

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN "B"

Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015)

Proceso número: 110010326000**200400044**-00 (28615)
Actor: Raúl Augusto Rodríguez Escamilla
Demandado: Nación-Presidencia de la República-Ministerio de Comunicaciones
Acción: Nulidad

Procede la Sala a dictar sentencia dentro del proceso adelantado a instancias de demanda instaurada por el señor Raúl Augusto Rodríguez Escamilla en contra del literal e) del artículo 18 del Decreto Reglamentario No. 3512 del 5 de diciembre de 2003, suscrito por el Presidente de la República, la Ministra de Comunicaciones y el Director del Departamento Nacional de Planeación, a través del cual *“se reglamenta la organización, funcionamiento y operación del Sistema de información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado mediante la Ley 598 de 2000, y se dictan otras disposiciones”*.

I. ANTECEDENTES

1.1 Demanda y síntesis del caso

El 14 de septiembre de 2004 el señor Raúl Augusto Rodríguez Escamilla demandó la nulidad del literal e) del artículo 18 del Decreto Reglamentario No. 3512 del 5 de diciembre de 2003. Reza la norma:

Art. 18.- EXCEPCIONES APLICABLES AL SICE. Los procesos contractuales para la adquisición de los siguientes bienes y servicios se

encuentran temporalmente exentos del cumplimiento de las normas del SICE:

/.../.

e) Todos los procesos contractuales de cuantía inferior a 50 smmlv;

/.../.

La parte actora sostiene que la norma acusada viola directamente la Ley 598 de 2000, en particular su artículo 5° según el cual “[p]ara la ejecución de los planes de compras de las entidades estatales y la adquisición de bienes y servicios de los particulares o entidades que manejan recursos públicos, se deberá consultar el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, de que trata la presente ley”, sin que la norma establezca límite alguno a partir del cual surge para las entidades estatales tal obligación.

Por tal razón, la norma acusada, en cuanto releva de publicidad “*todos los procesos contractuales de cuantía inferior a 50 smmlv*”, excede la facultad reglamentaria y, por ende, la Nación-Presidencia de la República-Ministerio de Comunicaciones demandada en este asunto ejerció una facultad que no le había sido concedida.

Agregó el actor que hay que tener en cuenta que la Ley 598 de 2000 quiso crear un mecanismo que brindara transparencia a la contratación estatal, y la excepción cuestionada desvirtúa ese fundamento al permitir “*la contratación a dedo*” en negocios de cuantía inferior a la señalada.

Por último, el demandante solicitó que se decretara la suspensión provisional de la norma demandada dada su evidente contradicción con la ley. (fls. 1 a 3, c. principal)

1.2 Suspensión provisional

Mediante auto de fecha 2 de febrero de 2005 la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado admitió la demanda y decretó

la suspensión provisional del literal e) del artículo 18 del Decreto 3512 de 2003 solicitada por el demandante.

En ese momento consideró esta Corporación que el SICE como sistema informativo *“persigue darle transparencia y publicidad a los contratos celebrados con dineros públicos, con el fin de disminuir los niveles de corrupción que aquejan a la Administración pública. Por tal razón el legislador no estableció excepciones a la obligación de consultar los elementos, CUBS y RUPR, que hacen parte de él y que permiten cumplir el objetivo mencionado”*.

De manera que *“so pretexto de reglamentar una norma, el decreto reglamentario introdujo una restricción indebida, pues no debe olvidarse que la potestad reglamentaria permite al gobierno expedir normas generales, impersonales y abstractas a fin de que la ley tenga un debido cumplimiento, pero no puede, en ejercicio de la facultad mencionada, modificar, ampliar o restringir el sentido de la ley dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en las mismas, porque ello no sería reglamentar sino legislar”*.

Citando jurisprudencia del mismo Consejo de Estado¹, se concluyó:

“El Decreto reglamentario no puede adicionar la ley que reglamenta, ni variar su sentido, ni exceder sus términos. El reglamento debe coincidir en su sentido general con la ley. Su objeto no es crear normas: esa función normativa corresponde al legislador. El reglamento tiene por finalidad desarrollar los preceptos de la ley, desenvolverlos, precisarlos, concretarlos, crear los medios para su ejecución, dictar las medidas para su cumplimiento, sin que al hacer esto pueda modificar en ningún aspecto esta ley. Se trata de hacerla viable, activa, que produzca los resultados y los efectos que determinó el legislador”.
(fls. 12 a 17, c. principal)

En el mismo auto del 2 de febrero de 2005 se admitió la demanda y se ordenó que se solicitara a la Presidencia de la República la remisión de los

¹ Consejo de Estado, Sección Primera. Providencia del 26 de julio de 1998. Exp. No. 650.

antecedentes administrativos que dieron lugar a la expedición del Decreto 3512 de 2003, antecedente que hizo llegar a esta actuación el DNP con oficio No. 000065 del 16 de marzo de 2005. (fl. 23 a 127, c. principal)

1.4 La defensa de los demandados

1.4.1 Ministerio de Comunicaciones

El entonces llamado Ministerio de Comunicaciones, a través de apoderado, presentó escrito a través del cual solicitó que sea negada la pretensión anulatoria del demandante; como sustento de su solicitud argumentó:

La Ley 598 de 2000 forma parte del régimen de contratación estatal y, por lo tanto, no puede analizarse ni reglamentarse de manera aislada del resto de la normatividad.

En el régimen contractual vigente no existe “contratación a dedo” porque, si bien ya existe la contratación directa (y, por lo tanto, la excepción establecida en el decreto no es la que crea esta modalidad), la regla para todos los casos (incluyendo la contratación directa permitida) es el cumplimiento del deber de selección objetiva, en los términos del artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

Por lo anterior –señaló- las barreras legales para evitar la “contratación a dedo” ya existen (incluso de orden penal), de manera que la misma no es un argumento que sustente la pretensión de nulidad sino un temor infundado del demandante.

Por último agregó que el Gobierno bien podía en el decreto reglamentario en cuestión considerar, en general, los principios y normas de la contratación pública (y no sólo lo establecido en la Ley 598 de 2000), entre los cuales está el tema de la contratación directa, y concluyó que en esta perspectiva “*la comparación plena con la materia permite una reglamentación como la contenida en la norma demandada*”. (fls. 128 a 132, c. principal)

1.4.2 Departamento del Planeación Nacional DNP

El apoderado del DNP presentó escrito en el que, en primer lugar, solicitó que se decretara la nulidad de lo actuado en este proceso por supuesta indebida notificación, nulidad que fue negada en auto de Sala del 25 de noviembre de 2005. (fls. 175 a 177, c. principal)

En el mismo escrito el representante judicial del DNP solicitó también negar la nulidad de la norma demandada y, como sustento de su petición, expresó:

La potestad reglamentaria es una atribución exclusiva del Presidente de las República que cumple *“en cierta forma, un papel de complementación legislativa /.../ para la cumplida ejecución de las leyes”*, que fue lo que ocurrió con la expedición del Decreto 3512 de 2003, *“toda vez que el SICE fue diseñado como herramienta para la promoción de la competencia del mercado, cuyo objetivo fundamental es impedir que se involucren sobrepuestos en las ofertas presentadas por los proveedores al Estado e identificar su ocurrencia en os contratos suscritos”*.

Sin embargo –agregó– hay que tener en cuenta que se trata de una herramienta nueva que está todavía en construcción, su evolución es progresiva, por etapas, como la inclusión escalafonada de entidades, pero que *“estará en plena operación en el año 2006, cuando haya finalizado el ingreso de las entidades contempladas en el Plan [Plan de Ingreso Progresivo]”*. Lo anterior sobre la base de que *“se tiene proyectada una estrategia de culminación en el año 2005 del Sistema, dentro de las cuales está el de la consolidación del marco legal”*.

Explicó que, por ser un sistema nuevo en vía de construcción dada su magnitud y complejidad, presentaba inconvenientes técnicos, razón por la cual fue necesario establecer las excepciones previstas en el artículo 18 del Decreto 3512 de 2003, entre las que se cuenta la del literal e) demandado, de manera temporal, como la norma efectivamente lo dispone. Todo lo cual –concluyó–

justifica con suficiencia el establecimiento de la excepción, de suerte que no se vulnera la Ley 598 de 2000.

De allí en adelante el representante incluyó exactamente el mismo texto de la intervención del apoderado del Ministerio de Comunicaciones. (fls. 139 a 148, c. principal)

1.4 Alegatos de conclusión

No se presentaron alegaciones de conclusión.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1 Competencia

Esta Sala es competente para conocer de las acciones de simple nulidad que interpongan los ciudadanos contra actos administrativos proferidos por autoridades del orden nacional en materia contractual, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo² y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 de la Corporación³.

En el caso objeto de análisis no existe duda sobre la connotación nacional del Decreto No 3512 de 2003, ni de su contenido contractual, a la vez que se trata

² Dispone el art. 128.- *“Competencia del Consejo de Estado en Única Instancia. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:*

1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden”.

³ Vigente para la fecha de presentación de la demanda, fl. 64 cuaderno 1.

de un acto administrativo de naturaleza reglamentaria⁴ -como se analizará a continuación-, cuyo control corresponde a esta jurisdicción.

2.2 Asunto que la Sala debe resolver

Corresponde a la Sala resolver los cargos de ilegalidad formulados por el señor Raúl Augusto Rodríguez Escamilla en contra del artículo 18, literal e) del Decreto 3512 de 2003, *“por el cual se reglamenta la organización, funcionamiento y operación del Sistema de información par5a la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado mediante la Ley 598 de 2000, y se dictan otras disposiciones”*, expedido por el Presidente de la República, en uso de la facultad conferida por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, que se refiere específicamente a excepciones al cumplimiento de las normas del SICE, en particular la contemplada en el literal e) a cuyo tenor se exceptúan de dicho cumplimiento *todos los procesos contractuales de cuantía inferior a 50 smmlv*.

2.2.1 Naturaleza del Decreto 3512 de 2003

No cabe duda a la Sala de que el decreto contentivo de la norma demandada tiene carácter reglamentario.

En efecto, se trata de una norma de alcance nacional expedida por el Presidente de la República, con la firma de la entonces Ministra de Comunicaciones y del Director del Departamento Nacional de Planeación DNP, en uso de la facultad conferida por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, según el cual corresponde al Presidente de la República, como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, *“11. Ejercer la potestad*

⁴ Decreto Reglamentario No. 3512 del 5 de diciembre de 2003 por el cual *“se reglamenta la organización, funcionamiento y operación del Sistema de información par5a la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado mediante la Ley 598 de 2000, y se dictan otras disposiciones”*, expedido por el Presidente de la República, en uso de la facultad conferida por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”, y fundado en la Ley 598 de 2000⁵.

En efecto, la potestad reglamentaria es conferida al Presidente de la República directamente por la Constitución Política, con el objeto de que el mismo adopte las medidas necesarias en orden a asegurar la ejecución de las leyes, dentro del marco establecido por el Congreso de la República, de donde se colige que se trata de una función que por ninguna circunstancia puede desconocer el texto, como tampoco el alcance de las disposiciones que reglamenta⁶.

Ahora, establecido que mediante el Decreto 3512 de 2003 el Gobierno Nacional reglamentó disposiciones dirigidas, acorde con su naturaleza, a la ejecución de normas relativas a la organización, funcionamiento y operación del Sistema de información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000 que integra el régimen de contratación estatal, resulta clara la competencia de esta Corporación para conocer del presente asunto.

2.2.2 Hechos probados

2.2.2.1 La parte actora allegó con la demanda el original del Diario Oficial No. 45.398 del 11 de diciembre de 2003, en el que se encuentra inserto el Decreto 3512 de 2003 (fls. 4-6 cuaderno principal).

2.2.2.2 Como antecedentes administrativos del acto acusado, reposa la siguiente documentación:

⁵ *“Por la cual se crean el Sistema de Información para la Vigilancia de la contratación Estatal, SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, de los bienes y servicios de uso común en la Administración Pública y se dictan otras disposiciones”.*

⁶ Sobre este tema, resulta ilustrativo el análisis realizado en la sentencia C-290 del 16 de junio de 1997.

a).- Copia de la Resolución No. 005313 del 28 de febrero de 2002, a través de la cual el Contralor General de la República, en uso de las atribuciones conferidas por los artículos 1 y 2 de la Ley 598 de 2000, estableció la organización y operación del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de referencia, RUPF.

Se señala en sus considerandos que “el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal –SICE-, constituye una herramienta eficaz y moderna para la lucha contra la corrupción derivada de los sobrepagos pactados en la contratación estatal, por cuanto busca proporcionar toda la información relacionada con bienes y servicios que adquiere el Estado en el desempeño de sus funciones, de manera oportuna y a precios reales del mercado, con el propósito fundamental de asegurar que las adquisiciones que se realicen se encuentren en un nivel de razonabilidad con determinados precios de referencia”.

Agregó que “el SICE es un instrumento de apoyo a la Ley de contratación estatal, por cuanto en ella se expresa, que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad”. También señaló que dicho Sistema “garantiza el ejercicio del control fiscal posterior y selectivo y facilita los procesos de preparación y ejecución de los presupuestos públicos”, al tiempo que “es un instrumento capaz de implementar la escala axiológica contemplada en la Constitución Política de Colombia y, en particular, ,fomentar los valores de la democracia participativa, la publicidad, la transparencia, la eficiencia, la eficacia, la moralidad, la economía, entre otros, incentivado y facilitando el control social”.

b).- Copia de la Resolución No. 005314 del 28 de febrero de 2002, a través de la cual el Contralor General de la República, en uso de las atribuciones conferidas por los artículos 1 y 2 de la Ley 598 de 2000, adoptó el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, como elemento del Sistema de Información para la

Vigilancia de la Contratación Estatal –SICE-, y reglamentó el funcionamiento del Comité de Administración del CUBS.

Para tal efecto se consideró que *“el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, se constituye en uno de los elementos más importantes del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal –SICE-, porque al permitir identificar, clasificar y codificar los bienes y servicios que usualmente adquiere el Estado colombiano, se constituye en el elemento transversal que articula los diferentes subsistemas del SICE: Demanda, Oferta, control básico y control inteligente”*.

c).- También se hicieron llegar las Resoluciones 05339 del 6 de mayo de 2002, 05373 del 19 de julio de 2002 y 05447 del 26 de diciembre del mismo año, a través de las cuales el Contralor General de la República hizo algunos ajustes al SICE, particularmente en su cronograma (ingreso escalonado), modificando las resoluciones 05313 y 05314.

d).- Junto con lo anterior el DNP allegó copia de la sentencia C-384 de 2003, en virtud de la cual –en lo pertinente- se declaró la inexecutable de las normas de la Ley 598 de 2000 que le habían otorgado facultad reglamentaria al Contralor General de la República para establecer la organización y operación el SICE, el CUBS y el RUPR (en virtud de las cuales había dictado las resoluciones atrás reseñadas).

e).- Por razón de la decisión anterior, el Contralor General de la Nación remitió al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República el oficio No. 80110-278 del 31 de julio de 2003 (que hace parte de los antecedentes administrativos allegados), mediante el cual le informó sobre la situación jurídica ocasionada al SICE con ocasión de dicha sentencia, y le anexó un proyecto de decreto reglamentario (que luego se convirtió en el Decreto 3512 de 2003), con el objeto de solventar tal situación.

d).- Por último aparece un muy detallado “informe de gestión y resultados a 31 de diciembre de 2004” que se refiere específicamente al SICE, elaborado por la Contraloría General de la República.

2.2.4 Pertinencia del estudio de legalidad por parte del juez contencioso administrativo ante la pérdida de vigencia del acto administrativo acusado

Inicialmente la Sala debe pronunciarse sobre la procedencia de la acción de nulidad de que se trata, como quiera que la Ley 598 de 2000 fue expresamente derogada por el artículo 222 del Decreto Ley 19 de 2012, con lo cual se suprimió el SICE (aunque el sistema no desapareció, sino que fue sustituido definitivamente por obsolescencia por el SECOP, sistema de información creado por la Ley 1150 de 2007⁷), de manera que habrían perdido vigencia decretos reglamentarios de la misma ley, esto es, el 3512 de 2003 y asimismo el literal e) del artículo 18 demandado en este asunto.

Sobre el particular, la Sala reitera la línea jurisprudencial⁸ según la cual basta que el acto administrativo haya regido, aunque sea por un pequeño lapso, para que la jurisdicción contenciosa administrativa deba pronunciarse sobre su legalidad, pues, con independencia de su vigencia actual, lo cierto es que bien puede haber generado situaciones que bien podrían encontrarse pendientes de definir, aunado a que los conceptos de vigencia y legalidad no deben confundirse⁹, pues no todo lo que rige se acompasa con el ordenamiento, así la presunción de legalidad lo acompañe y no todo lo legal deviene en exigible.

⁷ En este aspecto es pertinente lo explicado en la sentencia C-016 del 23 de enero de 2013. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁸ Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de enero 14 de 1991. M.P. Carlos Gustavo Arrieta Padilla. Exp. S – 157; Sección Segunda. Sentencia de Octubre 8 de 2007. Exp. 5242-02. Posición reiterada en la sentencia de 14 de abril de 2010, M.P. Enrique Gil Botero, exp. 36054.

⁹ Al respecto, se pueden consultar las sentencias de junio 4 de 2009. M.P. William Giraldo Giraldo, exp. 16086 Sección Cuarta y de 4 de Junio de 2009. M.P. Héctor J. Romero Díaz, exp. 16085.

Desde tiempo atrás esta Corporación ha sido enfática en señalar que la noción de derogatoria está dotada del elemento futuro, pues no resulta posible dejar de ser sin haber sido, esto es, solo deja de regir lo que efectivamente rigió. Diferente a la anulación dirigida a establecer si la legalidad del acto enjuiciado, como lo formulan los cargos, lo fue en apariencia.

De modo que, la cuestión propuesta habrá de resolverse, pues se formula cargos contra una disposición que si bien decayó, en cuanto la ley que reglamentaba fue derogada, en todo caso estuvo vigente, así sus efectos se encuentren suspendidos¹⁰.

Al respecto, esta misma Corporación judicial recientemente expuso¹¹:

“Conviene recordar que la línea jurisprudencial antes expuesta no fue siempre la misma. En otro tiempo esta Corporación, con fundamento en la tesis de la sustracción de materia, consideró inútil pronunciarse sobre actos administrativos de carácter general, para entonces derogados. Posición esta recogida¹² para, en su lugar, sostener que bastaba la vigencia para pronunciarse sobre la nulidad de un acto, pues durante el lapso en que éste rigió pudieron haberse producido situaciones jurídicas en espera de definición y derechos pendientes de reparación y restablecimiento, pues *“(.) mientras tal pronunciamiento no se produzca, la norma, aún sea derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando los efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia”*.

A partir de entonces, la Corporación en todos los casos se ha pronunciado de fondo, al margen de la vigencia actual de las disposiciones acusadas¹³.

¹⁰ Al respecto, pueden consultarse la sentencia de 6 de junio de 1934, M.P. Pedro Martín Quiñonez, actor: Víctor M. Pérez, contra dos artículos de la Ordenanza 23 de 1923 de la Asamblea del departamento de Cúcuta.

¹¹ Sentencia del 30 de enero de 2013. Subsección “B” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. CP. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. No. 11001-03-26-000-2003-00026-01 (25151 y 25152).

¹² Sala Plena del Consejo de Estado, sentencia de enero 14 de 1991, expediente S-157, con ponencia del Consejero Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

¹³ La Sala Plena ratificó la línea jurisprudencial el 23 de julio de 1996, expediente S-612, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa.

La Sección Tercera, por su parte, ha señalado que la derogatoria del acto acusado no le impide a la Sala pronunciarse sobre el mismo, dada la necesidad de mantener el imperio del orden jurídico y restablecerlo cuando haya sido vulnerado, así como de considerar los efectos dejados por su vigencia –se destaca-:

En efecto, es claro que un acto administrativo derogado sigue amparado por la presunción de legalidad, que sólo se desvirtúa con el pronunciamiento del juez, de lo cual resulta que el orden vulnerado no se restablece con la derogatoria del acto - que sólo surte efectos hacia el futuro-, sino con la declaración que el juez profiera sobre su legalidad, que tiene efectos ex tunc.¹⁴

De igual forma, la Sección ha señalado que, no obstante la norma acusada haya sido derogada, durante el tiempo que hizo parte del ordenamiento jurídico pudo haber generado efectos¹⁵, lo que de suyo permite realizar un juicio de legalidad en su contra. Al respecto, se destaca:

(..) aún cuando el acto administrativo ha sido derogado, no se ha desvirtuado su presunción de legalidad, la cual sólo puede verse afectada por una decisión de carácter judicial.¹⁶ De otro lado, los efectos de la revocatoria son hacia el futuro, de forma tal que su declaratoria no afecta lo acaecido durante el tiempo en que la norma estuvo vigente; en cambio, los efectos de la nulidad son retroactivos porque buscan precisamente restablecer la legalidad alterada.

Vistas las anteriores consideraciones, es procedente un pronunciamiento de fondo respecto de las disposiciones acusadas del Decreto 2474 de 2008, sin importar si algunas de ellas han sido posteriormente modificadas o derogadas porque, su retiro del ordenamiento jurídico no afecta su presunción de validez, toda vez que ésta sólo puede ser confirmada o desvirtuada mediante pronunciamiento judicial¹⁷.

De conformidad con lo expuesto, procede la Sala a analizar el fondo del asunto.

2.2.5 Análisis del caso

¹⁴ Sentencia de 5 de mayo de 2005, M.P. Alier E. Hernández Enríquez, exp. 13562. En este pronunciamiento la Sala distinguió los efectos de las decisiones que declaran la nulidad de actos administrativos, de aquellos que se derivan de las decisiones de inexecuibilidad. Al respecto, ver, entre otras, sentencias C-467 del 21 de octubre de 1993, C-038 del 3 de febrero de 1994, C-397 del 7 de septiembre de 1995, C-005 del 18 de enero de 1996.

¹⁵ Al respecto, puede consultarse la sentencia de julio 23 de 2009. M.P. Héctor J. Romero Díaz. exp. 15311, Sección Cuarta.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de abril 17 de 2008. M.P. Camilo Arciniegas Andrade. exp. 0166-01.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de diciembre 11 de 2008. M.P. Héctor J. Romero Díaz. exp. 15875. Posición reiterada en la sentencia de 14 de abril de 2010, M.P. Enrique Gil Botero, exp. 36054.

2.2.5.2 Normas acusadas y cargos de ilegalidad propuestos por el actor

La Sala procede a analizar el cargo formulado por la parte actora en contra de la disposición contenida en el artículo 18 del Decreto 3512 de 2003, que se refiere específicamente a una de las excepciones al cumplimiento de las normas del SICE, en particular la contemplada en el literal e) a cuyo tenor se exceptúan de dicho cumplimiento *todos los procesos contractuales de cuantía inferior a 50 smmlv*.

Señalaba la disposición:

Art. 18.- EXCEPCIONES APLICABLES AL SICE. Los procesos contractuales para la adquisición de los siguientes bienes y servicios se encuentran temporalmente exentos del cumplimiento de las normas del SICE:

/.../.

*e) **Todos los procesos contractuales de cuantía inferior a 50 smmlv;***

/.../. (negritas y subrayas fuera del texto)

El actor funda su solicitud de anulación en que la disposición acusada viola directamente la Ley 598 de 2000, en particular su artículo 5° según el cual “[p]ara la ejecución de los planes de compras de las entidades estatales y la adquisición de bienes y servicios de los particulares o entidades que manejan recursos públicos, se deberá consultar el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, de que trata la presente ley”, sin que la norma establezca límite alguno a partir del cual surge para las entidades estatales tal obligación.

Por tal razón, la norma acusada, en cuanto relevó de esa obligación a las entidades estatales en *todos los procesos contractuales de cuantía inferior a 50 smmlv*, excedió la norma reglamentada y, por ende, la demandada ejerció una

atribución que no le fue conferida, pues competía al legislador, si así lo consideraba, establecer excepciones a la regla fijada por el mismo.

Agregó el actor que hay que tener en cuenta que la Ley 598 de 2000 quiso crear un mecanismo que brindara transparencia a la contratación estatal, y la excepción cuestionada desvirtúa ese fundamento al permitir “*la contratación a dedo*” en negocios de cuantía inferior a la señalada.

Para decidir, la Sala se pregunta sobre la existencia de algún elemento que, en el marco de la Ley 598 y a la luz del principio de razonabilidad y proporcionalidad, hiciera plausible la restricción impuesta por el artículo, y no duda en responder que no lo hay.

Igualmente se indaga si en términos de la ley reglamentada en el artículo 18 del Decreto 3512 de 2003 la restricción introducida podría haberse establecido. Y la respuesta es negativa.

Lo anterior, para llegar a determinar si -en efecto- dicha facultad reglamentaria se ha ejercido dentro de los estrictos límites que determina el propósito específico de lograr *la cumplida ejecución de la ley* o si, por el contrario, se han excedido esos límites al punto de haberse producido una modificación de dicha ley.

Ahora bien, el ministerio pretendió justificar la restricción impuesta a la sujeción establecida en la ley con efectos generales a la existencia de problemas técnicos de alimentación del sistema e inclusión universal de bienes y servicios, dado que se trataba de un sistema en construcción, que estaría en plena operatividad en el año 2006.

De los antecedentes administrativos que hizo llegar a este proceso el mismo DNP se puede deducir que -en efecto- la magnitud y complejidad del Sistema (SICE), con vocación universal respecto de la contratación pública, implicó desafíos técnicos de considerable entidad y una programación de ingreso escalonado; también, razonables aplazamientos de ciertas etapas de ingreso de

las diferentes entidades, y un proceso de dimensionamiento del volumen de información que precisó la realización de constantes ajustes.

Todo lo anterior da una idea clara de la necesidad -en esos primeros momentos de organización, puesta en funcionamiento y operación del sistema- de establecer unas excepciones para evitar el colapso del sistema, particularmente por el volumen de información.

Es razonable pensar que esa problemática del volumen de información tenía como componente determinante los contratos de mínima cuantía (o cuantía inferior a 50 smmlv), y esa la razón específica para la consagración de tal excepción temporal.

No hay duda de que el buen manejo de esa problemática tendría el loable propósito de construir un sistema sólido desde sus bases (no se puede olvidar que se trata de un sistema de información y, por lo tanto, el buen diseño del sistema, y la calidad y organización de la información son la clave para el cumplimiento ulterior de los propósitos del sistema), y de ahí el cuidado con el que se fueron haciendo sobre la marcha esos ajustes, según se iban conociendo los desafíos técnicos, lo que podría corresponder con un buen criterio de *cumplida ejecución de la ley* en el que se sustenta la potestad reglamentaria entregada al Presidente de la República.

Sin embargo, lo cierto es que de antemano se sabía que la puesta en ejecución del sistema implicaba el seguimiento de un detallado cronograma que seguramente requeriría ajustes puntuales (como, en efecto, los requirió), así como se sabía también que el mismo tendría que quedar completo en un tiempo, si bien no exacto, sí bastante aproximado, según la información que las mismas entidades demandadas han suministrado.

Por lo tanto, no hay duda de que, para poder atender estas circunstancias inherentes al proceso de conformación del sistema, la propia ley tendría que haber previsto en forma expresa su aplicación por etapas o, en su defecto, haber

otorgado facultades precisas y pro tempore al Presidente para establecer esa gradualidad, facultades sin las cuales el establecimiento de excepciones a la aplicación del sistema por vía de decreto reglamentario se revela con toda claridad como un exceso de la potestad reglamentaria.

En efecto, no le estaba dado al Presidente de la República establecer por vía de decreto reglamentario una excepción, aun cuando la misma fuera supuestamente temporal, sin que previa y expresamente el legislador lo hubiere autorizado para ello y fijado un límite temporal específico. Circunstancia esta, en particular, que evidencia el exceso de la facultad reglamentaria, pues el establecimiento de una excepción que afecta la vigencia misma de la ley (en cuanto, en efecto, restringe su entrada en vigencia en casos específicos) no puede ser prevista sino en la propia ley o, en su defecto, autorizada expresamente por ésta, porque (i) cualquier determinación sobre la vigencia de las leyes sólo puede ser definida por el propio legislador, y (ii) toda restricción o alteración de esa vigencia constituye una modificación de la misma ley. Atribución de modificación que no está en el ámbito de la potestad reglamentaria y, por lo mismo, la excede.

Así las cosas, sin esa previsión expresa de la ley o, en su defecto, sin la autorización expresa del legislador para establecer -con un límite temporal ulterior definido- la gradualidad en la aplicación del sistema, la inclusión de la excepción prevista en la norma demandada determina su nulidad porque evidencia exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria. Esto es así en cuanto el Acto, respecto de la vigencia, modifica la ley.

En otras palabras: si en verdad la medida (exclusión del SICE) era temporal, para estar acorde con la ley tendría que haber sido autorizada expresamente por ella, con un término específico que así lo garantizara, porque, de otra forma, el acto administrativo se ubica por fuera de la facultad reglamentaria otorgada al Presidente de la República, en cuanto ejercicio excesivo y desproporcionado de la ley; en particular, la norma demandada no ofrece correspondencia entre medios y fines (elemento esencial de la proporcionalidad).

Lo anterior en la medida en que la voluntad de la administración de dar un compás de espera para completar le correspondía ponerlo a la misma ley, porque toda la función pública está afecta a unos fines esenciales únicos entre los que se encuentra la garantía de efectividad del principio de legalidad que la rige, y determina el estricto respecto de la distribución de competencias prevista en la Constitución y en la ley como medio para el logro efectivo de dichos fines. Y es indispensable entender que la actuación estatal deja de ser legítima si no se ciñe a las competencias.

En consecuencia, la Sala encuentra que los cargos formulados por el actor en contra del literal e) del artículo 18 del Decreto 3512 de 2003, tienen vocación de prosperidad, por lo que se impone declararlo así y decretar la nulidad demandada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”

RESUELVE

DECRETAR LA NULIDAD del literal e) del artículo 18 del Decreto 3512 de 2003, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Presidente

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Magistrado