



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

Magistrado Ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 28 de mayo de 2024

Radicación: 11001-03-26-000-2023-00071-00 (69.860)
Actor: Carlos Francisco Saavedra Roa
Demandado: Departamento Nacional de Planeación
Referencia: Nulidad simple – medida cautelar (Ley 1437 de 2011)

Tema: Resuelve solicitud de medida cautelar de suspensión provisional.

El despacho resuelve la solicitud de medida cautelar de suspensión de los efectos del artículo 2.2.15.1.2 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 15 del Decreto Reglamentario 142 de 2023.

De conformidad con el artículo 125 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021, el auto que resuelve la solicitud de medida cautelar es competencia del magistrado ponente.

Contenido: 1. Antecedentes 2. Consideraciones 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

1.1. La solicitud de medida cautelar

1. El 27 de abril de 2023¹, Carlos Francisco Saavedra Roa presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad simple contra la Nación – Departamento Nacional de Planeación, con el fin de que se declarara la nulidad del “*artículo 2.2.15.1.2 del Decreto Reglamentario 142 de 2023*”.

2. En escrito adjunto a la demanda solicitó que se decretara, como medida cautelar, la suspensión provisional de los efectos de la mencionada disposición porque violaba las siguientes normas superiores: artículos 13, 150, 189, 209 y 333 de la Constitución, el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 que regla el concepto de abogacía de la competencia, artículos 24 de la Ley 80 de 1993 que regla el principio de transparencia, artículo 5 de la Ley 1150 que regla el principio de la selección objetiva y el artículo 2 de la Ley 842 de 2003 que regla el ejercicio de la ingeniería.

3. Expuso que la violación de tales normas surgía de su confrontación directa con el acto acusado, ya que fue un acto expedido sin competencia y con extralimitación de la potestad reglamentaria del Presidente de la República pues, la facultad de reglar la selección de menor cuantía tenía reserva de ley y, lo que hizo el gobierno fue crear, mediante un decreto

¹ Índice Samai 2, demanda presentada a través de la ventanilla virtual. Ingresó al despacho por reparto el 17 de mayo de 2023.

reglamentario, el mecanismo de selección de contratación directa de menor cuantía. Se vulneraron los derechos a la igualdad y a la libre competencia, así como el principio de selección objetiva pues, con la expedición de la norma se excluyó de la contratación de obras de menor cuantía que adelanten los entes territoriales, a quienes no tengan la condición de organismo de acción comunal.

4. Además, la norma demandada se extralimitó y modificó el alcance del artículo 95 de la ley 2166 de 2021, pues tornó potestativa la vinculación de los habitantes de la comunidad para el desarrollo de las obras, pese a que en ese artículo legal se trataba de una obligación. Además, la entidad demandada debió informarle previamente a la SIC sobre el proyecto de decreto para evaluar si, el mismo, tenía incidencia en la libre competencia, de conformidad con el artículo 5 del Decreto 2897 de 2010 y dejar constancia de la razón por la que se apartaba del concepto por esta emitido – producto de haberse enterado por una observación realizada por la Cámara Colombiana de la Infraestructura en el marco del proceso de participación ciudadana-, con lo que se incumplió el trámite previsto en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, referente al concepto de abogacía de la competencia.

5. Finalmente, expuso que era necesaria la medida pues, durante el tiempo en que se adelante el proceso, los entes territoriales que celebren contratos de obra de menor cuantía, incurrirían en vulneración de las garantías y los principios constitucionales invocados, generando, en la práctica, monopolios municipales, departamentales o nacionales para la ejecución de tales contratos, vulnerando los intereses de quienes pudieran haber participado en esos procesos de contratación. Entonces, resultaría más gravoso para el interés público negar la suspensión, que concederla.

1.2. Trámite de la solicitud

6. El 31 de agosto de 2023² se admitió la demanda. Por auto separado, se dispuso correr traslado de la solicitud de medida cautelar al Departamento Nacional de Planeación³.

7. El 9 de octubre de 2023⁴, la entidad demandada se pronunció respecto de la medida cautelar pedida. Solicitó negar la suspensión provisional. Expuso que, la solicitud era improcedente porque el actor no aportó argumentos, ni pruebas que permitieran concluir que el “*artículo 2.2.15.1.2 del Decreto 142 de 2023*” vulnera las normas invocadas y, así, no se podía efectuar un juicio de ponderación que permitiera concluir que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar, que concederla. Los planteamientos de la parte demandante partieron de hipótesis subjetivas y generales, los mismos cargos planteados en la demanda, lo que permite concluir que debe surtir el trámite del proceso y la medida no es necesaria.

² Índice 4 de Samai.

³ Índice 5 de Samai.

⁴ Índice 17 de Samai.

8. El 27 de noviembre de 2023⁵, la parte actora se pronunció sobre lo expresado por el Departamento Nacional de Planeación y reiteró los argumentos expuestos en el escrito inicial. El 13 de diciembre de 2023⁶, allegó un escrito denominado "*Medida para mejor proveer*" mediante el cual aportó copia de un Auto de 27 de septiembre de 2023, mediante el cual, el magistrado Jaime Enrique Rodríguez Navas, de la Sección Tercera – Subsección C, decidió una solicitud de suspensión provisional de los efectos del Decreto 1279 de 2021, fundado en que, de manera preliminar, el acto se expidió de forma irregular por la presunta violación de las normas que regulan el procedimiento de la figura de la abogacía de la competencia, contemplada en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 1.1. Cuestión previa; 1.2. Sobre la solicitud de la medida cautelar.

1.1. Cuestión previa

9. De acuerdo con el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, el magistrado ponente en este proceso tiene la facultad de decretar las medidas cautelares que permitan proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Respecto de la suspensión provisional de los actos, el artículo 231 de la misma norma refiere que, "*procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud*"⁷.

10. En el presente asunto, la parte demandante solicitó como medida cautelar que se declarara la "*suspensión provisional de los efectos del artículo 2.2.15.1.2 del Decreto 142 de 2023*". El despacho entiende, tras una lectura integral de la solicitud, la demanda y las normas invocadas, que en realidad se refiere al artículo 15 del Decreto 1082 de 2015 "*Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional*", que fue modificado y adicionado por el Decreto 142 de 2023, así:

"Artículo 15. Adición del Título 15 a la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015.
Adiciónense el Título 15 a la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, comprendida por los artículos 2.2.15.1.1, 2.2.15.1.2. y 2.2.15.1.3. la cual quedará así: (...)".

11. Si bien, por principio de congruencia, debería limitarse el estudio de la acción porque el referido artículo 2.2.15.1.2 corresponde al Decreto 1082 de 2015 y no al Decreto Reglamentario 142 de 2023; al tratarse de una acción pública, como en su pronunciamiento frente a la medida, la entidad demandada no manifestó inconformidad ni vulneración al derecho al debido proceso y, por el contrario, se refirió también a la norma como el

⁵ Índice 22 de Samai.

⁶ Índice 25 de Samai. Radicado de la providencia: 11001-03-26-000-2022-00033-00 (68018).

⁷ Concordante con el artículo 238 de la Constitución Política de Colombia. "**ARTÍCULO 238.** *La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.*"

"*artículo 2.2.15.1.2 del Decreto 142 de 2023*", por no tratarse de un error en la norma sino, únicamente, en la nominación de la disposición, el despacho estudiará la solicitud de medida cautelar, en el entendido de que el objeto de tal medida es el artículo 2.2.15.1.2 del Decreto 1082 de 2015, adicionado y modificado por el artículo 15 del Decreto Reglamentario 142 de 2023.

1.2. Sobre la solicitud de la medida cautelar

12. El despacho decretará la medida cautelar solicitada por la parte demandante porque, del análisis del acto demandado y de su confrontación con las normas superiores invocadas se evidencia, de manera preliminar, una violación o contradicción entre ellas.

13. Expuso la parte demandante que, para la expedición del mencionado artículo 2.2.15.1.2, el gobierno nacional había desconocido que la facultad de reglar la selección de menor cuantía tenía reserva de ley y que, "*so pretexto de reglamentar el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021, en realidad está creando vía decreto reglamentario el mecanismo de selección de contratación directa de menor cuantía*". También afirmó el demandante que, el artículo demandado modificó el alcance del artículo 95 de la ley 2166 de 2021, pues, de una parte, tornó en potestativa la vinculación de los habitantes de la comunidad para el desarrollo de las obras, mientras la norma legal superior lo había definido como una obligación y, por otro lado, impuso un trato discriminatorio al excluir de la contratación de obras de menor cuantía, que adelanten los entes territoriales, a todo aquel que no tenga la condición de organismo de acción comunal. Manifestó que, con esto, la entidad demandada violó los artículos 13, 150, 189 y 209 de la Constitución Política de Colombia.

14. Como ya se expuso, el artículo 15 del Decreto 142 de 1 de febrero de 2023, adicionó y modificó el artículo 2.2.15.1.2 al Decreto 1082 de 2015 y dispuso (se transcribe):

"Artículo 2.2.15.1.2. Convenios solidarios para la ejecución de obras. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021, solo podrán celebrar de manera directa convenios solidarios para la ejecución de obras los entes territoriales del orden nacional, departamental, distrital y municipal con los organismos de acción comunal. El valor de tales convenios no podrá exceder la menor cuantía de la entidad estatal involucrada.

Estos convenios solidarios solo podrán tener por objeto la ejecución de obras. Para la ejecución de estas obras los Organismos de Acción Comunal deberán procurar vincular a los habitantes de la comunidad."

15. Por su parte, la norma legal que se reglamentó con el artículo acusado, artículo 95 de la Ley 2166 de 2021, dispone lo siguiente (se transcribe):

"ARTÍCULO 95. CONVENIOS SOLIDARIOS. Se autoriza a los entes territoriales del orden Nacional, Departamental, Distrital y municipal para celebrar directamente convenios solidarios con los Organismos de Acción Comunal con el fin de contratar con los habitantes de la comunidad.

PARÁGRAFO 1o. *Los entes territoriales podrán incluir en el monto total de los Convenios Solidarios los costos directos, los costos administrativos y el Subsidio al dignatario representante legal para transportes de que trata el literal c) del artículo 38 de la presente ley.*

PARÁGRAFO 2o. *Adicional del monto del Convenio Solidario, los entes territoriales deberán contar o disponer de personal técnico y administrativo-contable, para supervisar y apoyar a los Organismos de Acción Comunal en la ejecución de las obras.”⁸*

16. De acuerdo con los artículos 150 de la Constitución, corresponde al Congreso hacer las leyes. El inciso final de dicha norma dispuso, de manera concreta, que es función del Congreso de la República expedir el estatuto de contratación, materia que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, comprende, entre otros aspectos, la configuración legal de los distintos procedimientos administrativos para la selección de los contratistas, así como la determinación de los sujetos habilitados para la participación en ellos y para la celebración de los contratos⁹. Por su parte, de acuerdo con el artículo 189 de la Constitución, al Presidente de la República le corresponde ejercer la potestad reglamentaria.

17. Se trata de una atribución presidencial propia, de naturaleza administrativa, permanente, que no requiere autorización legal para su ejercicio pero que, al tratarse de un instrumento para la debida ejecución o cumplimiento de las leyes, presupone la preexistencia de una ley, que cumpla una doble función: objeto o presupuesto de la reglamentación presidencial y límite a la función normativa presidencial infralegislativa. En otras palabras, la ley objeto de reglamentación delimita el campo de acción del reglamento pues, en ejercicio de esa potestad, el ejecutivo no puede crear normas en materias reservadas para la ley, ni extralimitar el marco de la ley objeto de regulación modificándola, ampliándola, restringiéndola, cambiando su sentido y alcance o suprimiendo o adicionando disposiciones no contenidas en ella¹⁰. De esta manera, la ley reglamentada determina la amplitud relativa del poder reglamentario ya que, de la generalidad de la ley o, por el contrario, de su precisión, se deriva, a la vez, la extensión de la competencia reglamentaria, sin perjuicio, en todo caso, de las reservas constitucionales de ley.

18. A partir de esta consideración, se destaca que el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021 dispuso una habilitación o autorización a los entes del orden nacional, departamental, distrital y municipal para celebrar directamente convenios solidarios con los Organismos de Acción Comunal. Ese era, entonces, el marco dentro del cual le estaba permitido al ejecutivo ejercer

⁸ La expresión “*territoriales*” tachado, fue derogada por el artículo 372 de la Ley 2294 de 2023, por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 “Colombia Potencia Mundial de la Vida”.

⁹ Entre otros aspectos, tiene reserva de ley “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”: Corte Constitucional, Sentencia C-119/20.

¹⁰ Al respecto, ver sentencia de Sección Tercera - Subsección A del Consejo de Estado, de 12 de marzo de 2015. Exp. 36.760.

la potestad reglamentaria. No obstante, el ejecutivo desconoció ese marco legal al disponer que "**solo** podrán celebrar de manera directa convenios solidarios para la ejecución de obras los entes territoriales del orden nacional, departamental, distrital y municipal con los organismos de acción comunal" (Destaca el despacho).

19. Al ejercer de esta manera el poder reglamentario, el Presidente de la República se extralimitó en sus funciones porque convirtió en una restricción para contratar lo que se había previsto por la ley como una facultad otorgada a los entes del orden nacional, departamental, distrital y municipal¹¹. Contrario al objeto del artículo 95 de la Ley 2166 de 2021, la disposición acusada obliga a tales entes a celebrar directamente convenios solidarios, únicamente con los Organismos de Acción Comunal, lo que, de paso, vulnera la igualdad y la selección objetiva como principios de la contratación estatal¹².

20. También se violó la reserva constitucional de ley porque, el reglamento modificó el mecanismo de selección de contratista, bajo la forma de la contratación directa de menor cuantía, materia que está reservada al legislador. Igualmente, al disponer que dichos contratos únicamente se podrían celebrar con los Organismos de Acción Comunal, reguló la capacidad contractual y, de manera indirecta, excluyó a otro tipo de contratistas de ese tipo de contratos, sin tener en cuenta que la previsión de inhabilidades para contratar es un asunto con reserva de ley, al tratarse de restricciones a la capacidad de las personas. De esta manera, el reglamento contrarió los artículos 150 y 189 de la Constitución Política.

21. También, se desconocieron los derechos a la libre competencia y la libre empresa¹³, invocados por la parte demandante pues, se impide que personas diferentes a los organismos de acción comunal puedan participar en los mecanismos de selección para celebrar de manera directa convenios solidarios para la ejecución de obras de los entes del orden nacional, departamental, distrital y municipal.

22. En los términos del artículo 231 del CPACA, por las razones expuestas, considera el despacho que se cumple la apariencia de buen derecho de la demanda¹⁴, ya que, se vulneran los artículos 150, 189 y 333 de la Constitución Política, así como el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y el 95 de la Ley 2166 de 2021. Además, es claro que, de no declararse la suspensión provisional de la norma, se afectarían los derechos e intereses de las personas, entes y organismos que pretendan celebrar de manera directa convenios solidarios para la ejecución de obras los entes mencionados¹⁵ y se pondría en riesgo el principio constitucional de seguridad jurídica, por los efectos que la sentencia de nulidad sobre la norma demandada podría acarrear.

¹¹ Constitución Política, Art. 6. "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."

¹² Ley 1150 de 2007, Artículo 5.

¹³ Constitución Política, Artículo 333.

¹⁴ principio *fumus bonis iuris*.

¹⁵ principio *periculum in mora*.

23. Por todo lo anterior, debe el despacho suspender provisionalmente los efectos del artículo 2.2.15.1.2 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 15 del Decreto Reglamentario 142 de 2023, debido a que, por lo menos, en el estudio preliminar, se evidenció que el Presidente de la República se habría extralimitado en sus funciones, violado la reserva de ley y, vulnerado los derechos a la libre competencia y la libre empresa, así como los principios de igualdad y selección objetiva. Como quiera que lo expuesto es suficiente para ordenar la suspensión del acto administrativo, el despacho se abstendrá de analizar los demás argumentos formulados.

24. Esta decisión no implica una definición de fondo sobre el asunto pues, el inciso final del artículo 229 del CPACA dispone que la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

El despacho, en consecuencia,

RESUELVE

PRIMERO: DECRETAR la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del artículo 2.2.15.1.2 del Decreto 1082 de 2015, adicionado y modificado por el artículo 15 del Decreto Reglamentario 142 de 2023, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión mediante estado electrónico, según lo dispuesto en el artículo 201 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA