los estudios y documentos previos correspondientes, el segmento demandado conduciría al desconocimiento del deber que tienen las entidades estatales de justificar dicha modalidad de selección, previsto en el párrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

La reglamentación del procedimiento de la contratación directa con un mayor fundamento en los principios que en las reglas permite una valoración del cumplimiento de dichos principios dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas de cada causal incorporada a dicha modalidad de selección

El análisis del segmento demandado del artículo 73 del Decreto 1510 de 2013 precisa comenzar por recordar que al contrastar la contratación directa con las demás modalidades de selección del ordenamiento jurídico colombiano, en aquella el legislador no reguló de forma general las reglas que disciplinan su procedimiento – salvo específicos asuntos⁴³ – aun cuando si determinó en el párrafo 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 los principios que subordinan el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional, concretamente los de economía, transparencia y selección objetiva previstos en dicha ley, así:

"Ley 80/93. Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

"(...)

"Párrafo 2. El Gobierno Nacional expedirá, dentro de los seis (6) meses⁴⁴ 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.

"(...)"

La expresa alusión del legislador a los principios antedichos para el caso de la reglamentación general del procedimiento de la contratación directa⁴⁵ no es de

⁴³ Aunque algunas reglas del EGCAP resultan aplicables a la contratación directa por tratarse de asuntos regulados en dicho estatuto de modo global respecto de las modalidades de selección en general, de ello no se deduce que el legislador hubiera previsto reglas que disciplinen de manera suficiente y completa el procedimiento de la contratación directa.

⁴⁴ No sobra recordar que de acuerdo con la Corte Constitucional la inclusión del plazo de seis (6) que en la Ley 80/93 para la reglamentación de la contratación directa no quiso significar una limitación temporal para el ejercicio de la facultad reglamentaria dado que esta puede ser ejercida en cualquier tiempo [C-508/02. MP. Alfredo Beltrán Sierra].

⁴⁵ De acuerdo con la Corte Constitucional "Resulta claro para la Corte que el legislador en ejercicio de la cláusula general de competencia expidió la Ley 80 de 1993 y, como se vio, definió en ella los aspectos generales y básicos de la contratación directa y, con el fin de efectivizar los principios en ella contenidos, dispuso en el párrafo acusado que el Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad que le confiere el numeral 11 del artículo 189 superior, reglamentara los aspectos atinentes a esa forma o manera de contratar, como parte de la función inherente a la



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

poca monta, en la medida en que, según la doctrina⁴⁶, acogida por el pleno de la Sección Tercera⁴⁷, al ser los principios mandatos de optimización, los mismos pueden ser cumplidos en diversos grados, dependiendo de las posibilidades jurídicas y fácticas y no cumplidos en determinada(s) manera(s), como sucede con las reglas.

Así las cosas, tratándose de la potestad del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, puede advertirse cómo el análisis respecto de si el ejercicio de dicha potestad, en el caso de la contratación directa, se ajusta o no a la ley, no es coincidente con el de los procedimientos que corresponden a las distintas modalidades de selección.

En efecto, se observa que la reglamentación del parágrafo 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 se caracteriza por encontrarse la ley delimitada por "*los principios de economía, transparencia y selección objetiva*" o, en otras palabras, la extensión de la potestad reglamentaria, para el caso del procedimiento de la contratación directa, se subordina al alcance de dichos principios, motivo por el cual, el Gobierno Nacional, en ejercicio de esa potestad, cuenta con un campo de acción cuya extensión dependerá de que las normas concretas que aquel expida satisfagan un grado de cumplimiento que se valorará de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas de cada causal incorporada a dicha modalidad de selección.

administración, cual es la de ejecutar las leyes para su efectivo cumplimiento" [C-508/02. MP. Alfredo Beltrán Sierra].

⁴⁶ Alexy, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica". Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 5. 1988, Págs. 143-144.

⁴⁷ CE. S3. SP. Fallo de 23-Jul-15 [Exp. 11001-03-26-000-2009-00043-00(36805)]. MP. Hernán Andrade Rincón.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

El segmento demandado “y c” del artículo 73 del Decreto 1510 de 2013 no vulnera el párrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 puesto que el reglamento no agotó en el “acto administrativo de justificación de la contratación directa” el deber legal de justificación de la modalidad de selección, previo a la apertura o inicio del proceso correspondiente

Cabe recordar que el párrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007⁴⁸, que el actor estima vulnerado por el segmento normativo demandado, instituye el deber de las entidades estatales de justificar los fundamentos de la modalidad de selección⁴⁹ que se proponen adelantar, de manera previa a la apertura del proceso de selección respectivo, pero no circunscribe en ningún momento el cumplimiento de dicho deber a la expedición o elaboración de actos o documentos concretos.

Precisamente en este punto cobran relevancia las consideraciones esbozadas en torno a la extensión de la potestad del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política para el caso de la contratación directa, en la medida en que las disposiciones que reglamentan esta modalidad de selección pueden satisfacer los principios de economía, transparencia y selección objetiva en el grado que la(s) causal(es) legal(es) respectiva(s) lo requiera(n), visto desde las posibilidades jurídicas y fácticas que resulten involucradas.

En ese sentido, el segmento demandado en ningún momento excluye la aplicación del párrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, puesto que el deber contenido en esta disposición legal no depende ineludiblemente del acto creado

⁴⁸ “Ley 1150/07. 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.

“(…)”.

⁴⁹ Es importante recordar que el párrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150/07 no se aplica en el caso de la contratación de mínima cuantía por expresa previsión legal:

“Ley 1474/11. Transparencia en contratación de mínima cuantía. Adiciónese el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 el siguiente numeral”.

“(…)”

“Párrafo 2. La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003, ni en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007” (subrayado fuera del texto).



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

en el nivel reglamentario por el artículo 73 del Decreto 1510 de 2013 – del que hace parte dicho segmento – y al que se le denominó “Acto administrativo de justificación de la contratación directa”.

De ninguna manera es dable concluir que la mera denominación del “Acto administrativo de justificación de la contratación directa”, creado por el artículo 73 del Decreto 1510 de 2013, condiciona y agota las posibilidades de dar cumplimiento al deber consagrado en el párrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que establece que las entidades estatales justificarán la modalidad de selección escogida, previo a la apertura del procedimiento correspondiente. Lo anterior dado que en el EGCAP se prevén otros actos y documentos previos a la apertura de los procesos de selección en los que válidamente la reglamentación de la contratación directa puede satisfacer el cometido de dicho deber, como efectivamente lo hizo según se anota enseguida⁵⁰.

En efecto, los artículos 25 (numeral 12⁵¹) de la Ley 80 de 1993 y 8⁵² de la Ley 1150 de 2007 permiten advertir cómo el propio legislador, previo al inicio de

⁵⁰ Esta misma posición la sostuvo esta Corporación al analizar el Decreto 2474/08, al indicar que: *“En este orden de ideas, el hecho de que el párrafo 2 del art. 77 exima de este requisito a los contratos que contempla el art. 82 del mismo decreto, no vulnera por sí mismo el art. 2 párrafo primero de la ley 1.150, sencillamente porque no es verdad que el reglamento excluya a esta clase de contratos de la obligación ineludible –por ley- de expresar los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección, ya que ésta se garantiza, exige y asegura desde el momento en que se realizan los ‘estudios previos’ a que se refiere el art. 3.3 del reglamento.*

“En otras palabras, si lo que echa de menos el actor -que es en lo que consiste la demanda de nulidad- es que en esta clase de contratos no se cumpla lo que ordena el artículo 2 párrafo 1 de la ley 1.150; resulta que no es cierto, porque es claro que los ‘contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión’ también requieren de los estudios y documentos previos, requisito que necesaria e indefectiblemente exige el cumplimiento de este otro requisito legal, pues el numeral 3, del artículo 3, del decreto 2.474 requiere, expresamente, que en estos estudios se indiquen ‘Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección’.

“(…)

“En conclusión, la Sala negará la pretensión anulatoria de la norma demandada, por las razones expuestas, es decir, porque la indicación de los fundamentos que justifican la escogencia de cualquier modalidad de selección, incluida la contratación directa –con todas sus causales-, se satisface con la elaboración de los estudios previos, que se publican antes de iniciar un proceso de selección o de celebrar un contrato, según el caso”. CE. S3. Fallo de 7-Mar-11 [Exp. 11001-03-26-000-2009-00070-00(37044)]. MP. Enrique Gil Botero.

⁵¹ *“Ley 80/93. Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:*

“(…)

“12. Modificado por el artículo 87 de la Ley 1474/11. El nuevo texto es el siguiente:> Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

cualquier proceso de selección – con excepción de la mínima cuantía, respecto de la cual expresamente se indicó que se somete a sus propias reglas –, estableció el deber para las entidades estatales de elaborar los “*estudios y documentos previos*” que correspondan según la necesidad contractual de que se trate.

En ese sentido, el Decreto 1510 de 2013, en relación con la contratación directa, podía válidamente propiciar el cumplimiento del deber del párrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 en los actos que dicha norma reglamentaria creara – como en el caso del “*Acto administrativo de justificación de la contratación directa*” – y/o en los creados por el legislador – como en el caso “*estudios y documentos previos*” –, siempre que en uno y/u otro caso los mismos antecederan al inicio del procedimiento de dicha modalidad de selección.

Esa aparente duplicidad de actos que en el marco de la contratación directa reproducirían una misma información – la justificación de la modalidad de selección según lo prescribe el párrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 – se explica si se tiene en cuenta que, de conformidad con la reglamentación, se presentan situaciones en las que, dependiendo de la causal de que se trate, se excepciona la expedición del acto denominado “*Acto administrativo de justificación de la contratación directa*” o la elaboración de los “*estudios y documentos previos*”⁵³, pero no ambos simultáneamente.

selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

“(…) (subrayado fuera del texto)”

⁵² *“Ley 1150/07. Artículo 8. De la publicación de proyectos de pliegos de condiciones y estudios previos. Con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido, las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, en las condiciones que señale el reglamento. La información publicada debe ser veraz, responsable, ecuánime, suficiente y oportuna.”*

“La publicación de los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección.

“Junto con los proyectos de pliegos de condiciones se publicarán los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración.”

“(…)”

⁵³ En el ordenamiento jurídico nacional, el único evento en el que se podría excepcionar el deber de planeación corresponde al de la causal de la “*urgencia manifiesta*” para los casos en los que se configuren las circunstancias previstas en los artículos 40 (inciso 3) y 42 de la Ley 80 de 1993.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

Dentro de ese contexto, el Decreto 1510 de 2013, en el artículo 20.3⁵⁴, contentivo de los varios elementos que estructuran los estudios y documentos previos, se refirió a la *"La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos"*, elemento que garantizó el cumplimiento del deber contenido en el parágrafo 1 el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 para el caso de todas las modalidades de selección – con excepción de la mínima cuantía –.

El segmento demandado "y c" del artículo 73 del Decreto 1510 de 2013 no vulnera el parágrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, puesto que la no publicidad de los estudios y documentos previos de los contratos referidos por dicho segmento no elimina la obligación de justificar la modalidad de selección de contratación directa

En este punto, el actor señala que en el caso de la contratación directa la excepción contenida en el segmento demandado, es decir, la no obligatoriedad de expedir el *"Acto administrativo de justificación de la contratación directa"*, vulnera el deber del parágrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, aún cuando se expidan los *"estudios y documentos previos"*, puesto que la reglamentación también excluye la publicidad de estos cuando se trata de los contratos a los que remite dicho segmento.

Observa la Sala que, en orden a salvaguardar el argumento de que el segmento *"y c)"* del artículo 73 del Decreto 1510 de 2013 transgrede el parágrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el actor asocia dos cuestiones que, aunque interrelacionadas son distintas: **(1)** de una parte, el deber de justificación de la modalidad de selección, contenido en dicho parágrafo y, de otro lado, **(2)** el deber general de publicidad de las actuaciones contractuales de las entidades estatales, previsto en los artículos 24 (numeral 3⁵⁵) de la Ley 80 de 1993 y 3⁵⁶ de la Ley 1150 de 2007, entre otros.

⁵⁴ Reproducido por el Decreto 1082/15 en el artículo 2.2.1.1.2.1.1.

⁵⁵ *"Ley 80/93. Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio:*

"(...)

"3. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.

"(...)".



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

Lo primero que resulta importante explicar es que el segmento demandado “y c)” está incorporado en el artículo 73⁵⁷ del Decreto 1510 de 2013 y, según se desprende del contenido de esa norma, el mismo está referido al literal c) del artículo 75⁵⁸, literal que, a su turno, remite a los contratos contenidos en otras dos disposiciones del mismo decreto: los de los artículos 65 (numeral 17) que corresponden a la “selección abreviada” y 78 atinente a la “contratación directa”.

Valga en este punto advertir la inconsistencia que se presenta con el literal c) antedicho, cuando el Decreto 1510 de 2013, buscando excepcionar de actuaciones propias del procedimiento de la contratación directa, remitió a una causal que corresponde a un procedimiento distinto, puesto que se refiere específicamente a los contratos del numeral 17 del artículo 65 del mismo decreto⁵⁹; en otras palabras, inútilmente quiso excepcionar de las actuaciones de un procedimiento a todas luces inaplicable respecto de dicho numeral.

⁵⁶ “Ley 1150/07. Artículo 3. De la contratación pública electrónica. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.
“(..).”

⁵⁷ “Decreto 1510/13. 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:
“(..).”

“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” (subrayado fuera del texto).

⁵⁸ “Decreto 1510/13. 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” (subrayado fuera del texto).

⁵⁹ “Decreto 1510 de 2013. 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.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

Ahora bien, en cuanto concierne a la primera de las cuestiones que asocia el actor en el cargo, esto es, el deber de justificación de la modalidad de selección contenido en el parágrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el hecho de que en los contratos antedichos el artículo 73 del Decreto 1510 de 2013 hubiera establecido que no era necesario el "Acto administrativo de justificación de la contratación directa" no impide el cumplimiento de ese mismo deber, puesto que,

"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 cedulaación, 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 (Invias) 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".



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

se reitera, el reglamento previó esa justificación en los “*estudios y documentos previos*”.

Sin perjuicio de que el ordinal 17 del artículo 65 del Decreto 1510 de 2013 será declarado nulo, con base en el análisis que se realizará en el acápite de los cargos contra el artículo 78 del mismo decreto, para los efectos del presente acápite, la circunstancia de que en el marco del artículo 73 – disposición que disciplina la contratación directa –, la alusión al referido literal c) del artículo 75 involucre una causal de selección abreviada, no significa que se esté excepcionando el deber contenido en el parágrafo 1 el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, puesto que, se reitera, en el Decreto 1510 de 2013 dicho deber se encontró garantizado con el antedicho elemento de los “*estudios y documentos previos*”.

Respecto de la segunda de las cuestiones asociadas por el actor en el cargo, la Sala observa que la circunstancia de que el artículo 75 del Decreto 1510 de 2013 hubiere previsto que los “*estudios y documentos previos*” no sean públicos en los contratos a los que esa misma disposición se refiere, de ninguna forma quiere significar que no deba darse cumplimiento al deber de justificación de la modalidad de selección correspondiente, deber que permanece incólume.

En otras palabras, la restricción antedicha a la publicidad de los estudios y documentos previos en los casos previstos por el artículo 75 del Decreto 1510 de 2013 no prescinde de la obligación que tienen las entidades estatales contratantes de justificar en ellos los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección de la contratación directa.

Si bien es cierto que, tratándose de otras modalidades de selección, la publicidad de los estudios y documentos previos facilita la pluralidad de controles sobre la gestión en las distintas etapas de la contratación pública⁶⁰, el pleno de la Sección

⁶⁰ Sin perjuicio de las competencias en cabeza de las autoridades con funciones jurisdiccionales, se encuentran los controles sobre la gestión contractual contenidos en las Leyes 80/93 (artículos 62 a 66) y 850/03.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

Tercera del Consejo de Estado⁶¹ ya ha admitido que la excepción al principio constitucional de publicidad opera sin perjuicio de que las autoridades públicas – o los particulares a través de estas – puedan, dentro de los cauces legales preestablecidos, ejercer los controles que les competen, también sobre la contratación que es objeto de dicha reserva.

Dicho de otra forma, si lo que el actor busca inferir es que el hecho de que en el caso en cuestión los estudios y documentos previos no sean públicos, conlleva que la entidad estatal no cumpla en ellos con el deber de justificar la modalidad de selección respectiva, tal inferencia resulta equivocada, puesto que la restricción a la publicidad no excepciona el contenido obligatorio de los estudios y documentos previos y, en todo caso, esa misma contratación se encuentra sujeta a los controles antedichos.

Finalmente, resulta importante añadir que, de acuerdo con la Corte Constitucional⁶², la reserva a la que se refiere la causal legal de contratación

⁶¹ "El Legislador del 2007, tal como se advierte de la exposición de motivos que acompañó el proyecto de Ley presentado por el Gobierno Nacional y las discusiones parlamentarias, buscó privilegiar tanto la transparencia en la contratación, como la agilidad y oportunidad para la adquisición de los bienes y servicios relacionados con la defensa y seguridad nacional, más que la reserva con la que debe ser manejada la información que en ellos está implícita. Sin embargo, considerando que puede existir información sensible que ponga en riesgo intereses superiores del Estado al ser revelada, el Legislador estableció la posibilidad que las entidades que hacen parte del sector administrativo de defensa, el DAS y aquellas que conforman la 'comunidad de inteligencia' pudiesen adquirir, directamente, bienes y servicios que necesiten reserva para su contratación" (Subrayado fuera del texto) CE. S3. SP. Fallo de 23-Jul-15 [Exp. 11001-03-26-000-2009-00043-00(36805)], MP. Hernán Andrade Rincón.

⁶² Sentencia C-274/13. MP. María Victoria Calle Correa. En esta providencia la Corte Constitucional declaró la inexecutable del parágrafo 2 del proyecto de Ley Estatutaria número 228 de 2012 Cámara, 156 de 2011 Senado, "por medio de la cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional" - hoy Ley 1712/04 -, el cual exceptuaba de la aplicación de dicha ley varias normas, entre ellas, el literal d) del numeral 4. del artículo 2 de la Ley 1150/07. Indicó dicha Corporación "Este tipo de expresiones genéricas o vagas constituyen una habilitación general a las autoridades para mantener en secreto la información que discrecionalmente consideren adecuado, y es claramente contraria al artículo 74 CP, porque constituyen una negación del derecho, e impiden el control ciudadano sobre las actuaciones de los servidores públicos y de las agencias estatales. También resulta contraria a los tratados internacionales de los cuales Colombia hace parte, y que conforman el bloque de constitucionalidad en sentido estricto. (Art. 93 CP).

"Dado que se trata de excepciones al principio de publicidad, la posibilidad de establecer una reserva depende no solo de que una ley consagre esta opción de manera general, sino que precise qué información es la que goza de este tratamiento excepcional. Así por ejemplo, con esta fórmula abierta, quedan cobijadas por la reserva tanto el detalle de gastos reservados como la cuantía de los mismos, impidiendo así el control ciudadano sobre la forma como las entidades utilizan los



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

directa en cuestión no constituye una fórmula abierta que cobije cualquier información concerniente a los contratos suscritos al amparo de la misma y, de conformidad con el pleno de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶³, la determinación precisa y clara de su contenido implica un reenvío a las normas de orden legal que establecen los eventos en que, por causa de la defensa y seguridad nacional, debe reservarse la información contractual que corresponda, sin perjuicio de las justificaciones que deban hacer constar los funcionarios públicos encargados del trámite contractual correspondiente.

Por las razones anteriores, la Sala no accederá a la pretensión de nulidad del segmento "y c)" del artículo 73 del Decreto 1510 de 2013.

3.3. Cargo frente al artículo 78

3.3.1. Normas violadas y concepto de la violación

Norma(s) reglamentada(s)

"Ley 1150/07. 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;

recursos. También podían quedar amparados el contenido de un documento público y su existencia, y todo tipo de información cuyo secreto no protege ningún bien o derecho constitucional.

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

⁶³ CE. S3. SP. Fallo de 23-Jul-15 [Exp. 11001-03-26-000-2009-00043-00(36805)]. MP. Hernán Andrade Rincón.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

"(...)".

"Ley 80/93. Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

"(...)

"Parágrafo 2. 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.

"(...)"

Norma reglamentaria demandada

"Decreto 1510/13. 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 éstos 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



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

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



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

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" (lo subrayado corresponde a lo demandado).

El actor comenzó reprochando que se eximiera de la obligación de recibir varias ofertas a la causal de la modalidad de selección de contratación directa para contratar bienes y servicios en el sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección cuya adquisición requiera de reserva, reproche que justificó con el argumento de que la exención de la norma reglamentaria contraviene los principios de economía, transparencia y selección objetiva a los que alude el parágrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el cual, advirtió, no fue derogado por la Ley 1150 de 2007.

Señaló que, si bien el procedimiento de la contratación directa debe corresponder a uno simplificado que garantice la observancia del principio de selección objetiva, la Ley 1150 de 2007 no promueve respecto de aquella su desregulación absoluta, situación que se presentó cuando el inciso primero del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013 eximió a las entidades estatales que acudan a dicha causal del recibo de varias ofertas.

De otra parte, el actor cuestionó que el referido artículo 78 estableciera categorías de bienes, obras y servicios que requieren reserva para su adquisición y desconociera que el fundamento de la causal legal de contratación directa era la



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

causa o finalidad de cada contrato, dependiendo de las circunstancias específicas y no el objeto sobre el cual versara este. Agregó que, si en gracia de discusión se aceptara que el reglamento podía establecer ese tipo de presunciones en relación con la reserva y el objeto de los contratos, en todo caso, los eventos que correspondían a dichas categorías debían permitir la presunción de la necesidad de la reserva, luego de un juicio lógico de causalidad, juicio que, en opinión del actor, no se deduciría del contenido del artículo demandado.

Enseguida el actor desvirtuó varias de las categorías contenidas en el artículo 78 e indicó que mientras en algunas no existía una real justificación desde el punto de vista armamentístico ni tampoco desde el de la reserva, en otras se incorporaron contratos que correspondían a la causal de selección abreviada del artículo 65 del mismo decreto.

La Contraloría General de la República afirmó que la competencia para delimitar los contratos que, eran objeto de reserva era del legislativo, pero, independientemente de ello, no fue la intención del legislador circunscribir la aplicación de la causal en cuestión a determinados objetos contractuales, como lo hizo el artículo 78 del Decreto 1510 de 2013.

3.3.2. Argumentos de las entidades demandadas

3.3.2.1. DNP

Defendió la legalidad del artículo demandado; señaló que si bien la competencia de oferentes era la regla general, encontraba su excepción en la contratación directa, pero no por ello estaba desprovista de la valoración objetiva en la obtención de un bien o servicio requerido en condiciones de mercado que satisficiera la necesidad de la entidad.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

3.3.2.2. CCE

Con base en el entendimiento conceptual y sistemático de la contratación directa en el contexto de las modalidades de selección de la Ley 1150 de 2007, sostuvo que, tratándose de aquella, la pluralidad de ofertas resulta ser facultativa y la escogencia del contratista puede surtirse sin un proceso competitivo, no por ello desprovisto de la valoración objetiva de obtener un bien o servicio requerido en condiciones de mercado y que satisface la necesidad de la entidad.

3.3.2.3. DAPRE

Arguyó, de una parte, que lo que se somete a reserva es el procedimiento de adquisición y que la definición de cada bien o servicio sometido a reserva no es un asunto que compete al legislador y, de otro lado, que la selección objetiva existe en la contratación directa, aun cuando no haya comparación de ofertas.

3.3.2.4. Coadyuvancia del Ministerio de Defensa

Además de reiterar el argumento sobre la selección objetiva, advirtió que la norma reglamentaria orientó la causal de contratación directa en cuestión hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real, y "cerró" la generalidad de la misma en función exclusiva de los bienes, obras y servicios consagrados en el artículo demandado. Agregó que la inexistencia de la norma reglamentaria conduciría a la inaplicabilidad de la causal, dado que esta es abstracta y genérica.

3.3.3. Consideraciones de la Sala para resolver

Los cargos del actor frente al artículo 78 del Decreto 1510 de 2013 están dirigidos a cuestionar que, tratándose de la causal legal de contratación directa desarrollada por dicha norma reglamentaria, esta, de una parte, estableciera que no era necesario recibir varias ofertas, y, de otro lado, consagrara categorías de bienes y servicios en los que la reserva se hace depender del objeto y no la causa o finalidad de cada contrato.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

El inciso primero del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013 satisface el cumplimiento del principio de selección objetiva de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas de la causal legal de contratación directa contenida en el literal d) del numeral 4. del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007

El cargo del actor deberá desestimarse puesto que, en el marco de las modalidades de selección distintas a la licitación pública – como en el caso de la contratación directa –, la exención al deber general de las entidades estatales de procurar la pluralidad de ofertas ha sido considerada por el pleno de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶⁴ como una restricción válida al principio de libre concurrencia y, además, como un método que, aunque distinto a la comparación de ofertas, permite satisfacer también el deber de selección objetiva.

En cuanto a lo primero, la validez de la restricción se ha fundado, de una parte, en el carácter relativo y restrictivo de dicho principio, y, de otro lado, en la libre configuración normativa del legislador, con base en consideraciones de conveniencia por él estimadas razonables y proporcionales, según la finalidad y propósito de cada modalidad de selección. Sobre este punto esta Corporación ha sostenido:

En efecto, de acuerdo con el Consejo de Estado: "(...) el legislador (...) Buscó ordenar las modalidades de selección, empezando por su nombre, pero sobre todo para homogeneizar las causales que contenían –cuando este era el caso-, de allí que se denominaran conforme a su finalidad y propósito. Por esto llamó contratación directa a aquella forma de escoger al contratista donde no es necesario que la administración obtenga dos o más ofertas, toda vez que es la única manera de entender que de verdad la contratación es directa. Si necesitara varias propuestas, la modalidad no sería esta, ya que la expresión contratación directa debe dar la idea de que la contratación se realiza con quien la entidad

⁶⁴ En relación con el tema en cuestión se indicó: "(...) cuando la pluralidad de ofertas no se estima necesaria (contratación directa), el único parámetro de comparación con el que cuenta la administración para establecer la favorabilidad de la contratación está determinado por los documentos elaborados por ella unilateralmente producto del ejercicio de planeación, en los que se definirán, entre otros aspectos, las condiciones técnicas y económicas requeridas, sobre la base de una verificación de las condiciones del mercado para la prestación del servicio, la entrega de los bienes o la elaboración de las obras que se requieran. En tal circunstancia, el rigor con el que la entidad haya estructurado el proceso de contratación y elaborado sus estudios previos cobrará la mayor de las relevancias, pues será el único parámetro con el que contará la entidad pública para definir la favorabilidad de la contratación". CE. S3. SP. Fallo de 23-Jul-15 [Exp. 11001-03-26-000-2009-00043-00(36805)]. MP. Hernán Andrade Rincón.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

escoja libremente, de no ser así no sería directa. Este fue el problema nominal que tuvo la ley 80, como quiera que recogía bajo este nombre muchas causales donde se exigían varias ofertas –incluso hasta 10, como en la menor cuantía-, por ello nada tenía de directa la elección.

"(...)

"Del articulado mismo de la ley 1.150 se desprende que las causales de contratación directa no requieren de la obtención de un número plural de ofertas. Por el contrario, la escoge libremente, bien pidiendo una sola oferta o incluso ninguna, pudiendo pasarse -en este último caso- a suscribir directamente el contrato"⁶⁵.

En cuanto a lo segundo, se ha aceptado que la selección objetiva fundada en el ofrecimiento más favorable no depende únicamente del cotejo entre ofertas sino también de métodos que, aún prescindiendo de dicha comparación, garanticen⁶⁶

⁶⁵ CE. S3. Fallo de 7-Mar-11 [Exp. 11001-03-26-000-2009-00070-00(37044)]. MP. Enrique Gil Botero.

⁶⁶ En efecto, de acuerdo con el Consejo de Estado: "(...) la administración se encuentra en la obligación de establecer, con antelación al inicio del proceso de contratación, los criterios objetivos de la futura contratación, tales como la necesidad a satisfacer y los mejores medios para tales propósitos, el presupuesto estimado de la contratación, el objeto contractual, las prestaciones específicas a cargo de las partes, las condiciones de calidad y oportunidad, así como las calidades del posible contratista. Con fundamento en tal ejercicio de planeación y estructuración de la contratación, la administración cuenta, sin duda, con criterios que le permitirían adoptar una decisión objetiva en relación con aquello que resulte más favorable para el cumplimiento de los fines ínsitos en la contratación.

"Adicionalmente, dentro de la regulación correspondiente a la selección objetiva, la Ley 1150 de 2007 establece que en el proceso de escogencia y calificación que adopten las entidades, tendrán en cuenta los criterios que allí se indican. Entre ellos se señala que la '...entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello'. Así las cosas, de la norma se deriva que en el proceso de selección objetiva serán procedentes tanto las comparaciones de los ofrecimientos recibidos, unos con otros, y estos con los estudios efectuados por la entidad. Ante la ausencia de pluralidad de ofertas –situación que, por lo demás debería ser excepcional, así como lo debe ser acudir a la modalidad de contratación directa, pues memórese que la regla general es la licitación pública en garantía de la máxima publicidad y concurrencia en la contratación estatal–, será procedente comparar el único ofrecimiento con los criterios objetivos elaborados por la entidad. En este evento, por lo tanto, los métodos a los que se debe acudir para garantizar la selección objetiva se ven reducidos en comparación con las demás modalidades de contratación, en tanto no hay comparación de ofertas, sin que ello implique que se incumpla con tal regla, pues persiste, necesariamente una confrontación de la única oferta con los estudios previos que elaboró la entidad, lo cual ofrecerá la objetividad necesaria para evitar imparcialidad en la contratación de los bienes o servicios de que se trate.

"Aceptar el argumento del libelista supondría que en eventos tales como la ausencia de pluralidad de oferentes en el mercado y contratos interadministrativos, la administración adoptaría la decisión atendiendo criterios subjetivos o con desmedro de los interés públicos, pues no sería posible establecer la favorabilidad de la contratación, lo cual desconoce la existencia de fórmulas diferentes, establecidas por el mismo Legislador, para garantizar la imparcialidad y objetividad de la contratación". CE. S3. SP. Fallo de 23-Jul-15 [Exp. 11001-03-26-000-2009-00043-00(36805)]. MP. Hernán Andrade Rincón.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

que la respectiva escogencia se ajuste a los criterios legales de selección objetiva, a los precios o condiciones del mercado y a los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

Finalmente, cabe agregar que el inciso primero del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013 satisface el principio de la selección objetiva en la medida en que las posibilidades fácticas y jurídicas que se desprenden de la modalidad de selección de la contratación directa justifican que se restrinja el principio de la libre concurrencia puesto que, para el caso de esa específica causal, de una parte, la referida restricción evita que se ponga en peligro la reserva que debe resguardarla y, de otro lado, la mera inexistencia de pluralidad de ofertas no comporta *per se* que se desconozca la selección objetiva.

Por las razones anteriores, no se accederá a la petición de nulidad del inciso primero del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013.

Desde la óptica del “juicio de necesidad” y de la competencia *ex ante* que la Constitución Política le atribuyó al legislador, el inciso segundo y las 18 categorías del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013 contravienen el ordenamiento jurídico

El literal d) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, al referirse a la contratación de bienes y servicios que necesiten reserva y que corresponda a las entidades referidas en esa norma, incorporó en la sintaxis de la causal de contratación directa por ella consagrada un criterio de necesidad (“*que necesiten reserva*”), a partir del cual se deduce un “juicio de necesidad” que depende del concepto “*reserva legal*”.

Es importante comenzar por indicar que la determinación de los bienes y servicios que necesiten de “*reserva legal*” para su adquisición supone, desde la óptica del derecho fundamental de acceso a la información pública⁶⁷ – consagrado en el artículo 74 de la Constitución Política –, la existencia de eventos definidos

⁶⁷ “Constitución Política. Artículo 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley (...)”.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Acor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

únicamente por el legislador como reservados, los cuales, según lo ha reconocido la Sección Tercera en Sala Plena⁶⁸, no comprenden solo temas relativos a la defensa y seguridad nacional, sino, además, otros asuntos que aquel estime que gocen de dicha reserva.

Dentro de ese contexto, la exigencia de reserva está vinculada al juicio de necesidad *ex ante* en cabeza del legislador, a quien constitucionalmente le corresponde la determinación de los casos que se exceptúan o que limitan el derecho fundamental de acceso a la información pública, lo cual se justifica en que solo a través de aquel se puede garantizar el principio básico de la legitimidad democrática y asegurarse la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos ante la restricción de un derecho fundamental. Así, el ejercicio de la referida competencia constitucional del legislador se somete a las directrices impartidas por la Corte Constitucional⁶⁹ sobre ese respecto, principalmente:

- El deber de precisión y claridad en la definición que haga el legislador del tipo de información que puede ser objeto de reserva y las autoridades que pueden establecerla.
- La reserva opera respecto del contenido de un documento público pero no de su existencia, es esta última respecto de la cual la Constitución Política garantiza a los ciudadanos el ejercicio del derecho fundamental al control del poder público.
- La reserva legal opera sobre la información que compromete derechos fundamentales o bienes constitucionales (*seguridad nacional, orden público, salud pública, entre otros*) pero no sobre todo el proceso público dentro del cual dicha información se inserta.
- Las limitaciones al acceso a la información pública deben resultar razonables y proporcionadas a la finalidad de protección de derechos fundamentales o bienes constitucionales.

⁶⁸ CE. S3. SP. Fallo de 23-Jul-15 [Exp. 11001-03-26-000-2009-00043-00(36805)]. MP. Hernán Andrade Rincón.

⁶⁹ C-491/07. MP. Jaime Córdoba Triviño.



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

- El derecho de acceso a los documentos públicos no se extiende a los documentos meramente preparatorios o en trámite de elaboración ni a la información íntima o privada de personas naturales que no tenga ninguna relevancia pública.
- La reserva legal no cobija información cuya publicidad constitucionalmente sea obligatoria.
- La reserva debe tener un límite temporal.
- La reserva legal no impide el control intra o interorgánico, jurídico y político de las decisiones y actuaciones públicas de que da cuenta la información reservada.

Con base en lo anterior, para la Sala es claro que los argumentos de la demanda no son precisos al sustentar el cargo contra el inciso segundo y las 20 categorías del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013, en particular porque al referirse a la necesidad de reserva hacen depender el ámbito de esta de la causa o finalidad de cada contratación, siendo que, de acuerdo con lo antes expuesto, la misma está subordinada restrictivamente a lo regulado por el legislador, de conformidad con las pautas impartidas por la Corte Constitucional.

En este punto es preciso advertir que para el caso de lo establecido en la letra d) del número 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, debe entenderse la existencia de un reenvío a las normas de orden legal que establecen los eventos en que por causa de la protección de derechos fundamentales o bienes constitucionales debe reservarse la información contractual que corresponda.

Lo anterior no quiere desconocer que la decisión de una entidad que decida no entregar determinada información, soportándose en la reserva legal, debe suponer la aplicación de normas de rango constitucional o legal que la consagran y cuyo correcto ejercicio dependerá de la adecuada motivación de dicha decisión. En otras palabras, aunque las normas que consagran la reserva legal implican un ejercicio reglado de funciones en cuanto concierne con la limitación en el acceso a determinado tipo de información, en últimas son los servidores públicos los



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

responsables de asegurar que dicha limitación sea aplicada de forma restrictiva y sin hacerla extensiva a supuestos no previstos por el legislador.

En definitiva, dado que le corresponde al legislador y no al Gobierno Nacional determinar las limitaciones al acceso de la información concerniente a los bienes y servicios que adquieran las entidades estatales al amparo del literal d) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el inciso segundo y las 20 categorías del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013 comportan una extralimitación en el ejercicio de la función reglamentaria e invaden la órbita competencial del Congreso de la República, por lo cual resulta menester expulsarla del ordenamiento jurídico declarando su nulidad

Las consideraciones expuestas resultan extensivas en relación con el numeral 17 del artículo 65 del Decreto 1510 de 2013⁷⁰, que aunque se encuentra incluido en la enumeración de la causal de selección abreviada del literal i) del numeral 2. del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y no en la de la causal de contratación directa del literal d) del numeral 4 del mismo artículo 2, también en dicho ordinal el Gobierno Nacional determinó un caso en el que la adquisición de ciertos bienes o servicios estaba sometido a reserva, cuando, se reitera, la restricción al acceso a la información que concierne con los bienes y servicios a contratar corresponde única y exclusivamente al legislador.

Por todo lo que antecede, se declarará la nulidad del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013, con excepción de su inciso primero, así como también la nulidad del numeral 17 del artículo 65 del mismo decreto.

⁷⁰ "Decreto 1510/13. 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:

"(...)

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

"(...)"



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

4. Recapitulación

En relación con la causal legal de la selección abreviada contenida en el literal i) del numeral 2. del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, es decir *“La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional”*, en esta providencia se concluyó:

- Que el inciso séptimo del artículo 3 del Decreto 1510 de 2013 desbordó la potestad reglamentaria al entrar a establecer específicas entidades públicas que podían adquirir los bienes y servicios objeto de la causal antedicha cuando el legislador no hizo ninguna distinción.
- Que con excepción del numeral 17, las categorías enlistadas en el artículo 65 del Decreto 1510 de 2013 contentivas de distinto tipo de bienes y servicios, al depender de dos tipos de juicios –de necesidad y de adecuación – uno de los cuales no resulta posible realizarlo *ex ante*, su legalidad se condicionó a que la entidad estatal que adquiriese dichos bienes y servicios estableciera la relación existente entre ellos, la satisfacción de las necesidades que los mismos procurarán para la defensa y seguridad nacional y las funciones a su cargo. No obstante que será declarada la legalidad condicionada del artículo 65 del Decreto 1510 de 2013, este no recobra su eficacia jurídica dado que fue derogado por el Decreto 1965 de 2014.

Asimismo, en relación con la causal legal de la contratación directa contenida en el literal d) del numeral 4. del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, es decir *“La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición;”*, en esta providencia se concluyó:

- Que el segmento *“y c)”* incorporado en el artículo 73 del Decreto 1510 de 2013 que excepciona los contratos del artículo 78 no implica un desconocimiento del deber de justificación contenido en el párrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Como consecuencia de lo establecido por el artículo 3.1.1. del



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

Decreto 1082 de 2015⁷¹, el segmento “y c)” del artículo 73 del Decreto 1510 de 2013, por no haber sido derogado por ninguna norma y al recuperar su eficacia jurídica en tanto que no será declarada su nulidad en esta providencia, corresponde que sea compilado en dicho decreto.

- Que el inciso primero del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013 no transgrede el principio de selección objetiva. Es importante recordar que este inciso fue reproducido en el artículo 2.2.1.2.1.4.6. del Decreto 1082 de 2015, razón por la cual no hay lugar a la aplicación del artículo 3.1.1. de dicha normativa.
- Que la enumeración del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013 desbordó la potestad reglamentaria al limitar el derecho fundamental de acceso a la información pública tratándose de bienes y servicios a adquirir por vía de la modalidad de selección de la contratación directa, limitación que por corresponder a la reserva legal, está en cabeza del legislador.

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

FALLA

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad del inciso séptimo del artículo 3 del Decreto 1510 de 2013, de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la presente providencia.

⁷¹ “Decreto 1082/15. Artículo 3.1.1. Derogatoria Integral. Este decreto regula íntegramente las materias contempladas en él. Por consiguiente, de conformidad con el art. 3 de la Ley 153 de 1887, quedan derogadas todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria relativas al Sector Administrativo de Planeación Nacional que versan sobre las mismas materias, con excepción, exclusivamente, de los siguientes asuntos:

“(...)

“3) Igualmente, quedan excluidas de esta derogatoria las normas de naturaleza reglamentaria de este sector administrativo que, a la fecha de expedición del presente decreto, se encuentren suspendidas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las cuales serán compiladas en este decreto, en caso de recuperar su eficacia jurídica.

“(...)” (subrayado fuera del texto).



Radicación: 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222)
Actor: Martín Bermúdez Muñoz
Demandado: Presidencia de la República y Otros
Referencia: Medio de control de nulidad

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad del ordinal 17 del artículo 65 del Decreto 1510 de 2013, de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la presente providencia.

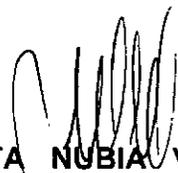
TERCERO.- DECLARAR la nulidad del artículo 78 del Decreto 1510 de 2013, con excepción del inciso primero, de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la presente providencia.

CUARTO.- DECLARAR la legalidad **condicionada** de la enumeración de bienes, servicios y tipos contractuales previstos en el artículo 65 del Decreto 1510 de 2013, con excepción del ordinal 17, en el sentido de que la entidad pública del orden nacional que acuda a esta modalidad de contratación, a más de dar estricto cumplimiento a lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, establezca la relación existente entre los bienes y servicios a adquirir, la satisfacción de las necesidades que ellos procurarán para la defensa y seguridad nacional y las funciones a su cargo.

QUINTO.- DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA ADRIANA MARÍN


MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO


CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA