



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

Compartido por:



Magistrado ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 11001-03-26-000-2022-00033-00 (68018)
Actor: Evaristo Rafael Rodríguez Felizzola y otros
Demandado: Nación – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio del Trabajo y Departamento Administrativo de Planeación Nacional
Medio de control: Nulidad simple
Tema: Medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del Decreto 1279 de 2021
Subtema: Abogacía de la competencia – artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019
Subtema 1: Expedición irregular del acto por omitir el procedimiento establecido en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019.

AUTO INTERLOCUTORIO

El Despacho resuelve las solicitudes de medida cautelar presentadas por la parte demandante, dentro de los expedientes acumulados que se tramitan bajo la cuerda del proceso con radicado de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda y su trámite procesal relevante

1.1.1. Proceso con radicado número 11001-03-26-000-2022-00033-00 (68018)

Evaristo Rafael Rodríguez Felizzola presentó demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad simple, el veinticinco (25) de enero de dos mil veintidós (2022)¹, de forma física, y el veintisiete (27) de enero siguiente, electrónicamente², en contra de la Nación – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Trabajo y Departamento Administrativo de Planeación Nacional, con la finalidad de que se declare la nulidad del Decreto 1279 de 2021.

Este Despacho, en auto del dieciocho (18) de marzo de dos mil veintidós (2022)³, negó la medida cautelar de urgencia formulada por la parte demandante, inadmitió la demanda y concedió el término de diez (10) días a la parte actora para que subsanara las falencias indicadas.

Luego, en proveído del ocho (8) de junio de dos mil veintidós (2022)⁴, admitió la demanda de nulidad simple, ordenó realizar las notificaciones correspondientes, y corrió traslado a las entidades demandadas por el término de treinta (30) días conforme al artículo 172 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Posteriormente, en providencia del tres (3) de noviembre de dos mil veintidós (2022)⁵, corrió traslado a las entidades

¹ Visible en el folio 1 del cuaderno principal en físico.

² Índice 2 de SAMAI.

³ Índice 4 de SAMAI.

⁴ Índice 22 de SAMAI.

⁵ Índice 40 de SAMAI.





demandadas por el término de cinco (5) días para que se pronunciaran sobre la solicitud de medidas cautelares.

Finalmente, el diecisiete (17) de mayo de dos mil veintitrés (2023)⁶, acumuló los procesos de nulidad simple con radicados números 11001-03-26-000-2022-00027-00 y 11001-0324-000-2022-00006-00 al presente proceso, ordenó que, por Secretaría de la Sección, se realizaran las notificaciones personales del auto admisorio de la demanda del trámite con número interno 68005 y suspendió los procesos hasta que el expediente 68005 se encontrara en la misma etapa.

1.1.2. Proceso con radicado número 11001-03-26-000-2022-00027-00 (68005)

Luis Ángel Esguerra Marciales presentó demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad simple, el veintiuno (21) de enero de dos mil veintidós (2022)⁷, en contra de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Defensa Nacional, Ministerio del Trabajo, Departamento Nacional de Planeación, con el objeto de que se declare la nulidad de los numerales 1.2., 2.2. y 3.2. del artículo 2 del Decreto 1279 de 2021.

El magistrado Nicolás Yepes Corrales, en providencias del siete (7) de septiembre de dos mil veintidós (2022)⁸, admitió la demanda, remitió el proceso a este Despacho para decidir sobre la posibilidad de acumular, y corrió traslado a las entidades demandadas de la solicitud de medidas cautelares para que se pronunciaran.

1.1.3. Proceso con radicado número 11001-0324-000-2022-00006-00

La Asociación Colombiana de Empresas de Seguridad – ACES – presentó demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad simple, el dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)⁹, en contra de la Nación – Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Defensa Nacional y Ministerio del Trabajo, en la que pretende que se declare la nulidad del artículo 2 del Decreto 1279 de 2021.

La magistrada Nubia Margoth Peña Garzón, en auto del veintiocho (28) de enero de dos mil veintidós (2022)¹⁰, admitió la demanda, ordenó realizar las notificaciones correspondientes y corrió traslado, por el término de treinta (30) días, al tenor del artículo 172 del CPACA. En la misma fecha¹¹, rechazó la petición de medida cautelar de urgencia y corrió traslado a la parte demandada, por el término de cinco (5) días, para que se pronunciara sobre el escrito contentivo de la solicitud de suspensión provisional.

1.2. Las solicitudes de medida cautelar

1.2.1. Proceso con radicado número 11001-03-26-000-2022-00033-00 (68018)

El actor, en el escrito de la demanda, solicitó, como medida cautelar, la suspensión provisional del decreto demandado.

Como sustento, alegó que el presidente de la República vulneró el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019, dado que omitió incluir, en las consideraciones del Decreto 1279 de 2021, los motivos por los que se apartó de las recomendaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio.

⁶ Índice 59 de SAMAI.

⁷ Índice 2 de SAMAI.

⁸ Índices 16 y 18 de SAMAI.

⁹ Índice 2 de SAMAI.

¹⁰ Índice 4 de SAMAI.

¹¹ Índice 5 de SAMAI.





Además, indicó que el Decreto 1279 de 2021 transgredió los artículos 13, 209 y 333 de la Constitución y 30 de la Ley 80 de 1993, porque con las fórmulas incorporadas *“favorece y premia a la empresa más grande que participe en una licitación pública de servicios de vigilancia y seguridad privada (...)”*. A su juicio, el presidente de la República carecía de competencia para *“establecer dichas ventajas y premios en favor de un competidor”*, lo que implica un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Finalmente, adujo, en síntesis, que los incentivos establecidos en la norma demandada eliminan la libre competencia económica, violan el derecho a la igualdad y al trabajo de otros grupos poblacionales, y el principio de selección objetiva.

1.2.2. Proceso con radicado número 11001-03-26-000-2022-00027-00 (68005)

El demandante, en el escrito de demanda, pidió, como medida cautelar, la suspensión de los efectos del acto demandado.

Como fundamento, explicó que aquella procede por transgresión *“evidente”* de las normas invocadas como violadas, que surge de una simple confrontación entre el acto y las normas superiores. Añadió que la aplicación de criterios y parámetros de asignación de puntajes adicionales, fijados en los numerales 1.2., 2.2. y 2.3 del Decreto 1279 de 2021, tiene como efecto, en la práctica, que las empresas más grandes, que tienen mayor personal operativo, tienen una probabilidad superior de contar entre su nómina con personas vinculadas en la situación indicada en las normas censuradas – mujeres, personas con discapacidad y personas mayores de 45 años –, lo que genera un factor de ventaja injustificada.

Por último, expresó que esa situación de ventaja injustificada constituye una vulneración del derecho a la igualdad, a la libertad de empresa y a la libertad de concurrencia.

1.2.3. Proceso con radicado número 11001-0324-000-2022-00006-00

La Asociación Colombiana de Empresas de Seguridad, en escrito separado, solicitó, como medida cautelar, la suspensión provisional del artículo 2 del Decreto 1279 de 2021.

Argumentó que el Decreto 1279 de 2021 incurrió en: (i) expedición irregular e infracción a las normas en que debió fundarse el acto, pues, revisados los antecedentes incluidos en la norma censurada, no fue posible observar la justificación para apartarse del concepto rendido por la Superintendencia de Industria y Comercio, o, en su defecto, el acatamiento de las recomendaciones propuestas por ella; (ii) falsa motivación por la aparente *“irrelevancia”* del porcentaje otorgado por el decreto, respecto del estímulo; (iii) falsa motivación por la aparente fórmula *“concertada y combinada”* en el otorgamiento del porcentaje del estímulo; (iv) infracción de las normas en que debió fundarse el acto por violación a la libre competencia y a la libre concurrencia; y (v) expedición irregular por exceso en las atribuciones del ejercicio de la potestad reglamentaria.

En suma, manifestó que la norma demandada infringe las siguientes disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias: (i) artículo 1 de la Ley 155 de 1959; (ii) artículo 146 de la Ley 1955 de 2019; (iii) artículos 23, 24 y 25 de la Ley 80 de 1993; y (iv) artículos 2 y 189 de la Constitución Política.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Normativa rectora del trámite procesal de la medida cautelar





En vista de que las demandas se presentaron con posterioridad al veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021), resultan aplicables las reformas de la Ley 1437 de 2011, realizadas mediante la Ley 2080 de 2021¹². Lo anterior, puesto que, de acuerdo con el artículo 86¹³ de la Ley 2080 de 2021, esta normativa rige a partir de su publicación.

2.2. Competencia

El Despacho es competente para resolver sobre las medidas cautelares, de conformidad con el artículo 125¹⁴ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021.

2.3. Procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional

El artículo 229 del CPACA exige que la solicitud de la medida cautelar esté debidamente sustentada. El peticionario debe expresar los motivos por los cuales estima que se debe acceder a la medida cautelar, y argumentar, con un mínimo de suficiencia, claridad y pertinencia, la necesidad de la medida que solicita.

Para el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, el artículo 231 *ibidem* establece como requisitos para su procedencia: que i) sea solicitada por el demandante, ii) procede cuando existe una violación que 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, y iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho debe acreditarse, de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados.

La suspensión provisional prevista en el artículo 238 de la Constitución Política¹⁵ y regulada en el CPACA, es una figura excepcional y restrictiva, derivada del principio de legalidad. Esta herramienta constituye un importante instrumento para evitar que los actos contrarios al ordenamiento jurídico continúen surtiendo efectos, en todo caso, mientras se decide de fondo su legalidad.

De ahí que se exija que el análisis entre las normas invocadas y el acto administrativo comprenda el estudio de legalidad inicial, juicioso y serio, del que se pueda arribar a la conclusión de que el acto contradice la norma superior invocada, exigiendo, se insiste, la rigurosidad del juez en su estudio, con fundamento en el análisis del acto o las pruebas allegadas con la solicitud.

¹² “Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción”.

¹³ “Artículo 86. La presente ley rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley. // Las nuevas reglas del dictamen pericial contenidas en la reforma a los artículos 218 a 222 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se aplicarán a partir de la publicación de la presente ley para los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011 en los cuales no se hayan decretado pruebas. // De conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, las reformas procesales introducidas en esta ley prevalecen sobre las anteriores normas de procedimiento desde el momento de su publicación y solo respecto de los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011. // En estos mismos procesos, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se registrarán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones”.

¹⁴ “Artículo 125. De la expedición de providencias. <Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021.> La expedición de las providencias judiciales se sujetará a las siguientes reglas: **3. Será competencia del magistrado ponente dictar las demás providencias interlocutorias y de sustanciación en el curso de cualquier instancia (...)**”. (negritas fuera del texto).

¹⁵ “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”.





2.4. Recuento de los hechos

El presidente de la República, aduciendo obrar en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 6 de la Ley 1920 de 2018, expidió el Decreto 1279 de 2021, *“por el cual se reglamente el artículo 6 de la Ley 1920 de 2018 y se adicionan unos artículos a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”*.

Evaristo Rafael Rodríguez Felizzola, Luis Ángel Esguerra Marciales y la Asociación Colombiana de Empresas de Seguridad, de manera separada, presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad simple, a efectos de que esta jurisdicción declare la nulidad del Decreto 1279 de 2021, de los numerales 1.2., 2.2. y 3.2. del artículo 2 del Decreto 1279 de 2021 y del artículo 2 del Decreto 1279 de 2021, respectivamente. Teniendo en cuenta que se configuró el supuesto del literal a) del numeral 1 del artículo 148 del Código General del Proceso, este Despacho acumuló los tres procesos instaurados.

Los actores, al interior de los medios de control con radicados internos 68018 y 68005, solicitaron que se decrete la suspensión provisional del Decreto 1279 de 2021; por su parte, el demandante del proceso con radicado 11001-0324-000-2022-00006-00 pidió la suspensión provisional del artículo 2 del Decreto 1279 de 2021. Las normas invocadas como infringidas son las siguientes:

- Proceso con radicado número 11001-03-26-000-2022-00033-00 (68018): artículo 7 de la Ley 1340 de 2009; artículos 13, 25, 209 y 333 de la Constitución Política; artículo 30 de la Ley 80 de 1993; artículo 6 de la Ley 1920 de 2018; y artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.
- Proceso con radicado número 11001-03-26-000-2022-00027-00 (68005): artículos 13 y 333 de la Constitución Política; y artículos 24 y 30 de la Ley 80 de 1993.
- Proceso con radicado número 11001-0324-000-2022-00006-00: artículo 1 de la Ley 155 de 1959; artículos 23, 24 y 25 de la Ley 80 de 1993; artículo 146 de la Ley 1955 de 2019; y artículos 2 y 189 de la Constitución Política.

Una vez agotadas las etapas pertinentes, el Despacho procederá al estudio correspondiente a fin de determinar si procede la medida cautelar, sin que ello implique prejuzgamiento.

2.5. Asignación de normas sustantivas

2.5.1. Infracción del artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019.

Analizados los argumentos¹⁶ esgrimidos por los demandantes, el problema que plantean pende, en buena medida, de la falta de justificación, por parte de la

¹⁶ **Radicado interno 68018:** “(...) la suspensión provisional de los actos administrativos procederá cuando, por ejemplo, *“tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas”*. Es precisamente lo que ocurre con el Decreto 1279 de 2021, por cuanto al confrontar su contenido con (...) el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 (...) refulge la violación de las mismas (...). El Presidente de la República vulneró el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019, al omitir incluir en los considerandos del Decreto 1279 de 2021, los motivos por los cuales se aparta de las recomendaciones de la Superintendencia de Industria para subsanar las afectaciones a la libre competencia con el proyecto de regulación concretado en el Decreto demandado (...)”. **Radicado 11001-0324-000-2022-00006-00:** “infracción a las normas en que debió fundarse el acto y expedición irregular. Desconocimiento de la SIC en el ejercicio de la Abogacía de la Competencia. Vistos los antecedentes que registra el trámite del decreto demandado, causa extrañeza que no se detecta en ninguno de sus apartes, la justificación para apartarse o el acatamiento del concepto proferido por la SIC, lo cual constituye per se un yerro grave dentro del trámite del acto demandado y que redundaría en su invalidez jurídica (...)”.





Administración, de las razones por las que se apartó del concepto rendido por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC).

2.5.1.1. Normas que regulan la institución de la abogacía de la competencia

El artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019, prescribe que la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo, a solicitud o de oficio, sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos, las autoridades deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los actos administrativos que pretendan expedir. El concepto emitido por esa entidad no es vinculante, sin embargo, si la autoridad respectiva se aparta de dicho concepto, deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta de él.

El Decreto 2897 de 2010, compilado por el Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, reglamentó el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 – abogacía de la competencia –. El artículo 2 de esa normativa establece que las autoridades que deben informar a la SIC sobre los proyectos de regulación son los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias con o sin personería jurídica, unidades administrativas especiales con o sin personería jurídica y los establecimientos públicos del orden nacional. Los organismos y entidades a los que se refiere el artículo 40 de la Ley 489 de 1998 no están sujetos a la obligación de información de la abogacía de la competencia, es decir, el Banco de la República, los entes universitarios autónomos, las corporaciones autónomas regionales y la Comisión Nacional de Televisión.

Según el artículo 3 del Decreto 2897 de 2010, un acto tiene incidencia sobre la libre competencia, con independencia de su objetivo constitucional o legal, cuando i) tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar el número o variedad de competidores en uno o varios mercados relevantes y/o ii) imponga conductas a empresas o consumidores o modifique las condiciones en las cuales serán exigibles obligaciones previamente impuestas por la ley o un acto administrativo, cuando el acto tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar la capacidad de las empresas para competir, reducir sus incentivos para competir, o limitar la libre elección o información disponible para los consumidores, en uno o varios mercados relevantes relacionados.

Por su parte, el artículo 4 *ibidem* preceptúa que no se requerirá informar a la SIC sobre un proyecto de regulación, en los siguientes casos: i) cuando el acto tenga origen en hechos imprevisibles y/o irresistibles a partir de los que resulte necesario adoptar una medida transitoria con el fin de preservar la estabilidad de la economía o de un sector o garantizar la seguridad en el suministro de un bien o servicio público esencial, sea o no domiciliario; ii) cuando el acto busque simplemente ampliar plazos, aclarar las condiciones en que son exigibles conductas previamente impuestas o corregir errores aritméticos o tipográficos; iii) cuando se trate de un acto de carácter particular y concreto que tenga por finalidad resolver un conflicto entre empresas; iv) cuando resulte necesario cumplir una orden judicial o una norma legal o reglamentaria de vigencia inmediata, si tal cumplimiento no es posible sin la expedición del acto; y v) cuando el acto establezca un área de servicio exclusivo para la prestación de servicios públicos domiciliarios, según el artículo 40 y 174 de la Ley 142 de 1994.

2.6. Hermenéutica de las normas asignadas

Respecto a las características de la abogacía de la competencia, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del cuatro (4) de julio de dos mil trece





(2013)¹⁷, estableció que el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 (i) crea un deber de información a la Superintendencia de Industria y Comercio por parte de las autoridades administrativas que tienen facultades de regulación; (ii) el deber de información debe cumplirse de manera previa a la expedición de la regulación; (iii) el deber de información recae sobre proyectos de regulación administrativa; (iv) debe tratarse de un proyecto de regulación que pueda incidir en la libre competencia; (v) la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la facultad para emitir o no concepto sobre el proyecto de regulación; (vi) el concepto rendido por la Superintendencia de Industria y Comercio no es vinculante; y (vii) las autoridades **tienen el deber de motivar la regulación** que se expida separándose del concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En lo que atañe al deber especial de motivación de la regulación que se expida cuando no se acogen las recomendaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, esta Corporación explicó que esta circunstancia comporta una **obligación del respectivo acto administrativo regulatorio, cuya inobservancia puede generar su nulidad**. Además, precisó que la respectiva motivación debe constar, al tenor de la norma, **en la parte considerativa del propio acto regulatorio**; interpretación que este Despacho comparte.

2.7. Aplicación al caso

El Decreto 1279 de 2021¹⁸ fue expedido en ejercicio de la potestad reglamentaria, a efectos de dar cumplimiento al artículo 6¹⁹ de la Ley 1920 de 2018²⁰, que ordenó, al Gobierno Nacional a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación, expedir un decreto reglamentario que estableciera una puntuación adicional en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa para las empresas de vigilancia y seguridad privada y las cooperativas especializadas de vigilancia y de seguridad privada que en personal tengan a mujeres, a personas con discapacidad y a personas mayores de 45 años, contratadas con todas las exigencias y garantías legales. Esta es una circunstancia que de ninguna manera exime del cumplimiento del procedimiento de la abogacía de la competencia, pues el ejercicio de la potestad reglamentaria puede sujetarse a requisitos o trámites anteriores²¹, establecidos por el legislador para la realización y desarrollo de los principios de la función administrativa, y es un deber del presidente de la República, en su calidad de suprema autoridad administrativa, cumplir el procedimiento dispuesto por la ley para la expedición de los actos administrativos.

Asimismo, aun cuando el artículo 2 del Decreto 2897 de 2010 no incluye al presidente de la República como autoridad obligada, esto no le exime de su

¹⁷ Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del cuatro (4) de julio de dos mil trece (2013), radicación número 11001-03-06-000-2013-00005-00.

¹⁸ “Por el cual se reglamenta el artículo 6 de la Ley 1920 de 2018 y se adicionan unos artículos a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”.

¹⁹ “Artículo 6. Incentivos para la vinculación de mujeres, personas mayores o en condición de discapacidad. El Gobierno nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación o de quienes hagan sus veces, expedirá en un término no mayor a 6 meses un decreto reglamentario que establezca una puntuación adicional en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa para las empresas de vigilancia y seguridad privada y/o las cooperativas especializadas de vigilancia y de seguridad privada que en personal operativo tengan a mujeres, a personas con discapacidad y/o personas mayores de 45 años, contratadas con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas. Igualmente, las empresas y cooperativas de vigilancia privada propenderán por aumentar dentro de su personal operativo en contratos que celebren con entidades no estatales, el número de mujeres, personas con discapacidad y/o personas mayores de 45 años, contratadas con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas”.

²⁰ “Por la cual se dictan disposiciones relacionadas con las cooperativas especializadas de vigilancia y seguridad privada y se busca mejorar las condiciones en las que el personal operativo de vigilancia y seguridad privada presta el servicio de vigilancia y seguridad privada. Ley del Vigilante”.

²¹ Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos del catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) y del diecinueve (19) de febrero de dos mil diecinueve (2019), radicación número 11001-03-06-000-2016-00066-00 y 11001-03-06-000-2018-00253-00, respectivamente; Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección A, sentencia del once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019), radicación número 11001-03-26-000-2014-00135-00.





cumplimiento, pues si el Decreto 2897 de 2010 hubiere querido excluir al primer mandatario lo habría dispuesto de forma expresa como lo hizo con las entidades allí indicadas, máxime cuando la potestad reglamentaria es ejercida en concurso con el ministro del ramo, no como un requisito de mera formalidad, sino como un presupuesto de validez y eficacia del acto administrativa, de acuerdo con el artículo 115 de la Constitución Política.

Por lo tanto, comoquiera que la sola naturaleza reglamentaria del Decreto 1279 de 2021 no lo exime de agotar el procedimiento de la abogacía de la competencia, el único requisito que resta por examinar es si este acto es susceptible de incidir en la libre competencia.

Dicha inquietud puede ser resuelta, de manera preliminar, si se tiene en consideración que está acreditado que la Administración solicitó el concepto de la SIC y esta entidad, al rendirlo²², afirmó que las acciones afirmativas, como aquellas que se incluyen en la norma demandada, pueden usarse para alcanzar objetivos legítimos de política pública, no obstante, la indeterminación en el tiempo de esas medidas puede crear **condiciones asimétricas entre proponentes**, o, incluso, una formulación errónea del puntaje adicional y su metodología podría incidir de manera negativa e ir en contravía de lo que se pretende proteger; lo que, en otros términos, refleja la posibilidad de que la regulación influya en la libre competencia, tal como lo expuso la SIC: “(...) *Esta Superintendencia considera que la metodología de muestreo aleatorio simple no parece ser la más adecuada. (...) Estos elementos además de blindar de mayor transparencia al Proyecto le otorgan a esta Superintendencia y al DNP para evaluar el posible impacto de la medida regulatoria tanto en el corto como en el mediano plazo, así como la posible generación de incentivos alrededor de condiciones diferenciales en detrimento de la libre competencia con otros grupos poblacionales. (...)*”²³. (negritas fuera del texto).

La anterior resolución se refuerza con lo advertido en la memoria justificativa²⁴, específicamente en el acápite de la determinación de la puntuación adicional en los procesos de contratación pública y diseño de la fórmula para la obtención del puntaje, pues allí quedó consignado lo siguiente:

“(...) La fórmula inicial propuesta consistió en otorgar a las empresas o cooperativas de vigilancia y seguridad privada hasta el tres por ciento (3%) del total del puntaje en el evento que estas vincularan previamente por cada grupo poblacional el mayor porcentaje del personal operativo, bien sea: en mujeres, personas con discapacidad y mayores de cuarenta y cinco (45) años, sin embargo, se revisó esta fórmula debido a que las empresas o cooperativas de vigilancia y seguridad privada que tienen un menor número de personal operativo vinculado, en relación con aquellas que tienen un número considerablemente mayor, **conllevaría a una desventaja para estas últimas. (...)**”.

Se demuestra así que la estructuración del entonces proyecto de regulación, hoy Decreto 1279 de 2021, podría crear circunstancias que limitaran la libre competencia, por la posible afectación a determinadas empresas, producto de la fijación de un porcentaje equivocado como incentivo; por ende, resulta necesario concluir que la expedición del Decreto 1279 de 2021 debía hacerse en observancia del procedimiento dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019, a fin de contar con la participación de la Superintendencia de Industria y Comercio, autoridad nacional en materia de protección de la competencia, en cumplimiento del deber de colaboración armónica de las entidades. Por consiguiente, avanzará el Despacho

²² Documento contenido en el expediente digital con certificado ABA2F648C4C55F9D F7B105E5820F1F62 0CCC09AF0977829F A0A660550CF298E2, ubicado en el índice 2 de SAMAI, página 119 a 125.

²³ Página 6 y 7 del concepto de abogacía de la competencia, suscrito por Juan Pablo Herrera Saavedra, superintendente delegado para la Protección de la Competencia.

²⁴ Documento contenido en el expediente digital con certificado 716457332A3078A8 357840B79EE75241 62F84CDBFAB97A90 E221EB809DFEFA0F, ubicado en el índice 32 de SAMAI.





al análisis ordenado a determinar si la Administración dio cumplimiento a este precepto normativo.

Revisado el expediente, este Despacho encontró que, en las memorias justificativas, acápite 3.5.2, título “concepto abogacía de la competencia”, se incluyó lo siguiente: “*en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 (...) se solicitó concepto de abogacía de la competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el proyecto de Decreto (...)*”. A causa de lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio, en oficio del diecisiete (17) de noviembre de dos mil veinte (2020), recomendó lo siguiente: (i) incorporar en el proyecto un mecanismo de seguimiento que permita la revisión periódica de los puntajes allí establecidos, con el fin de evitar que los mismos deriven en una distorsión a la libre competencia; y (ii) incorporar expresamente en el proyecto una regla, por virtud de la cual, en la medida en que la brecha de inclusión de la población objetivo disminuya, el porcentaje inicialmente estipulado se ajuste a la baja progresivamente.

Luego, en el trámite del proyecto de decreto, la Administración cumplió con su deber de solicitar concepto a la Superintendencia de Industria y Comercio; asimismo, una vez rendido el concepto, acogió la primera recomendación, así:

“ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.13. Mecanismo de seguimiento al porcentaje de puntaje adicional. La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, a través de la metodología que defina la Subdirección de Estudios de Mercado y Abastecimiento Estratégico, realizará un reporte donde conste la relación de una muestra aleatoria de los contratos publicados en el SECOP II que, en la modalidad de licitación pública, suscriban las empresas o cooperativas de vigilancia y seguridad privada a partir del año 2021.

El mencionado reporte se publicará en la página web de Colombia Compra Eficiente en el mes de enero de cada año a partir del año 2022 y en él se adjuntará el detalle del porcentaje de la diferencia entre el puntaje del adjudicatario y el puntaje del proponente ubicado de segundo en el orden de elegibilidad en los contratos que celebren las empresas o cooperativas de vigilancia y seguridad privada en la modalidad descrita, así como también una revisión estadística del incentivo otorgado en el artículo 2.2.1.2.4.2.10 del presente Decreto”.

Y, frente a la segunda recomendación, decidió apartarse de ella, según lo anotado en las memorias justificativas, debido a que esta “*(...) resulta técnicamente improcedente, puesto que dicha propuesta excedería la facultad reglamentaria, teniendo en cuenta que la misma Ley no establece ningún tipo de gradualidad o transitoriedad para la aplicación de los incentivos creados por el artículo 6 de la Ley 1920 de 2018, que como ya se indicó, estos corresponden a medidas afirmativas para materializar el derecho al trabajo de la población vulnerable sujeto de la protección especial del Estado, como lo son la población con discapacidad, las mujeres y las personas mayores de 45 años. Adicionalmente se observa que, de incorporar la propuesta en el texto del proyecto de decreto*”²⁵, sin que ello pueda tomarse como elemento de la motivación del Decreto 1279 de 2021²⁶.

Por el contrario, en las consideraciones del Decreto 1279 de 2021, nada se dijo acerca de los motivos por los que las entidades resolvieron apartarse de la

²⁵ Página 12 a 16, memoria justificativa.

²⁶ Si bien la motivación previa o remitida es válida, en las consideraciones del Decreto 1279 de 2021 no se hace mención a algún documento anterior, tal como fue ilustrado en el último párrafo de la página 9 de esta providencia. Al respecto, sobre la motivación previa o remitida, consultar: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta, sentencia del veintiuno (21) de noviembre de dos mil doce (2012), radicación número 25000-23-27-000-2018-00110-01; reiterada en: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección C, sentencia del veintiocho (28) de octubre de dos mil diecinueve (2019), radicación número 25000-23-26-000-2006-00657-01.





recomendación de la SIC, pues lo único que incluyó la normativa censurada sobre el tema, es lo siguiente:

“Que en virtud del artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”, modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”, se solicitó concepto previo sobre abogacía de la competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad que mediante oficio identificado con el radicado No. 20-411490-2-0 del diecisiete (17) de noviembre de 2020, se pronunció sobre el proyecto de norma recomendando”.

Pues bien, en atención a las pruebas obrantes hasta el momento en el proceso, es posible inferir que las autoridades demandadas, al expedir el Decreto 1279 de 2021, omitieron indicar las razones por las que no acogieron la segunda recomendación de la Superintendencia de Industria y Comercio, y que con este proceder pudieron, en principio, incurrir en vulneración al artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019, que prescribe una obligación, en cabeza de la autoridad que pretenda expedir el acto regulatorio, de manifestar expresamente dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los que se aparta del concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En ese orden de ideas, este Despacho encuentra, de manera preliminar, que se configura el cargo consistente en la expedición irregular del Decreto 1279 de 2021, ante el desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019. Como prospera el cargo por expedición irregular, no es necesario el análisis de los demás cargos de la solicitud.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

RESUELVE

DECRÉTASE la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos del Decreto 1279 de 2021, por el cual se reglamenta el artículo 6 de la Ley 1920 de 2018 y se adicionan unos artículos a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, de conformidad con las razones expuestas en el presente proveído.

Notifíquese y cúmplase,

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado
Firmado electrónicamente

CAOP

