

Bogotá D.C.,

**Radicación:** Respuesta a consulta # 4201813000010458

**Temas:** Otros

**Tipo de asunto consultado:** Excepción de justificar, mediante acto administrativo, la contratación directa de bienes y servicios de defensa y seguridad nacional que requieren reserva.

Estimado ciudadano,

Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 31 de diciembre de 2018 en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011.

#### ■ PROBLEMA PLANTEADO

Solicita el pronunciamiento de Colombia Compra Eficiente sobre la pertinencia de mantener o no la excepción de justificar, mediante acto administrativo, la contratación directa de bienes y servicios de defensa y seguridad nacional que requieren reserva, teniendo en cuenta la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 24 de mayo de 2018, radicado 50222, sobre la legalidad del segmento “y c” del artículo 73 del Decreto 1510 de 2013.

#### ■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE

De acuerdo con la decisión del Consejo de Estado de no declarar nulo el segmento “y c” del artículo 73 del Decreto 1510 de 2013, y como quiera que el mismo no fue incluido en el Decreto Compilatorio 1082 de 2015 por encontrarse suspendido por la jurisdicción para el momento de su expedición, dicho segmento debe ser compilado en el Decreto 1082 de 2015.

Lo anterior teniendo en cuenta que el segmento demandado recupera su eficacia jurídica por encontrarse vigente de conformidad con lo establecido en el artículo 3.1.1. del Decreto 1082 de 2015, bajo el entendido que la intención del artículo demandado no fue eliminar la obligación de la Entidad Estatal de justificar la modalidad de selección, pues en todo caso y sin perjuicio de tratarse de bienes y servicios para defensa y seguridad nacional sujetos a reserva, las entidades deben realizar estudios y documentos previos, en los cuales deben incluir la modalidad de selección del contratista, su justificación y los fundamentos jurídicos.

Adicionalmente, el hecho de que los estudios y documentos previos de la contratación de los referidos bienes y servicios de defensa y seguridad se encuentren exceptuados de publicidad dado su carácter de reserva, de ninguna forma quiere decir que no deban realizarse o no incluirse en ellos la justificación de la modalidad de selección. Así pues, el cumplimiento del deber de justificar la



modalidad de selección ya sea en un acto administrativo o en los estudios y documentos previos, siempre que esta justificación se encuentre contenida en un documento previo al inicio del Proceso, es independiente de la restricción de su publicidad.

Por tanto, la reglamentación de la modalidad de contratación directa puede exceptuar a las Entidades Estatales de expedir el acto administrativo de justificación, siempre que el deber de justificar la modalidad de selección se cumpla en otro documento previo al inicio del Proceso, aunque dicho documento se encuentre relevado del deber de publicidad.

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

1. El artículo 73 del Decreto 1510 de 2013 estableció que el acto administrativo que justifica la contratación directa no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de que tratan los literales a), b), y c) del artículo 75 del presente Decreto, que por expresa remisión establece que no debe publicarse los estudios y documentos previos de los contratos celebrados por la Fiscalía General de la Nación o el Consejo Superior de la Judicatura que requieren reserva, y los contratos de bienes y servicios del sector defensa que celebren la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que necesiten reserva para su adquisición.
2. Por encontrarse suspendido el segmento “y c” del artículo 73 del Decreto 1510 de 2013 para el momento de la expedición del Decreto Compilatorio 1082 de 2015, como consecuencia de la medida cautelar decretada por el Consejo de Estado en el marco del proceso cuya nulidad se solicitó, dicho decreto compilatorio no incluyó tal disposición.
3. En efecto el Consejo de Estado al decidir sobre la solicitud de nulidad segmento “y c” del artículo 73 del Decreto 1510 de 2013, determinó que no le asiste razón al actor al considerar que por el hecho de prescindir del acto de justificación de la contratación directa en los términos indicados por el Decreto 1510 de 2013, no debiera realizar esta justificación, dando cumplimiento a lo estipulado por el parágrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 a través de los estudios y documentos previos.
4. Si bien la normativa establece que los estudios y documentos previos de la contratación de bienes y servicios en el sector defensa de la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que tienen carácter de reserva no están obligados a publicarse, no quiere decir que no se deban realizar, y que por medio de ellos no deba justificarse y fundamentarse la modalidad de selección directa. Así lo expresó el Consejo de Estado al afirmar: “(...) Respecto de la segunda de las cuestiones asociadas por el actor en el cargo, la sala observa que la circunstancia de que el artículo 75 del Decreto 1510 de 2013 hubiere previsto que los “estudios y documentos previos” no sean



*públicos en los contratos a los que la misma disposición se refiere, de ninguna forma quiere significar que no deba darse cumplimiento al deber de justificación de la modalidad de selección correspondiente, deber que permanece incólume. En otras palabras, la restricción antedicha a la publicidad de los estudios y documentos previos en los casos previstos por el artículo 75 del Decreto 1510 de 2013 no prescinde la obligación que tienen las entidades estatales contratantes de justificar en ellos los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección de contratación directa (...)*

5. *En este sentido, el Consejo de Estado diferencia el deber de justificar la modalidad de selección del deber de publicar las actuaciones contractuales, así: “En otras palabras, la restricción antedicha a la publicidad de los estudios y documentos previos en los casos previstos por el artículo 75 del Decreto 1510 de 2013 no prescinde la obligación que tienen las entidades estatales contratantes de justificar en ellos los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección de la contratación directa.*

*Si bien es cierto que, tratándose de otras modalidades de selección, la publicidad de los estudios y documentos previos facilita la pluralidad de los controles sobre la gestión en las distintas etapas de la contratación pública, el pleno de la sección Tercera del Consejo de Estado ya ha admitido que la excepción al principio constitucional de publicidad opera sin perjuicio de que las autoridades públicas- o los particulares a través de estas – puedan, dentro de los cauces legales preestablecidos, ejercer los controles que les competen, también sobre la contratación que es objeto de dicha reserva (...)*

6. Por lo anterior, no existen razones para que la excepción de realizar el acto administrativo de justificación de la modalidad de contratación directa para la adquisición de bienes y servicios en el sector defensa que requieren reserva no se mantenga y no sea compilada en el Decreto 1082 de 2015, de conformidad con lo establecido en el artículo 3.1.1., numeral 3, del Decreto 1082 de 2015 y con lo señalado en el control realizado por el Consejo de Estado encontrándolo ajustado al ordenamiento jurídico.
7. Finalmente, teniendo en cuenta la inconsistencia señalada por el Consejo de Estado en la sentencia, consistente en la remisión que hace el artículo 73 del Decreto 1510 de 2013 en el segmento “y c” al literal c) del artículo 75 del mencionado decreto, que a su vez remite a dos normas: al artículo 78 de dicho decreto sobre contratación directa y al artículo 65, numeral 17, del Decreto 1510 de 2013 sobre selección abreviada; Colombia Compra Eficiente recomienda no incluir lo relacionado con la última disposición toda vez que en los Procesos de selección abreviada no procede el acto administrativo de justificación, propio de la contratación directa. Por tanto, la inconsistencia del literal c) del artículo 75 del Decreto 1510 de 2013, buscando excepcionar de



actuaciones propias del procedimiento de contratación directa, consistía en remitir a una causal que le corresponde un procedimiento distinto (selección abreviada).

8. En este sentido, sugerimos que la redacción del artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015 sea la siguiente:

“Acto administrativo de justificación de la contratación directa. La Entidad Estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, el cual debe contener:

1. La causal que invoca para contratar directamente.
2. El objeto del contrato.
3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista.
4. El lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos.

Este acto administrativo no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, ~~y~~ para los contratos de que tratan los literales (a) y (b) del artículo 2.2.1.2.1.4.3, **y para los contratos de que trata el artículo 2.2.1.2.1.4.6.** del presente decreto”.

#### ■ REFERENCIA NORMATIVA

Ley 80 de 1993, artículo 24 numeral 3.

Ley 1150 de 2007, artículo 3.

Decreto 1082 de 2015 artículos, 2.2.1.2.1.4.1, 2.2.1.2.1.4.3 y 2.2.1.2.1.4.6

Sentencia del 24 de mayo de 2018, Consejo de Estado, Sección Tercera, consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número: 1 1 00 1 -03-26-000-20 1 4-00035 -00 (50222)

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

  
LUISA FERNANDA VANEGAS VIDAL  
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Proyectó: Camilo Parra  
Revisó: Natalia Reyes Vargas

