

Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 1 del Decreto 252 de 2020.

Evaristo Raúl Gutiérrez Armenta <evaristo__1991@hotmail.com>

Mié 21/09/2022 11:05

Para: Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>

Buenos días, mediante el presente correo envío la acción pública de inconstitucionalidad que como ciudadano interpongo contra el artículo 1 del Decreto 252 de 2020. Para acreditar mi calidad de ciudadano, adjunto mi cédula de ciudadanía. Muchas gracias.

Atentamente:

Evaristo Raúl Gutiérrez Armenta.

Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 1 del Decreto 252 de 2020.

Evaristo Raúl Gutiérrez Armenta <evaristo__1991@hotmail.com>

Miércoles 21/09/2022 11:05

Para: Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>

Buenos días, mediante el presente correo envío la acción pública de inconstitucionalidad que como ciudadano interpongo contra el artículo 1 del Decreto 252 de 2020. Para acreditar mi calidad de ciudadano, adjunto mi cédula de ciudadanía. Muchas gracias.

Atentamente:

Evaristo Raúl Gutiérrez Armenta.

**HONORABLES MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL**

Bogotá D.C. 21 de septiembre de 2022.

Ref.: **ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ARTÍCULO 1º DEL DECRETO LEY 252 DE 2020.**

Evaristo Raúl Gutiérrez Armenta, ciudadano colombiano mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.018.442.569, expedida en Bogotá, obrando en nombre propio, con domicilio en la ciudad de Bogotá, respetuosamente me dirijo a ustedes en uso de mis derechos y deberes consagrados en el numeral 6 del artículo 40 y en el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política de 1991, con el fin de interponer la acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 1º del Decreto Ley 252 de 2020, para que, previo cumplimiento de los trámites y requisitos determinados en el Decreto Ley 2067 de 1991, se declare su inexecutable, por cuanto contraría la Constitución Política en sus artículos 113, 114, 121, y 150, como se sustenta a continuación:

I. NORMAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS.

Las normas de la Constitución Política vulneradas se transcriben a continuación:

“ARTICULO 113. *Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.*

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

ARTICULO 114. *Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración.*

El Congreso de la República, estará integrado por el Senado y la Cámara de Representantes.

(...)

ARTICULO 121. *Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.*

(...)

ARTICULO 150. *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

(...)

Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.”

II. NORMA DEMANDADA.

La norma demandada es el artículo 1 del Decreto Ley 252 de 2020, el cual determina lo siguiente:

“Decreto 252 de 2020

"Por el cual se adiciona el Decreto 1088 de 1993"

Artículo 1. *Adiciónese al artículo 10 del Decreto 1088 de 1993, el siguiente párrafo:*

"Artículo 10. Naturaleza de los actos y contratos.

(...)

"Párrafo. Además de las anteriores asociaciones, las organizaciones indígenas, también podrán celebrar contratos o convenios de manera directa con las entidades estatales de acuerdo con lo contemplado en el presente artículo y en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, siempre y cuando estén conformadas exclusivamente por cabildos indígenas, resguardos indígenas, asociaciones de cabildos, asociación de autoridades u otra forma de autoridad indígena propia.

Para la ejecución contractual, la entidad estatal deberá exigir la constitución de una garantía única que consistirá en una póliza de seguros que cubrirá suficientemente los riesgos del contrato o convenio. La entidad estatal podrá terminar unilateralmente el contrato o convenio en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo de la organización indígena.

En estos convenios se tendrá como aporte de las organizaciones indígenas el conocimiento ancestral.”

III. FUNDAMENTOS DE LA VIOLACIÓN.

1. Violación a la separación de poderes, al artículo 121 de la Constitución Política y a la reserva legal para expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

El artículo 113 de la Norma Superior establece que las Ramas del Poder Público son la Legislativa, la Ejecutiva y la Judicial, y que existen otros órganos, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. **Los órganos del Estado tienen funciones separadas**, pero colaboran de forma armónica para la realización de sus fines.

A renglón seguido, el artículo 114 *ibídem* determina que le corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el Gobierno y la Administración.

Más adelante, el artículo 121 de la Norma Superior advierte que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

La separación de los poderes prevista en la Constitución Política debe entenderse, a su turno, conforme a lo plasmado en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, de la siguiente forma:

*“Artículo 16.-Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, **ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.**”* (Negrita y subraya fuera del texto).

Una vez identificado el anterior marco normativo, se resalta que las materias reguladas en el artículo demandado deben ser abarcadas en el Estatuto General de Contratación Pública, el cual, por disposición de la Carta Política, debe ser expedido por el Congreso de la República (por las razones que a continuación se expondrán), independientemente de que esté expedido en una o varias leyes, tal y como se plasma en el último párrafo del artículo 150, que determina lo siguiente:

*“**Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública** y en especial de la administración nacional.”* (Negrita y subraya fuera del texto).

En el artículo demandado, el cual fue expedido por el Gobierno con base en las facultades otorgadas por el artículo 56 transitorio de la Constitución Política, se permite a las organizaciones indígenas que estén conformadas exclusivamente por cabildos indígenas, resguardos indígenas, asociaciones de cabildos, asociación de autoridades u otra forma de autoridad indígena propia celebrar contratos o convenios de manera directa con las entidades estatales.

Adicionalmente, el párrafo incluido en la norma demandada establece el requisito de la exigencia de la garantía única para la ejecución contractual, la cual debe consistir en una póliza de seguros que cubra de forma suficiente los riesgos del contrato o convenio suscrito.

Aunado a lo anterior, se prevé la posibilidad de la terminación unilateral del contrato o

convenio, al encontrarse el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la organización indígena.

Como corolario de lo anterior, se regula el conocimiento ancestral de las organizaciones indígenas como aporte en los convenios.

Ahora bien, sobre la separación de poderes, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-253 de 2017, decantó lo que a continuación se cita:

*“La separación de poderes es, sin duda alguna, uno de los rasgos que mejor define el régimen constitucional propio de la democracia liberal. **El tránsito hacia ese modelo responde necesariamente a la pretensión de limitar el poder político y, con ello, evitar la arbitrariedad y el desconocimiento de los derechos del individuo.** Precisamente, la existencia de un poder limitado opera como garantía para el funcionamiento de la democracia y el sistema republicano de Gobierno, el cual parte de la base del equilibrio entre los poderes del Estado, el reconocimiento de ámbitos de ejercicio independiente y autónomo de las funciones otorgadas por el orden jurídico, y **la subordinación de la actuación de los servidores públicos y los particulares a las reglas jurídicas producidas, de manera prevalente, a partir de canales deliberativos y representativos de la voluntad de los ciudadanos.**”*

(...)

***La separación de poderes [...] tiene por objeto** no solo evitar que se afecten las libertades individuales a partir de un régimen político basado en la tiranía, **sino también permitir una adecuada especialización funcional, a través del ejercicio independiente de las competencias de cada rama u órgano del poder público.** La separación funcional, en ese orden de ideas, sirve de instrumento para la mayor libertad para los individuos, así como garantiza que cada una de dichas ramas y órganos, en virtud de su distinción institucional, puedan ejercer sus poderes de forma independiente y autónoma. Esto bajo un criterio de especialización en ejercicio de la función pública.*

(...)

*La división y limitación del poder [...] operan [...] como instrumento para la protección de los derechos. El poder concentrado tiende necesariamente a tornarse arbitrario, desproporcionado y materialmente injusto, pues suplanta la noción de derechos por la de privilegio y, con ello, se hace incompatible con el principio de igualdad, garantizado a través de la norma jurídica general y abstracta. Por lo tanto, **la división del poder político es una garantía para los ciudadanos, en especial debido a que circunscribe el ejercicio de las facultades de los órganos del Estado con base en reglas que derivan, bien directamente de la Constitución,** o bien de las normas jurídicas producidas luego de un proceso de deliberación democrática y fundado en el respeto al pluralismo político.” (negrita y subraya fuera del texto).*

Teniendo en cuenta el anterior pronunciamiento, se afirma lo siguiente:

1. El tránsito hacia la separación de poderes, como eje del régimen constitucional

propio de la democracia liberal, responde necesariamente a la pretensión de limitar el poder político y, con ello, evitar la arbitrariedad y el desconocimiento de los derechos del individuo.

2. El sistema republicano de Gobierno parte de la base de **la subordinación de la actuación de los servidores públicos y los particulares a las reglas jurídicas producidas, de manera prevalente, a partir de canales deliberativos y representativos de la voluntad de los ciudadanos.**
3. La existencia de un poder limitado opera como garantía para el funcionamiento de la democracia y el sistema republicano de Gobierno.
4. El sistema mencionado parte de la base del equilibrio entre los poderes del Estado, **el reconocimiento de ámbitos de ejercicio independiente y autónomo de las funciones otorgadas por el orden jurídico,** y la subordinación de la actuación de los servidores públicos y los particulares a las reglas jurídicas producidas, **de manera prevalente, a partir de canales deliberativos y representativos de la voluntad de los ciudadanos.**
5. La separación de poderes tiene como fin también permitir una adecuada especialización funcional, a través del ejercicio independiente de las competencias de cada rama u órgano del poder público.
6. La división del poder político es una garantía para los ciudadanos, en especial debido a que circunscribe el ejercicio de las facultades de los órganos del Estado con base en reglas que derivan, bien directamente de la Constitución, o bien de las normas jurídicas producidas luego de un proceso de deliberación democrática y fundado en el respeto al pluralismo político.

Así las cosas, se menciona que la separación de poderes es desconocida cuando uno de los órganos del poder público desconoce los límites que esta figura le impone para evitar la arbitrariedad, como en los eventos en los cuales el Gobierno excede las funciones otorgadas por la propia Constitución Política y, adicionalmente, usurpa aquellas que esta le concede a otro órgano como el Congreso de la República, el cual tiene una especialización funcional a través del ejercicio independiente de sus competencias.

También vulnera en esos casos el Gobierno la base del equilibrio entre los poderes estatales y la subordinación de la actuación de los servidores públicos y los particulares a las reglas jurídicas producidas, **de manera prevalente, a partir de canales deliberativos y representativos de la voluntad de los ciudadanos,** como lo es el Congreso de la República, de conformidad con lo dispuesto por la propia Norma Superior.

En efecto, la sentencia en cita expuso sobre el Congreso lo siguiente:

“La competencia general para la producción normativa, en los términos del artículo 150 de la Constitución, radica exclusivamente en el Legislador, siendo la habilitación al Ejecutivo de carácter limitado, a partir de condiciones y materias que dispone la misma Constitución. Ello debido a que es el Congreso la instancia que está dotada de mayor capacidad de deliberación democrática y donde, a

su vez, tienen asiento diferentes tendencias políticas, entre ellas las de carácter minoritario.” (Negrita y subraya fuera del texto).

Bajo este entendido, se reitera que es este órgano en donde se encuentra la mayor capacidad de deliberación democrática y en el cual tienen representación distintas tendencias políticas, incluso, las de carácter minoritario, motivo por el que se le otorga la competencia general para la producción normativa, mientras que estas características mencionadas de participación en el ejercicio de la democracia se echan de menos del poder Ejecutivo.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-261 de 2016, al interpretar el alcance del artículo 150 de la Constitución, citó sus propios pronunciamientos sobre el tema y consideró que al encontrarse la función legislativa en cabeza del Congreso¹, la posibilidad de que el Ejecutivo asuma esa competencia a través de decretos es excepcional y de interpretación restrictiva², pues constituye una alteración al reparto ordinario de facultades normativas³.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente frente a la reserva de ley en la Sentencia C-507 de 2014:

*“La cláusula de reserva de ley es una de las manifestaciones de los principios democrático y de separación de poderes, **que suponen que las normas que rigen la vida en sociedad reflejen mínimos de legitimidad, al ser la expresión de la soberanía popular, el resultado del procedimiento deliberativo en el proceso de formación de las leyes y el reparto del ejercicio del poder normativo,** que significa que el Legislador debe adoptar las decisiones que el Constituyente le ha confiado, y que el instrumento a través del cual estas se reglamentan no puede establecer disposiciones que sean propias del ámbito del Legislador.*

(...)

*La reserva de ley es una institución jurídica, de raigambre constitucional, **que protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular aquellas materias que el constituyente decidió que fueran desarrolladas en una ley.** Es una institución que impone un límite tanto al poder legislativo como al ejecutivo. A aquél, impidiendo que delegue sus potestades en otro órgano, **y a éste, evitando que se pronuncie sobre materias que, como se dijo, deben ser materia de ley.***

(...)

*Hay una clara diferencia entre la existencia de la cláusula general de competencia del legislador, y la reserva de ley, en tanto conforme a la primera, la ley no tiene que desarrollar integralmente la materia, pues puede delimitar el tema y permitir su concreción por medio de reglamentos administrativos, **mientras en la segunda, si se trata de una materia que tiene reserva legal, corresponde entonces exclusivamente al Legislador desarrollarla, por tratarse de una institución jurídica, que protege el principio democrático, obligando al legislador a***

¹ C-306 de 2004.

² C-510 y C-511 de 1992.

³ C-219 de 2015.

regular aquellas materias que el constituyente decidió que fueran desarrolladas a través de una ley. (Negrita y subraya fuera del texto).

La Sentencia C-619 de 2012 precisó sobre la reserva de ley lo siguiente:

*“Exige, entonces, que la regulación de ciertas materias **solo pueda adelantarse mediante ley, o cuando menos se cimiente en ella. En algunos casos bajo el concepto de ley en sentido formal, es decir, emanada directamente del Congreso de la República, con sujeción a las reglas de procedimiento para su elaboración -estricta reserva legal-**; y en otros bajo la noción de ley en sentido material, admitiendo la intervención del Gobierno como excepcionalmente facultado para dictar normas con fuerza de ley[5]. Sin embargo, lo que de ninguna manera se autoriza es que el Legislador –ordinario o extraordinario- se despoje de las funciones constitucionalmente atribuidas para delegarlas, sin más, en otra autoridad so pretexto de su reglamentación. Así lo ha explicado esta Corporación al dar cuenta de las diferentes acepciones de la expresión “reserva de ley” en el ordenamiento constitucional colombiano:*

*“La expresión reserva de ley tiene varios significados o acepciones, (...) Y en tercer lugar, reserva de ley es una técnica de redacción de disposiciones constitucionales, en las que **el constituyente le ordena al legislador que ciertos temas deben ser desarrollados por una fuente específica: la ley.***

*En este último sentido **todos los preceptos constitucionales en los que existe reserva de ley imponen la obligación que los aspectos principales, centrales y esenciales de la materia objeto de reserva estén contenidos (regulados) en una norma de rango legal.** Es decir, en la ley en cualquiera de las variantes que pueden darse en el Congreso de la República, decretos leyes, o decretos legislativos. Las materias que son objeto de reserva de ley pueden ser “delegadas” mediante ley de facultades extraordinarias al Ejecutivo para que sea éste quien regule la materia mediante decretos leyes. **Pero las materias objeto de reserva de ley no pueden ser “deslegalizadas”, esto es, el legislador no puede delegar al Ejecutivo que regule esa materia mediante reglamento, en desarrollo del artículo 189.11 de la Constitución**”[6]. (Resaltado fuera de texto).*

Bajo esta óptica, se advierte lo siguiente sobre la reserva de ley:

- i) Es una manifestación de la separación de poderes y de principios democráticos.
- ii) Busca que las normas sean la expresión de la soberanía popular como el resultado del procedimiento deliberativo en el proceso de formación de las leyes y el reparto del ejercicio del poder normativo.
- iii) Persigue que las normas encargadas de regir a la sociedad tengan un mínimo de legitimidad.
- iv) Impone un límite al ejecutivo al prohibirle pronunciarse sobre las temáticas asignadas expresamente por la Constitución al Congreso de la República.
- v) Establece la obligación de regular los aspectos principales, centrales y esenciales de la materia objeto de reserva en una norma de rango legal

expedida por el Congreso de la República.

En ese sentido, frente a la reserva legal para la expedición del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la Corte Constitucional expuso en la Sentencia C-439 de 2016 lo siguiente:

*“En virtud de la potestad de configuración legislativa, el Congreso tiene libertad para regular los aspectos más significativos de la contratación pública como son los referentes a **las cláusulas excepcionales**, la clasificación de los contratos estatales, **los deberes y derechos de las partes contratantes**, **la competencia y capacidad para contratar**, principios fundamentales, nulidades, control de la gestión contractual, responsabilidad contractual, liquidación de los contratos y solución de las controversias.”* (Negrita y subraya fuera del texto).

Con posterioridad, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Constitucional exployó en la Sentencia C-119 de 2020 lo que se cita en el siguiente párrafo:

*“Ese carácter uniforme del régimen jurídico, aplicable de manera transversal a diversas entidades públicas de distintos niveles, es el que explica, (ii) que lo general del estatuto de contratación significa que se trata de la regulación de los aspectos comunes y transversales de la actividad contractual, tales como, por ejemplo, los fines y principios que gobiernan toda la actividad contractual de las entidades públicas; **la determinación de la capacidad contractual, tanto de las entidades públicas, como de los particulares**, incluido el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar; **la determinación de los elementos esenciales del contrato del Estado, sus condiciones de validez y de eficacia; la enunciación de los derechos y deberes de las partes del contrato**, así como la enunciación de categorías contractuales genéricas; la regulación de los distintos procedimientos administrativos que deben desarrollarse para la escogencia del contratista; **las cláusulas excepcionales** y la manera de liquidar los contratos y de resolver las controversias que surjan entre las partes. Igualmente, (iii) el estatuto general de contratación no podría ser, entonces, una regulación detallada, precisa o casuística de los aspectos más concretos y operativos de cada contrato, sino que debe dejar espacio, tanto al poder reglamentario del Presidente de la República, como a la adaptación concreta de cada contrato, como instrumento de cumplimiento de fines de interés general, a la necesidad que se pretende satisfacer en la entidad pública contratante. (iv) El carácter general del estatuto de contratación, no significa constitucionalmente que éste debe estar contenido en una única ley o cuerpo normativo, ya que es legítimo que el Legislador ejerza esta competencia a través de varias leyes las que, en su conjunto, conforman el estatuto general de contratación de la administración pública. **Todo lo anterior implica que la regulación transversal, de los aspectos generales de la contratación administrativa, tiene reserva de ley**, por lo que no podría ser un asunto regulado mediante actos administrativos”* (Negrita y subraya fuera del texto).

De lo indicado en las anteriores sentencias de constitucionalidad, se puede inferir que hacen parte del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y que **tienen reserva de ley**:

- i) La determinación de la capacidad contractual, tanto de las entidades como de

los particulares;

- ii) el establecimiento de los elementos esenciales del contrato del Estado, sus condiciones de validez y de eficacia;
- iii) la enunciación de los derechos y deberes de las partes del contrato;
- iv) las cláusulas excepcionales;
- v) la regulación transversal de los aspectos generales de la contratación administrativa, como los ya mencionados.

Bajo esta óptica, se reitera que, en la disposición demandada, a través de Decreto se desconocen las competencias asignadas expresa y exclusivamente al Congreso y, por ende, la separación de poderes, por lo siguiente:

- i) **Se reconoce la capacidad contractual** a las estructuras propias de las asociaciones y de las organizaciones indígenas y **se les permite celebrar contratos de manera directa o convenios directamente con las entidades estatales**, es decir, **se amplía la modalidad de contratación directa para las organizaciones indígenas a través de un decreto**.
- ii) Se le otorga a la entidad estatal **el deber de exigir la constitución de una garantía única** que consistirá en una póliza de seguros que cubrirá suficientemente los riesgos del contrato o convenio para la ejecución del contrato, por ende, **se establecen derechos y deberes de las partes del contrato**.
- iii) Se le otorga a la entidad estatal **la potestad de terminar unilateralmente el contrato o convenio** en caso del incumplimiento de las obligaciones a cargo de la organización indígena, es decir, **se regulan cláusulas excepcionales**.
- iv) Se le reconoce en esos convenios el conocimiento ancestral como aporte de las organizaciones indígenas.

Estas disposiciones de la norma demandada deben leerse también conforme a lo previsto en la Sentencia del 8 de abril de 2014 de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del Expediente 25.801, en virtud de la cual, los asuntos como: i) los requisitos de existencia y validez del contrato, ii) las sanciones y procedimientos para su imposición, iii) las causales de inhabilidad e incompatibilidad, iv) el principio de anualidad del gasto, y v) restricciones al acceso a la administración de justicia para discutir las controversias contractuales, son, entre otros, **temas cuya regulación está reservada al legislador**.

Es pertinente resaltar que, a través de la Sentencia C-037 de 2021, la cual cita el pronunciamiento del Consejo de Estado, con radicación 37785 del 29 de agosto de 2012, la Corte Constitucional advirtió sobre la imposibilidad de invadir el ámbito propio del legislador para crear una modalidad de selección lo que se transcribe:

“(l)a potestad reglamentaria aún en el marco de una ley de "principios" como es el estatuto de contratación estatal –so pretexto de aportar los detalles y pormenores

de la ley- no puede ir más allá de su ámbito estrictamente administrativo para pretender entrar en los predios de acción de la ley. Lo contrario, sería tanto como afirmar que el ámbito de la ley y el del reglamento son idénticos. De modo que **aunque la jurisprudencia constitucional, a partir de lo prescrito en el artículo 150 superior in fine, sostiene que por medio de reglamento administrativo es posible regular las modalidades de selección, no puede so pretexto de ello, invadir el ámbito propio del legislador para crear un mecanismo nuevo no previsto por la ley, habida cuenta que: "la potestad reglamentaria que el Presidente de la República ejerce para la cumplida ejecución y aplicación de la Ley 80 de 1993 [y la de las normas que la modifiquen o adicionen], se encuentra específicamente restringida por la Constitución en primer término, por las leyes como normas de jerarquía superior y necesariamente ha de ejercerse tomando en consideración como un todo jurídico la propia ley mencionada, que fija los parámetros dentro de los cuales debe circunscribirse la reglamentación que se dicte por el Ejecutivo, no para sustituir al legislador, ni como legislador paralelo, sino dentro de un ámbito estrictamente administrativo para no exceder las funciones y atribuciones que al Presidente de la República le señala el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política."** (Negrita y subraya fuera del texto).

Si bien en la norma demandada el Ejecutivo no hizo uso de la facultad otorgada por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, ya que la norma se expidió con base en el artículo 56 transitorio *ibídem*, no es menos cierto que desconoció la separación de poderes e invadió la órbita del Congreso al establecer expresamente la modalidad de contratación directa para las organizaciones indígenas en todos los eventos, lo cual es propio del Legislador determinar en virtud de la reserva de ley prevista por la propia Constitución Política para los elementos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Se añade que, al no delimitar el objeto de la contratación directa ni la cuantía con cualquier entidad estatal, se inmiscuye en un asunto transversal del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, desconociendo el Gobierno que **la regulación de la contratación estatal es potestad del legislador y que ni siquiera es una facultad ilimitada**, sino que está sometida a los postulados de la Carta y, en particular a la satisfacción del interés general, de acuerdo con lo previsto en la Sentencia C-207 de 2019, motivo por el cual, debido a su importancia, se requiere que su regulación sea la expresión de la soberanía popular como el resultado del procedimiento deliberativo en el proceso de formación de las leyes y el reparto del ejercicio del poder normativo que se surte en el Legislativo y no en el Ejecutivo.

A modo de ejemplo, se resalta que temas transversales de la contratación estatal con los grupos étnicos fueron regulados debidamente por la Ley 2160 de 2021, la cual señala de forma expresa en su encabezado que modifica las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, respectivamente, al otorgar capacidad para contratar con las entidades estatales a los Cabildos Indígenas, las asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, los consejos comunitarios de las comunidades negras y agregar causales de contratación directa, por cuanto **el Legislador es consciente de que la regulación de estas temáticas implica la modificación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**, el cual, como ya se advirtió, **tiene reserva de ley**.

En adición, el Tribunal Supremo de la Jurisdicción Constitucional, en la Sentencia C-119 de 2020 ya citada, determinó que el inciso final del artículo 150 de la Constitución autoriza al Congreso para expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en el cual necesariamente se comprende a la administración del nivel territorial, ya que la expresión “y en especial” no puede ser interpretada como una restricción a su competencia, sino como un énfasis, por lo que **no excluye la competencia claramente atribuida respecto de toda la administración pública.**

Dentro de esta, debe comprenderse a las asociaciones a las que hace alusión el Decreto Ley 1088 de 1993, el cual es adicionado por el artículo demandado, ya que aquél, en su artículo 2, señala que “Las asociaciones de que trata el presente Decreto, **son entidades de Derecho Público** de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa”, por consiguiente, no están excluidos de la competencia del legislador en materia de contratación estatal.

Además, en similar sentido, también ha señalado la Corte Constitucional en la Sentencia C-126 de 2016 que “Esa facultad de contratación por parte del Estado **se desarrolla dentro de un marco legal asignado al Congreso de la República para la expedición del estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional** (C.P., art. 150, inciso final), normatividad que subordina la actuación de las entidades estatales y en consecuencia la de sus servidores públicos en la ejecución de todas las etapas contractuales” (negrita y subraya fuera del texto).

Adicionalmente, es importante resaltar que la Corte Constitucional expuso en la citada Sentencia C-439 de 2016 que “en los debates desarrollados al interior de la Asamblea Nacional Constituyente, en torno a la definición de la aludida competencia, no se generaron discusiones sobre su significado normativo, de manera que el precepto en discusión “se aprobó considerando la pertinencia de que **la función de expedir un estatuto contractual para el Estado quedara expresamente consagrada en cabeza del Congreso de la República** (...)” (negrita y subraya fuera del texto).

Por otro lado, es preciso hacer hincapié en que, actualmente, el artículo 1 de la Ley 754 de 2002, que modifica el artículo 2 de la Ley 3 de 1992, señala que a la Comisión Primera del Congreso de la República le corresponde conocer de las normas generales sobre contratación administrativa; el artículo 144 de la Ley 5 de 1992 determina que recibido un proyecto de ley, se ordenará por la Secretaría su publicación en la Gaceta del Congreso, y se repartirá por el Presidente a la Comisión Permanente respectiva; los artículos y secciones siguientes de esta Ley Orgánica regulan los debates en comisiones (artículos 148 al 168), sesiones conjuntas (artículos 169 al 173), debates en plenarias (artículos 174 al 185) y otros aspectos en el trámite (artículos 186 al 189).

Estas normas deben tenerse en cuenta para la regulación de los asuntos que tienen reserva de ley y que, por consiguiente, fueron desconocidas abiertamente por el Gobierno al expedir disposiciones que abarcan el contenido del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública mediante un Decreto con fuerza de Ley en virtud de las facultades otorgadas por el artículo 56 transitorio de la Constitución Política, lo que a su turno, conlleva que **esa norma no sea producto de la expresión de la soberanía popular como resultado del procedimiento deliberativo en el proceso de formación de las leyes que se surte en el Congreso de la República y**

el reparto del ejercicio del poder normativo, sino una extralimitación al límite dado por la Carta Política al poder del ejecutivo y un desconocimiento de la separación de poderes.

Así las cosas, se enfatiza en lo esbozado por la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la Sentencia del 29 de agosto de 2012 con radicación No. 110010326000200900116 00 y número interno 37.785 sobre la infracción de la reserva de ley en materia del Estatuto General de la Contratación de la Administración Nacional por parte del Gobierno Nacional, así:

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

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

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

Teniendo en cuenta la anterior sentencia, se reseña que no pueden realizarse interpretaciones positivas ni consideraciones encaminadas a la aplicación del principio de conservación del derecho cuando la lectura del precepto no conlleva a una comprensión ajustada al ordenamiento jurídico, es decir, cuando se busca ocultar la infracción manifiesta del orden jurídico con base en una interpretación no permitida por la norma, y en ese sentido, no es permitida la aplicación de aquel principio cuando el Gobierno desconoce abiertamente la reserva de ley en cabeza del Congreso de la República en materia del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública so pretexto de dar medidas afirmativas a través de decretos expedidos con fundamento en el artículo 56 transitorio de la Constitución Política que, como se advirtió anteriormente, tampoco faculta al ejecutivo para invadir la órbita de competencia del legislador en el tema de la expedición del Estatuto aludido, ni para desconocer la separación de poderes prevista en la Norma Superior ni para obviar que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas

de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

Adicionalmente, tampoco puede analizarse de forma aislada el artículo 56 transitorio para desconocer la separación de poderes y la reserva de ley, toda vez que la propia Corte Constitucional ha advertido el deber de interpretar la Constitución como un todo coherente y armónico, y no de forma contradictoria, tal y como se observa en lo sostenido en la Sentencia C-535 de 2012, la cual, a su turno, reitera lo expuesto en las Sentencias C-255 de 1997, SU-047 de 1999, C-649 de 2001, C-064 de 2003 y T-030 de 2005:

*“5.2. En ese orden de ideas, la propia jurisprudencia ha dejado sentado que **la Constitución**, vista como un sistema de normas límite, que guardan correspondencia lógica entre sí, **tiene que ser abordada, para efectos de su interpretación y aplicación, conforme a los principios de unidad constitucional y de armonización**, de tal manera **“que la aplicación de una norma superior no debe contradecir o agotar el contenido de otras disposiciones constitucionales, sino que debe buscarse, en lo posible, interpretaciones que permitan la máxima efectividad de todas las normas de la Constitución”**”[12].*

*5.3. **El principio de la unidad constitucional, como se ha dicho, exige la interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente, por oposición a una interpretación aislada o contradictoria de las disposiciones que la integran**. Lo que manda este principio es que la Constitución sea vista y entendida como una unidad, como un sistema con sentido lógico y, por tanto, que sus disposiciones no sean abordadas a partir de una visión puramente individualista de sus textos. En cuanto al principio de armonización, el mismo implica la mutua delimitación de los bienes contrapuestos, mediante la concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de manera que se garantice a todas ellas su máximo nivel de eficacia y efectividad[13]. Es normal que, por su condición de normas de textura abierta, las disposiciones constitucionales puedan verse en situación de tensión recíproca, al momento de su aplicación e interpretación. Por ello, **se hace necesario que las mismas sean armonizadas y puestas en concordancia las unas con las otras para lograr su optimización, cuando las circunstancias así lo exijan**[14]. En relación con la aplicación de tales principios, en la Sentencia T-030 de 2005, la Corte hizo la siguiente precisión:*

*“La Corte Constitucional en desarrollo de la función de guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política (Art. 241 C.P.), ha reiterado **el deber que tienen todos los operadores jurídicos de interpretar la Constitución como una norma dotada de unidad de sentido, esto es, que en la aplicación de las normas fundamentales del Estado debe optarse por una interpretación sistemática cuyos efectos irradian al resto del ordenamiento jurídico**.”[15]” (Negrita y subraya fuera del texto).*

En ese orden de ideas, una lectura armonizada y sistemática de las disposiciones de la Constitución Política no permite inferir que a través del artículo 56 transitorio de la Carta Política pueda el Ejecutivo regular disposiciones que hacen parte del Estatuto General de Contratación de la Administración Nacional, desconociendo la separación de poderes y la reserva de ley otorgada al Congreso de la República directamente por la Constitución en

determinados temas que requerirán de un procedimiento deliberativo en el proceso de formación de las leyes que se surte en el legislativo como garantía democrática, en consideración a las interpretaciones realizadas anteriormente y a la revisión armónica de otras normas superiores como los artículos 1, 2, 3, 4, 113, 114 y 121 de la Norma Superior.

Sobre la competencia del Ejecutivo para expedir normas con base en las facultades que otorga el artículo 56 transitorio de la Constitución Política, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-617 de 2015, expuso:

*“5.3.6. Considerando que **su fundamento es una disposición transitoria que constituye, por regla general, una variación del régimen ordinario, esta competencia debe considerarse excepcional y como consecuencia de ello no puede interpretarse de forma extensiva.** De tal característica se desprende que las vicisitudes a las que puede enfrentarse la ley que llegare a ser expedida para regular la materia a la que se refieren los artículos 329 y 56 transitorio de la Carta, no reactivan la competencia del Gobierno Nacional. En efecto, dado que el artículo 56 transitorio establece que la facultad normativa se extiende hasta tanto “se expide la ley a la que se refiere el artículo”, ocurrida esa circunstancia la atribución se extingue definitivamente.” (Negrita y subraya fuera del texto).*

De conformidad con lo anterior, se advierte que **no puede efectuarse una interpretación extensiva** de la competencia que otorga esta norma transitoria, la cual, a su vez, es excepcional y una variación del régimen ordinario, **para invadir la reserva de ley** que la Constitución Política de 1991 concedió exclusivamente en la expedición del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en cabeza del Congreso de la República, ni para desconocer la separación de poderes, que es propia de los Estados Sociales de Derecho.

En concordancia con el anterior argumento, y según lo sostenido en la Sentencia C-025 de 1993, la interpretación de los artículos transitorios de la Constitución Política “debe favorecer cuando sea del caso el advenimiento del régimen ordinario, pues sólo a partir de él adquieren vigencia sus disposiciones y mayor contenido de legitimación los actos del estado”, es decir, el análisis de los mismos debe dirigirse a que se haga efectivo el régimen ordinario previsto en la Norma Superior, en el cual los actos del Estado tienen mayor contenido de legitimación, y para el caso puntual, este régimen ordinario previó expresamente en el Congreso de la República de forma exclusiva la función de la expedición de las normas sobre los temas regulados en el artículo demandado a través de la figura de **la reserva de ley.**

Adicionalmente, se alerta que no existen derechos absolutos en los Estados Sociales de Derecho. Al respecto, la Sentencia T-512 de 1992 expuso lo siguiente:

“Parece evidente que en un Estado de Derecho y más aún, en un Estado Social de Derecho, no puede haber derechos absolutos; el absolutismo, así se predique de un derecho, es la negación de la juridicidad, y, si se trata de un derecho subjetivo, tratarlo como absoluto es convertirlo en un antiderecho, pues ese sólo concepto implica la posibilidad antijurídica del atropello a los derechos de los otros y a los de la misma sociedad. (...)”

Más recientemente, en la Sentencia C-246 de 2017, la Corte Constitucional puntualizó que a continuación se transcribe:

“17. La jurisprudencia constitucional ha establecido de forma unívoca que los derechos fundamentales, en general, no tienen un carácter absoluto y pueden ser limitados. Tal posibilidad responde al deber de armonización los derechos, libertades, deberes y los demás bienes y valores reconocidos en la Carta Superior, pues de lo contrario la convivencia no sería posible. Luego, el Estado no tiene el deber de garantizar el alcance pleno de cada derecho y por lo tanto el Legislador se encuentra habilitado para restringirlos bajo parámetros específicos. 18. En efecto, esta Corporación ha dicho que la restricción de un derecho fundamental es procedente cuando se fundamenta en: (i) el carácter prevalente de los principios y valores contenidos en la Constitución; (ii) el interés general; (iii) la salubridad pública; (iv) el orden público; (v) la protección de otros derechos y libertades; (vi) los derechos de terceros; y (vii) la correlatividad de los derechos frente a los deberes establecidos en el artículo 95 de la Constitución, entre otros. En el mismo sentido, ha trazado los criterios que el Legislador debe respetar para que esa limitación se ajuste a la Constitución, aún bajo los anteriores fundamentos, a saber: (a) el respeto al “núcleo esencial del derecho”; y (b) la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción.”

Al tener en cuenta los anteriores pronunciamientos de la Corte Constitucional, es dable efectuar las siguientes afirmaciones:

- No existen derechos absolutos en los Estados Sociales de Derecho.
- Predicar el absolutismo de un derecho es la negación de la juridicidad.
- El hecho de tratarlo como absoluto es convertirlo en un antiderecho, pues ese concepto conlleva la posibilidad antijurídica del atropello a los derechos de los otros y a los de la misma sociedad.
- La tesis del carácter no absoluto de los derechos responde al deber de armonización con las libertades, los deberes y los demás bienes y valores establecidos en la Carta Superior.
- El Estado no tiene el deber de garantizar el alcance pleno de cada derecho.
- La restricción de los derechos fundamentales es procedente cuando se fundamenta, entre otros eventos, en el carácter prevalente de los principios y valores contenidos en la Constitución Política y el interés general.

En ese sentido, se resalta que los derechos de los pueblos indígenas no son absolutos, por lo tanto, no puede el Gobierno, so pretexto de garantizarlos, **desconocer el marco constitucional vigente** que establece expresa y exclusivamente **la reserva de ley** para expedir el Estatuto General de Contratación Pública, ni **la separación de poderes y de funciones** de los órganos que conforman las Ramas del Poder Público **ni lo previsto en el artículo 121 de la Carta Política**.

Se afirma lo anterior, por cuanto de considerarse de esa naturaleza, pueden desconocer los derechos de los demás y de la misma sociedad, y, por consiguiente, deben garantizarse dentro del carácter prevalente de los principios y valores previstos en la Carta Política, la cual contiene como ejes fundamentales la estructura del Estado, la división de poderes y la reserva de ley.

El respeto a la Norma Superior es tan necesario en estos instrumentos, que incluso el artículo 34 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT sobre pueblos indígenas y tribales, aprobado por Colombia a través de la Ley 21 de 1991 y que hace parte del bloque de constitucionalidad, señala que la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al citado convenio deberán determinarse con flexibilidad, **teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país**, es decir, el ordenamiento jurídico de cada Estado y su respectiva Constitución Política.

Se advierte que este Convenio incide en el proceso de formación de las leyes y en su control de constitucionalidad, de conformidad con lo plasmado en la Sentencia C-401 de 2005, por consiguiente, no puede desconocerse, so pretexto de tomar medidas dirigidas a favorecer a los pueblos indígenas, el ordenamiento constitucional y legal vigente e invadir las funciones que, de acuerdo con la Carta Política de 1991, fueron asignadas expresa y exclusivamente al Congreso de la República en materia del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el principio de separación de poderes y de que ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones diferentes de las otorgadas por la Constitución y la Ley.

Teniendo de presente estas disposiciones y lo expuesto hasta el momento, **se afirma que el Ejecutivo debió**, una vez agotado el proceso de consulta previa con los pueblos indígenas a través de sus instancias de representación, **presentar un proyecto de Ley ante el Congreso de la República** para que este ordenara por la Secretaría su publicación en la Gaceta y la repartición a través del Presidente a la Comisión Primera, atendiendo lo normado en los artículos 144 de la Ley 5 de 1992 y 1 de la Ley 754 de 2002, respectivamente. Este trámite se surtió con la Ley 2160 de 2021, la cual ha sido referenciada en esta demanda.

Una interpretación contraria podría llevar a afirmar que el Ejecutivo, a través de las facultades otorgadas por el artículo 56 transitorio de la Constitución Política, puede desconocer la separación de poderes, desarrollar funciones que la Norma Superior no le otorgó y regular las otras materias en las que esta le concedió reserva de ley al Congreso de la República, tales como: definir la división general del territorio con arreglo a lo previsto en la Constitución, fijar las bases y condiciones para crear, eliminar, modificar o fusionar entidades territoriales y establecer sus competencias (numeral 4 del artículo 150 de la Norma Superior); conferir atribuciones especiales a las asambleas departamentales (numeral 5 del artículo 150); determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica (numeral 7 del artículo 150); dictar las normas sobre apropiación o adjudicación y recuperación de tierras baldías (numeral 18 del artículo 150); proferir las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo (artículo 151); regular derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección (literal a) del artículo 152).

De conformidad con los anteriores argumentos, se concluye que la disposición demandada es inconstitucional porque desconoce la reserva legal para la expedición del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el principio constitucional de la separación de poderes y aquel que advierte a las autoridades la prohibición de realizar funciones que la Constitución y la Ley no les haya otorgado, motivos por los cuales se deprecia a la Corte Constitucional que sea declarada su inexecutableidad.

IV. COMPETENCIA.

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 241 de la Constitución Política y con el antecedente de la Sentencia C-617 de 2015.

V. ANEXOS.

- Copia de la cédula de ciudadanía.

VI. NOTIFICACIONES.

- El accionante recibirá notificaciones en el correo electrónico evaristo_1991@hotmail.com (son dos guiones bajos) y en el teléfono 3208551919.

Del señor Magistrado.

Atentamente



Evaristo Raúl Gutiérrez Armenta
Cédula de Ciudadanía No. 1.018.442.569.