

SUSPENSION PROVISIONAL - Artículo 5 párrafo del Decreto 2025 de 2009 / RECURSO DE REPOSICION - Auto que decretó suspensión provisional de actos administrativos / RECURSO DE REPOSICION - Procedencia

La Sala es competente para conocer del recurso interpuesto, toda vez que de conformidad con el inciso segundo del artículo 154 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el numeral 2 del artículo 181 ibídem, “[c]ontra el auto que resuelve la solicitud de suspensión provisional, procede el recurso de reposición.”

SUSPENSION PROVISIONAL - Recurso de Reposición / SUSPENSION PROVISIONAL - Verificación de la infracción legal / SUSPENSION PROVISIONAL - Permite la interpretación de las normas cotejadas para determinar si existe infracción directa y palmaria de la ley

La verificación de la violación manifiesta u ostensible del acto infractor no excluye en manera alguna un ejercicio por parte del juez de argumentación y reflexión para motivar una decisión de tanta trascendencia como es la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo. Dicho de otro modo, no es admisible considerar que por el hecho de que según lo establecido en el artículo 152, numeral 2, del Código Contencioso Administrativo, la suspensión provisional tiene lugar cuando es manifiesta la infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, no sea necesaria una reflexión o interpretación de los textos normativos que se comparan porque en tal caso la violación no sería la ostensible requerida por la norma que fija el requisito, y ese estudio sólo sería procedente al dictar sentencia. Recuérdese que interpretar es explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto. Interpretación es sinónimo de hermenéutica, dado que ésta es el arte de interpretar textos. Así, en tanto la ley comporta una expresión general del Legislador o declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución, con el propósito de mandar, prohibir, permitir o castigar (art. 4 Código Civil), interpretar su texto implica desentrañar su sentido, descubrir la razón y el alcance que ella encierra, para atribuirle un significado y encontrar así la norma que emana de ella. Por tanto, la interpretación de la ley o, mejor aún, la hermenéutica jurídica, consiste en determinar o fijar el verdadero y genuino sentido de una norma para ser aplicada, y existirá un problema de interpretación cuando la norma aplicable puede tomarse en varios sentidos y ser susceptible de más de una lectura, por oscura o imprecisa. En verdad, de conformidad con lo establecido en el artículo 152, numeral 2, del Código Contencioso Administrativo, la suspensión provisional sólo es procedente cuando es manifiesta la violación de la ley, esto es, descubierta, clara, patente; pero es un error concebir que la suspensión provisional procede cuando no sea necesario interpretar la ley, por cuanto, como se señaló, interpretar la ley es determinar su sentido y a ello hay lugar, previamente, siempre que se trate de aplicarla. Diferente es, a juicio de la Sala, que el ejercicio de comparación no sea suficiente para evidenciar la infracción de la norma demandada a los preceptos superiores que ha de respetar y, por el contrario, para arribar a ella deban realizarse complicados ejercicios de argumentación o complejos juicios de hermenéutica o análisis jurídicos profundos que trasciendan los términos normativos objeto de confrontación y los documentos públicos que se aduzcan como pruebas.

NOTA DE RELATORIA: Acerca de la interpretación de las normas cotejadas para determinar la infracción directa y palmaria del ordenamiento superior, Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 27 de mayo de 2009, exp. 36.476.

PROCESO DE SELECCION ABREVIADA - Publicidad de todos los procedimientos y actos / PROCESO DE SELECCION ABREVIADA - Publicidad de la actuación

Es claro que para que un asunto, actuación o acto dentro de un proceso de selección ostente el carácter de público, o sea, “notorio, patente, manifiesto o visto por todos”, no sólo es menester que se permita su acceso, sino también, precisamente y con mayor razón, que por los diferentes medios o mecanismos (escritos o cualquiera otro), se den a conocer o se pongan a la vista del público y en particular a los interesados para que se enteren de su contenido. Es decir, entre la publicidad de la actuación y la publicación existe una estrecha relación de medio a fin, que no permite diferenciarla para los propósitos pretendidos por los recurrentes. La publicación es un mecanismo o medio para dar publicidad a los actos y hechos, de manera que aquella no excluye a ésta ni son conceptos diametralmente opuestos. La publicidad de los actos y hechos jurídicos juega un papel fundamental en el mundo del derecho, razón por la cual el ordenamiento consagra sistemas, mecanismos, y técnicas de publicidad que tienen como fin darlos a conocer a los sujetos de derecho. Así las cosas, resulta a todas luces errada la interpretación gramatical que los impugnantes hacen de la norma legal en cuestión, porque si la ley ordena que en el proceso de selección abreviada se dará publicidad a todos los procedimientos y actos, sin hacer un profundo o mayor análisis, se entiende claramente que, para su cabal y efectiva ejecución, el reglamento no sólo debe permitir el acceso a esa información, sino indicar los medios y establecer los mecanismos para difundirla al público, con el fin de que conozca de su existencia y se enteren de su trámite.

ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS - Publicidad de la contratación

Publicidad en las actuaciones administrativas de la contratación significa anunciar, divulgar, difundir, informar y revelar las decisiones y su motivación para hacerlas saber a quienes va dirigida, de manera que puedan ser obligatorias, controvertibles y controlables, esto es, con el fin de que produzcan efectos y asegurar que los intervinientes o interesados en la actuación se enteren en un momento o fecha ciertos y demostrables del sentido de la decisión expresada en ellos, principio - deber que implica en los procesos de selección que: (i) los posibles oferentes y la comunidad en general deben tener conocimiento o la oportunidad de conocer tanto la convocatoria y reglas del proceso de selección o llamado al proceso, como los actos y hechos del procedimiento y los participantes de presentar observaciones (art. 24 Nos. 2 y 6 y 30 No. 3 Ley 80 de 1993); y (ii) puedan éstos también tener acceso a la información y quien demuestre un interés legítimo pedir y solicitar las copias de los documentos del procedimiento.

SUSPENSION PROVISIONAL - Artículo 5 párrafo del Decreto 2025 de 2009 / SELECCION ABREVIADA - Procedimiento de contratación / SELECCION ABREVIADA - Contratos celebrados para la ejecución de programas de protección de personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada, protección de Derechos Humanos y población con alto grado de exclusión

De esta forma, al confrontar nuevamente el contenido de esta disposición [artículo 5 (Párrafo) del Decreto 2025 de 2009] con la del párrafo segundo del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, se vislumbra que, mientras la ley sin distinción ni exclusión alguna ordenó “dar publicidad a todos los procedimientos y actos” adelantados bajo la modalidad de contratación de selección abreviada; por su parte, el reglamento, que debe estar sometido a la ley, en evidente contradicción

con ésta, dispuso “suprimir o eliminar la convocatoria pública” en el procedimiento de selección abreviada para la celebración de los contratos a que se refiere el literal h) ibídem.

CONTRATACION ESTATAL - Selección abreviada / CONVOCATORIA PUBLICA - Libre concurrencia y participación / SUSPENSION PROVISIONAL - La ley no eximió de publicidad a ningún procedimiento o acto dentro del proceso de selección como sí lo hizo el reglamento

La convocatoria pública en el procedimiento de contratación por selección abreviada es garantía de la libre concurrencia y asegura la participación, en tanto a través de ella se invita a concurrir en condiciones de igualdad a todo aquél que crea cumplir con los requisitos exigidos y, por lo tanto, con la misma se cumple la regla establecida en la ley de “dar publicidad a todos los procedimientos y actos”, porque es una manifestación y desarrollo de ésta. En consecuencia, reitera la Sala que la Ley 1150 de 2007, en el parágrafo 2 del artículo 2º no excluyó del deber de dar publicidad a ningún procedimiento o acto dentro del proceso de selección, de manera que no prescinde de la convocatoria pública para dichos procesos, como si lo hizo el reglamento en el parágrafo del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009, menospreciando la regla establecida en la norma legal y, por ende, en abierta rebeldía a la misma.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00073-00(37083)A

Actor: MARTIN BERMUDEZ MUÑOZ

Demandado: NACION-PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA Y OTROS

Referencia: ACCION PUBLICA DE NULIDAD

Decide la Sala los recursos de reposición presentados los días 16 y 18 de diciembre de 2009, por la Nación - Departamento Nacional de Planeación y Ministerio del Interior y de Justicia, respectivamente, en contra del auto proferido por esta Sección el 25 de noviembre de 2009, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos del parágrafo del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009, que modificó y subrogó el artículo 52 del decreto 2474 de 2008. La decisión recurrida será confirmada.

I. ANTECEDENTES

1. La decisión recurrida

Mediante auto de 25 de noviembre de 2009, la Sala admitió la demanda interpuesta por el ciudadano Martín Bermúdez Muñoz, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 de la C.C.A., contra la Presidencia de la República, el Ministerio del Interior y de Justicia, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Transporte y el Departamento Nacional de Planeación, para que se declare la nulidad de las siguientes disposiciones del Decreto 2025 de 2009: (i) el artículo 3, que modificó el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008; (ii) el artículo 5 párrafo, que modificó el artículo 52 del Decreto 2474 de 2008; y (iii) el artículo 9 párrafo primero.

En la parte resolutive de la misma providencia, en su numeral quinto, se decretó la suspensión provisional de los efectos del párrafo del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009, que modificó y subrogó el artículo 52 del decreto 2474 de 2008.

En síntesis, la Sala concluyó la evidente ilegalidad de la norma suspendida, por abierta oposición a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

2. Las razones de los impugnantes¹

Solicitan los impugnantes reponer el numeral quinto de la parte resolutive de la providencia anterior, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos del párrafo del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009, que modificó y subrogó el artículo 52 del decreto 2474 de 2008, toda vez que consideran que no aparece de manera evidente y clara una violación manifiesta de la norma superior, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo y lo previsto en la jurisprudencia de esta Corporación, según la cual dicha vulneración debe saltar a la vista, sin necesidad de efectuar elucubraciones o profundos razonamientos sobre la materia.

¹ Es de anotar que las razones aducidas por los impugnantes son uniformes y coinciden en los conceptos que constituyen las inconformidades con la decisión recurrida, de manera que serán compendiadas y estudiadas en forma conjunta.

En su criterio, la decisión que se recurre ha sido el resultado de una comparación equivocada de la cual se desprende una conclusión errada de la presunta manifiesta violación del ordenamiento superior, a la que se llega en virtud de la adopción de una interpretación de la norma legal que no se ajusta al alcance conceptual de la misma.

Aducen que de la simple lectura del párrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, se evidencia que lo que el legislador exige de las causales de selección abreviada es que las mismas ostenten el carácter de público, lo que no implica que deban publicarse en la Web. Así, al amparo de la regla de interpretación gramatical de que trata el artículo 28 del Código Civil, y acudiendo a la definición que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española trae respecto de las palabras publicidad y publicación (publicar), entienden que existe una diferencia entre estos vocablos, pues señalan que el primero hace referencia a la cualidad o estado de lo público, así como al conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o hechos, mientras el segundo significa hacer notorio o patente por cualesquiera medios algo que se quiere hacer llegar a noticia de todos.

En este entendido, y con apoyo en lo dispuesto en la Ley 57 de 1985, la Sentencia T- 473 de 1992 de la Corte Constitucional y la doctrina, infieren que la publicidad es un concepto más amplio que la publicación, en el cual se enmarca el derecho de información de los ciudadanos a conocer sin mayores restricciones que la impuesta en la Constitución y la ley, todas las actuaciones y actos de la Administración Pública, al paso que la publicación hace referencia en estricto sentido al hecho de difundir o divulgar el contenido de un acto o la realización de una actuación del Estado. De esta manera, concluyen:

“...la publicidad a que hace referencia la disposición legal supuestamente vulnerada, guarda relación precisamente al hecho de permitir el acceso de los ciudadanos a los documentos que reposen en sus oficinas, sin que ello implique el deber de publicación de los mismos, por cualquier medio de difusión.

En vista de lo anterior, nótese que el cotejo de dos normas implica entonces que ambas tengan el mismo grado de generalidad o de especialidad, pues si una es de carácter más amplio que la otra, no será manifiesta la oposición. En el evento que nos ocupa, la norma de carácter superior, es decir, el párrafo 2º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 es distinto (publicidad), que la del párrafo 5º del Decreto 2025 de 2009, que reglamentó lo referente a la convocatoria pública (publicación) que corresponde a un alcance totalmente distinto

a la primera. Lo anterior, impide tomar una decisión excepcional, como es la de la suspensión provisional y sí amerita un examen de fondo (...) por parte del juzgador”. (negrilla ajena al texto original)

Finalmente, el Departamento Nacional de Planeación agregó que ante la posibilidad de dos interpretaciones, debe preferirse aquella que genere efectos jurídicos a la norma en examen (efecto útil e interpretación conforme), situación que no ocurriría si se mantiene la suspensión de la misma, sin un estudio más profundo del alcance de publicidad a que se refiere la norma legal presuntamente desconocida.

3. Intervención del demandante

En escrito presentado ante la Secretaría de esta Sección, el ciudadano Martín Bermúdez Muñoz, como parte demandante, pidió confirmar la providencia en la que se ordenó la suspensión provisional de la norma reglamentaria citada, por las razones que se sintetizan a continuación:

(i) Considera que de la exigencia de una manifiesta infracción, prevista en el artículo 152 del C.C.A., para la procedencia de la suspensión provisional, no puede deducirse que al juez le está vedado hacer reflexiones y plasmarlas en argumentos de la decisión tendientes a mostrar la contradicción existente entre la norma impugnada y la norma invocada como violada, como pretenden los recurrentes.

(ii) Enfatiza que en este caso la norma suspendida dispone que el procedimiento de selección “no se someterá a convocatoria pública”, y en la ley se ordena que en la reglamentación que expida el Gobierno de dicho procedimiento “dará publicidad a todos los procedimientos y actos”, de manera que no resulta serio que se señale que el Consejo de Estado se equivocó, porque desconoce la diferencia entre publicidad y publicación, para llegar a la absurda conclusión de que la norma legal hace referencia sólo al acceso de la información pero no implica un deber de publicación.

(iii) Puntualiza que si la ley ordena que en el reglamento del proceso de selección se debe dar publicidad a todos los procedimientos y actos, está señalando que se debe contemplar el mecanismo que permita al público conocer la existencia del

proceso, esto es, que todos los ciudadanos se enteren que se está adelantando un proceso de selección.

(iv) Concluye que la norma textualmente ordena que se otorgue publicidad a todos los procedimientos y actos de la modalidad de selección y, por tanto, es evidente que no puede establecerse una discusión interpretativa a partir de lo que no expresa el texto materia de interpretación.

(v) Considera que resulta ilógico el argumento del efecto útil, toda vez que si se aplicara en los términos propuestos, habría que concluir que en ningún caso procede la suspensión provisional, pues es evidente que si ésta no se decreta la norma demandada surte efectos y, además, en el *sub exámine* el efecto útil se logra precisamente con la adopción de la medida cautelar.

II. PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

La decisión recurrida debe ser mantenida, por los siguientes motivos:

1. La competencia

La Sala es competente para conocer del recurso interpuesto, toda vez que de conformidad con el inciso segundo del artículo 154 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el numeral 2 del artículo 181 *ibídem*, “[c]ontra el auto que resuelve la solicitud de suspensión provisional, procede el recurso de reposición.”

2. Análisis de los cargos contra la decisión de suspensión provisional.

Los cargos formulados por los recurrentes contra la decisión impugnada no están llamados a prosperar por lo siguiente:

2.1. En primer lugar, tal y como se señaló en el auto impugnado, la suspensión provisional en los términos del numeral 2 del artículo 152 del C.C.A. procede cuando exista una infracción manifiesta de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

Sin embargo, conviene precisar que la verificación de la violación manifiesta u ostensible del acto infractor no excluye en manera alguna un ejercicio por parte del juez de argumentación y reflexión para motivar una decisión de tanta trascendencia como es la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo².

Dicho de otro modo, no es admisible considerar que por el hecho de que según lo establecido en el artículo 152, numeral 2, del Código Contencioso Administrativo, la suspensión provisional tiene lugar cuando es manifiesta la infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, no sea necesaria una reflexión o interpretación de los textos normativos que se comparan porque en tal caso la violación no sería la ostensible requerida por la norma que fija el requisito, y ese estudio sólo sería procedente al dictar sentencia.

Recuérdese que interpretar es explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto³. Interpretación es sinónimo de hermenéutica, dado que ésta es el arte de interpretar textos⁴. Así, en tanto la ley comporta una expresión general del Legislador o declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución, con el propósito de mandar, prohibir, permitir o castigar (art. 4 Código Civil), interpretar su texto implica desentrañar su sentido, descubrir la razón y el alcance que ella encierra, para atribuirle un significado y encontrar así la norma que emana de ella. Por tanto, la interpretación de la ley o, mejor aún, la hermenéutica jurídica, consiste en determinar o fijar el verdadero y genuino sentido de una norma para ser aplicada, y existirá un problema de interpretación cuando la norma aplicable puede tomarse en varios sentidos y ser susceptible de más de una lectura, por oscura o imprecisa.

En verdad, de conformidad con lo establecido en el artículo 152, numeral 2, del Código Contencioso Administrativo, la suspensión provisional sólo es procedente cuando es manifiesta la violación de la ley, esto es, descubierta, clara, patente; pero es un error concebir que la suspensión provisional procede cuando no sea necesario interpretar la ley, por cuanto, como se señaló, interpretar la ley es

² A este respecto ver: Auto de 27 de mayo de 2009, Exp. 36.476.

³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, Tomo VI, 2001, Pág. 876.

⁴ Ídem. Ob cit. Pág. 814.

determinar su sentido y a ello hay lugar, previamente, siempre que se trate de aplicarla.

Diferente es, a juicio de la Sala, que el ejercicio de comparación no sea suficiente para evidenciar la infracción de la norma demandada a los preceptos superiores que ha de respetar y, por el contrario, para arribar a ella deban realizarse complicados ejercicios de argumentación o complejos juicios de hermenéutica o análisis jurídicos profundos que trasciendan los términos normativos objeto de confrontación y los documentos públicos que se aduzcan como pruebas.

Con lo anterior la Sala quiere significar que la verificación de este requisito señalado en el numeral 2 del artículo 152 del C.C.A. no conlleva la ausencia real de argumentos⁵, es decir, de motivación, sino que implica, de suyo, indicar las razones que permiten concluir que la norma reglamentaria demandada infringe en forma “manifiesta” la norma legal y, en consecuencia, realizar reflexiones y consignar las consideraciones que conducen a la adopción de la decisión, carga argumentativa y de lealtad y transparencia del juez que es desarrollo del debido proceso (art. 29 C.P) y que no desdibuja en manera alguna la calificación de “manifiesta” de la ilegalidad que determina el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional, luego de la sencilla comparación de las normas en conflicto.

2.2. Dentro del anterior marco conceptual, la Sala puntualiza que su labor para resolver la solicitud de suspensión provisional formulada por el actor en relación con la norma reglamentaria acusada, se circunscribió a confrontar su texto con el de la norma superior que se indicó vulnerada en la petición, con el objeto de determinar si existía o no una infracción clara y ostensible del orden jurídico, tarea en la cual expuso en la providencia impugnada las razones y motivos por los cuales consideró la viabilidad de la adopción de la medida cautelar ahora impugnada.

Estiman, sin embargo, los recurrentes que la medida cautelar no es procedente porque es el resultado de una comparación e interpretación equivocadas, dado

⁵ “En el derecho -cabría decir- hay que argumentar porque hay que decidir y porque no aceptamos que las decisiones (particularmente cuando proceden de los órganos públicos) puedan presentarse de manera desnuda, desprovistas de razones. De manera que si esto es así, bien podría decirse que la argumentación (la tarea de suministrar esas razones) acompaña a las decisiones como la sombra al cuerpo: argumentar y decidir son facetas de una misma realidad” Cfr. Atienza, Manuel, El derecho como argumentación, Ariel derecho, Barcelona, 2006, Págs. 61 y 62.

que no se tiene en cuenta la diferencia conceptual que existe entre publicidad y publicación, distinción a partir de la cual se llega a la conclusión de que la norma legal hace referencia sólo al acceso de la información pero no implica un deber de publicación. No obstante, contrario a esta afirmación, para la Sala la norma legal no ofrece el grado de dificultad interpretativa que muestran los recurrentes, ni tiene la lectura que ellos atribuyen para justificar la legalidad del texto reglamentario suspendido provisionalmente.

En efecto, obsérvese que el párrafo segundo del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, respecto de las reglas que deben regir el procedimiento de selección abreviada, textualmente señala:

“Parágrafo 2°. El procedimiento aplicable para la ejecución de cada una de las causales a que se refiere el numeral 2° del presente artículo, deberá observar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y las siguientes reglas:

1. Se dará publicidad a todos los procedimientos y actos.”
(Negrilla ajena al texto original).”

Ahora, ciertamente, según el Diccionario de la Lengua Española⁶: (i) **publicidad** significa la “[c]ualidad o estado de público” o el “[c]onjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos”; (ii) **publicación**, la “[a]cción y efecto de publicar, o el “[e]scrito impreso, como un libro, una revista, un periódico, etc., que ha sido publicado”; y (iii) **publicar** “[h]acer notorio o patente, por televisión, radio, periódicos o por otros medios, algo que se quiere hacer llegar a noticia de todos”, o “[h]acer patente y manifiesto al público algo”, o “[d]ifundir por medio de la imprenta o de otro procedimiento cualquiera un escrito, una estampa, etc.”

Pero lo que no se puede extraer a partir de las definiciones anotadas y según el tenor literal de la norma legal transcrita, como lo hacen los impugnantes, es que la misma se refiera solamente al hecho de permitir a los ciudadanos el acceso a los documentos del proceso de selección que reposan en sus oficinas, esto es, sin que ello implique el deber de publicarlos por cualquier medio de difusión dispuesto para tal fin.

⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Ob. cit. Tomo VIII, Pág. 1259.

Ese entendimiento de los recurrentes resulta equivocado, por cuanto es claro que para que un asunto, actuación o acto dentro de un proceso de selección ostente el carácter de público, o sea, “*notorio, patente, manifiesto o visto por todos*”⁷, no sólo es menester que se permita su acceso, sino también, precisamente y con mayor razón, que por los diferentes medios o mecanismos (escritos o cualquiera otro), se den a conocer o se pongan a la vista del público y en particular a los interesados para que se enteren de su contenido.

Es decir, entre la publicidad de la actuación y la publicación existe una estrecha relación de medio a fin, que no permite diferenciarla para los propósitos pretendidos por los recurrentes. La publicación es un mecanismo o medio para dar publicidad a los actos y hechos, de manera que aquella no excluye a ésta ni son conceptos diametralmente opuestos.

La publicidad de los actos y hechos jurídicos juega un papel fundamental en el mundo del derecho, razón por la cual el ordenamiento consagra sistemas, mecanismos, y técnicas de publicidad que tienen como fin darlos a conocer a los sujetos de derecho. Trayendo a colación la doctrina -como también lo hicieron los impugnantes- es menester precisar que “...[*l*]a publicidad se traduce, desde el punto de vista de los procedimientos administrativos, en la necesidad de dar a conocer las decisiones mediante comunicaciones, notificaciones o publicaciones o a través de los demás medios que los procedimientos especiales consideren aptos para estos propósitos. La eficacia jurídica de los actos depende directamente de los efectivos y válidos procesos de publicidad que desarrollen las autoridades...”⁸

Así las cosas, resulta a todas luces errada la interpretación gramatical que los impugnantes hacen de la norma legal en cuestión, porque si la ley ordena que en el proceso de selección abreviada se dará publicidad a todos los procedimientos y actos, sin hacer un profundo o mayor análisis, se entiende claramente que, para su cabal y efectiva ejecución, el reglamento no sólo debe permitir el acceso a esa información, sino indicar los medios y establecer los mecanismos para difundirla al público, con el fin de que conozca de su existencia y se enteren de su trámite.

⁷ Ídem.

⁸ Cfr. SANTOFIMIO, Gamboa, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, 4 Ed., 2007, Pág. 266.

Precisamente, sobre este alcance del principio de publicidad dentro de los procesos de selección, la Sala ha manifestado:

“...En virtud del principio de publicidad [art. 3 del C.C.A]: las autoridades deben dar a conocer sus actuaciones y decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena la ley, con el propósito de que sean vinculantes y puedan ser acatadas por sus destinatarios. **Publicidad significa anunciar, divulgar, difundir, informar y revelar las decisiones y su motivación para hacerlas saber a quienes va dirigida, de manera que puedan ser obligatorias, controvertibles y controlables.**

En efecto, **los posibles oferentes y la comunidad en general deben tener conocimiento o la oportunidad de conocer tanto la convocatoria y reglas del proceso de selección o llamado a la licitación, como los actos y hechos del procedimiento y los participantes de presentar observaciones (art. 24 Nos. 2 y 6 y 30 No. 3 Ley 80 de 1993).** La actuación de la administración debe ser abierta al público y a los participantes o concurrentes, quienes, incluso, en el caso de la licitación pueden hacer uso del ejercicio del derecho a la audiencia pública (art. 24 No. 3 *ibídem* en armonía con el artículo 273 de la Constitución Política).

Este principio - deber también se traduce en el correlativo derecho de los interesados de enterarse de esas actuaciones de la administración, pedir por parte de quien demuestre un interés legítimo información y solicitar las copias de los documentos que la integran, con sujeción a la reserva de ley (art. 23 y 74 de la C.P.⁹, No. 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, entre otros).

Por lo tanto, los principios del debido proceso –defensa y contradicción-, libre concurrencia y transparencia en los términos de la Constitución Política y la ley de contratación, encuentran concordancia y punto de apoyo imprescindible en el principio de publicidad en la actuación administrativa. (...)

La publicidad de la convocatoria del proceso de selección es una manifestación fundamental del principio de libre concurrencia, por cuanto, al permitir el conocimiento del llamado a ofertar a los interesados y de sus bases, promueve y facilita la participación en el mismo.”¹⁰ (Negrilla ajena al texto original).

De acuerdo con lo anterior, publicidad en las actuaciones administrativas de la contratación significa anunciar, divulgar, difundir, informar y revelar las decisiones y su motivación para hacerlas saber a quienes va dirigida, de manera que puedan ser obligatorias, controvertibles y controlables, esto es, con el fin de que

⁹ Establecen el derecho a presentar peticiones ante las autoridades y obtener pronta respuesta, lo que incluye solicitar y pedir copias de documentos públicos, y la garantía de acceso a éstos, excepto que exista reserva legal, respectivamente.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 diciembre de 2007, Exp. 24.715 y otros -acumulados-.

produzcan efectos y asegurar que los intervinientes o interesados en la actuación se enteren en un momento o fecha ciertos y demostrables del sentido de la decisión expresada en ellos, principio - deber que implica en los procesos de selección que: (i) los posibles oferentes y la comunidad en general deben tener conocimiento o la oportunidad de conocer tanto la convocatoria y reglas del proceso de selección o llamado al proceso, como los actos y hechos del procedimiento y los participantes de presentar observaciones (art. 24 Nos. 2 y 6 y 30 No. 3 Ley 80 de 1993); y (ii) puedan éstos también tener acceso a la información y quien demuestre un interés legítimo pedir y solicitar las copias de los documentos del procedimiento.

Sin embargo, obsérvese que la norma reglamentaria suspendida, esto es, el párrafo del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009, que fija el procedimiento de contratación por selección abreviada de los contratos a los que se refiere el literal h) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, o sea aquéllos que celebren las entidades a cargo de ejecución de programas de protección de personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada, protección de Derechos Humanos y población con alto grado de exclusión, entre otros, es del siguiente tenor:

“Artículo 5. Modifíquese el artículo 52 del Decreto 2474 de 2008, el cual quedará así: (...)

Parágrafo. Los procesos de selección a que se refiere el presente artículo no se someterán a la convocatoria pública de que trata el artículo 4 del presente decreto, con el fin de preservar la seguridad de los beneficiarios de los respectivos programas.” (Negrilla ajena al texto original).

De esta forma, al confrontar nuevamente el contenido de esta disposición con la del párrafo segundo del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, se vislumbra que, mientras la ley sin distinción ni exclusión alguna ordenó “dar publicidad a todos los procedimientos y actos” adelantados bajo la modalidad de contratación de selección abreviada; por su parte, el reglamento, que debe estar sometido a la ley, en evidente contradicción con ésta, dispuso “suprimir o eliminar la convocatoria pública” en el procedimiento de selección abreviada para la celebración de los contratos a que se refiere el literal h) *ibídem*.

Por otro lado, la Sala estima importante mencionar que ese artículo 4 del Decreto 2474 de 2008, al que hace alusión la norma reglamentaria suspendida, regula la

convocatoria pública que debe hacerse en los procesos de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos, señalando que “[e]l aviso de convocatoria para la contratación se publicará de conformidad con las reglas señaladas en el artículo 8° [11] del presente decreto, y contendrá la información necesaria para dar a conocer el objeto a contratar, la modalidad de selección que se utilizará, el presupuesto oficial del contrato, así como el lugar físico o electrónico donde puede consultarse el proyecto de pliego de condiciones y los estudios y documentos previos.”

La convocatoria, por tanto, es un acto que contiene una invitación formulada por la Administración para que los interesados en participar formulen propuestas, con sujeción a un procedimiento de selección que ha sido elegido y sobre unas bases y condiciones previamente elaboradas. A su vez, la convocatoria debe ser publicitada, pues de otra manera no sería “pública”, es decir, ese acto supone su divulgación, pues no hay convocatoria pública si no existe la publicación del mismo, con el objeto de darlo a conocer a todas las personas y en especial a aquéllas interesadas en participar en el proceso a través de la forma que determina el Decreto 2474 de 2008 en su artículo 8¹².

En fin, la convocatoria pública en el procedimiento de contratación por selección abreviada es garantía de la libre concurrencia y asegura la participación, en tanto a través de ella se invita a concurrir en condiciones de igualdad a todo aquél que crea cumplir con los requisitos exigidos y, por lo tanto, con la misma se cumple la regla establecida en la ley de “dar publicidad a todos los procedimientos y actos”, porque es una manifestación y desarrollo de ésta.

En consecuencia, reitera la Sala que la Ley 1150 de 2007, en el párrafo 2 del artículo 2º no excluyó del deber de dar publicidad a ningún procedimiento o acto dentro del proceso de selección, de manera que no prescinde de la convocatoria pública para dichos procesos, como si lo hizo el reglamento en el párrafo del

¹¹ Este artículo 8º del Decreto 2474 de 2008, señala: “*Publicidad del procedimiento en el Secop.* La entidad contratante será responsable de garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva. La publicidad a que se refiere este artículo se hará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop) a través del Portal único de Contratación, cuyo sitio web será indicado por su administrador. Con base en lo anterior, se publicarán, entre otros, los siguientes documentos e información, según corresponda a cada modalidad de selección (...)

¹² En suma, la convocatoria es un acto administrativo y su publicación es una actividad material o hecho administrativo, que se realiza a través de diversos medios de difusión establecidos o previstos en la ley o en el reglamento, según el caso.

artículo 5 del Decreto 2025 de 2009, menospreciando la regla establecida en la norma legal y, por ende, en abierta rebeldía a la misma. Por lo anterior, en el auto impugnado la Sala fue enfática en manifestar:

“Así las cosas, para la Sala asiste razón al actor cuando señala que **la norma reglamentaria infringe ostensiblemente la norma legal reglamentada**, toda vez que, mientras el párrafo segundo del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 dispuso que el procedimiento aplicable a todas las causales de la modalidad de contratación abreviada, cuya reglamentación corresponde al Gobierno Nacional, debe sujetarse a las reglas en él previstas, una de las cuales es, precisamente, la obligación de dar publicidad a todos los procedimientos y actos, **el párrafo del artículo 5 demandado del Decreto 2025 de 2009** -que modificó y subrogó el artículo 52 del Decreto 2474 de 2008- **estableció que en los procesos de selección abreviada** de los contratos de entidades a cargo de ejecución de programas de protección de personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada, protección de Derechos Humanos y población con alto grado de exclusión, entre otros¹³, **se prescindirá de la convocatoria pública, la cual, sin duda y por antonomasia, es manifestación de dicha regla legal.**” (negrilla pro fuera del texto original).

En conclusión, esto es, ante la clara contradicción entre la ley y el reglamento - oposición frente a la cual debe prevalecer la norma superior-, para la Sala no puede ser de recibo el argumento expuesto por los recurrentes de que a partir de una supuesta diferencia conceptual entre las palabras “publicidad” y “publicación” pueda salir avante en forma diamantina la legalidad de la disposición que fue materia de suspensión provisional, toda vez que se desconoció que la ley dispuso que en el procedimiento de selección abreviada por cualquiera de las causales se debe dar publicidad a todos los procedimientos y actos.

De otra parte, tampoco puede aceptarse el argumento expuesto por el Departamento Nacional de Planeación, según el cual con la decisión de la Sala se desconoce el principio de interpretación del efecto útil, toda vez que la suspensión provisional hace inefectiva la norma reglamentaria.

En efecto, como se explicó, la labor de la Sala se supeditó a realizar una confrontación entre la norma legal y la norma reglamentaria en los términos que emanan precisamente del texto de las mismas, que permitió establecer, sin complejas reflexiones o profundos análisis, que el párrafo del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009 suprimió o eliminó el requisito de la convocatoria pública en

el proceso de selección abreviada para los contratos a que se refiere la letra h) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, convocatoria que es desarrollo del principio de publicidad que ordena cumplir esta ley, de manera que su eliminación, según se vio, constituye una manifiesta infracción a la ley, razón por la cual con la adopción de la suspensión provisional del precepto reglamentario se cumplió (efecto útil) con el propósito de defensa del ordenamiento superior, perseguido con esta medida cautelar en el artículo 238 de la Constitución Política y los artículos 152 y ss. del C.C.A.

En tal virtud, dado que el impugnante no aporta elementos de juicio a partir de los cuales se pueda variar el criterio expuesto en el auto recurrido, se confirmará la decisión impugnada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMASE el auto proferido por la Sala el 25 de noviembre de 2009, en cuanto decretó en el numeral quinto de la parte resolutive la suspensión provisional de los efectos del párrafo del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009, que modificó y subrogó el artículo 52 del Decreto 2474 de 2008.

SEGUNDO: RECONÓCESE personería a los doctores **JORGE HERNÁN BELTRÁN PARDO** y **FERNANDO GÓMEZ MEJÍA**, para representar en este proceso al Departamento Nacional de Planeación y al Ministerio del Interior y de Justicia, respectivamente, en los términos de los poderes a ellos conferidos.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

¹³ Consagrados en la letra h. del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidente de la Sala

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR