



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Consejero Ponente (E): Mauricio Fajardo Gómez

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de octubre de dos mil nueve (2009)

Radicación: 11001-03-26-000-2009-0070-00

Actor: EDGAR PINZÓN GAONA

Expediente: 37.044

Recurso de reposición.

Procede la Sala a resolver el recurso de reposición interpuesto por el Ministerio del Interior y de Justicia y por el Departamento Nacional de Planeación contra el numeral octavo del auto que dictó la Sección Tercera el 6 de agosto de 2009, por medio del cual decretó la suspensión provisional de los efectos del parágrafo 2º del artículo 77 del Decreto Reglamentario 2474 de 2008.

I. Antecedentes

1. La demanda y la solicitud de suspensión provisional.

El 11 de junio de 2009, el ciudadano Edgar Pinzón Gaona presentó demanda en ejercicio de la acción pública de nulidad con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los artículos 77, parágrafo 2º y 82, inciso 1º 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"*.

En escrito separado, el señor Pinzón solicitó la suspensión provisional de los efectos de las normas demandadas. Respecto del artículo 77, parágrafo 2 del Decreto 2474 de 2008, explicó que dicha norma vulnera lo establecido en el parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, según el cual la Administración debe justificar antes de la apertura del respectivo procedimiento administrativo de selección las razones jurídicas en que se fundamenta la



correspondiente modalidad de selección.

Adujo que la Administración no puede obviar la expedición del acto administrativo por el cual se justifique la modalidad de selección, pues el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 establece tal obligación sin excepción alguna y el artículo 8 ibídem ordena a las entidades publicar los pliegos de condiciones o sus equivalentes, con la finalidad de suministrar al público en general, la información que le permita formular observaciones. Añadió:

"Si el artículo 77 del Decreto 2474 establece de manera general un acto administrativo que justifique la contratación directa, además de señalar la causal que se invoca, el objeto a contratar, el presupuesto y el lugar donde se pueden consultar los estudios y documentos previos, no puede de soslayo que los contratos de prestación de servicios cumplan con el requisito previsto en el parágrafo 1º del artículo 2º de la ley 1150 de 2007.

La disposición que se demanda, no tiene otra razón de ser, sino la vulneración de los principios que anteriormente se mencionaron, pues de qué manera se conoce un acto administrativo si no es por su publicidad, desde luego no habiendo acto administrativo, la celebración de este tipo de contratos se convierte en una actuación a hurtadillas (...) el Ejecutivo en su tarea reglamentaria, excepcionó la modalidad de contratación de prestación de servicios de este requisito".

2. El auto recurrido.

Mediante providencia del 6 de agosto de 2009, la Sección Tercera admitió la demanda y decretó la suspensión provisional de los efectos del parágrafo 2º del artículo 77 del Decreto Reglamentario 2474 de 2008.

Se explicó que las actuaciones de las autoridades derivadas de la actividad contractual deben estar motivadas, máxime cuando el procedimiento de la contratación directa es excepcional y, por lo tanto, de aplicación e interpretación restrictiva, razón por la cual la Administración siempre debe justificar, antes de la apertura del respectivo procedimiento administrativo de selección, las razones jurídicas que fundamentan tal decisión, pues la actividad contractual no es arbitraria sino que está regulada por el legislador y la reglamentación del Gobierno Nacional sobre el tema debe ceñirse a los principios consagrados en el Estatuto de Contratación.

Se comparó la norma demandada con la disposición legal que se señaló como



13/9

Generada, así:

Artículo 77, parágrafo 2	Artículo 2º, parágrafo 1º Ley 1150 de 2007
<u>"ARTÍCULO 77. ACTO ADMINISTRATIVO DE JUSTIFICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA. Cuando proceda el uso de la modalidad de selección de contratación directa, la entidad así lo señalará en un acto administrativo que contendrá (...).</u>	<u>"ARTÍCULO 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. (...).</u> 4. <u>Contratación directa.</u> La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: (...). h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales; (...)
<u>Parágrafo 2º. En tratándose de los contratos a los que se refiere el artículo 82 del presente decreto no será necesario el acto administrativo a que se refiere el presente artículo.</u>	<u>PARÁGRAFO 1o. La entidad deberá justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar. (...).</u>

De la comparación entre ambas disposiciones, la Sala concluyó que el Ejecutivo desbordó la facultad reglamentaria a él asignada, en consideración a que estableció una excepción que no está contemplada en la ley y modificó la regla general contemplada en el parágrafo 1º del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

3. El recurso de reposición.

3.1. El Departamento Nacional de Planeación alegó que el artículo 77 del Decreto 2474 de 2008 versa sobre el acto administrativo por medio del cual se ordena la contratación, mientras que el artículo 2, parágrafo 1º de la Ley 1150 de 2007 ordena a las entidades públicas justificar la modalidad de contratación escogida, obligación que debe cumplirse en la forma establecida en el artículo 3, numeral 3º ibidem y no a través del acto administrativo consagrado en el artículo 77 del Decreto 2474 de 2008.

Agregó que el artículo 5 del Decreto 2474 de 2008 regula el acto administrativo de apertura del proceso de selección, sin que el mismo tenga por objeto la justificación de la contratación y establece que en los casos de contratación directa no se aplicará dicha normativa sino lo preceptuado en el artículo 77 ibidem (fols. 122 a 125).



3.2. El Ministerio del Interior y de Justicia manifestó que la supuesta vulneración de la norma demandada respecto del ordenamiento superior no es evidente y como se afirmó en el auto recurrido, toda vez que de la simple confrontación entre tales disposiciones no se advierte una contradicción manifiesta. Añadió:

"Que la disposición suspendida del Decreto 2474 de 2008 haga referencia a la expedición de un acto administrativo, a través del cual se justifique la modalidad de selección escogida en un proceso de selección, no conlleva la vulneración manifiesta y evidente de la disposición legal, que no hace referencia particular a la expedición de ese acto administrativo específico, sino a la obligación de justificar, previamente a la apertura de un proceso contractual, los fundamentos jurídicos de la modalidad de selección escogida. La denominación del acto administrativo que se expida, sin desconocer sus efectos e importancia, no conlleva anular la justificación de los fundamentos jurídicos de la modalidad de selección escogida previamente, que necesariamente debe incluirse dentro de los estudios previos que debe realizar la entidad en todos los procesos de selección.

En ese sentido, se reitera lo señalado en el escrito de recurso de reposición interpuesto también por el Departamento Nacional de Planeación, en el cual se solicita al H. Consejo de Estado tener en cuenta, para revocar la decisión recurrida, que el artículo 77 del Decreto 2474 de 2008 reglamenta el acto administrativo por medio del cual se ordena la contratación; entre tanto, el parágrafo 1º del artículo 2º de la ley 1150 de 2007 se refiere a la justificación de la modalidad de contratación escogida. Por lo tanto puede observarse que la suspensión provisional no surge de una simple comparación sencilla de las normas presuntamente contrapuestas, sino que es menester hacer una verdadera elucubración para poder concluir que eventualmente la disposición acusada vulneraría lo dispuesto en el mencionado parágrafo 1 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.

(...) Respecto de la justificación de la modalidad de la contratación, es importante señalar que el artículo 3º del Decreto 2474 de 2008 establece la manera como se debe realizar la justificación, en virtud de lo establecido en el aludido parágrafo 1º del artículo 2º de la ley 1150 de 2007, y el documento en el cual debe incorporarse la misma (...)" (fols. 131 a 136).

Previo a resolver, se hacen las siguientes

II. Consideraciones.

La Sala es competente para resolver el recurso de reposición interpuesto contra el auto por medio del cual se admitió la demanda en única instancia y se negó la medida cautelar de suspensión provisional (art. 181 C. C. A.).

1. Los recurrentes solicitan revocar la medida cautelar decretada por considerar



que para la procedencia de la suspensión provisional se requiere la existencia de una infracción manifiesta de la disposición invocada como fundamento de la solicitud de suspensión provisional, la cual se debe advertir por confrontación directa con la disposición objeto de la medida cautelar.

Con base en el estudio integral del Decreto 2474 de 2008, era fácil advertir que el procedimiento administrativo consagrado en el artículo 77 ibidem no tiene por objeto justificar la modalidad de selección de contratación directa, sino que su finalidad consiste en dar apertura al proceso de selección, sin perjuicio de que la Administración deba exponer los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección en la etapa de planeación precontractual.

2. En el auto recurrido, la Sala explicó que la contratación directa es una modalidad de selección que se rige por los principios rectores de la contratación estatal, entre ellos el de motivación de las decisiones contractuales, según el cual la Administración está obligada a justificar la escogencia del mecanismo de contratista para asegurar una selección objetiva.

Se señaló igualmente que el procedimiento de la contratación directa es excepcional y de aplicación e interpretación restrictiva, lo cual significa que la Administración siempre debe justificar las razones jurídicas que fundamentan la elección de determinada modalidad de contratación, lo cual dependerá del procedimiento administrativo que se adopte en cada caso –licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa–.

En relación con la contratación directa, cuando la entidad decida acudir a dicho procedimiento administrativo para la selección del contratista en los casos en que sea viable, está obligada a justificar, con anterioridad a la apertura del procedimiento de selección, los fundamentos jurídicos que soportan esa decisión y, para tal efecto, el artículo 77 del Decreto 2474 de 2008 establece que cuando la modalidad de contratación directa resulte procedente, así debe señalarlo la entidad pública a través de un acto administrativo en el cual, además de justificar la elección del procedimiento de contratación directa, debe señalar la causal taxativa que la habilita para adoptar dicha modalidad, determinar el objeto a contratar, señalar el presupuesto y las condiciones exigidas a los contratistas e



indicar el lugar donde se pueden consultar los documentos previos que integran la etapa de planeación precontractual.

Es claro entonces que según las voces del artículo 77 del Decreto 2474 de 2008, cuando a juicio de la Administración resulte procedente acudir a la modalidad de selección de contratación directa, así debe justificarlo a través de un acto administrativo motivado; pues bien, basta recordar el contenido de esa disposición para concluir que en los eventos en los cuales se adopte la decisión de aplicar el procedimiento administrativo de contratación directa, la entidad pública debe justificar de manera previa a la apertura del respectivo procedimiento de selección los fundamentos jurídicos que soportan tal decisión, a través del acto administrativo de que trata la disposición suspendida:

"ARTÍCULO 77. ACTO ADMINISTRATIVO DE JUSTIFICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA. Cuando proceda el uso de la modalidad de selección de contratación directa, la entidad así lo señalará en un acto administrativo que contendrá: (...).

PARÁGRAFO 2º. En tratándose de los contratos a los que se refiere el artículo 82 del presente decreto no será necesario el acto administrativo a que se refiere el presente artículo".

Como se advierte del contenido de la disposición transcrita, se exceptúa del deber de justificar los fundamentos jurídicos que soportan la elección del procedimiento de contratación directa, los casos correspondientes a los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, circunstancia que a todas luces permite concluir que el Ejecutivo desbordó la potestad reglamentaria, infracción manifiesta que resulta de la simple confrontación directa entre la disposición invocada como vulnerada y la norma demandada, sin que haya lugar a realizar lucubraciones como lo afirman los recurrentes.

Con fundamento en todo lo anterior, la Sala confirmará la providencia recurrida, sin perjuicio de que los argumentos expuestos por los recurrentes sean tenidos nuevamente en cuenta al momento de dictar la respectiva sentencia.



Por lo expuesto, se

RESUELVE

CONFIRMAR el numeral octavo del auto que dictó la Sección Tercera el 6 de agosto de 2009.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ENRIQUE GIL BOTERO
PRESIDENTE

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR