

DECRETO 2474 DE 2008 - Naturaleza. Control judicial / DECRETO REGLAMENTARIO - Control judicial / ACCION DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD - Generalidades / ACCION DE NULIDAD - Diferente a acción de nulidad por inconstitucionalidad / NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD - Diferente a acción de nulidad

El Decreto 2474 de 2008, es de indiscutible naturaleza reglamentaria, según lo ha expuesto la Sala para otros decretos de similar naturaleza, verbigracia para los decretos 855 de 1994 y 2170 de 2002, dado que fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, con el fin de reglamentar, como su epígrafe lo indica, las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, que reformó esta última. De su contenido se colige que se expidió para desarrollar diferentes normas de las citadas leyes, en particular, aunque no restringido, las modalidades de selección y los principios de publicidad y selección objetiva. Así las cosas, recuérdese que en la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corporación se ha manifestado que, tratándose de decretos que simplemente desarrollan o dan aplicación concreta a la ley, como el del sub examen, el control judicial se ejerce mediante la “acción de nulidad”, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., por motivos tanto de inconstitucionalidad como de ilegalidad. Por consiguiente, como quiera que se está delante de un decreto reglamentario, vale decir de un acto administrativo, de conformidad con lo prescrito por el numeral 7º del artículo 97 del C.C.A, modificado por el artículo 37 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, y adicionado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1996, en armonía con los derroteros trazados por la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corporación, la acción incoada es de simple nulidad, y no de nulidad por inconstitucionalidad, como la nominó la parte demandante. En efecto, nótese que la parte actora invoca en el concepto de violación normas de índole constitucional y legal; que en medio de las normas de la Constitución Política y las reglamentarias acusadas se encuentran las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007; y que los cargos son sustentados por violación de preceptos legales, de manera que, por esa vía, la infracción de las disposiciones constitucionales estaría mediatizada por la violación de normas legales, lo cual excluye el ejercicio de una acción de nulidad por inconstitucionalidad, en los términos expuestos. Además, la delimitación de la acción idónea para ventilar las pretensiones, no corresponde a una mera discusión acerca de su nominación, sino que implica darle curso mediante el trámite que corresponde según su clase y, por ende, de acuerdo con la vía dispuesta por la ley o por la propia Constitución Política para el efecto, lo cual resulta imperativo en aras del cumplimiento estricto del principio del debido proceso (artículo 29 C.P), respecto del adelantamiento del juicio observando las formas propias del mismo. Es claro que entre la acción de nulidad por inconstitucionalidad contra decretos de carácter general expedidos por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional (numeral 7º del artículo 97 del C.C.A.), y la acción de simple nulidad (artículo 84 del C.C.A) contra actos administrativos, no sólo existen diferencias importantes en cuanto a la materia y el fundamento del acto enjuiciable, sino también en otros aspectos, pues mientras en la primera, su titularidad se encuentra en cabeza únicamente de la persona natural que ostente la calidad de ciudadano, sólo puede ser ejercida invocando la violación directa de la Constitución Política, debe seguirse bajo un procedimiento ordinario pero con términos reducidos, observar diversas reglas para la interposición de recursos (sólo cabe el de reposición), y la sustanciación y ponencia corresponderá a uno de los Consejeros de la Sección respectiva según la materia y el fallo a la Sala Plena; la segunda, en cambio, puede ser ejercida por cualquier persona natural o jurídica, invocando la infracción a la ley y los demás supuestos de que trata el inciso segundo del artículo 84 del C.C.A, y se tramitará y

decidirá por las Secciones respectivas, conforme a las reglas generales del C.C.A. y el procedimiento ordinario establecido en los artículos 206 y ss. del mismo. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 22 de marzo de 2001; de 4 de julio de 1997 expediente 9523; de 3 diciembre de 2007, Exp. 24.715; sobre ACCION DE NULIDAD: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 23 de julio de 1996, expediente S-612, actor Guillermo Vargas Ayala, Magistrado Ponente, Dr. Juan Alberto Polo Figueroa; Sentencia de 18 de junio de 1998, Actor Jairo Díaz Hernández, Exp. 11120, C.P. Daniel Suárez Hernández.

SUSPENSION PROVISIONAL - Generalidades / SUSPENSION PROVISIONAL - Requisitos

La suspensión provisional, hoy prevista en el artículo 238 de la Constitución Política, y que había sido regulada por el artículo 152 del C.C.A (artículo 31 del Decreto 2304 de 1989) en vigencia de la anterior Carta Política, fue concebida para la defensa del ordenamiento superior de las eventuales agresiones de actos administrativos, que amparados en su presunción de legalidad, incurran en una ilegalidad manifiesta, que surja de la mera comparación del acto administrativo impugnado con textos normativos superiores que se aduzcan como desconocidos por la Administración, sin que se requiera efectuar un mayor estudio a la confrontación directa de sus contenidos. Con la adopción de esta medida cautelar se detienen temporalmente los efectos de los actos administrativos y, por lo mismo, se suspende su fuerza obligatoria (arts. 238 superior, 66 No. 1 y 152 del C.C.A.). Para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo cuya nulidad se pretenda, el artículo 152 del C.C.A. exige que se reúnan en forma concurrente los siguientes requisitos: (i) Que la medida se solicite antes de que sea admitida la demanda y que se sustente de modo expreso en ésta o por escrito separado. (ii) Que en tratándose de la acción de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud. (iii) Que sí la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor. Por manera que esta figura excepcional y restrictiva es corolario directo del principio de legalidad (preámbulo, artículos 1, 6, 121 y 122 Constitucionales) que tiene por thelos sancionar, como lo ha señalado esta Corporación, la rebeldía de la Administración ante mandatos superiores. De allí que el rasgo característico dominante de esta medida cautelar radica en que de la sola confrontación se advierta la contradicción palmar entre la norma superior y el acto administrativo demandado, de donde se deduce que el solicitante, tiene, por tanto, la carga de fundamentar su petición indicando las normas que se dicen violadas, explicar en dónde radica la infracción de dichas normas y señalar en forma expresa e inequívoca la manifiesta violación, habida cuenta de que el juez no podrá hacerlo oficiosamente.

SUSPENSION PROVISIONAL - Requisitos de procedencia / SUSPENSION PROVISIONAL - Sustentación / SUSPENSION PROVISIONAL - Violación manifiesta

La solicitud de suspensión provisional del párrafo 4 del artículo 3 (íntegramente) y del inciso sexto (parcial) del artículo 54 del Decreto 2474 de 2008, se concreta, según lo dicho por la parte demandante, en que de la sola comparación con el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, "...resulta que el Ejecutivo no solo sin sustento legal sino con abierta rebeldía con la ley que dice reglamentar, ignora la derogatoria expresa del Congreso de iniciar, sin diseños, los procedimientos de selección de contratistas para los contratos de construcción con diseños del

contratista, y se reestablece dicho procedimiento...”, flagrante violación que sustenta con los mismos fundamentos que soportan la demanda. La anterior petición habrá de negarse, por cuanto no cumple con la carga argumentativa exigida por el numeral primero del artículo 152 del C.C.A., en cuanto si bien solicitó la medida no la sustentó de modo expreso, como lo ordena el precepto. El accionante se limitó a hacer una suerte de “reenvío” a los argumentos expuestos en el concepto de la violación, sin que se detuviera a expresar en su solicitud de suspensión provisional en forma precisa por qué a su juicio existe una manifiesta infracción de las normas superiores invocadas. Pero aún admitiendo hipotéticamente que el actor cumplió la exigencia consistente en sustentar la solicitud, al revisar el contenido de la demanda en el apartado dedicado a la indicación de las normas violadas y su respectivo concepto de la violación, se advierte que tampoco se reúne el segundo requisito establecido por la ley (numeral segundo del art. 152 C.C.A.) para la procedencia de esta medida, esto es, la manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión, por confrontación directa o mediante documentos aducidos en la solicitud. Al respecto, la Sala ha sido reiterativa en manifestar que es requisito para la procedencia de la suspensión provisional que se demuestre la ostensible infracción de disposiciones legales, deducible por la simple confrontación directa del acto, con la norma que se considera violada, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 152 del C.C.A. Esta infracción manifiesta del acto administrativo demandado en relación con la normatividad legal superior, debe de ser evidente, ostensible, producto de una elemental y sencilla comparación entre ellos; por el contrario, si es necesario realizar estudios o análisis profundos, no procederá la medida cautelar. Es decir, la oposición flagrante con las disposiciones que se invocan como contrariadas, debe configurarse sin que sea menester entrar a un análisis de fondo de la situación controvertida para advertir con el solo cotejo del acto acusado con la normatividad superior que se presenta -con claridad- su trasgresión y desconocimiento. Nota de Relatoría: Ver Auto de 31 de enero de 2008, Exp. 33.693, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; Auto de 4 de septiembre de 2008, Exp. 35.681, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Auto de 8 de septiembre de 2008, Exp. 35.726, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., primero (1) de abril de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312)

Actor: SOCIEDAD COLOMBIANA DE ARQUITECTOS Y OTRO

Demandado: MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA Y OTROS

Resuelve la Sala sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional, presentadas por la SOCIEDAD COLOMBIANA DE ARQUITECTOS y por GUILLERMO VARGAS AYALA, contra el parágrafo 4 del artículo 3 (íntegramente) y el inciso sexto (parcial) del artículo 54 del Decreto 2474 de 2008, “por el cual se reglamentan parcialmente la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva y se dictan otras disposiciones”, expedido por el Presidente de la República.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. La SOCIEDAD COLOMBIANA DE ARQUITECTOS, por conducto de apoderado judicial, y el señor GUILLERMO VARGAS AYALA, actuando a nombre propio, en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 de la C.C.A. presentaron conjuntamente el 19 de diciembre de 2008, demanda para que se declare la nulidad de las siguientes disposiciones del Decreto 2474 de 2008, “por el cual se reglamentan parcialmente la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva y se dictan otras disposiciones”, expedido por el Presidente de la República:

i) El parágrafo 4 del artículo 3 “Estudios y documentos previos” (íntegramente):

“Parágrafo 4. En caso de contratos en los que se involucre diseño y construcción, la entidad deberá poner a disposición de los oferentes además de los elementos mínimos a los que hace referencia el presente artículo, todos los documentos técnicos disponibles para el desarrollo del proyecto.” (El resaltado corresponde a la demanda).

ii) El inciso sexto del artículo 54 “Procedencia del concurso de méritos” (parcial):

“Si el objeto contractual involucra servicios de consultoría y otras obligaciones principales, **como por ejemplo en el caso de ejecución de proyectos que incluyen diseño y construcción de la obra**, la escogencia del contratista deberá adelantarse mediante licitación pública, selección abreviada o contratación directa, según corresponda de conformidad con lo señalado en la ley y en el presente decreto. En todo caso el equipo de profesionales y expertos propuestos deberá ser aprobado por la entidad.” (El resaltado corresponde a lo demandado).

Afirmaron que con la expedición de las citadas normas se violaron los artículos 2, 3, 6, 13, 26 en concordancia con la Ley 435 de 1998, 53, 71, 113, 114, 121, 150, 189, 209 y 333 de la Constitución Política; el inciso segundo del numeral 4 del artículo 54 y el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007; y el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

2. La solicitud de suspensión provisional

En el mismo escrito de la demanda, en capítulo separado (Capítulo VIII), la parte actora solicitó de modo expreso la suspensión provisional de los efectos de las normas acusadas, al estimar que violan flagrantemente las siguientes normas superiores, según sustentación por confrontación directa que realiza así:

“Cuadro comparativo de la flagrante violación de normas superiores por parte de las normas acusadas.

Ley 80 de 1993	Ley 1150 de 2007	Decreto 2474 de 2008
<p>Numeral 12 del artículo 25: ‘12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia.</p> <p>La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes.’</p>	<p>“Artículo 32. Derogatoria. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados los siguientes artículos de la Ley 80 de 1993: ...la expresión ‘La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes’ del inciso segundo numeral 12 del artículo 25 (...)</p>	<p>Artículo 3º: “Parágrafo 4º. En caso de <u>contratos en los que se involucre diseño y construcción</u>, la entidad deberá poner a disposición de los oferentes además de los elementos mínimos a los que hace referencia el presente artículo, todos los documentos técnicos disponibles para el desarrollo del proyecto.” (El resaltado corresponde a la demanda).</p> <p>----- --- Inciso sexto del artículo 54: “Si el objeto contractual involucra servicios de consultoría y otras obligaciones principales, <u>como por ejemplo en el caso de ejecución de proyectos que incluyen diseño y construcción de la obra</u>, la escogencia del contratista deberá</p>

		adelantarse mediante licitación pública, selección abreviada o contratación directa, según corresponda de conformidad con lo señalado en la ley y en el presente decreto. En todo caso el equipo de profesionales y expertos propuestos deberá ser aprobado por la entidad.” (El resaltado corresponde a lo demandado).”
--	--	--

Y a continuación señaló escuetamente que:

“De la sola comparación normativa resulta que el Ejecutivo, por medio de un decreto reglamentario no solo **sin sustento legal** sino con abierta **rebeldía con la ley que dice reglamentar**, ignora la derogatoria expresa del Congreso de **iniciar, sin diseños, los procedimientos de selección de contratistas para los contratos de construcción con diseños del contratista**, y reestablece dicho procedimiento.

Los fundamentos legales de la suspensión, son los mismo (sic) que soportan la demanda, pero en especial considero que es suficiente para decretar la suspensión solicitada, la flagrante violación del artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 que el decreto 2473 dice reglamentar...”

Como se remite a lo expuesto en el concepto de la violación, se impone hacer una síntesis de los cargos formulados en lo que hace estricta relación con las normas legales que consigna en el cuadro comparativo transcrito en el que fundamenta la suspensión provisional:

“...la regla **general** en la ley 80 de 1993 [numeral 12 del artículo 25] para iniciar un procedimiento de selección, era que los diseños necesarios estén elaborados con antelación a su apertura, y sólo por **excepción**, cuando se trataba de procesos para seleccionar contratistas de obra para construcción o fabricación (sic) con diseños de los proponentes, no operaba esta obligación.

“(...) [A] ser derogada [Artículo 32 de la Ley 1150 de 2007] expresamente la **excepción** de los procedimientos de selección de los contratos de obra ‘llave en mano’ (diseño y construcción), quedó vigente, para **todos** los casos, la **regla general** del inciso primero del numeral 12 del artículo 25 de la ley 80/93 (...) Ahora, para iniciar cualquier trámite de selección es **inexorable** aplicar la regla general que **ordena a las entidades estatales**, contar previamente con los diseños y no incluir factores económicos que sirvan como

determinantes de escogencia del consultor [inciso segundo del numeral 4 del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007]

(...) Como ha quedado claro hasta aquí, **resulta evidente que las entidades estatales no pueden celebrar contratos que involucren el diseño y la construcción y por lo mismo tampoco pueden iniciar procedimientos de selección con este fin como lo dicen a una y sin fundamento legal, el parágrafo 4º del artículo 3º y el inciso sexto del numeral 54 del decreto 2474, por lo que se hace imperioso decretar su nulidad, como se demanda en este proceso. (...)**

“(...) el Gobierno (...) incurrió en violación frontal del artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que dice reglamentar, **porque esta disposición derogó el inciso que, por excepción en los casos de contratos de construcción con diseños del contratista, permitía a las entidades estatales, iniciar procesos de selección sin diseños previos (...) Y mediante las normas demandadas las pretende revivir (...)”**

Finalmente, concluyó insistiendo en que se vulneró el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, porque se ignoró la derogatoria expresa del Congreso de iniciar, sin diseños, los procedimientos de selección de contratistas para los contratos de construcción con diseños del contratista, y se reestableció dicho procedimiento.

II. CONSIDERACIONES

Para la decisión de este asunto, la Sala abordará el análisis de los siguientes aspectos: 1) la competencia; 2) la admisión de la demanda; y 3) la suspensión provisional solicitada.

1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia de la demanda del *sub examen* (artículo 237 numeral 1 C.P. en concordancia con el artículo 128 del C.C.A.), como quiera que se pretende la nulidad de unas normas de naturaleza reglamentaria (parágrafo 4 del artículo 3 y el inciso sexto -parcial- del artículo 54), contenidas en el Decreto 2474 de 7 de julio de 2008, acto de carácter general y administrativo, por el cual se reglamentó parcialmente la Ley 1150 de 2007 que modificó la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, respecto de las modalidades de selección, así como los principios de publicidad y selección objetiva, y que fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad consagrada en el numeral

11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo de lo previsto por las citadas leyes.

Cabe señalar, igualmente, que el conocimiento de este asunto corresponde a esta Sección, en tanto el artículo 12 del Acuerdo 58 de 1992,¹ modificado por el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, por el cual se adoptó el Reglamento del Consejo de Estado, en cuanto hace relación a la distribución de los negocios entre las distintas secciones, dispuso que la Sección Tercera conoce de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros.

En este sentido, además de ser contradictorio con lo expresado al comienzo de la demanda en donde se dice ejercer *“la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A.”*, no resulta precisa la afirmación que más adelante realiza la parte actora en el Capítulo III de la misma según la cual esta Corporación es competente para conocer del proceso conforme a las normas establecidas en el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política², por tratarse de una *“acción de inconstitucionalidad de un decreto dictado por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponde a la Corte Constitucional”*, porque:

a) El Decreto 2474 de 2008, es de indiscutible naturaleza reglamentaria, según lo ha expuesto la Sala para otros decretos de similar naturaleza, verbigracia para los decretos 855 de 1994 y 2170 de 2002³, dado que fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política⁴, con el fin de reglamentar, como su epígrafe lo indica, las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, que reformó esta última. De su contenido se colige que se expidió para desarrollar diferentes normas de las citadas leyes, en particular, aunque no restringido, las modalidades de selección y los principios de publicidad y selección objetiva.

¹ En desarrollo de lo dispuesto por el numeral 6º del artículo 237 de la Carta.

² Numeral 2 del art. 237 C.P.: “Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

³ El Decreto 2474 de 2008, es de indiscutible naturaleza reglamentaria, según lo ha expuesto ya la Sala para otros decretos de similar naturaleza, verbigracia para los decretos 855 de 1994 y 2170 de 2002. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 22 de marzo de 2001. En similar sentido: 4 de julio de 1997 (expediente 9523), 3 diciembre de 2007, Exp. 24.715 y otros –acumulados-.

⁴ Numeral 11 del art. 189 CP.: “Corresponde al presidente de la república como jefe de Estado, jefe del gobierno y suprema autoridad administrativa: (...) 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.”

b) Así las cosas, recuérdese que en la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corporación se ha manifestado que, tratándose de decretos que simplemente desarrollan o dan aplicación concreta a la ley, como el del *sub examen*, el control judicial se ejerce mediante la “acción de nulidad”, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., por motivos tanto de inconstitucionalidad como de ilegalidad:

“...El control jurisdiccional sobre estos decretos de índole eminentemente administrativa, se ejerce mediante la “acción de nulidad”, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., por motivos tanto de inconstitucionalidad como de ilegalidad.

En ese orden de ideas, y por exclusión, las ‘acciones de nulidad por inconstitucionalidad’ atribuidas a la Sala Plena del Consejo de Estado por el numeral segundo del artículo 237 de la Constitución, son aquellas cuya conformidad con el ordenamiento jurídico se establece mediante su confrontación directa de la Constitución Política.

En cualquier otro caso, en la medida en que el parangón deba realizarse en forma inmediata frente o a través de normas de rango meramente legal, así pueda predicarse una posible inconstitucionalidad, que será mediata, la vía para el control no puede ser otra que la acción de nulidad, que por antonomasia es propia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo...”⁵

Por consiguiente, como quiera que se está delante de un decreto reglamentario, vale decir de un acto administrativo, de conformidad con lo prescrito por el numeral 7º del artículo 97 del C.C.A, modificado por el artículo 37 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, y adicionado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1996, en armonía con los derroteros trazados por la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corporación, la acción incoada es de simple nulidad, y no de nulidad por inconstitucionalidad, como la nominó la parte demandante.

En efecto, nótese que la parte actora invoca en el concepto de violación normas de índole constitucional y legal; que en medio de las normas de la Constitución Política y las reglamentarias acusadas se encuentran las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007; y que los cargos son sustentados por violación de preceptos legales, de manera que, por esa vía, la infracción de las disposiciones constitucionales estaría

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 23 de julio de 1996, expediente S-612, actor Guillermo Vargas Ayala, Magistrado Ponente, Dr. Juan Alberto Polo Figueroa. En similar sentido: Sección Tercera, Sentencia de 18 de junio de 1998, Actor Jairo Díaz Hernández, Exp. 11120, C.P. Daniel Suárez Hernández.

mediatizada por la violación de normas legales, lo cual excluye el ejercicio de una acción de nulidad por inconstitucionalidad, en los términos expuestos.

c) Además, la delimitación de la acción idónea para ventilar las pretensiones, no corresponde a una mera discusión acerca de su nominación, sino que implica darle curso mediante el trámite que corresponde según su clase y, por ende, de acuerdo con la vía dispuesta por la ley o por la propia Constitución Política para el efecto, lo cual resulta imperativo en aras del cumplimiento estricto del principio del debido proceso (artículo 29 C.P), respecto del adelantamiento del juicio observando las formas propias del mismo.

Es claro que entre la acción de nulidad por inconstitucionalidad contra decretos de carácter general expedidos por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional (numeral 7º del artículo 97 del C.C.A.), y la acción de simple nulidad (artículo 84 del C.C.A) contra actos administrativos, no sólo existen diferencias importantes en cuanto a la materia y el fundamento del acto enjuiciable, sino también en otros aspectos, pues mientras en la primera, su titularidad se encuentra en cabeza únicamente de la persona natural que ostente la calidad de ciudadano, sólo puede ser ejercida invocando la violación directa de la Constitución Política, debe seguirse bajo un procedimiento ordinario pero con términos reducidos, observar diversas reglas para la interposición de recursos (sólo cabe el de reposición), y la sustanciación y ponencia corresponderá a uno de los Consejeros de la Sección respectiva según la materia y el fallo a la Sala Plena⁶; la segunda, en cambio, puede ser ejercida por cualquier persona natural o jurídica, invocando la infracción a la ley y los demás supuestos de que trata el inciso segundo del artículo 84 del C.C.A, y se tramitará y decidirá por las

⁶ C.C.A: "Artículo 97. Integración y atribuciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 37 de la Ley 270 de 1996 y adicionado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998). (...) Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Tendrá las siguientes funciones especiales: "7. De las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se promuevan contra los Decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa. La acción podrá ejercitarse por cualquier ciudadano y se tramitará con sujeción al procedimiento ordinario previsto en los artículos 206 y siguientes de este Código, salvo en lo que se refiere al período probatorio que, si fuere necesario, tendrá un término máximo de diez (10) días. En estos procesos la sustanciación y ponencia corresponderá a uno de los Consejeros de la Sección respectiva según la materia y el fallo a la Sala Plena. Contra los autos proferidos por el ponente sólo procederá el recurso de reposición. Los que resuelvan la petición de suspensión provisional, los que decreten inadmisión de la demanda, los que pongan fin al proceso y los que decreten nulidades procesales, serán proferidos por la Sección y contra ellos solamente procederá el recurso de reposición. El ponente registrará el proyecto de fallo dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de entrada a despacho para sentencia. La Sala Plena deberá adoptar el fallo dentro de los veinte (20) días siguientes, salvo que existan otros asuntos que gocen de prelación constitucional. Las acciones de nulidad de los demás Decretos del orden nacional, dictados por el Gobierno Nacional, se tramitarán y decidirán por las Secciones respectivas, conforme a las reglas generales de este Código y el reglamento de la Corporación."

Secciones respectivas, conforme a las reglas generales del C.C.A. y el procedimiento ordinario establecido en los artículos 206 y ss. del mismo.

En consecuencia, el proceso debe resolverse por la vía de la acción pública de simple nulidad de que trata el artículo 84 del C.C.A., mediante decisión de Sección y no de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, y por el trámite establecido para ésta.

2. La admisión de la demanda

La Sala advierte que la demanda será admitida, teniendo en cuenta que las normas acusadas hacen parte de un acto que fue expedido por una autoridad del orden nacional (Decreto 2474 de 7 de julio de 2008⁷) y que cumple con los requisitos de ley (artículos arts. 128, 137,138, 139,142 y 143 del C.C.A).

3. La suspensión provisional solicitada

3.1. La suspensión provisional, hoy prevista en el artículo 238 de la Constitución Política⁸, y que había sido regulada por el artículo 152 del C.C.A (artículo 31 del Decreto 2304 de 1989) en vigencia de la anterior Carta Política⁹, fue concebida para la defensa del ordenamiento superior de las eventuales agresiones de actos administrativos, que amparados en su presunción de legalidad, incurran en una ilegalidad manifiesta, que surja de la mera comparación del acto administrativo impugnado con textos normativos superiores que se aduzcan como desconocidos por la Administración, sin que se requiera efectuar un mayor estudio a la confrontación directa de sus contenidos. Con la adopción de esta medida cautelar se detienen temporalmente los efectos de los actos administrativos y, por lo mismo, se suspende su fuerza obligatoria (arts. 238 superior, 66 No. 1 y 152 del C.C.A.).

⁷ Este decreto fue expedido por el Presidente de la República y publicado en el Diario Oficial 47.043 de 7 de julio de 2008. reglamentó nuevamente las materias de las que se ocupaba el Decreto 066 de 2008 y, por lo mismo, lo derogó.

⁸ Artículo 238 Constitucional "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".

⁹ El artículo 193 de la Constitución Nacional de 1886 ya la consagraba.

Para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo cuya nulidad se pretenda, el artículo 152 del C.C.A. exige que se reúnan en forma concurrente los siguientes requisitos:

(i) Que la medida se solicite antes de que sea admitida la demanda y que se sustente de modo expreso en ésta o por escrito separado.

(ii) Que en tratándose de la acción de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

(iii) Que sí la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.

Por manera que esta figura excepcional y restrictiva es corolario directo del principio de legalidad (preámbulo, artículos 1, 6, 121 y 122 Constitucionales) que tiene por *thelos* sancionar, como lo ha señalado esta Corporación, la rebeldía de la Administración ante mandatos superiores¹⁰.

De allí que el rasgo característico dominante de esta medida cautelar radica en que de la sola confrontación se advierta la contradicción palmar entre la norma superior y el acto administrativo demandado, de donde se deduce que el solicitante, tiene, por tanto, la carga de fundamentar su petición indicando las normas que se dicen violadas, explicar en dónde radica la infracción de dichas normas y señalar en forma expresa e inequívoca la manifiesta violación, habida cuenta de que el juez no podrá hacerlo oficiosamente.

3.2. La solicitud de suspensión provisional del párrafo 4 del artículo 3 (íntegramente) y del inciso sexto (parcial) del artículo 54 del Decreto 2474 de 2008, se concreta, según lo dicho por la parte demandante, en que de la sola comparación con el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, *“...resulta que el Ejecutivo no solo sin sustento legal sino con abierta rebeldía con la ley que dice reglamentar, ignora la derogatoria expresa del Congreso de iniciar, sin diseños, los*

procedimientos de selección de contratistas para los contratos de construcción con diseños del contratista, y se reestablece dicho procedimiento...”, flagrante violación que sustenta con los mismos fundamentos que soportan la demanda.

La anterior petición habrá de negarse, por cuanto no cumple con la carga argumentativa exigida por el numeral primero del artículo 152 del C.C.A., en cuanto si bien solicitó la medida no la sustentó de modo expreso, como lo ordena el precepto.

Sobre la carga que pesa sobre el solicitante de la suspensión provisional, la Sala ha enfatizado en la importancia de su cumplimiento, en los siguientes términos:

“...Cuando el artículo 152 en el numeral 1 exige que la medida cautelar se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que ésta fuese admitida, **se refiere a que, independientemente de las razones aducidas en la demanda de nulidad, en la solicitud de suspensión provisional, el actor debe presentar las razones por las cuales considera que la infracción de las disposiciones legales o constitucionales invocadas, o, en todo caso, de normas superiores, reviste carácter “manifiesto”,** bien por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con dicha solicitud...”¹¹(Negrilla por fuera del texto original).

Y, en otra oportunidad manifestó:

“...No debe perderse de vista que **la suspensión provisional es una medida cautelar** que tiene un objeto preciso (la pérdida de fuerza ejecutoria temporal de un acto administrativo, mientras se decide definitivamente de su legalidad en un sentencia que ponga fin a un proceso) **y por ello debe reunir unos requisitos o presupuestos particulares que no pueden ser los mismos, por supuesto, que los de la demanda,** esto es, los fundamentos de derecho de las pretensiones dado el objeto y la entidad de esta medida excepcional y restrictiva. **Lo cual impone que el actor, a partir de un simple cotejo de los contenidos de las normas accionadas y las disposiciones superiores, cumpla la exigencia de exponer las razones por las cuales a su juicio se presenta una ostensible y manifiesta infracción de las disposiciones invocadas...**”¹² (Negrilla por fuera del texto original).

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 28 de junio de 1990, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo, S.V. Carlos Betancur Jaramillo.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 31 de enero de 2008, Exp. 33.693 C.P. Myriam Guerrero de Escobar. En similar sentido, Auto de 4 de septiembre de 2008, Exp. 35.681, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

En suma, como el accionante se limitó a hacer una suerte de “reenvío” a los argumentos expuestos en el concepto de la violación, sin que se detuviera a expresar en su solicitud de suspensión provisional en forma precisa por qué a su juicio existe una manifiesta infracción de las normas superiores invocadas.

Pero aún admitiendo hipotéticamente que el actor cumplió la exigencia consistente en sustentar la solicitud, al revisar el contenido de la demanda en el apartado dedicado a la indicación de las normas violadas y su respectivo concepto de la violación, se advierte que tampoco se reúne el segundo requisito establecido por la ley (numeral segundo del art. 152 C.C.A.) para la procedencia de esta medida, esto es, la manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión, por confrontación directa o mediante documentos aducidos en la solicitud.

Al respecto, la Sala ha sido reiterativa en manifestar que es requisito para la procedencia de la suspensión provisional que se demuestre la ostensible infracción de disposiciones legales, deducible por la simple confrontación directa del acto, con la norma que se considera violada, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 152 del C.C.A.

Esta infracción manifiesta del acto administrativo demandado en relación con la normatividad legal superior, debe de ser evidente, ostensible, producto de una elemental y sencilla comparación entre ellos; por el contrario, si es necesario realizar estudios o análisis profundos, no procederá la medida cautelar. Es decir, la oposición flagrante con las disposiciones que se invocan como contrariadas, debe configurarse sin que sea menester entrar a un análisis de fondo de la situación controvertida para advertir con el solo cotejo del acto acusado con la normatividad superior que se presenta -con claridad- su trasgresión y desconocimiento.

En el presente asunto, no basta la mera comparación de las disposiciones acusadas con el texto normativo contenido en el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que aduce la parte actora como presuntamente desconocido en forma frontal, abierta y flagrante por las mismas, para determinar su ilegalidad.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 8 de septiembre de 2008, Exp. 35.726, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

En efecto, obsérvese que, por una parte, el párrafo 4 del artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, al desarrollar los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en materia de los estudios y documentos previos que sirvan de soporte de los pliegos de condiciones en los procesos de selección, estableció que en el caso de contratos en los que se involucre diseño y construcción, la entidad deberá poner a disposición de los oferentes además de los elementos mínimos a los que hace referencia ese artículo, todos los documentos técnicos disponibles para el desarrollo del proyecto; y, a su turno, el inciso sexto del artículo 54 del citado decreto indica que si el objeto contractual involucra servicios de consultoría y otras obligaciones principales, como por ejemplo en el caso de ejecución de proyectos que incluyen diseño y construcción de la obra, la escogencia del contratista deberá adelantarse mediante licitación pública, selección abreviada o contratación directa, según corresponda de conformidad con lo señalado en la ley y ese decreto. Y, por otra parte, el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, derogó, entre otras disposiciones de la Ley 80 de 1993, el inciso segundo numeral 12 de su artículo 25, según el cual la exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes.

Así las cosas, en este estado inicial del proceso, no es evidente para la Sala si la eliminación o supresión del inciso segundo del numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, comporta que las entidades estatales no puedan celebrar contratos que involucren dentro de un mismo objeto el diseño y la construcción y, si por lo mismo, tampoco puedan iniciar procedimientos de selección con esas prestaciones conjuntas, porque, para llegar a conclusiones de esa índole o descartarlas, es necesario realizar un estudio profundo de los efectos de dicha derogatoria frente a las disposiciones demandadas, en el contexto normativo de la Ley 80 de 1993 y su reforma prevista en la Ley 1150 de 2007.

Como puede apreciarse, de la sola confrontación de las normas reglamentarias enjuiciadas con la citada norma legal no salta a la vista una ilegalidad manifiesta u ostensible de las disposiciones acusadas, pues, para arribar a una conclusión sobre la validez de las mismas, es menester realizar un estudio jurídico e interpretativo de fondo diferente al simple cotejo de sus contenidos, que permita, por ejemplo, entre otros aspectos, precisar: (i) cuál es la naturaleza y el alcance de los estudios y documentos previos que deben elaborarse por las entidades conforme a lo establecido en los numerales 7 y 12 del artículo 25 y en el numeral 1 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, así como en el artículo 8 de la Ley 1150 de

2007 y, en particular, dentro de los fines de la contratación pública (art. 3 Ley 80 de 1993) y los principios que la rigen, en especial aunque no limitado, los de economía, planeación y responsabilidad (art. 25 y 26 *ibídem*); (ii) cuál el alcance de la noción de contrato estatal de que trata el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y de la definición que de los contratos de obra y de consultoría consagra la misma norma, así como del contenido del contrato según el artículo 40 *ibídem*; (iii) cuál el alcance de los procesos de selección en la Ley 1150 de 2007, y en particular el del concurso de méritos, así como su interrelación con el nuevo diseño del principio y deber de selección objetiva (factores de escogencia y calificación) previsto en el artículo 5 de la misma normativa; y en fin (iv), en este contexto, indagar los efectos y consecuencias jurídicas de la derogatoria prevista en el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

Para la Sala es claro que dilucidar todo lo anterior no es una actividad que pueda ser realizada en esta oportunidad procesal, sino que será el resultado de un análisis sustancial y de fondo propio del decurso del proceso y definido en la sentencia a que haya lugar, lo cual, de suyo, excluye la existencia de una manifiesta infracción de las normas acusadas al precepto legal invocado por la parte demandante.

Por lo anterior, se negará la medida cautelar solicitada en relación con el párrafo 4 del artículo 3 y el inciso sexto (parcial) del artículo 54 del Decreto 2474 de 2008.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

PRIMERO: ADMÍTESE la demanda interpuesta por la SOCIEDAD COLOMBIANA DE ARQUITECTOS y por GUILLERMO VARGAS AYALA, contra el párrafo 4 del artículo 3 (íntegramente) y el inciso sexto (parcial) del artículo 54 del Decreto 2474 de 2008, *“por el cual se reglamentan parcialmente la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva y se dictan otras disposiciones”*, expedido por el Gobierno Nacional.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al agente del Ministerio Público.

TERCERO: NOTIFÍQUESE personalmente este auto a los señores Ministro del Interior y de Justicia, Ministro de Hacienda y Crédito Público, Ministro de Transporte y Director del Departamento Nacional de Planeación.

CUARTO: FÍJESE en lista por el término de diez (10) días.

QUINTO: NIÉGASE la solicitud de suspensión provisional de las disposiciones acusadas, solicitada por la parte demandante.

SEXTO: SEÑÁLESE la suma de cien mil pesos (\$100.000,00) como gastos ordinarios del proceso a cargo de la parte actora, suma que será consignada a órdenes de la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la respectiva cuenta, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de ésta providencia. El remanente, si existiere, se devolverá al interesado, cuando el proceso finalice.

SÉPTIMO: SOLICÍTESE por secretaría, a las entidades demandadas el envío, en copia íntegra y auténtica, de todos los antecedentes administrativos del Decreto 2474 de 7 julio de 2008, *“por el cual se reglamentan parcialmente la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva y se dictan otras disposiciones”*, en especial del párrafo 4 del artículo 3 y del inciso sexto del artículo 54, dentro del término de 10 días, y con la advertencia de que el desacato a esta solicitud o la inobservancia del plazo constituye falta disciplinaria.

OCTAVO: TÉNGASE a la **SOCIEDAD COLOMBIANA DE ARQUITECTOS** y al Dr. **GUILLERMO VARGAS AYALA** como parte demandante, y por tratarse de una acción pública **RECONÓCESE**, a este último, personería para actuar a nombre propio, y conforme al poder conferido, en representación de la citada sociedad.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR