



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Consejero Ponente: Enrique Gil Botero

Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil once (2011)

No. interno: 37.044
Radicación número: 110010326000200900070 00
Actor: Edgar Pinzón Gaona
Demandado: Gobierno Nacional
Referencia: Acción de nulidad

Decide la Sala la acción pública de nulidad interpuesta contra los artículos 77, párrafo 2, y 82, inciso 1, del Decreto 2.474 de 2008, "Por el cual se reglamentan parcialmente la ley 80 de 1993 y la ley 1.150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones".

La titularidad de la ponencia del proceso se modificó por el impedimento aceptado por la Sala al doctor Mauricio Fajardo Gómez –mediante auto de marzo 3 de 2010, a folio 250 del cdno. Ppal.-, quien inicialmente la tenía a su cargo, motivo por el cual pasó al Magistrado siguiente, correspondiéndole a este Despacho.

Antecedentes

1. La demanda y las normas demandadas.

Se pretende la nulidad del parágrafo 2 del artículo 77 y la del inciso 1 del art. 82 del Decreto 2.474 de 2008, “por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1.150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva y se dictan otras disposiciones”, que señalan – se destaca el aparte demandado-:

“Art. 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:

“1. El señalamiento de la causal que se invoca.

“2. La determinación del objeto a contratar.

“3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que se exigirán a los proponentes si las hubiera, o al contratista.

“4. La indicación del lugar en donde se podrán consultar los estudios y documentos previos, salvo en caso de contratación por urgencia manifiesta.

“En los eventos previstos en los literales b) y d) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 y en los contratos interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República, no requieren de acto administrativo alguno, y los estudios que soportan la contratación, no serán públicos.

“Parágrafo 1°. En caso de urgencia manifiesta, el acto administrativo que la declara hará las veces del acto a que se refiere el presente artículo, y no requerirá de estudios previos.

“Parágrafo 2°. 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.

“Art. 82. 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. Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

“Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad.

“Para la contratación de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación en el respectivo contrato”. Los apartes subrayados por la Sala son los demandados”

El actor solicitó que se declare la nulidad de los apartes resaltados, porque en

su criterio vulneran los artículos 23, 24 y 32 de la Ley 80 de 1993, y los arts. 2 -numeral 1 y párrafo 1-, 5, 6 y 8 de la Ley 1.150 de 2007, que consagran los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva, verificación de las condiciones de los proponentes y la publicación de los proyectos de pliegos de condiciones y de los estudios previos.

1.1. Cargos contra el artículo 77, párrafo 2.

Explicó que esta norma vulnera el párrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1.150 de 2007, según el cual, la Administración debe justificar previamente a la apertura del proceso de selección que se trate, las razones jurídicas en que se fundamenta la modalidad de selección.

Considera que la Administración no puede obviar la expedición del acto administrativo en el que justifique la modalidad de selección, pues el artículo 2 de la Ley 1.150 de 2007 establece esta obligación, sin excepción, y además 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 que "Si el artículo 77 del Decreto 2.474 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 párrafo 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” –fl. 13, cdno. ppal.-.

1.2. Cargos contra el art. 82 inciso 1.

Señaló que contraría lo dispuesto en los artículos 24 de la Ley 80 de 1993 y 5 de la Ley 1150 de 2007, porque limita los factores de escogencia allí consagrados, siendo insuficientes los de idoneidad y experiencia para garantizar una selección objetiva.

Explicó que la finalidad de los principios de transparencia y de selección objetiva -consagrados en las normas legales que estima vulneradas- es imponer el deber a las autoridades administrativas de escoger a sus contratistas conforme a los procedimientos legalmente establecidos, y con fundamento en los criterios previamente señalados por las entidades públicas. Además, el art. 2 de la Ley 1.150 de 2007 -que derogó parcialmente el artículo 24 de la Ley 80 de 1993- consagró las modalidades de selección, entre ellas, la contratación directa, que procede únicamente en los casos enunciados en el numeral 4 de dicha disposición, siendo uno de ellos el contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, que sólo pueden encomendarse a las personas que reúnan determinadas calidades ya que, por su naturaleza, se trata de un contrato *intuite personae*.

También indicó que esta norma vulnera los arts. 23 y 32 de la Ley 80 de 1993, y 5 y 8 de la Ley 1.150 de 2007, porque autoriza a las entidades públicas a contratar sin obtener varias ofertas, contrariando lo dispuesto en la ley respecto de los procedimientos de selección. Por esta razón, el Gobierno excedió la potestad reglamentaria, porque olvidó que los contratos de prestación de servicios también se rigen por los principios de transparencia, economía y responsabilidad.

Añadió que la Administración debe obtener un número plural de propuestas, para compararlas, y con fundamento en esos resultados seleccionar la más favorable, sin perjuicio de que tal evaluación la efectúe en los eventos en que se presenta una sola propuesta, siempre y cuando cumpla con las expectativas previamente determinadas. Agregó que “La definición que hace la ley 80 de 1993 en su artículo 31 numeral 3 del contrato de prestación de servicios no es caprichosa, lo hizo porque es uno de los contratos más socorridos en la administración pública y por lo tanto deben existir requisitos expresos para su celebración, como existe para los demás; permitir la celebración del contrato de prestación de servicios, sin por lo menos la publicación **en procura de una pluralidad de ofertas**, es una contradicción palmaria de los principios de transparencia y selección objetiva de que trata el Estatuto Contractual. (...).

“Tales principios garantizan, en este evento, el libre acceso de los particulares al apoyo de la función pública; que la administración actúe con un comportamiento probo e imparcial y permita la libre competencia de los particulares que en igualdad de condiciones pretenda, mediante el

mecanismo del contrato colaborar con ella, **y desde luego que todos sus actos se publiquen y por ese medio permita el libre acceso a la contratación.** No basta con dejar una constancia escrita, casi siempre después de suscrito el contrato, para cumplir con los principios que se enumeran". (Negrillas fuera de texto)

2. La admisión de la demanda y la decisión sobre la solicitud de suspensión provisional.

Con la demanda el actor solicitó la suspensión provisional de los artículos citados, y mediante auto de 6 de agosto de 2009 la Sala suspendió los efectos del párrafo 2 del art. 77, pero negó la medida frente al inciso primero del art. 82. En tal sentido dispuso:

"De la comparación entre la norma acusada y la norma superior que se indica trasgredida, la Sala advierte que el Ejecutivo desbordó la facultad reglamentaria a él asignada, en consideración a que establece una excepción que no está contemplada en la ley.

"En efecto, la contratación directa se rige por los principios rectores de la contratación estatal, entre ellos, el principio de motivación de las decisiones contractuales, que obliga a la entidad a justificar la escogencia del contratista para asegurar que la selección sea objetiva.

"Por lo tanto, es dable concluir que toda actuación de las autoridades, derivada de la actividad contractual, deberá ser motivada, porque así lo exige la ley, máxime cuando el procedimiento de la contratación directa es excepcional y, por lo tanto, de aplicación e interpretación restrictiva.

"Bajo este postulado es evidente que la Administración siempre deberá justificar, antes de la apertura del proceso de selección

que se trate, 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.

“Con fundamento en lo anterior, es evidente que el párrafo 2º del artículo 77 del Decreto 2474 de 2008 resulta abiertamente ilegal, porque modifica la regla general contemplada en el párrafo 1º del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, circunstancia que permite concluir que el Ejecutivo desbordó la potestad reglamentaria.”

Con relación al art. 82, negó la solicitud, argumentando:

“De la comparación entre la norma acusada y las presuntamente vulneradas, la Sala no advierte una contradicción evidente que permita la adopción de la medida cautelar solicitada.

“En efecto, el artículo 88 del Decreto 2474 autoriza a las entidades públicas a celebrar contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, con las personas naturales o jurídicas que estén en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que además demuestren idoneidad y experiencia en el área que se trate.

“Del contenido de dicha disposición no es posible afirmar prima facie que el Ejecutivo hubiera limitado los criterios de escogencia establecidos en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, por lo cual no es dable afirmar que el reglamento excede la ley, de manera manifiesta, como lo exige la ley para la prosperidad de la medida cautelar de suspensión provisional.

(...)

“Para la Sala no es manifiesta la infracción de la norma demandada, en consideración a que de la confrontación directa entre ésta y las disposiciones que se afirman quebrantadas, no se observa que el Ejecutivo hubiera autorizado la contratación directa de ese tipo de servicios sin el cumplimiento de los

procedimientos establecidos en la ley para la selección objetiva, sino que facultó a las autoridades para contratar a pesar de que no hubiera **obtenido** previamente otras ofertas.
(...)

“Con fundamento en lo anterior, la Sala negará la medida cautelar solicitada respecto del artículo 82, inciso 1º.”

Los Ministerios demandados interpusieron el recurso de reposición contra la suspensión del párrafo 2 del art. 77, pero se negaron –auto de 21 de octubre de 2009-.

3. Contestación de la demanda.

Participaron en esta etapa del proceso, en defensa de la legalidad de las normas, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Transporte, el Ministerio del Interior y de Justicia y el Departamento Nacional de Planeación.

3.1. Defensa del artículo 77, párrafo 2, del decreto 2.474 de 2008.

a) El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** y el **Ministerio de Transporte** defendieron las normas demandadas, con idénticos argumentos. Sobre la validez del art. 77 párrafo 2, señalaron que el actor no concretó de qué forma se violaba la ley 1.150 de 2007, además de que la falta de justificación de la decisión de contratar de manera directa, por la causal analizada, no desconoce por sí misma los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva. Es decir, que no existe

relación entre la protección de estos principios y la justificación del proceso de contratación directa que se emplea.

Agregaron que la justificación del proceso de selección a que se refiere el art. 82 del decreto 2.474 no sólo se cumple expidiendo un acto administrativo, sino que la necesidad misma del servicio lo hace, constituyendo un "acto administrativo implícito o tácito" -fls. 179 a 180 y 197 a 198, cdno. ppal.-.

b) El ***Departamento Nacional de Planeación*** también defendió la legalidad del artículo 77, parágrafo 2, proponiendo como argumentos los siguientes, que denominó excepciones.

El primero, consiste en que el art. 3, numeral 3, del decreto 2.474 -que regula el contenido de los "estudios previos"-, exige la fundamentación jurídica que soporta la modalidad de selección, que corresponde a la exigencia del parágrafo 1 del art. 2 de la ley 1.150 -y que echa de menos el actor-, de allí que si bien el parágrafo del art. 77 no requiere la expedición del acto administrativo de justificación de la contratación directa, el art. 3 del mismo decreto sí exige esa justificación.

La segunda excepción se fundamentó en el decreto 1.737 de 1998, que regula los requisitos para que la administración contrate personal por prestación de servicios. Una de las exigencias que establece es que no exista personal en la planta de cargos que se ocupe de la labor requerida. Para el demandado se trata de una justificación de la modalidad de selección que se empleará, lo que cumple con la exigencia de la ley 1.150.

En tercer lugar, defendió la posibilidad que tiene el reglamento de desarrollar la ley, cuando es necesario para su cumplida ejecución. En concreto, considera que definir los procedimientos y elementos necesarios para adelantar el proceso de contratación directa es una potestad que el reglamento puede desarrollar, como en efecto lo hizo a través del decreto 2.474, y en particular de las dos normas demandadas.

c) El **Ministerio del Interior y de Justicia** también defendió la legalidad del artículo 77, parágrafo 2. Advirtió que el actor confunde los distintos actos del proceso de contratación directa, pues lo que regula el art. 77 es la decisión que ordena la contratación, y no se refiere a la forma como se da "inicio al procedimiento contractual que corresponda." Es decir, que el art. 77 "... busca establecer un acto por medio del cual se formalice la decisión de la administración de realizar una contratación directa" –fl. 240-. En cambio, la justificación de la modalidad de contratación que pide la ley 1.150 se satisface con la exigencia del art. 3, numeral 3, del decreto 2.474 de 2008, que dispone que los estudios previos fundamentarán jurídicamente la modalidad de selección que emplee la entidad.

3.2. Defensa del artículo 82, inciso primero, del decreto 2.474 de 2008.

a) El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** y el **Ministerio de Transporte** defendieron la norma, con los mismos argumentos. Señalaron que la obligación que tienen las entidades de explicar la necesidad del servicio y por qué no existe personal en la planta, garantiza los principios de la contratación pública que el actor considera vulnerados con la norma.

Agregaron que la potestad reglamentaria le permite al Gobierno dictar normas para la cumplida ejecución de las leyes -como lo ha expresado la jurisprudencia-, lo que se ajusta al decreto 2.474 de 2008, que contribuyó a hacer aplicable la ley 1.150, respetando los límites que tiene el reglamento – fls. 180 a 182 y 199 a 201, cdno. ppal-.

b) El **Departamento Nacional de Planeación** también defendió la legalidad del artículo 82, inciso primero, proponiendo las siguientes excepciones.

Resaltó la idea que subyace en el concepto contratación directa, en términos de que su propio contenido incluye la posibilidad de contratar sin que se requiera obtener varias ofertas previas, pues la contratación dejaría de ser directa. Aunque es claro que la posibilidad de contratar directamente no significa desconocer los principios de transparencia y objetividad en la escogencia del contratista. Para estos efectos, otras normas establecen ciertos requisitos que eliminan la arbitrariedad en la selección del contratista.

c) El **Ministerio del Interior y de Justicia** también defendió la legalidad del artículo 82. Advirtió que la ley 1.150 es quien establece que la contratación cuyo objeto sea la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión se hace de manera directa, de modo que el reglamento no viola la ley al permitir que no se soliciten varias ofertas para celebrar estos contratos.

En todo caso, advierte que eso no significa que se puedan desconocer los principios de transparencia y escogencia objetiva, porque se deben respetar ciertos criterios objetivos y de capacidad en la selección.

4. Alegatos de conclusión

Las entidades públicas reiteraron los argumentos expuestos al contestar la demanda. Incluso, el **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** los transcribió nuevamente –fls. 256 a 262-, y el **Ministerio de Transporte** se limitó a señalar que insistía en los argumentos expresados en la contestación de la misma –fl. 280-.

El **Departamento Nacional de Planeación** también reiteró sus razonamientos, pero hizo un análisis adicional sobre el alcance y la naturaleza de la potestad reglamentaria, aplicada al campo de la contratación estatal – fls. 263 a 278, cdno. ppal.-.

Finalmente, el Ministerio Público no rindió concepto en este proceso.

CONSIDERACIONES

Para justificar la decisión que se adoptará en la parte resolutive de esta providencia se analizarán los siguientes temas: i) la competencia de esta Sección para resolver el asunto, ii) consideraciones generales sobre el decreto reglamentario 2.474 de 2008; y iii) el caso concreto.

1. Competencia

La Sala es competente para decidir el asunto, en única instancia, por tratarse de una demanda interpuesta en ejercicio de la acción pública de nulidad, dirigida contra un decreto reglamentario expedido por el Gobierno Nacional, que versa sobre un asunto contractual -arts. 128 num. 1 y art. 13 del Acuerdo No. 55 de 2003, proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado-.

Recuérdese que la acción de nulidad sólo procede contra actos administrativos¹, es decir, declaraciones unilaterales de la voluntad, que proviene de las autoridades públicas cuando ejercen la función administrativa, de control o electoral, o de los particulares cuando ejercen esas mismas funciones, y que producen efectos jurídicos.

De las consideraciones y de la suscripción del Decreto cuyas disposiciones se demandan, se deduce claramente que se trata de un reglamento de la ley 1.150 de 2007, en virtud de lo establecido en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

2. Consideraciones generales sobre el decreto 2.474 de 2008, al cual pertenecen las normas demandadas.

¹ En efecto, prescribe el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo: “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos...” Más adelante señala la misma disposición que ésta acción puede también interponerse contra “circulares de servicio” y contra “actos de certificación y registro”; la jurisprudencia de esta Corporación, ha señalado, sin embargo, que en estos casos, estas manifestaciones deben producir también efectos jurídicos frente a terceros, es decir deben presentar los elementos propios de los actos administrativos. Sobre este punto pueden consultarse las siguientes providencias de esta Corporación: Sección cuarta, Sentencia de enero 22 de 1988, Consejero Ponente: Hernán Guillermo Aldana Duque; Sección Primera. Sentencia de 14 de Octubre de 1.999 expediente No. 5064, Consejero Ponente: Manuel Urueta Ayola; Sección Primera, Sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente No. 3531 Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero.

El decreto 2.474 de 2008 reglamenta las leyes 80 de 1993 y 1.150 de 2007, que contienen el régimen de la contratación estatal². Su contenido es muy variado, porque no sólo crea el procedimiento aplicable a varias modalidades de selección de contratistas, sino que desarrolla los principios de publicidad, y selección objetiva, entre otras materias³.

En particular, los dos artículos demandados pertenecen al conjunto de normas del reglamento que desarrollan las modalidades de selección, y especialmente se cuestiona la forma como trata la causal de *contratación directa* denominada por el literal h) del artículo 2, numeral 4, de la ley 1150: "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". En particular, este decreto tiene varias características, que explican mejor su contenido y naturaleza:

i) Se trata de un reglamento, por las razones expuestas, de allí que carece de fuerza de ley, porque su propósito declarado es hacer aplicables las leyes de contratación estatal.

ii) Parte de su contenido satisface el parágrafo 2⁴ y el parágrafo transitorio⁵ del artículo 2 de la ley 1.150 de 2007, que establecen que un reglamento

² En desarrollo del inciso final del art. 150 de la Constitución Política, el Congreso expidió el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública: "Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional."

³ Este decreto derogó el No. 066 de 2008, que se ocupaba del mismo tema del que se viene comentando, y que fue realmente el primer reglamento de la ley 1.150 de 2007.

determinará el procedimiento de *selección abreviada* para las distintas causales que contempla el art. 2, num. 2, de la ley.

En este supuesto la ley es quien invoca el reglamento para que le colabore, es decir, para que contribuya en la organización del tema –en este caso en la modalidad de contratación denominada *selección abreviada*-. Se trata de un evento poco frecuente, porque se sabe que la potestad reglamentaria que tiene el Gobierno, para la cumplida ejecución de las leyes, es de su exclusiva competencia, por tanto, no requiere del empoderamiento previo del legislador para ejercerla. Es decir, que no porque el legislador lo solicite es que se puede reglamentar una materia.

⁴ “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.

“2. Para la selección a la que se refiere el literal b) del numeral 2° del presente artículo, será principio general la convocatoria pública y se podrán utilizar mecanismos de sorteo en audiencia pública, para definir el número de participantes en el proceso de selección correspondiente cuando el número de manifestaciones de interés sea superior a diez (10).

“Será responsabilidad del representante legal de la entidad estatal, adoptar las medidas necesarias con el propósito de garantizar la pulcritud del respectivo sorteo.

“3. Sin excepción, las ofertas presentadas dentro de cada uno de los procesos de selección, deberán ser evaluadas de manera objetiva, aplicando en forma exclusiva las reglas contenidas en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. Para la selección a la que se refiere el literal a) del numeral 2° del presente artículo, no serán aplicables los artículos 2° y 3° de la Ley 816 de 2003.

(...)

Por su parte el parágrafo transitorio dispone: “**Hasta tanto el Gobierno Nacional no expidiere el reglamento respectivo**, no se podrá hacer uso de la **selección abreviada** como modalidad de selección.” (Negrillas fuera de texto)

⁵ “Parágrafo Transitorio. Hasta tanto el Gobierno Nacional no expidiere el reglamento respectivo, no se podrá hacer uso de la selección abreviada como modalidad de selección.”

No obstante, nada se opone a que el Congreso invite al Gobierno a actuar, mediante la expedición de un reglamento, que él mismo advierte es necesario, para darle aplicación a un tema de la ley que reconoce necesita precisión y detalle normativo para aplicarlo⁶.

iii) Por oposición al aspecto anterior, este decreto también se ocupa de la modalidad denominada por la ley como *contratación directa*, pero la diferencia consiste en que ésta no exhortó al Gobierno para que la desarrolle, sino que el ejecutivo lo hizo por espontaneidad propia, que es la forma usual como ejerce el poder normativo del art. 189.11 CP.

En este supuesto, el Gobierno entendió que para la cumplida ejecución de la ley, en lo que tiene que ver con la contratación directa, era indispensable introducir algunos detalles necesarios para la utilización adecuada de las diferentes causales que integran esta modalidad de selección. En el fondo, la

⁶ Una norma un poco similar existió en el párrafo 2 del art. 24 de la ley 80 de 1993. Sin embargo, en este caso el legislador le puso término a la potestad reglamentaria: "PARÁGRAFO 2o. El Gobierno Nacional expedirá, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley, un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en ella.

"Si el Gobierno no expidiera el reglamento respectivo, no podrá celebrarse directamente contrato alguno por ninguna entidad estatal, so pena de su nulidad."

Esta disposición fue demandada ante la Corte Constitucional, quien la declaró exequible, pero de manera condicionada -sentencia C-508-02 de 2002- "... bajo el entendido que el plazo de seis meses fijado por el Gobierno Nacional para la expedición del reglamento de contratación directa, no limita el ejercicio de la facultad reglamentaria del Presidente de la República, como ha quedado expuesto en los fundamentos de esta providencia"

manera como hizo esto, o por lo menos un aspecto concreto de ello, es lo que reprocha el actor, según se analizará a continuación.

3. El caso concreto.

Las normas demandadas fueron los artículos 77 párrafo 2, y el inciso primero del art. 82, lo cuales se estudiarán en forma separada.

3.1. Análisis del párrafo segundo del artículo 77.

Según el actor, el párrafo segundo del art. 77 del decreto 2.474 de 2008 contradice el párrafo primero del art. 2 de la ley 1.150 de 2007, y por eso se debe anular. La primera norma exige, como requisito para adelantar un proceso de contratación directa, que se expida un "acto administrativo de justificación", cuando se está en presencia de alguna de las causales que hacen parte de esa modalidad. No obstante, también establece, en el párrafo segundo demandado, que:

"Párrafo 2. 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."

El párrafo primero del artículo 2 de la ley 1.150 de 2007 -que se considera infringido-, dispone, por el contrario:

"Párrafo 1. 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."

**3.1.1. "Justificación de la modalidad de contratación",
atendiendo a lo que regula el art. 2, párrafo primero, de la ley
1.150.**

Se deduce de la norma legal que se viene de citar, sin dificultad, y en *primer lugar*, que *todo proceso de escogencia de contratistas* debe contar con una "justificación" que "soporte la modalidad de selección que se propone adelantar". De allí que, en principio, un reglamento no puede eximir de este requisito a ninguna modalidad de selección, y tampoco a alguna causal que la integra -cuando esta es de aquellas que tienen varios supuestos de concreción, como acontece con la selección abreviada o con la contratación directa-. Pero para acercarse al tema de fondo se requiere estudiar con detalle el contenido y el alcance del párrafo primero citado.

En tal sentido, y en *segundo lugar*, el legislador se ocupó directamente de señalar en qué etapa del proceso de selección se debe cumplir esa exigencia. Dispuso que debe ser "de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate".

Ahora, la *apertura del proceso* es fácil de identificar, tratándose de las modalidades de licitación pública, concurso de méritos y selección abreviada, porque en los tres casos las normas -legal o reglamentaria- prevén un acto administrativo que marca el inicio formal de cada uno de estos procesos. Así, por ejemplo, para la licitación pública el artículo 30.1 contempla ese acto⁷, y

⁷ "Art. 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:

para el concurso de méritos y selección abreviada el decreto reglamentario 2.474 de 2008 es quien lo hace⁸.

“1. El jefe o representante de la entidad estatal **ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado.**

“De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad.” (Negrillas fuera de texto)

⁸ “Artículo 5. *Acto administrativo de apertura del proceso de selección.* La entidad, mediante acto administrativo de carácter general, **ordenará de manera motivada la apertura del proceso de selección que se desarrolle a través de licitación, selección abreviada y concurso de méritos.** Para la contratación directa se dará aplicación a lo señalado en el artículo 77 del presente decreto.

“El acto administrativo de que trata el presente artículo señalará:

“1. El objeto de la contratación a realizar.

“2. La modalidad de selección que corresponda a la contratación.

“3. El cronograma del proceso, con indicación expresa de las fechas y lugares en que se llevarán a cabo las audiencias que correspondan.

“4. El lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar el pliego de condiciones y los estudios y documentos previos.

“5. La convocatoria para las veedurías ciudadanas.

“6. El certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes.

“7. Los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección.

“**Parágrafo 1°.** El proceso de selección podrá ser suspendido por un término no superior a quince (15) días hábiles, señalado en el acto motivado que así lo determine, cuando a juicio de la entidad se presenten circunstancias de interés público o general que requieran analizarse, y que puedan afectar la normal culminación del proceso. Este término podrá ser mayor si la entidad así lo requiere, de lo cual se dará cuenta en el acto que lo señale.

“**Parágrafo 2°.** En el evento en que ocurra o se presente durante el desarrollo del proceso de selección alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, la Entidad revocará el acto administrativo que ordenó la apertura del proceso de selección.” (Negrillas fuera de texto)

Entre otras cosas, en los dos últimos casos el reglamento fue quien creó el requisito, porque la ley 1.150 exhortó al Gobierno para que se ocupara de establecer todo –o casi todo- el proceso de selección en estas dos modalidades de escogencia de contratistas –según lo disponen los arts. 2, numeral 3 (para el concurso de méritos⁹) y el art. 2, párrafo transitorio (para la selección abreviada¹⁰)-.

Para la contratación directa, en cambio, la ley no contempló una disposición semejante –es decir, una invitación a ejercer la potestad reglamentaria-, pero eso no significa que se requiera, pues se sabe que esta facultad, cuando se ejerce sobre las leyes, pertenece al Gobierno Nacional, y viene dada directamente por la Constitución Política -art. 189.11¹¹-. De manera que la necesidad de reglamentar una ley –y particularmente una materia específica suya- obedece, como regla general, al juicio que hace el Gobierno de esa circunstancia. Sin embargo, en ocasiones -como en el concurso de méritos y

⁹ Art. 2, numeral 3: “**Concurso de méritos.** Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.

“**De conformidad con las condiciones que señale el reglamento**, en desarrollo de estos procesos de selección, las propuestas técnicas o de proyectos podrán ser presentadas en forma anónima ante un jurado plural, impar deliberante y calificado.” (Negrillas fuera de texto)

¹⁰ “Párrafo Transitorio. **Hasta tanto el Gobierno Nacional no expidiere el reglamento respectivo**, no se podrá hacer uso de la **selección abreviada** como modalidad de selección.” (Negrillas fuera de texto)

¹¹ “Art. 189. 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.”

en la selección abreviada- el propio legislador reconoce que su trabajo necesita de ciertos detalles para la cumplida ejecución de la ley, y por eso en ocasiones exhorta al Gobierno para que ejerza el poder normativo reglamentario en beneficio de la aplicación de la ley.

Pues bien, *motu proprio*, el reglamento –decreto 2.474- estableció un requisito para la contratación directa, que guarda alguna relación, pero sólo aparente, con la apertura del proceso. Se dice aparente, porque técnicamente no es lo mismo. Se trata del “acto administrativo de justificación de la contratación directa.” Y no se trata de un acto de apertura, porque técnicamente no existe esa etapa ni en la ley ni en el reglamento. Pero sí está claro que la ley exigió justificar por qué se hace uso de esa modalidad de selección.

En *tercer lugar*, el párrafo primero del artículo 2 de la ley 1.150 no dispuso en qué lugar o acto del procedimiento se debe justificar jurídicamente la razón por la cual se emplea alguna de las cuatro modalidades de contratación. Se limitó a señalar que *antes de abrir el proceso* se debe cumplir con este requisito. En esta medida, es válido que el reglamento precise esta cuestión de detalle.

En conclusión, el párrafo que se comenta si bien estableció una etapa en la cual se debe cumplir este requisito –antes de abrir el proceso-, no indicó algo más preciso. Pero resulta que ese período es muy complejo y vasto, pues involucra muchos actos previos que hacen parte de la etapa anterior a la apertura, de allí que bien podría cumplirse al empezar el trámite interno de preparación del proceso de selección, o bien casi al terminarlo –pero antes de

llegar al límite temporal de la apertura-. Lo cierto es que a juzgar por este párrafo, en cualquiera de estos momentos se cumpliría con él.

En esta medida, será el reglamento quien regule este aspecto. Y por cierto, las entidades demandadas consideran que efectivamente ya se hizo en la contratación directa; pero el actor precisamente lo discute.

3.1.2. La “justificación de la modalidad de contratación”, atendiendo a la reglamentación del Decreto 2.474 de 2008.

En varias normas del decreto reglamentario se desarrolló la exigencia de ley comentada; básicamente en los artículos 3 y 77. El primero reguló el contenido de los denominados “estudios y documentos previos”, y en su vasto contenido incluyó -en el numeral 3- la necesidad de que se indiquen los fundamentos que soportan la modalidad de selección que escoja la entidad:

“Artículo 3. *Estudios y documentos previos.* En desarrollo de lo señalado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone.

“Los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y **deberán contener los siguientes elementos mínimos:**

“1. La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.

"2. La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar.

"3. Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección.

"4. El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos no publicará el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral. En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración.

"5. La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, de conformidad con el artículo 12 del presente decreto.

"6. El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.

"7. El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular.

"Parágrafo 1°. Los elementos mínimos previstos en el presente artículo se complementarán con los exigidos de manera puntual en las diversas modalidades de selección.

"Parágrafo 2°. El contenido de los estudios y documentos previos podrá ser ajustado por la entidad con posterioridad a la apertura del proceso de selección. En caso que la modificación de los elementos mínimos señalados en el presente artículo implique cambios fundamentales en los mismos, la entidad, con fundamento en el numeral 2 del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo y en aras de proteger el interés público o social, podrá revocar el acto administrativo de apertura.

“Parágrafo 3°. Para los efectos del presente artículo, se entiende que los estudios y documentos previos son los definitivos al momento de la elaboración y publicación del proyecto de pliego de condiciones, sin perjuicio de los ajustes que puedan darse en el curso del proceso de selección. En todo caso, permanecerán a disposición del público por lo menos durante el desarrollo del proceso de selección.

“Parágrafo 4°. 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 el presente artículo, todos los documentos técnicos disponibles para el desarrollo del proyecto.” (Negrillas fuera de texto)

Por su parte, el art. 77, que se denominó a sí mismo “acto administrativo de justificación de la contratación directa”, dispuso:

“Art. 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:

- “1. El señalamiento de la causal que se invoca.
- “2. La determinación del objeto a contratar.
- “3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que se exigirán a los proponentes si las hubiera, o al contratista.
- “4. La indicación del lugar en donde se podrán consultar los estudios y documentos previos, salvo en caso de contratación por urgencia manifiesta.

“En los eventos previstos en los literales b) y d) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 y en los contratos interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República, no requieren de acto administrativo alguno, y los estudios que soportan la contratación, no serán públicos.

“Parágrafo 1°. En caso de urgencia manifiesta, el acto

administrativo que la declara hará las veces del acto a que se refiere el presente artículo, y no requerirá de estudios previos.

“Parágrafo 2°. 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.”

El artículo 3 citado desarrolló en el numeral tercero el parágrafo 1 del art. 2 de la ley 1.150 de 2007, pues se refiere exactamente al mismo tema, es decir, a la necesidad de “expresar los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección”. Pero esta norma se debe analizar con un poco más de profundidad, en su alcance y significado.

De un lado, su objeto es el desarrollo de los numerales 7 y 12 del art. 25 de la ley 80, que se refieren a los estudios previos¹². De manera que el reglamento no crea el requisito, sino que lo toma de la ley, pero le introduce un significado más concreto –según se explicará-. En efecto, establece con claridad los aspectos, datos y elementos que hacen parte de estos estudios - que la ley simplemente enuncia, pero que no describe-.

De *otro lado*, introduce como parte del contenido mínimo la obligación de que se exprese el requisito previsto en el art. 2, parágrafo primero, de la ley

¹² “Art. 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio: (...)

“7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

(...)

“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.

“La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes.”

1.150. Es decir, que en virtud suya hace parte de estos estudios la obligación de “expresar los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección” que se emplea.

En *otro sentido*, y en cuanto al ámbito de aplicación, se sabe que este requisito es común a todos los procesos de selección, toda vez que de la ley se deduce que los estudios y documentos previos son exigibles en todas las modalidades de escogencia de contratistas –incluida la contratación directa-. Esto se infiere de los numerales 7 y 12 del art. 25 de la ley 80, que regulan el principio de economía -común a toda forma de contratación-, y en los numerales citados se dispone, precisamente, que con “la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato”, se harán los estudios previos necesarios para el proceso. Los dos numerales aluden: i) al proceso de selección o ii) a la firma del contrato, según el caso; precisamente porque la ley entiende que no siempre los contratos están precedidos de un proceso de selección complejo, sino que, en ocasiones, la modalidad es tan sencilla que no requiere de un procedimiento complejo de escogencia, sino de uno tan simple como es hacerlo en forma directa, con el cumplimiento de unos requisitos previos.

En conclusión, no hay duda de que estos estudios se requieren para toda clase de contratación, tenga un procedimiento de selección sencillo o uno complejo.

No obstante, el art. 3.3. del reglamento no es el único que se refiere al tema. El art. 77 citado regula el “Acto administrativo de justificación de la contratación directa”, que parece tener semejanzas de naturaleza con los

denominados “fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección” –art. 2, párrafo 1, de la ley 1.150-.

La Sala advierte que entre estas dos normas existe gran semejanza, como quiera que el art. 77 se refiere a aspectos que corresponden a los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección, aunque regula mucho más que eso. Basta observar los numerales 3 y 4 para confirmarlo. Aquí se establece que este acto administrativo debe indicar: i) el presupuesto de la contratación y las exigencias que se harán al contratista, y ii) el lugar donde se pueden consultar los estudios previos.

Pero la Sala tampoco considera que se trate de los mismos actos, lo que regula este artículo es mucho más amplio y complejo que los simples “fundamentos jurídicos de la contratación directa”. En realidad se ocupa de algunos aspectos que tocan ese tema, pero de algo más que eso, así que existe una autonomía relativa entre ambos requisitos del proceso de contratación directa, en este caso.

En este orden de ideas, el hecho de que el párrafo 2 del art. 77 exima de este requisito a los contratos que contempla el art. 82 del mismo decreto, no vulnera por sí mismo el art. 2 párrafo primero de la ley 1.150, sencillamente porque no es verdad que el reglamento excluya a esta clase de contratos de la obligación ineludible –por ley- de expresar los “fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección”, ya que ésta se garantiza, exige y asegura desde el momento en que se realizan los “estudios previos” a que se refiere el art. 3.3 del reglamento.

En otras palabras, si lo que echa de menos el actor -que es en lo que consiste la demanda de nulidad- es que en esta clase de contratos no se cumpla lo que ordena el artículo 2 párrafo 1 de la ley 1.150; resulta que no es cierto, porque es claro que los "contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión" también requieren de los *estudios y documentos previos*, requisito que necesaria e indefectiblemente exige el cumplimiento de este otro requisito legal, pues el numeral 3, del artículo 3, del decreto 2.474 requiere, expresamente, que en estos estudios se indiquen "Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección".

Tan claro es el asunto que si se hace la siguiente abstracción se comprenderá mejor el tema: Si en gracia de discusión se derogara el actual art. 77 del decreto 2.474 de 2008, en todo caso subsistiría la obligación de la entidad de exponer los fundamentos de la modalidad de selección que empleará, sencillamente porque seguiría vigente el art. 3, num. 3, que desarrolla el art. 2 párrafo 1 de la ley 1.150 -que es el fundamento real de este requisito-.

En estos términos hoy existe cierta redundancia entre las dos normas del reglamento que se viene comparando, ambas tienden al mismo tema; pero no cabe duda que el art. 3.3 del decreto satisface plenamente la exigencia de ley.

En conclusión, la Sala negará la pretensión anulatoria de la norma demandada, por las razones expuestas, es decir, porque la indicación de los fundamentos que justifican la escogencia de cualquier modalidad de selección, incluida la contratación directa -con todas sus causales-, se satisface con la elaboración de los estudios previos, que se publican antes de

iniciar un proceso de selección o de celebrar un contrato, según el caso.

3.2. Análisis de los cargos contra el inciso primero del art. 82 del decreto 2.474 de 2008.

Para el demandante, el art. 82 contradice lo dispuesto en los artículos 24 de la Ley 80 de 1993 y 5 de la Ley 1150 de 2007, porque limita los factores de escogencia allí consagrados, siendo insuficientes los de idoneidad y experiencia para garantizar una selección objetiva.

Esencialmente indicó que esta norma vulnera los arts. 23 y 32 de la Ley 80 de 1993, y 5, 6 y 8 de la Ley 1.150 de 2007, porque autoriza a las entidades públicas a contratar sin obtener varias ofertas, contrariando lo dispuesto en la ley respecto de los procedimientos de selección. Por esta razón, el Gobierno excedió la potestad reglamentaria, porque olvidó que los contratos de prestación de servicios también se rigen por los principios de transparencia, economía y responsabilidad.

La Sala también negará estos cargos, porque no es verdad que para celebrar esta clase de contratos se requiera obtener varias ofertas, para escoger la más favorable. Veamos.

Antes de la ley 1.150 de 2007, la ley 80 de 1993 contemplaba los siguientes procesos de selección de contratistas: i) la licitación pública, que tenía fundamento en el inciso primero del art. 24, y sobre todo en el art. 30, que desarrolla casi todo este proceso administrativo de selección, ii) el concurso,

cuyo basamento era el párrafo del artículo 30¹³, y que tenía exactamente el mismo procedimiento de la licitación, iii) la contratación directa, que comprendía fundamento en el art. 24¹⁴, y iv) la subasta -casi desconocida y que carecía de desarrollo-, tenía apoyatura en el párrafo 3 del art. 24¹⁵.

La nueva ley modificó en forma importante esta estructura, y dispuso que en adelante las modalidades de selección serían: i) la licitación pública, que se conserva como la regla general de escogencia de contratistas, ii) el concurso de méritos, cuya variación en el nombre consistió en añadir las palabras “de méritos” a la nominación que tenía antes, pero sobre todo se separó del procedimiento de licitación pública, que compartían, iii) la contratación directa, que conservó la denominación que tenía, y iv) la selección abreviada, que no tiene antecedente normativo, es decir, corresponde a una modalidad que, como nombre por lo menos, aparece por primera vez en esta ley. En

¹³ “PARÁGRAFO. Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable. Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública.”

¹⁴ “ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

“1o. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: (...)”

¹⁵ “PARÁGRAFO 3o. Cuando la venta de los bienes de las entidades estatales deba efectuarse por el sistema de martillo, **se hará a través del procedimiento de subasta** que realicen las entidades financieras debidamente autorizadas para el efecto y vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

“La selección de la entidad vendedora la hará la respectiva entidad estatal, de acuerdo con los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva y teniendo en cuenta la capacidad administrativa que pueda emplear cada entidad financiera para realizar los remates.” (Negrillas fuera de texto)

definitiva, todas las modalidades tienen fundamento legal en el art. 2 de la ley 1.150.

De la contratación directa, que es la modalidad de selección a la cual pertenece la causal que el actor cuestiona en su legalidad –por lo menos en relación con el desarrollo reglamentario que tuvo- la Sala hará varias anotaciones, que contribuyen a resolver el cargo de la demanda.

Como modalidad de selección tiene antecedente en todos los estatutos contractuales que ha tenido el país –decreto-ley 150 de 1976, decreto-ley 222 de 1983-, incluida la ley 80, de donde procede el más inmediato. En esta ley constaba de 13 causales -taxativas y reservadas al legislador-, pero el Congreso encomendó al reglamento el desarrollo de su procedimiento de selección –al igual que acontece en la ley 1.150 con la selección abreviada-.

Al asumir el Gobierno esta tarea, que cumplió principalmente con la expedición de los decretos 855 de 1994 y 2.170 de 2002 –con algunas modificaciones en varios decretos adicionales-, se establecieron distintos procedimientos de selección para las distintas causales: en unas se exigían dos ofertas, en otras tres, y para otras sólo una; entre otras opciones que con libertad configuró el reglamento.

Actualmente, la ley 1.150 de 2007 modificó de manera fuerte la contratación directa, y actuó de la siguiente forma: tomó las 13 causales que existían y las dividió en dos grupos: i) uno lo continuó llamando *contratación directa*, y ii) otro lo denominó *selección abreviada*. Pero el legislador no se limitó a reorganizar y agrupar las causales existentes, porque creó otras. Algunas

nuevas las incorporó a la lista de la contratación directa y otras a la de la selección abreviada. Es así como, la sumatoria de las causales de ambas modalidades asciende a 18, nueve en cada modalidad.

La razón por la que el legislador obró así es bastante clara. Buscó ordenar las modalidades de selección, empezando por su nombre, pero sobre todo para homogeneizar las causales que contenían –cuando este era el caso-, de allí que se denominaran conforme a su finalidad y propósito. Por esto llamó contratación directa a aquella forma de escoger al contratista donde no es necesario que la administración obtenga dos o más ofertas, toda vez que es la única manera de entender que de verdad la contratación es *directa*. Si necesitara varias propuestas, la modalidad no sería esta, ya que la expresión *contratación directa* debe dar la idea de que la contratación se realiza con quien la entidad escoja libremente, de no ser así no sería directa. Este fue el problema nominal que tuvo la ley 80, como quiera que recogía bajo este nombre muchas causales donde se exigían varias ofertas –incluso hasta 10, como en la menor cuantía-, por ello nada tenía de directa la elección.

A continuación, la ley 1.150 creó la modalidad de contratación denominada *selección abreviada*, donde incluyó las causales que admiten, por naturaleza, la posibilidad de que la administración obtenga previamente varias ofertas: con ellas se hace una selección que es abreviada, en comparación con la licitación -pues debe ser menos compleja-, pero más elaborada que la contratación directa, porque de ninguna manera se admite una sola oferta.

De esta forma se ordenaron los distintos procesos de contratación en la nueva ley, sumado a que ésta exhortó al Gobierno, como en el pasado lo hizo

con la contratación directa –art. 24, párrafo 2, de la ley 80¹⁶-, para que reglamentara la selección abreviada. En estos términos, el art. 2, párrafo 1, y el párrafo transitorio de la ley 1150 dispusieron la necesidad de contar con un reglamento para hacer uso de la selección abreviada¹⁷.

Pero no sólo de aquí se deduce lo que se viene expresando. Del articulado mismo de la ley 1.150 se desprende que las causales de contratación directa no requieren de la obtención de un número plural de ofertas. Por el contrario,

¹⁶ “PARÁGRAFO 2o. El Gobierno Nacional expedirá, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley, un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en ella.

“Si el Gobierno no expidiere el reglamento respectivo, no podrá celebrarse directamente contrato alguno por ninguna entidad estatal, so pena de su nulidad.”

¹⁷ “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.

“2. Para la selección a la que se refiere el literal b) del numeral 2° del presente artículo, será principio general la convocatoria pública y se podrán utilizar mecanismos de sorteo en audiencia pública, para definir el número de participantes en el proceso de selección correspondiente cuando el número de manifestaciones de interés sea superior a diez (10).

“Será responsabilidad del representante legal de la entidad estatal, adoptar las medidas necesarias con el propósito de garantizar la pulcritud del respectivo sorteo.

“3. Sin excepción, las ofertas presentadas dentro de cada uno de los procesos de selección, deberán ser evaluadas de manera objetiva, aplicando en forma exclusiva las reglas contenidas en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. Para la selección a la que se refiere el literal a) del numeral 2° del presente artículo, no serán aplicables los artículos 2° y 3° de la Ley 816 de 2003.

(...)

“Parágrafo Transitorio. Hasta tanto el Gobierno Nacional no expidiere el reglamento respectivo, no se podrá hacer uso de la selección abreviada como modalidad de selección.”

la escoge libremente, bien pidiendo una sola oferta o incluso ninguna, pudiendo pasarse -en este último caso- a suscribir directamente el contrato.

En los términos analizados, la Sala negará la pretensión del actor, porque la causal de contratación directa contenida en el literal h) del art. 2.4. de la ley 1.150 -"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*"- se contrata sin que se requiera obtener varias ofertas, porque hace parte de una de las causales de contratación directa, de allí que no necesita de un proceso de comparación entre oferentes, cuya diferencia con las demás modalidades de selección es precisamente la manera como se puede escoger al contratista.

Esta conclusión requiere una precisión final: Lo que se puede contratar directamente, bajo la causal del literal h) citado, y en los términos del inciso primero demandado del art. 82 del decreto 2.474 de 2008, es "... la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal..." para lo cual "... podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita."

La Sala aclara que el alcance de esta noción, al que se circunscribe esta decisión, es el que le dio el mismo reglamento en el inciso segundo del artículo 82, esto es: "*Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión*

corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad."

En estos términos, no todo contrato de prestación de servicios se puede materializar bajo esta modalidad de selección, pues el que regula la norma demandada –se insiste: a eso se circunscribe el análisis de la Sala- es el que se realiza directamente, es decir, los que corresponden a aquellos definidos en la misma norma, o sea, los que tienen como base de su prestación actividades de naturaleza intelectual.

Si se repara bien, el art. 82 retoma la causal tal como la describe el literal h) del art. 2, num. 4, de la ley 1.150, pero agrega qué debe entenderse por esos conceptos, para señalar –finalmente- que son sinónimos, porque en ambos casos "*... corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad."*

En vigencia del decreto reglamentario 066 de 2008 –primer reglamento de la ley 1.150, que fue derogado por el decreto 2.474 de 2008- estos conceptos eran distintos. En tal sentido, disponía el art. 81:

“Artículo 81. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. **Para la prestación de servicios profesionales** la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea

necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

“De igual forma se procederá para la celebración de **contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad**, los que sólo se realizarán cuando se trate de fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar.

“Los **servicios profesionales corresponden a aquellos de naturaleza intelectual** diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad.

“Los **servicios de apoyo a la gestión serán aquellos en los que la persona contratada realiza labores predominantemente materiales y no calificadas, para la atención de necesidades de la entidad**, sin que sea posible entender comprendida dentro de los mismos, la contratación de actividades que supongan la intermediación de la relación laboral, ni la contratación de empresas de servicios temporales.” (Negrillas fuera de texto)

Es evidente el cambio de contenido que hubo entre el artículo 81 del decreto 066, y el art. 82 del decreto 2.474, en aquél los “servicios de apoyo a la gestión” consistían en la realización de tareas materiales no calificadas, que se podían contratar por esta causal; mientras que en la nueva norma tanto este concepto como el de prestación de servicios profesionales –se reitera– “... corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad.”

En este orden de ideas, del universo de contratos de prestación de servicios que se pueden celebrar –según la definición que de esta tipología contractual hace la propia ley 80-, el legislador –y desde luego el reglamento- quiso que sólo una parte se hiciera en forma directa: los de la prestación de servicios

profesionales y de apoyo a la gestión de la entidad estatal, los demás, es decir, los que no encajan en esta noción restringida, tienen otros procesos de selección.

En este orden de ideas, la Sala considera ajustado a la ley el art. 82 del decreto reglamentario 2.474 de 2008, en tanto que los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión -aquellos donde prevalece la actividad intelectual- se pueden realizar directamente. Cosa distinta acontece con los demás contratos de prestación de servicio que no tengan como base la realización de tareas intelectuales¹⁸, sobre los cuales no se pronuncia la Sala en esta ocasión, porque no se enmarcan en el estudio de legalidad realizado hasta ahora, y por tanto deben seguir las demás reglas de contratación, que en cada caso analizará la entidad estatal, para determinar cuál de todas es aplicable -licitación, selección abreviada, u otra causal de contratación directa-.

Finalmente, el actor también consideró que la norma demandada violaba igualmente los principios de economía y selección objetiva, por las mismas razones analizadas hasta ahora –es decir, por la posibilidad de contratar a

¹⁸ Dispone el art. 32, num. 3, de la ley 80 define los contratos de prestación de servicios, de la siguiente manera:

“3. Contrato de Prestación de Servicios. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

“En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

una persona sin obtener previamente varias ofertas-. Este cargo tampoco prosperará, por las siguientes razones:

Porque si bien es cierto que en todos los procesos de selección de contratistas rigen los principios de la contratación estatal –incluso los de la función administrativa (art. 209 CP.)-, eso no significa que lo hagan de manera idéntica siempre, como parece entenderlo el actor. Es decir, que la publicidad, la selección objetiva y los demás principios que rigen en la contratación tiene en la licitación pública un alcance distinto que en la selección abreviada, y más aún que en la contratación directa. No obstante, es claro que rigen en todos los procesos, pero en forma matizada: mientras más sencilla es la forma de selección, menos intensos son los principios aplicables a esos procedimientos.

Es así como, se sabe que la licitación utiliza esos principios –y otros más- de manera ampliada, casi hasta los límites posibles de cada uno, pues el contexto en el que se aplican y las etapas donde se desenvuelven, lo facilitan y lo exigen. No obstante, en la contratación directa no se puede pedir la misma intensidad de aplicación, como lo sugiere el actor. Se sabe que en un espacio más reducido -porque en la contratación directa el procedimiento prácticamente está simplificado a su mínima expresión-, la selección objetiva no puede ser idéntica a la que rige en la licitación, donde cualquier persona tiene la posibilidad de presentar ofertas. Lo mismo puede decirse de la publicidad o de la igualdad, y en general de los demás principios legales o constitucionales.

Es legítimo que en este supuesto se disminuya la fuerza natural de los principios, pero eso no significa que desaparezcan, porque siguen actuando, pero en forma reducida, adaptándose a las circunstancias propias de espacios que se sabe no son los mismos que se presentan en la licitación. Es por eso que la objetividad no se puede exigir exactamente como se manifiesta en la licitación pública -donde hay muchas ofertas-, porque en la contratación directa existe un solo participante. De igual forma, la publicidad tampoco rige como lo hace en la licitación, donde aplica hasta en la invitación a presentar ofertas; pero tratándose de la contratación directa es contradictorio considerar siquiera esta posibilidad.

No obstante, se insiste, esto no significa que la contratación directa no deba garantizar aspectos, facetas y espacios posibles de la publicidad, de la moralidad o de la objetividad en la escogencia. De ninguna manera. Simplemente, se exige la que admite y cabe en el proceso simplificado que la ley y el reglamento establecieron. Esto es, se requiere, por ejemplo, que el contratista elegido no lo sea por razones políticas, o de amistad, o de recomendación basada en criterios caprichosos, sino en motivos como la buena calidad del trabajo, la experiencia profesional reconocida, la imagen pública de su actividad profesional, entre otros factores objetivos y criterios de valoración profesional que alejan la arbitrariedad, la subjetividad y el capricho de la selección del contratista, cuando se escoge en forma directa.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, la Sala negará las pretensiones de la demanda, y también se abstendrá de analizar otros argumentos expuestos por las entidades estatales -en defensa de los artículos demandados-, porque lo analizado es suficiente para adoptar la

decisión, sin que el estudio de las demás razones añada elementos a los expuestos hasta ahora.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. Niéganse las pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO

OLGA DEL VALLE DE LA HOZ