**CCE-DES-FM-17**

**CONTRATACIÓN DIRECTA – Características**

Debe señalarse sobre la contratación directa, que esta modalidad de contratación es de aplicación restrictiva, esto es, solo procede por las causales señaladas taxativamente en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Además, es una excepción al principio de libre concurrencia y competencia que aplica a los procesos de contratación, para que cualquier persona interesada en satisfacer la necesidad de una entidad pueda presentar una oferta. En la contratación directa no es necesario que la entidad reciba más de una oferta, la cual proviene de la persona que la entidad escoge directamente, y por ende, invita a ofertar el bien o servicio que se requiere. Lo anterior puede estar basado en que el proponente es único, o en que el legislador privilegió algunos objetos contractuales u oferentes para contratarlos de manera directa. De igual forma, esto implica que el proceso será simplificado, corto, ágil y expedito, por no exigir el agotamiento de una convocatoria pública o la realización de un proceso competitivo. Lo anterior no exime a las entidades estatales de garantizar los principios rectores de la contratación pública.

**PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA – Contratación directa – Transparencia – Selección objetiva – Aplicación**

Sin embargo, la contratación directa no está exceptuada del cumplimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, los cuales tienen como elemento común la objetividad en la selección del contratista. La evidencia son las definiciones expuestas en párrafos anteriores, ya que a pesar de que la entidad dirija la invitación a ofertar solamente a una persona, esto no significa que puede elegirla con base en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, etc.

En ese sentido, la persona a la que la entidad contrata directamente es aquella que se considera que cumple con lo requerido para satisfacer la necesidad contractual. Esa consideración de la entidad contratante será objetiva en la medida en que se cumpla con el principio de planeación, que se refleja principalmente en los estudios previos y en el acto administrativo que justifica la contratación directa, en los casos en que aplica. De esta manera, aunque la contratación sea directa, como ya se explicó, esto no implica que la entidad no deba definir las condiciones del contratista que está en capacidad de cumplir el contrato, lo cual es un elemento común entre las modalidades de selección competitivas y no competitivas.

**PRINCIPIO DE PLANEACIÓN – Estudios previos – Contratación directa**

Adicionalmente, si bien los estudios del sector son de gran relevancia en los procesos de contratación donde existe pluralidad de oferentes, nada obsta para que se elaboren allí donde no existiría competencia. Para estos efectos, la guía mencionada explica que «En la contratación directa, el análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del Proceso de Contratación, particularmente las condiciones del contrato, como los plazos y formas de entrega y de pago. El análisis del sector debe permitir a la Entidad Estatal sustentar su decisión de hacer una contratación directa, la elección del proveedor y la forma en que se pacta el contrato desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía». De esta manera, la Entidad Estatal debe consignar en los Documentos del Proceso, bien sea en los estudios previos o en la información de soporte de los mismos, los aspectos de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015.

**LEY 2080 DE 2021 – Adición de causal de contratación directa – Contratación de peritos o asesores técnicos**

El artículo 82 de la Ley 2080 de 2021 insertó un nuevo literal al numeral 4° del artículo 2 de Ley 1150 de 2007 que enlista las causales que permiten a las entidades estatales seleccionar objetivamente al futuro contratista mediante el procedimiento excepcional de la contratación directa, lo que a su vez, autoriza la contratación estatal, para los eventos contemplados en dichas causales , sin que medie convocatoria pública ni la obtención previa de varias ofertas.[…]

La nueva causal de contratación directa añadida al listado de la Ley 1150 de 2007 opera bajo ciertos supuestos de hecho previstos en las referidas normas procesales citadas, que condicionan su utilización y dan cuenta de las siguientes características: i) es una causal de contratación que solo puede ser utilizada por la entidad estatal en el marco de un proceso judicial, o cuando sea la entidad la que vaya a promover el inicio del proceso, pues la necesidad que justifica la contratación de un perito o un asesor técnico es la de hacer valer una prueba técnica, como lo es el dictamen pericial, para acreditar o soportar los hechos que servirán a la defensa de los intereses de la entidad estatal involucrados en una controversia judicial. En este sentido, el contrato se celebraría con la finalidad de presentar o contradecir el dictamen pericial en un proceso judicial. ii) La contratación recaerá sobre los servicios de un experto, llámese perito o asesor técnico, persona que debe ser contratada con especial eficiencia y celeridad, de ahí que el legislador haya autorizado acudir a la contratación directa, toda vez que, éste deberá cumplir con el objeto del contrato, que se traduce en la realización de un peritaje o de una asesoría técnica, de manera idónea según su experiencia y experticia, dentro de las oportunidades probatorias correspondientes y respetando los términos procesales con los que cuentan las entidades estatales en el proceso judicial para ejercer válidamente los actos procesales del caso para aportar o contradecir pruebas, como lo son, por ejemplo, la presentación o la contestación de la demanda. iii) Por expresa disposición legal, la contratación directa de peritos y asesores técnicos para la finalidad prevista en la nueva causal del literal k) del numeral 4° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 comporta una excepción a la restricción de la contratación directa de las entidades estatales prevista en la Ley de Garantías Electorales –Ley 996 de 2005–

Bogotá, 18 Agosto 2021 

Señor

**Arnulfo Meneses Villamarín**

Armenia - Quindio

 **Concepto C – 418 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | CONTRATACIÓN DIRECTA – Características / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA – Contratación directa – Transparencia – Selección objetiva – Aplicación / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN – Estudios previos – Contratación directa / LEY 2080 DE 2021 – Adición de causal de contratación directa – Contratación de peritos o asesores técnicos |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210702005855 |

Estimado señor Meneses,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 2 de julio de 2021, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza la siguiente consulta en relación con el literal k) del numeral 4° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 82 de la Ley 2080 de 2021: «¿las Entidades Estatales, desde la vigencia de la Ley 2080 de 2021, pueden hacer uso de la contratación directa para la celebración de contratos con peritos expertos o asesores técnicos para presentar o contradecir el dictamen pericial en procesos judiciales en los que haga parte la respectiva Entidad? […] ¿Cuál sería el procedimiento aplicable para llevar a cabo la celebración del contrato?»

1. **Consideraciones**

Para desarrollar el problema planteado, se abordarán los siguientes temas: i) generalidades sobre la modalidad de selección de contratación directa; ii) la aplicación de los principios de la contratación pública en la contratación directa: selección objetiva del contratista; iii) el principio de planeación y los estudios previos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: aplicación a la contratación directa y iv) la causal de contratación directa adicionada por la Ley 2080 de 2021 y su aplicación.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre la modalidad de selección del contratista por contratación directa y los principios de la contratación estatal en los conceptos No. 4201912000006310 del 9 de octubre de 2019, C-223 del 29 de abril de 2020, C-443 del 7 de julio de 2020 y, en particular, en los conceptos C-701 de 7 de diciembre de 2020, C-726 de 14 de diciembre de 2020 y C-150 del 9 de abril de 2021 entre otros. La tesis expuesta en estos conceptos se reitera a continuación y se complementa en lo pertinente.

**2.1. Generalidades de la modalidad de selección de contratación directa**

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 2, establece 5 modalidades de selección para la escogencia del contratista, y fija las reglas de cada modalidad: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, mínima cuantía y contratación directa. Por su parte, la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007 señala las razones por las cuales se establecieron las modalidades de selección del artículo 2: «A ese respecto es claro que las experiencias exitosas a nivel internacional demuestran que el criterio de distinción que debe gobernar un esquema contractual eficiente, es el de modular las modalidades de selección en razón a las características del objeto».

Ahora bien, las modalidades de selección se pueden dividir doctrinariamente en i) competitivas y ii) no competitivas. La Guía de competencia en las compras públicas de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente señala que: «[…] la competencia, entendida como rivalidad efectiva entre empresas de un mismo mercado, incentiva la reducción de precios, el aumento de la calidad, la lucha contra la corrupción y la innovación por parte del sector privado».

Por tanto, modalidades como la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la mínima cuantía son modalidades de selección competitivas o abiertas a competencia, ya que en ellas tiene lugar la participación de varios proponentes en una fase pública de presentación de ofertas. Esto permite que todas las personas interesadas concurran al proceso en igualdad de condiciones y compitan en el mismo.

Lo contrario es la modalidad de selección de contratación directa que no es competitiva, es decir, que no es abierta a los proponentes para que los interesados presenten sus ofertas. En esta, es la entidad la que determina, de forma directa, la persona que puede participar y que será seleccionada.

Lo anterior se complementa con lo expuesto por la Corte Constitucional, en Sentencia C-713 de 2009, que estudió la constitucionalidad de los artículos 2 –parcial– y 5 –parcial– de la Ley 1150 de 2007. En la decisión judicial mencionada analizó los principios de libre concurrencia y selección objetiva en la contratación pública, como expresiones del derecho a la igualdad de oportunidades para quienes tengan interés en participar en la contratación estatal.

Esos principios se manifiestan en que no exista discriminación y en que las entidades no impongan limitaciones mediante reglas que impidan la concurrencia para obtener mejores condiciones de contratación. Esto permite excepciones que busquen condiciones del contratista que sean favorables a los intereses del Estado y aseguren la transparencia del procedimiento como, por ejemplo, la existencia de las inhabilidades e incompatibilidades que también aplican en los supuestos de contratación directa[[1]](#footnote-1).

Debe señalarse sobre la contratación directa, que esta modalidad de contratación es de aplicación restrictiva, esto es, solo procede por las causales señaladas taxativamente en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Además es una excepción al principio de libre concurrencia y competencia que aplica a los procesos de contratación, para que cualquier persona interesada en satisfacer la necesidad de una entidad pueda presentar una oferta.

En la contratación directa no es necesario que la entidad reciba más de una oferta, la cual proviene de la persona que la entidad escoge directamente, y por ende, invita a ofertar el bien o servicio que se requiere. Lo anterior puede estar basado en que el proponente es único, o en que el legislador privilegió algunos objetos contractuales u oferentes para contratarlos de manera directa. De igual forma, esto implica que el proceso será simplificado, corto, ágil y expedito, por no exigir el agotamiento de una convocatoria pública o la realización de un proceso competitivo. Lo anterior no exime a las entidades estatales de garantizar los principios rectores de la contratación pública.

Debe destacarse que existe otra diferencia fundamental con las modalidades de selección competitivas mencionadas: en la contratación directa no se otorga puntaje a las ofertas para ponderarlas y elegir el ofrecimiento más favorable, pues la entidad recibe solo una oferta. Lo anterior es explicado por el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

Se define la expresión contratación directa entendida como cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - ley 80 de 1993 -, o uno especial en razón del objeto del contrato o del órgano que contrata[[2]](#footnote-2).

Por consiguiente, en la contratación directa la entidad no establece puntaje para ponderar ofertas, porque se presenta una sola, que corresponde a la de la persona a quien la entidad invitó y seleccionó en forma directa. Así, por ejemplo, se tiene que el contrato de prestación de servicios profesionales es un tipo de negocio previsto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que pueden celebrar las entidades estatales de forma directa. Se trata de un contrato típico, porque está definido en el artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993, que establece:

3. 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.

Su celebración se formaliza a través de la modalidad de contratación directa, como lo dispone el artículo 2, numeral 4º, literal h), de la Ley 1150 de 2007:

[…]

Contratación directa. 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

Ahora bien, en relación con el objeto la consulta que motiva este concepto, puede decirse que antes de la existencia de la causal de contratación directa adicionada por la Ley 2080 de 2021, las entidades estatales, luego de justificar y soportar la necesidad y el servicio requerido en el ejercicio previo de planeación plasmado en los estudios previos, podían acudir a la contratación de una persona idónea y experta para la realización de un peritaje o una asesoría técnica, que requiríese de especiales conocimientos técnicos y/o experiencia calificada, acudiendo a la modalidad de contratación directa para la celebración de contratos de prestación de servicios, por ejemplo, que como se mencionó, es una causal de la modalidad de selección en comento.

No obstante, con la entrada en vigencia del artículo 82 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el literal k) al numeral 4, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, como se analizará más adelante, se creó una causal autónoma de contratación directa para esta necesidad específica, cuya fuente es la existencia de un proceso judicial y cuya finalidad determinada por la ley, circunscribe su aplicación a un objeto específico, pues el servicio del experto requerido para satisfacer la necesidad que tiene como fin defender o soportar la posición jurídica de la entidad en el litigio, mediante la acreditación de hechos que requieren de una prueba técnica, por lo que se dirige a presentar o contradecir un dictamen pericial en procesos judiciales. No obstante, los principios de la contratación estatal se aplican a todas las modalidad de selección, como lo es la contratación directa, cualquiera que sea la causal utilizada, como se expone a continuación.

**2.2. La aplicación de los principios de la contratación pública en la contratación directa. Selección objetiva del contratista**

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993 dispone que: «Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo».

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 1150 del 2007 ordena que en el procedimiento aplicable a cada una de las modalidades de selección de contratistas, «deberá observarse los principios de transparencia, economía, responsabilidad».

Así pues, los principios que rigen la actividad contractual de las entidades estatales están orientados a preservar la objetividad en la selección del contratista, para garantizar el interés general y la realización de los fines del Estado. De igual forma, dichos principios buscan hacer eficaz la participación, en igualdad de condiciones, de quienes reúnan los requisitos que sean exigidos en los documentos del proceso de contratación.

El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe «edificarse sobre las bases de i) la igualdad y respeto a todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración»[[3]](#footnote-3).

Otro de los principios transversales a todos los procedimientos de selección es el de *selección objetiva*. Se trata del postulado que exige que la escogencia de la oferta ganadora se debe fundamentar en factores objetivos, de carácter técnico, jurídico y financiero, y no en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, etc.

Si bien dentro de la historia de la contratación pública en Colombia se vislumbran antecedentes normativos que consagraban dicho principio[[4]](#footnote-4), en la actualidad la disposición legal que lo prevé de manera más clara y contundente es el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 y por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018[[5]](#footnote-5).

Así mismo, la Ley 80 de 1993 se refiere a la *selección objetiva* en varios apartados, como: i) el primer inciso del artículo 21, que obliga a las entidades estatales a tener en cuenta la selección objetiva, al garantizar la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, ii) el artículo 24, numeral 5º, literal a), que exige se indiquen en los pliegos de condiciones «[…] los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección», iii) el artículo 24, numeral 5º, literal b), que establece que en los pliegos de condiciones se deben definir «[…] reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación».

De igual forma, iv) el artículo 24, numeral 8º, según el cual «Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto», v) el segundo inciso del parágrafo 3º del artículo 24, que exige tener en cuenta la selección objetiva de la entidad veedora para el procedimiento de venta de bienes de las entidades estatales por el sistema de martillo; vi) el numeral 18 del artículo 25, el cual señala que «La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva».

Finalmente, se manifiesta vii) en el numeral 2 del artículo 30, que dispone que «La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, […], en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas», viii) el inciso final del artículo 38, que obliga a las entidades estatales que tengan como objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones a respetar el principio de selección objetiva, y ix) el segundo inciso del artículo 76, que ordena cumplir también con dicho principio a las entidades que tengan por objeto la exploración, explotación y comercialización de recursos naturales renovables y no renovables.

Por su parte, a nivel reglamentario, el Decreto 1082 de 2015 también hace referencia a la selección objetiva como postulado esencial al interior de los procedimientos de selección. Así se infiere, por ejemplo del numeral 4º del artículo 2.2.1.1.2.1.3., que indica que dentro de la información del pliego de condiciones se deben definir «Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista», entre otros.

La jurisprudencia también ha reconocido la preponderancia de este deber en la etapa precontractual, indicando que su garantía es imprescindible para satisfacer adecuadamente las necesidades de la sociedad mediante la celebración del contrato. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho que la objetividad en la selección de los contratistas se relaciona, principalmente, con evitar criterios subjetivos, lo que significa reglas que evalúen factores comparables, dándole un valor a cada uno que permita una adjudicación objetiva[[6]](#footnote-6).

Igualmente, ha señalado que la selección objetiva «fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano, cual es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos»[[7]](#footnote-7).

Ahora bien, para garantizar los principios de la contratación pública en la contratación directa, particularmente, la transparencia y la selección objetiva, cuyos elementos se asemejan, como explicaremos enseguida, se debe tener en cuenta el numeral 2.1 de este documento. En ese aparte de este concepto se explicó, que en la sentencia C-713 de 2009 se analizaron las normas de la Ley 1150 de 2007, y en dicha decisión judicial se estableció que la contratación directa es una excepción, de las que puede hacer el legislador, a los principios de libre competencia y libre concurrencia.

Lo anterior puesto que no existe competencia, y por ello, no hay rivalidad entre los posibles proveedores del bien o servicio que requiere la entidad, teniendo en cuenta que al proceso solo concurre la persona que la entidad invita directamente. Esta persona es la única autorizada y por ende no hay libre concurrencia, porque así lo permiten las características de la modalidad de contratación directa analizadas, que dispuso el legislador.

Sin embargo, la contratación directa no está exceptuada del cumplimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, los cuales tienen como elemento común la objetividad en la selección del contratista. La evidencia son las definiciones expuestas en párrafos anteriores, ya que a pesar de que la entidad dirija la invitación a ofertar solamente a una persona, esto no significa que puede elegirla con base en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, etc.

En ese sentido, la persona a la que la entidad contrata directamente, es aquella que se considera que cumple con lo requerido para satisfacer la necesidad contractual. Esa consideración de la entidad contratante será objetiva en la medida en que se cumpla con el principio de planeación, que se refleja principalmente en los estudios previos y en el acto administrativo que justifica la contratación directa, en los casos en que aplica. De esta manera, aunque la contratación sea directa, como ya se explicó, esto no implica que la entidad no deba definir las condiciones del contratista que está en capacidad de cumplir el contrato, lo cual es un elemento común entre las modalidades de selección competitivas y no competitivas.

En todo caso, siempre deberán definirse los criterios de escogencia del contratista, pero la diferencia de las modalidades de selección radica en que las causales de contratación directa fueron dispuestas por el legislador en atención a que en el mercado no se encuentra una gran cantidad de proveedores que ofrezcan lo que la entidad requiere. O que existiendo muchos proveedores, la entidad los puede diferenciar a partir del nivel de conocimientos o experiencia que estos poseen para elegir entre ellos a uno que la entidad, objetivamente, considera como el que puede desarrollar de mejor forma el objeto contractual y demás elementos materiales que justifican la existencia de las demás causales de contratación directa.

De esta manera, a ese sujeto que la entidad selecciona puede invitarlo directamente a que presente oferta, sin que exista una indebida decisión arbitraria, esto es, una decisión caprichosa y basada en criterios subjetivos por parte de la entidad. La razón de esto es que, como se señaló, la objetividad está dada por la definición de criterios de escogencia que reflejen una justificación fundamentada en lo que requiere la entidad.

**2.3. El principio de planeación y los estudios previos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Aplicación a la contratación directa**

La planeación contractual es una herramienta de gerencia pública, que exige estructurar el proceso contractual dedicando tiempo y esfuerzos para elaborar estudios previos, los cuales deberán ser adecuados a su alcance y complejidad. Lo anterior con la finalidad de determinar la necesidad que pretende satisfacer la entidad estatal, consultando el tipo de bienes y servicios que ofrece el mercado y sus características, especificaciones, precios, costos, riesgos, garantías, disponibilidad, oferentes, etc.

Así, una debida planeación debe conducir a una escogencia diligente de la mejor oferta, para beneficiar los intereses y fines públicos inmersos en la contratación de las entidades estatales, buscando siempre la correcta ejecución del contrato[[8]](#footnote-8).

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contiene disposiciones que demandan de las entidades estatales el deber de planeación en la etapa precontractual. Esto con la finalidad de que los procesos de contratación satisfagan las necesidades de la Administración, cumplan sus fines, logren la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y permitan la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en su consecución. En relación con el principio de economía, se tienen las siguientes reglas derivadas de su aplicación, lo cual está previsto en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993:

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. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la *modalidad de selección sea contratación directa*, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda. (Cursivas propias)

De las normas citadas se resalta que, en virtud del principio de economía, para iniciar un proceso de contratación, *inclusive de contratación directa*, se requieren unos estudios previos. Con ellos, se estructuran, concretan y viabilizan los aspectos esenciales del futuro contrato, dentro de los cuales se encuentran su objeto y valor estimado, entre otros elementos.

Los componentes de los estudios previos que sirven de soporte para elaborar el proyecto de pliego, los pliegos de condiciones y el contrato, están previstos en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015. La norma exige que se determine la necesidad, el objeto a contratar con sus especificaciones y se estime el costo que implica la celebración del contrato de la siguiente manera:

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.

2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.

3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.

4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos presupuestales en la estimación de aquellos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.

[…]

Para cumplir este objetivo es necesario el estudio del mercado y el análisis del sector económico y de los oferentes, actividad de planeación previa que sirve para identificar aspectos concretos del mercado. Lo que se identifique puede afectar el proceso de selección o las condiciones del negocio a realizar a través del proceso de contratación de bienes, obras o servicios.

En este sentido, el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015 dispone que «La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo […]».

De acuerdo con la norma citada, la entidad debe realizar el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación, sin que sea relevante la modalidad de selección. Hacer un análisis desde la perspectiva legal implica la revisión de la regulación vigente para el mercado dentro del que se encuentra el objeto del contrato. La perspectiva comercial se refiere a analizar quiénes pueden ofrecer el bien o servicio que se quiere contratar, cuáles son sus condiciones, y si tienen condiciones especiales que sean relevantes para determinar los requisitos habilitantes, entre otros.

Desde una perspectiva financiera, el análisis conlleva revisar las características financieras que se presentan dentro del mercado del bien o servicio. Por ejemplo, el índice de endeudamiento que tienen las empresas o personas naturales que ofrecen dicho bien o servicio. Con la perspectiva organizacional se pretende que la entidad estatal entienda cómo están organizados internamente los posibles oferentes y de qué manera realizan sus negocios y operaciones.

Para negociar y adelantar un proceso de selección de manera adecuada, es necesario conocer la estructura de los posibles contratistas, pues permite identificar la forma en la que suplirá los requerimientos de la entidad. El análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del proceso de contratación, las condiciones del bien o servicio y las ventajas que representa para la Administración contratar el bien o servicio con el contratista. Por ello, el análisis del sector permite sustentar la decisión de realizar un proceso de contratación desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía.

Dicho análisis facilita tanto el conocimiento del sector, desde una perspectiva multidisciplinaria, como de los proveedores disponibles en el mercado para satisfacer la necesidad de la entidad contratante. Así mismo, el análisis del sector implica un estudio de la oferta, lo que permitirá identificar qué proveedores existen en el mercado y cómo intervienen en la cadena de producción, comercialización y distribución de los bienes, obras o servicios. De igual forma, podrá estudiar la demanda para determinar las entidades estatales y los particulares cómo adquieren esos bienes, obras o servicios para extraer las mejores prácticas e información para el proceso de contratación.

Colombia Compra Eficiente dispone de una «Guía para la Elaboración de Estudios del Sector», instrumento que sirve de apoyo para entender el mercado del bien, obra o servicio que la entidad estatal pretende adquirir. Lo anterior con el fin de diseñar el proceso de contratación con la información necesaria para alcanzar los objetivos de eficacia, eficiencia, economía, promoción de la competencia y manejo del riesgo.

En este instrumento se recomienda un análisis integral sobre varios aspectos del mercado –económico, técnico, regulatorio, etc.–, lo cual permitirá que la entidad delimite con precisión qué bienes y servicios existen, cuáles son las condiciones de su comercialización, cómo es la oferta y la demanda y cuáles son los factores que inciden en el valor del contrato, tales como el análisis de precios, las cargas tributarias, la tasa de cambio, las garantías, los gastos de transporte, etc.

Adicionalmente, si bien los estudios del sector son de gran relevancia en los procesos de contratación donde existe pluralidad de oferentes, nada obsta para que se elaboren allí donde no existiría competencia. Para estos efectos, la guía mencionada explica que «En la contratación directa, el análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del Proceso de Contratación, particularmente las condiciones del contrato, como los plazos y formas de entrega y de pago. El análisis del sector debe permitir a la Entidad Estatal sustentar su decisión de hacer una contratación directa, la elección del proveedor y la forma en que se pacta el contrato desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía».

De esta manera, la Entidad Estatal debe consignar en los *Documentos del Proceso*, bien sea en los estudios previos o en la información de soporte de los mismos, los aspectos de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015. De esta manera, en la contratación directa también deben existir unos estudios previos para fijar los criterios que justifican la escogencia del contratista. Dichos criterios tienen fundamento en el análisis del mercado, en el cual nada obsta para que la entidad identifique a varios proveedores en condiciones de cumplir el objeto del contrato.

El Consejo de Estado se pronunció sobre la relación existente entre el estudio del sector y la estimación del valor del contrato, indicando que se deben tener en cuenta las diferentes variables del mercado como los costos de la cadena de producción. Pero, independientemente de esto, la entidad debe obtener el menor precio o uno razonable. En todo caso el valor debe estar justificado para que no corresponda a sobrecostos ni a precios artificialmente bajos, y que con ello la entidad pague un valor adecuado, que no sea mayor ni menor. Esto se logra con el estudio del mercado y sus costos, el cual debe estar a disposición de los participantes del procedimiento contractual[[9]](#footnote-9).

Así, previo al cumplimiento de las obligaciones de carácter presupuestal, la entidad deberá fijar el presupuesto oficial del proceso, para que los interesados en presentar una oferta no hagan ofrecimientos que superen el valor con el que cuenta la entidad para pagarle al contratista por el respectivo bien o servicio, no solo porque la entidad no cuente con recursos disponibles para cubrir esa diferencia, sino porque fue el valor que arrojó el estudio del mercado.

 Finalmente, como se mencionó, los estudios previos deben contener las condiciones mínimas y necesarias que debe acreditar el contratista para demostrar su capacidad de cumplir el contrato. Respecto de la contratación directa, los estudios previos sustentan o exponen los argumentos relacionados con la idoneidad de la persona a contratar, y contienen las razones de que esta sea la adecuada para ejecutar el objeto contractual. El artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 399 de 2021, que señala el contenido de los estudios y documentos previos, y el principio de selección objetiva que se estudió a profundidad en el numeral 2.2 de este concepto, determinan lo relacionado con el estudio del sector y el análisis del mercado para conocer las condiciones en que se debe adquirir el bien o servicio que satisface su necesidad.

De esta manera, en relación con el contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o la contratación de peritos o asesores técnicos para presentar o contradecir una prueba en un proceso judicial, según el objeto de la consulta, conviene concluir que son unas causales de contratación directa, y que en ambos casos se debe verificar la idoneidad o experiencia del contratista sin que sea necesario recibir varias ofertas. Ello no obsta para que exista una selección objetiva al verificar las condiciones que arrojaron los estudios previos y que se invite a ofertar de forma directa al proveedor del servicio profesional o la experticia técnica que se considere idóneo y adecuado con base en dichos documentos.

**2.4. La causal de contratación directa adicionada por la Ley 2080 de 2021 y su aplicación**

La Ley 2080 publicada en el Diario Oficial No. 51.568 de 25 de enero 2021, fue expedida por el legislador para introducir algunas reformas el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– y para dictar normas tendientes a la descongestión de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Las normas de esta reforma están vigentes desde la fecha de publicación, esto es, desde el 25 de enero de 2021, con excepción de las normas que modifican las competencias de los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, que solo se aplicarán respecto de demandas que se presenten un año después de la publicada la ley, según lo dispone el régimen de vigencia y transición normativa previsto en el artículo 86.

En relación con el tema objeto de la consulta, se tiene que el artículo 82 de la referida ley adicionó una causal de contratación directa, a las previstas en numeral 4°, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. En tal sentido, el artículo 82 de la Ley 2080 de 2021 estableció lo siguiente:

Artículo 82. Adiciónese un literal k) al numeral cuarto del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, así:

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

k) La selección de peritos expertos o asesores técnicos para presentar o contradecir el dictamen pericial en procesos judiciales.

Como puede apreciarse, el artículo 82 de la Ley 2080 de 2021 insertó un nuevo literal al numeral 4° del artículo 2 de Ley 1150 de 2007 que enlista las causales que permiten a las entidades estatales seleccionar objetivamente al futuro contratista mediante el procedimiento excepcional de la contratación directa, lo que a su vez, autoriza la contratación estatal, para los eventos contemplados en dichas causales[[10]](#footnote-10), sin que medie convocatoria pública ni la obtención previa de varias ofertas, en los términos explicados en este concepto.

Ahora bien, la causal adicionada circunscribe el objeto del contrato para el cual fue autorizada, toda vez que señala que dicha causal podrá utilizarse cuando las entidades estatales tengan la necesidad de acudir a peritos expertos o asesores técnicos con la finalidad de presentar o contradecir un peritaje, que es una prueba técnica destinada a acreditar o comprobar hechos alegados por las partes o terceros en un proceso judicial.

Es así como la causal de contratación directa creada en el citado artículo 82 es consecuencia de la reforma de las normas procesales que gobiernan el decreto y la práctica de la prueba pericial en el proceso contencioso administrativo previsto en la Ley 1437 de 2011 –CPACA–, reforma realizada en artículos precedentes de la misma ley.

En efecto, nótese, por ejemplo, que la Ley 2080 de 2021, al regular en los artículos 54 a 58 la prueba pericial en los procesos judiciales de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dispuso que la prueba pericial puede ser aportada por las partes o puede ser decretada por el juez en el proceso, dentro de las oportunidades procesales correspondientes y, respecto de entidades públicas cuando son parte en el proceso judicial, para lo cual dispuso de las siguientes reglas especiales:

Artículo 58. Modifíquese el artículo 222 de la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así:

Artículo 222. Reglas especiales para las entidades públicas.

1. Para aportar el dictamen pericial o contradecirlo en los casos previstos en la ley, se faculta a las entidades públicas para que mediante contratación directa seleccionen los expertos que atenderán la prueba pericial requerida en un proceso judicial. Esta pericia también podrá ser contratada durante las restricciones establecidas en la Ley 996 de 2005.

Con el mismo fin se podrán contratar asesorías técnicas.

2. Cuando la experticia sea rendida por una entidad pública el juez deberá ordenar honorarios a favor de esta».

Véase entonces que la nueva causal de contratación directa añadida al listado de la Ley 1150 de 2007 opera bajo ciertos supuestos de hecho previstos en las referidas normas procesales citadas, que condicionan su utilización y dan cuenta de las siguientes características: i) es una causal de contratación que solo puede ser utilizada por la entidad estatal en el marco de un *proceso judicial*, o cuando sea la entidad la que vaya a promover el inicio del proceso, pues la necesidad que justifica la contratación de un perito o un asesor técnico es la de hacer valer una prueba técnica, como lo es el dictamen pericial, para acreditar o soportar los hechos que servirán a la defensa de los intereses de la entidad estatal involucrados en una controversia judicial. En este sentido, el contrato se celebraría con la finalidad de presentar o contradecir el dictamen pericial en un proceso judicial.

ii) La contratación recaerá sobre los servicios de un experto, llámese perito o asesor técnico, persona que debe ser contratada con especial eficiencia y celeridad, de ahí que el legislador haya autorizado acudir a la contratación directa, toda vez que, éste deberá cumplir con el objeto del contrato, que se traduce en la realización de un peritaje o de una asesoría técnica, de manera idónea según su experiencia y experticia, dentro de las oportunidades probatorias correspondientes y respetando los términos procesales con los que cuentan las entidades estatales en el proceso judicial para ejercer válidamente los actos procesales del caso para *aportar* o *contradecir* pruebas, como lo son, por ejemplo, la presentación o la contestación de la demanda.

iii) Por expresa disposición legal, la contratación directa de peritos y asesores técnicos para la finalidad prevista en la nueva causal del literal k) del numeral 4° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 comporta una *excepción* a la restricción de la contratación directa de las entidades estatales prevista en la Ley de Garantías Electorales –Ley 996 de 2005– por lo que una entidad estatal que requiera aportar o contradecir un dictamen pericial, dentro de un proceso judicial, podrá contratar directamente al perito o asesor técnico que requiera, aun en vigencia la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, esto es, durante los cuatro meses anteriores a las elecciones presidenciales y hasta la fecha en al cual el presidente sea elegido. Esta excepción especial se establece claramente en el numeral 1 del artículo 222 de la Ley 1437 de 2011, de acuerdo con la modificación realizada por el artículo 58 de la Ley 2080 de 2021.

De otro lado, cabe resaltar que tanto el artículo 82 que adicionó la causal de contratación directa, como el artículo 58 que dispuso las reglas especiales de las entidades públicas para la prueba pericial, entraron en vigor a partir del 25 de enero de 2021, fecha en que se publicó la Ley 2080 de 2021, por lo que su aplicación directa inició a partir de esa fecha en los términos previstos en el artículo 86 de la ley, sin que se observe que la norma haya deferido los efectos jurídicos de esos artículos a la existencia de una reglamentación posterior que provenga del Gobierno Nacional, en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 189.11 de la Constitución Política.

Finalmente, esta Agencia considera que aun cuando la tipología contractual para contratar a un experto con la finalidad de que éste realice un peritaje o brinde asesoría técnica para aportar o controvertir pruebas en un proceso judicial, podría ser el contrato de prestación de servicios, lo cierto es que el literal k) adicionado al numeral 4° del artículo 2 de la ley 1150 de 2007 es una nueva causal de contratación directa, autónoma y distinta a la prevista en el literal h) de esa misma norma que fue prevista para los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.

 De acuerdo con lo anterior, para hacer uso de esa causal de contratación directa, las entidades estatales deberán cumplir con la etapa de planeación precontractual, en los términos dispuestos en la Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y sus normas reglamentarias, como se explicó en las consideraciones que anteceden y antes de celebrar el contrato deberán expedir el acto administrativo de justificación de la contratación directa a que alude el artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015[[11]](#footnote-11), en el cual se justificará la necesidad de acudir a dicha modalidad de selección y demás contenidos exigidos en el artículo citado, incluyendo la fundamentación de las razones por las cuales el contrato a celebrar se enmarca en el literal k) adicionado por la Ley 2080 de 2021 al numeral 4° del artículo 2 de la ley 1150 de 2007. Lo anterior sin perjuicio de observar las demás exigencias desarrolladas en las consideraciones de este concepto, como, por ejemplo, la obligación de contar previamente con los respectivos estudios y documentos previos que fundamentan la contratación.

**3. Respuesta**

«[…] ¿las Entidades Estatales, desde la vigencia de la Ley 2080 de 2021, pueden hacer uso de la contratación directa para la celebración de contratos con peritos expertos o asesores técnicos para presentar o contradecir el dictamen pericial en procesos judiciales en los que haga parte la respectiva Entidad? […] ¿Cuál sería el procedimiento aplicable para llevar a cabo la celebración del contrato?»

El artículo 82 de la Ley 2080 de 2021 adicionó el literal k) al numeral 4° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 para permitir la contratación directa de peritos o asesores técnicos requeridos por las entidades públicas para aportar o contradecir dictámenes periciales en procesos judiciales, norma que está vigente desde el 25 de enero 2021 y tiene aplicación directa, sin que sus efectos jurídicos estén supeditados a una reglamentación posterior.

En consecuencia, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública pueden hacer uso de dicha causal, para lo cual deberán actuar conforme a las reglas emanadas de la aplicación de los principios de la contratación estatal para la modalidad de selección de la contratación directa, para lo cual deben asegurar la correcta etapa de planeación precontractual, la elaboración y publicación de los estudios y documentos previos que aseguren la selección objetiva de un contratista idóneo para ejecutar el objeto del contrato y justificar previamente la contratación directa mediante un acto administrativo, según lo establece el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Felipe Bastidas ParedesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil. Sentencia del 20 de febrero de 2006. Exp. 1.727. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de abril de 2015. Exp. 29.201. C.P. Olga Melida Valle de De La Hoz. [↑](#footnote-ref-3)
4. Al respecto, conviene recordar el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que establecía: «La selección de contratistas será objetiva.

»Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

»Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación».

»El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

»En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización». [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículo 5o. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

[…]

2. <Numeral modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

[…] [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 25 de octubre de 2019. Exp. 39.945. Consejera Ponente: María Adriana Marín: La selección de contratistas, para cumplir con el requisito de objetividad, debe caracterizarse: 1. Ausencia total de subjetividad; 2. Estar determinada por la comparación de distintos factores, establecidos con anterioridad por la Administración en el pliego de condiciones; 3. Estar determinada la forma como los factores de selección serán evaluados y el valor que corresponde a cada uno de ellos en el pliego de condiciones y 4. Estar determinada la adjudicación y celebración del negocio jurídico por un análisis, comparación y evaluación objetiva de las propuestas presentadas. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 5 de julio de 2018. Exp. 37.834. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-7)
8. La Corte Constitucional, en Sentencia C-300 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretel Chabljub, consideró al respecto: «El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos.

»Este principio está entonces directamente relacionado con los de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre concurrencia. De un lado, se relaciona con los principios de economía y eficacia (artículo 209 superior) y racionalidad de la intervención estatal (artículo 334 superior), pues los estudios previos no son solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato -en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios. Ciertamente, los estudios previos determinan el retorno que pueden esperar los inversionistas, el cual, si no es obtenido por causas imputables al Estado en el marco del esquema de distribución de riesgos, puede llevar a condenas judiciales o a la necesidad de renegociaciones a favor del contratista.

»De otro lado, se relaciona con el principio de libre concurrencia –manifestación de los principios constitucionales de libre competencia e igualdad, ya que permite que cualquier interesado con posibilidad de presentar una buena oferta según la información disponible, pueda participar en el respectivo proceso de selección; si la información fruto de la etapa precontractual es lejana a la realidad del negocio, posibles oferentes se abstendrán de presentar propuestas, en perjuicio de la libre competencia, y de la posibilidad de la entidad de acceder a ofertas más favorables. En este punto, vale la pena recordar que en los contratos de concesión, usualmente el concesionario acude a la financiación de terceros (por medio de créditos, venta de títulos, etc.), razón por la cual es indispensable contar con una imagen lo más cercana a la realidad de las dimensiones del negocio, con el fin de que los inversionistas lleven a cabo el respectivo análisis costo-beneficio y tomen decisiones sobre si participan o no en el proyecto. Sin esta información, las decisiones de financiación no podrán basarse en una previsión real de cómo obtener la mayor cantidad de servicios por el dinero invertido, elemento determinante de las decisiones de participación». [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2011. Exp. 18.293. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ley 1150 de 2007: «Artículo 2o. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

[…]

»4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

»a) Urgencia manifiesta;

»b) Contratación de empréstitos;

»c) <Inciso 1o. modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

[…]

»d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad-DAS, que necesiten reserva para su adquisición;

»e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;

»f) Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público;

»g) Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado;

»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;

»i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles.

»j) <Literal adicionado por el artículo 125 de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> La contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), que requieran reserva para su adquisición.

»k) <Literal adicionado por el artículo 82 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> La selección de peritos expertos o asesores técnicos para presentar o contradecir el dictamen pericial en procesos judiciales». [↑](#footnote-ref-10)
11. Así lo prevé el artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015: «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 del presente decreto». [↑](#footnote-ref-11)