**CONTRATACIÓN DIRECTA – Causales – Naturaleza excepcional**

[…] la contratación directa […] 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. Según el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, las causales para acudir a la modalidad de selección de contratación directa son: i) la urgencia manifiesta; ii) la contratación entre entidades estatales; iii) cuando no exista pluralidad de oferentes; iv) contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión; v) contratos para la ejecución de contratos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales; vi) adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles; vii) contratos de empréstitos; viii) contratación de bienes y servicios del sector defensa que requieran reserva; ix) contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas; x) contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inicien el acuerdo de reestructuración de pasivos; xi) la contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), que requieran reserva para su adquisición y xii) la selección de peritos expertos o asesores técnicos para presentar o contradecir el dictamen pericial en procesos judiciales.

**CONTRATACIÓN DIRECTA – Aplicación de los principios de la contratación estatal**

[…] el adelantamiento del procedimiento administrativo de selección de contratación directa en manera alguna exime a la entidad de aplicar los principios que irradian a la contratación con el Estado, siendo que, a lo sumo, dichos principios quizás se morigeran o modulan frente a la naturaleza y finalidades especiales de tal procedimiento de selección, pero en ningún momento se anulan o excepcionan. Tal aserto no solo se deriva del simple hecho que toda modalidad de selección, en primera medida, resulta ser no más que una manera de manifestación de la función administrativa y formalmente un procedimiento administrativo especial que, por ende, debe atender a los principios que a tal función y a dicho procedimiento atañe, sino por la expresión clara, entre otros, del artículo 23 de la Ley 80 de 1993 que establece 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». En el mismo sentido, 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».

**CONTRATACIÓN DIRECTA – Deber de planeación – Justificación de la modalidad de selección**

[…] una de las exigencias normativas, que al mismo tiempo se erige como contenido propio del deber de planeación en la contratación estatal, es la consistente en justificar debidamente la modalidad para la selección del contratista escogida. Lo anterior dado que cada una de dichas modalidades, por un lado, cuenta con causales específicas y de aplicación restrictiva, como resulta suceder, por ejemplo, con la contratación directa, y, además, por cuanto ha sido intención del legislador lograr que con el diseño de cada una de dichas modalidades de selección se atienda de manera adecuada e idonea a la necesidad de la entidad contratante, a la naturaleza del objeto a contratar y a las circunstancias propias de la contratación. Por ende, la escogencia correcta del procedimiento de selección es un aspecto que no obedece a un aspecto meramente formal o de trámite sino que, por el contrario, atiende y pretende la mejor y óptima aplicación de los principios que guían la función administrativa. Es por dicha razón que el parágrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 claramente determina el deber de la entidad pública de justificar al escogencia de esta o aquella modalidad de selección, en los siguientes términos textuales: «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» [subraya añadida]. De tal manera, el contenido de los pliegos de condiciones establecido en el precitado artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, no resulta ser más que una reiteración del deber de las entidades estatales dado por la Ley 1150 de 2007 y derivado, entre otros, del deber de planeación.

**CONTRATACIÓN DIRECTA – Acto administrativo de justificación**

Si bien dicha disposición de la Ley 1150 habría resulta suficiente para comprender que todas las modalidades de selección, la entidad debería justificar la escogencia de una u otra, el reglamento estableció, al tratarse de la contratación directa, el deber de emitir un acto administrativo de justificación de dicha modalidad, con un contenido especial. Así, en su artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015 establece que «La Entidad Estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa», el cual deberá contener: […] 3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.

**CONTRATACIÓN DIRECTA – Acto administrativo de justificación – Excepciones**

[…] el inciso segundo del mismo artículo exceptúa la emisión de dicho acto administrativo para los casos en que «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 2.2.1.2.1.4.3del presente decreto», referidos, estos últimos, a la contratación de empréstitos y a la celebración de contratos interadministrativos por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Banco de la República. Sin embargo, debe aclararse, tal y como lo ha dicho el Consejo de Estado, que la no exigencia en cuanto a la emisión del acto administrativo de justificación de la contratación directa, no exime a la respectiva entidad para que, dentro de sus estudios previos, realice el análisis suficiente y necesario para justificar la modalidad de selección escogida, en aplicación a lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, así como de lo derivado de los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

**CONTRATACIÓN DIRECTA – Acto administrativo de justificación – Acto de trámite – Improcedencia de recursos administrativos - firmeza**

[…] el acto por el cual se justifica la contratación directa no es un acto administrativo definitivo, por cuanto no decide de fondo sobre ningún asunto, así como tampoco impide la continuación de la respectiva actuación; sino que, por el contrario, justifica y sustenta el procedimiento de contratación, por lo cual se erige en un acto preparatorio que permite continuar con el trámite de las diligencias posteriores y necesarias para culminar con la contratación directa. En ese sentido, dicho acto resulta ser no más que un acto preparatorio para la celebración del contrato estatal. Con su emisión, la entidad pública, en los que casos en que sea exigible, cumple con un requisito formal derivado de su deber de planeación y transparencia en la actuación administrativa contractual, y permite que, a continuación, se celebre el respectivo contrato con el contratista elegido directamente. Dicho acto se limita, como se dijo, a verificar la existencia de ciertos elementos y circunstancias que activen alguna de las causales para que la entidad se halle facultada para contratar directamente y prescindir, por ende, de los demás procedimientos de selección que impliquen convocatoria pública. Así las cosas, de acuerdo con las normas transcritas, no procedería interponer recurso alguno por vía administrativa contra el acto que justifica la contratación directa. En el mismo sentido, el acto de justificación de la contratación directa quedaría en firme una vez se haya publicado, de conformidad con lo estatuido por el numeral primero del artículo 87 de la Ley 1437 de 2011, según el cual los actos administrativos, contra los cuales no proceda recurso alguno, quedarán en firme «desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso». En ese punto, vale la pena referirnos al régimen especial de publicidad de los actos emitidos en el proceso contractual a través del Sistema Electrónico de Contratación Pública –Secop–, reiterando lo dicho por esta Agencia en conceptos anteriores y unificado en el CU-003 de 2020, que se reitera a continuación.

**CONTRATACIÓN DIRECTA – Principio de publicidad**

[…] el gobierno nacional estableció algunas excepciones a la publicidad de los documentos del proceso en el SECOP durante los tres (3) días siguientes a su expedición en la modalidad de contratación directa; lo que permite concluir que aquellos casos que no estén exceptuados en forma explícita de dicho deber ingresan dentro de la regla general. Con fundamento en esta idea, cabe precisar que en la contratación directa los documentos del proceso también deben ser publicados en la oportunidad indicada, teniendo en cuenta la causal de que se trate. Verbigracia, para la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales, de apoyo a la gestión o para la realización de actividades artísticas que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales no se requiere expedir previamente el acto administrativo de justificación de la contratación directa. Por lo tanto, en este supuesto, por sustracción de materia, no hay que publicar dicho documento en el SECOP. Algo similar sucede en la contratación de urgencia manifiesta, en la cual no se requiere de la elaboración de estudios y documentos previos, de manera que, obviamente, estos no se publican. En los demás casos de contratación directa los estudios previos, una vez expedidos, deben publicarse en el SECOP dentro de los tres (3) días siguientes.



Bogotá, 14 Enero 2022

Señora

**Camila Cristancho**

milicristorres@gmail.com

 **Concepto C – 687 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CONTRATACIÓN DIRECTA – Causales – naturaleza excepcional / CONTRATACIÓN DIRECTA – Aplicación de los principios de la contratación estatal / CONTRATACIÓN DIRECTA – Deber de planeación - Justificación de la modalidad de selección / CONTRATACIÓN DIRECTA – Acto administrativo de justificación / CONTRATACIÓN DIRECTA – Acto administrativo de justificación- Excepciones / CONTRATACIÓN DIRECTA – Acto administrativo de justificación – acto de trámite – improcedencia de recursos administrativos / CONTRATACIÓN DIRECTA – Principio de publicidad  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20211201011127 |

Estimada señora Cristancho:

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 1 de diciembre de 2021.

**1. Problema planteado**

En su consulta, usted trae a colación la disposición del artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015, según el cual la entidad pública contratante deberá emitir un acto administrativo de justificación de la contratación directa, ante lo cual, y teniendo en cuenta su carácter especial derivado de los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, plantea los siguientes interrogantes:

«¿El acto administrativo de justificación de la contratación directa puede ser expedido de forma concomitante con el contrato respectivo?

¿Los artículos 65 y 87 de la Ley 1437 de 2011 aplican para el tramite de expedición y firmeza del acto administrativo de justificación de la contratación directa?

En caso de ser afirmativa la respuesta al interrogante anterior ¿para celebrar el contrato a través de la modalidad de contratación directa, se requiere que el acto administrativo de justificación de la contratación directa quede en firme de acuerdo con el numeral 1 del artículo 87 de la Ley 1437 de 2011? Esto es, ¿debe haber transcurrido un día desde su publicación para poder celebrar el contrato respectivo? O al tratarse de un requisito que hace parte de la etapa de planeación puede concurrir con la celebración del contrato?»

**2. Consideraciones**

Con el fin de resolver los interrogantes transcritos, a continuación, la Agencia analizará los siguientes temas: i) generalidades sobre la contratación directa como modalidad para la selección objetiva del contratista y, en particular, los alcances y características del acto administrativo para su justificación; ii) publicidad de la actividad contractual en el Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOP– y iii) documentos del proceso que deben publicarse en el SECOP, en el caso de la contratación directa.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha referido a la contratación directa como modalidad de selección de contratistas y a la aplicación de los principios generales de la contratación pública, entre otros, en los Conceptos C-418 del 18 de agosto de 2021 y C-561 del 8 de octubre de 2021. Por su parte, en el Concepto C–061 del 03 de marzo de 2020, se reiteró la tesis planteada en el Concepto de Unificación CU-003 de 2020 sobre los alcances del principio de publicidad y la utilización del Secop, así como la manifestación particular que dicho principio tiene al tratarse de la modalidad de selección de contratación directa. Las tesis desarrolladas en estos conceptos se reiteran y complementan a continuación.

**2.1. Generalidades sobre la contratación directa como modalidad para la selección objetiva del contratista y, en particular, el acto administrativo de su justificación**

Como se dijo en concepto previo de esta Agencia[[1]](#footnote-1), 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, donde 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[[2]](#footnote-2).

En relación con la contratación directa, es importante señalar 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 en los procesos de contratación, para que cualquier persona interesada en satisfacer la necesidad de una entidad pueda presentar una oferta.

Según el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, las causales para acudir a la modalidad de selección de contratación directa son: i) la urgencia manifiesta. ii) La contratación entre entidades estatales. iii) Cuando no exista pluralidad de oferentes[[3]](#footnote-3). iv) Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión[[4]](#footnote-4). v) Contratos para la ejecución de contratos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. vi) Adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles. vii) Contratos de empréstitos. viii) Contratación de bienes y servicios del sector defensa que requieran reserva. ix) Contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas. x) Contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inicien el acuerdo de reestructuración de pasivos. xi) La contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), que requieran reserva para su adquisición. xii) La selección de peritos expertos o asesores técnicos para presentar o contradecir el dictamen pericial en procesos judiciales. xiii) Los contratos o convenios que las entidades estatales suscriban con los cabildos Indígenas y las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del Gobierno Propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas. xiv) Los contratos que las entidades estatales suscriban con los consejos comunitarios de las comunidades negras, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad étnica y cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los derechos de los pueblos de las mismas comunidades. xv) Los contratos que las entidades estatales suscriban con las organizaciones de base de personas pertenecientes a poblaciones afrocolombianas, raizales y palenqueras o con las demás formas y expresiones organizativas, que cuenten con diez (10) años o más de haber sido incorporados, por el Ministerio del Interior en el correspondiente Registro Público Único Nacional y que hayan cumplido con el deber de actualización de información en el mismo registro, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento de sus organizaciones, la identidad étnica y cultural, y/o la garantía de los derechos de las poblaciones de las mismas organizaciones[[5]](#footnote-5).

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 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[[6]](#footnote-6).

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.

Como se enunció anteriormente, la realización del procedimiento administrativo de selección de contratación directa en manera alguna exime a la entidad de aplicar los principios que irradian a la contratación con el Estado; aunque, a lo sumo, dichos principios quizás se morigeran o modulan frente a la naturaleza y finalidades especiales de tal procedimiento de selección, pero en ningún momento se anulan o excepcionan.

Tal aserto no solo se deriva del hecho que todo procedimiento de selección, independientemente de su modalidad, es una forma de manifestación de la función administrativa y formalmente un procedimiento administrativo especial que, por ende, debe atender a los principios que a tal función y a dicho procedimiento atañe; sino por la expresión clara, entre otros, del artículo 23 de la Ley 80 de 1993 que establece 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». En el mismo sentido, el artículo 2 de la Ley 1150 del 2007 establece que en el procedimiento aplicable a cada una de las modalidades de selección de contratistas, «deberá[n] observarse los principios de transparencia, economía, responsabilidad»[[7]](#footnote-7).

De esta manera, es lógico que el deber de planeación que debe guiar la actividad contractual del Estado, también resulte exigible en la contratación directa, como lo ha dejado claro esta Agencia, entre otros, en el Concepto C–418 de 2021 –arriba citado–, al indicar que 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, se estime el costo que implica la celebración del contrato y se justifique la modalidad de selección del contratista, incluyendo sus fundamentos jurídicos, 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. (subraya añadida)

De lo anterior se desprende que una de las exigencias normativas, que al mismo tiempo se erige como contenido propio del deber de planeación en la contratación estatal, consiste en justificar debidamente la modalidad para la selección del contratista escogida. Lo anterior, dado que cada una de dichas modalidades, por un lado, cuenta con causales específicas y de aplicación restrictiva, como resulta suceder, por ejemplo, con la contratación directa, y, además, por cuanto ha sido intención del legislador lograr que con el diseño de cada una de dichas modalidades de selección se atienda de manera adecuada e idónea a la necesidad de la entidad contratante, a la naturaleza del objeto a contratar y a las circunstancias propias de la contratación. Por ende, la escogencia correcta del procedimiento de selección es un aspecto que no obedece a un aspecto meramente formal; sino que, por el contrario, atiende y pretende la mejor y óptima aplicación de los principios que guían la función administrativa.

Por esta razón, el parágrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 claramente determina el deber de la entidad pública de justificar la escogencia de esta o aquella modalidad de selección, en los siguientes términos: «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». De tal manera, el contenido de los pliegos de condiciones establecido en el precitado artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, no resulta ser más que una reiteración del deber de las entidades estatales dado por la Ley 1150 de 2007 y derivado, entre otros, del deber de planeación.

Si bien dicha disposición de la Ley 1150 resultaría suficiente para comprender que en todas las modalidades de selección la entidad debe justificar la escogencia de una u otra, el reglamento estableció, al tratarse de la contratación directa, el deber de emitir un acto administrativo de justificación de dicha modalidad, con un contenido especial. Así, en su artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015 establece que «La Entidad Estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa», el cual deberá 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.

A su turno, el inciso segundo del mismo artículo exceptúa la emisión de dicho acto administrativo para los casos en que «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 2.2.1.2.1.4.3del presente decreto», referidos, estos últimos, a la contratación de empréstitos y a la celebración de contratos interadministrativos por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Banco de la República.

Sin embargo, debe aclararse, tal y como lo ha dicho el Consejo de Estado[[9]](#footnote-9), que la no exigencia en cuanto a la emisión del acto administrativo de justificación de la contratación directa, no exime a la respectiva entidad para que, dentro de sus estudios previos, realice el análisis suficiente y necesario para justificar la modalidad de selección escogida. Lo anterior, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, así como de los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993[[10]](#footnote-10), según se indicó arriba, por cuanto «las normas legales que integran el estatuto de contratación estatal, al regular el principio de transparencia que debe imperar en la actividad contractual, no establecen distinción alguna orientada a relevar a una o a varias entidades estatales, en ciertos eventos, del deber que les asiste justificar la modalidad de selección escogida *previamente a su apertura y por contera a la celebración del contrato producto de la misma* […]»[[11]](#footnote-11) (cursiva añadida).

De lo anterior se destaca, por un lado, que el deber de justificar suficientemente la modalidad de selección escogida es de raigambre legal, más allá de la precisión que sobre la contratación directa haga el reglamento y, por otro, por ser relevante para la consulta que ahora conoce la Agencia, que dicha justificación, lógica y necesariamente, debe anteceder a la celebración misma del contrato respectivo.

Para esta Agencia, la existencia de una norma reglamentaria especial que implique la obligación, en cabeza de la entidad contratante, de emitir un acto administrativo particular a través del cual justifique la escogencia de la contratación directa, además de acompasarse con los principios de transparencia, publicidad y selección objetiva que, como se dijo, deben aplicarse en dicho procedimiento de selección, resulta coherente con el carácter excepcional y taxativo de las causales para contratar directamente. Lo que se pretende con la exigencia de ese acto administrativo, dicho en otras palabras, es que la entidad certifique y/o verifique la causal aplicable y, por ende, la procedencia de la contratación directa, como procedimiento de selección que, por sus especiales características debilita la aplicación de ciertos principios fundamentales para la contratación del Estado, como es, por ejemplo, la libre concurrencia.

Ahora bien, el artículo 2.2.1.2.1.4.2. del Decreto 1082 de 2015 determina que cuando la causal de procedencia de la contratación directa sea la de urgencia manifiesta, «el acto administrativo que la declare hará las veces del acto administrativo de justificación»[[12]](#footnote-12). Lo anterior, se explica en las circunstancias propias de la urgencia manifiesta que por razones, precisamente, de apremio y urgencia, implican la prescindencia de ciertas ritualidades o formalidades en aras de agilizar la contratación.

Lo anterior permite concluir a la Agencia que la justificación de la modalidad de selección correspondiente, así como la emisión del acto administrativo de justificación de la contratación directa cuando este proceda, en todo caso serán previos, si es del caso, a la apertura del respectivo procedimiento y a la celebración del contrato mismo.

Ahora bien, por ser especialmente relevante para resolver la consulta que ahora conoce la Agencia, conviene precisar la procedencia o improcedencia de los recursos administrativos contra el acto administrativo de justificación de la contratación directa. Para ello, se recuerda que, según el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, «los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo».

En armonía con lo anterior, debe tenerse en cuenta que el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011[[13]](#footnote-13), dispone que, por regla general, contra los *actos definitivos* procederá el «recurso de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque»; mientras que el artículo 75 *ejusdem*, establece que «no habrá recurso contra los actos de carácter general, *ni contra los de trámite, preparatorios*, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa» (cursiva fuera de texto). En este punto, entonces, es necesario determinar si el acto mediante el cual se justifica la contratación directa es o no un acto definitivo contra el cual, por ende, proceda el recurso de reposición en sede administrativa o si, por el contrario, se trata de un acto preparatorio o de trámite no susceptible de controversia directa por dicha vía.

Al respecto, se observa que tradicionalmente se ha diferenciado entre los actos de carácter definitivo y los de mero trámite o preparatorios, hasta el punto que la propia Ley 1437 de 2011, en su artículo 43, define a los primeros como «[…] los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación». En similar sentido se ha manifestado la doctrina al indicar el contraste existente entre tales categorías de actos, llegando algunos, inclusive, a diferenciar entre actos administrativos propiamente dichos de los simples «actos de la administración», incluyendo dentro de esta última categoría a los actos de trámite o mera sustanciación, los cuales, normalmente, «no son recurribles ni mucho menos controvertibles ante la jurisdicción contencioso administrativa, excepto cuando de manera anormal llegaren a contener alguna decisión definitiva creadora de situaciones jurídicas particulares»[[14]](#footnote-14), cuestión esta última que viene a ser reafirmada por la disposición del artículo 75 de la Ley 1437 que se mencionó antes.

Para la Agencia, es claro que el acto por el cual se justifica la contratación directa no es un acto administrativo definitivo, por cuanto no decide de fondo sobre ningún asunto, así como tampoco impide la continuación de la respectiva actuación; sino que, por el contrario, justifica y sustenta el procedimiento de contratación, por lo cual se erige en un acto preparatorio que permite continuar con el trámite de las diligencias posteriores y necesarias para culminar con la contratación directa. En ese sentido, dicho acto resulta ser no más que un acto preparatorio para la celebración del contrato estatal. Con su emisión, la entidad pública, en los que casos en que sea exigible, cumple con un requisito formal derivado de su deber de planeación y transparencia en la actuación administrativa contractual, y permite que, a continuación, se celebre el respectivo contrato con el contratista elegido directamente.

Dicho acto se limita, como se dijo, a verificar la existencia de ciertos elementos y circunstancias que activen alguna de las causales para que la entidad se halle facultada para contratar directamente y prescindir, por ende, de los demás procedimientos de selección que impliquen convocatoria pública. Así las cosas, de acuerdo con las normas transcritas, no procedería interponer recurso alguno por vía administrativa contra el acto que justifica la contratación directa.

En el mismo sentido, el acto de justificación de la contratación directa quedaría en firme una vez se haya publicado, de conformidad con lo estatuido por el numeral primero del artículo 87 de la Ley 1437 de 2011, según el cual los actos administrativos, contra los cuales no proceda recurso alguno, quedarán en firme «desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso». En ese punto, vale la pena referirnos al régimen especial de publicidad de los actos emitidos en el proceso contractual a través del Sistema Electrónico de Contratación Pública –Secop–, reiterando lo dicho por esta Agencia en conceptos anteriores y unificado en el CU-003 de 2020, que se reitera a continuación.

**2.2. Publicidad de la actividad contractual en el Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOP–**

Para la Corte Constitucional, el principio de publicidad es la garantía que tienen las personas de conocer las actuaciones judiciales y administrativas y con base en ese conocimiento tener la posibilidad de exigir que se cumplan conforme a la ley:

El principio de publicidad se encuentra consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política, que señala que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento entre otros, en el «principio de publicidad», el cual se evidencia en dos dimensiones.

La primera de ellas, como el derecho que tienen las personas directamente involucradas, al conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, la cual se concreta a través de los mecanismos de comunicación y la segunda, como el reconocimiento del derecho que tiene la comunidad de conocer las actuaciones de las autoridades públicas y, a través de ese conocimiento, a exigir que ellas se surtan conforme a la ley[[15]](#footnote-15).

El principio de publicidad impone a las autoridades administrativas el deber de dar a conocer sus actos, contratos y decisiones, para que se divulguen y eventualmente se controlen las actuaciones.

El literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 establece que el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP– «contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos»[[16]](#footnote-16).

De otra parte, la Ley 1712 de 2014, por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones, identifica como principios que orientan el derecho de acceso a la información pública, el de máxima publicidad, transparencia en la información y buena fe. El principio de máxima publicidad establece que «toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal»[[17]](#footnote-17). El principio de transparencia en la información alude al deber de los sujetos de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles, y a través de los medios y procedimientos que establezca la ley.

La ley citada establece, en el literal e) del artículo 9, que los sujetos obligados, que son todas las entidades públicas[[18]](#footnote-18), deben publicar la información relativa a su contratación. Esta obligación fue desarrollada por el Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015[[19]](#footnote-19), el cual dispuso que la publicación de la información contractual de los sujetos obligados, que contratan con cargo a recursos públicos, debe hacerse en el Sistema Electrónico de Contratación Pública ─SECOP–.

Asimismo, de acuerdo con el literal g) del artículo 11 de la misma Ley, todos los destinatarios de la ley de transparencia deben garantizar la publicidad de «sus procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones y compras, así como todos los datos de adjudicación y ejecución de contratos, incluidos concursos y licitaciones», y esta información también debe estar en el SECOP.

El derecho de acceso a la información pública o de interés público permite a toda persona, sin necesidad de acreditar calidad, interés o condición particular, conocer la existencia de información pública, acceder a la misma y difundirla o publicarla, según su interés[[20]](#footnote-20).

Para el año 2013, la Agencia Nacional de Contratación Pública ─ Colombia Compra Eficiente, mediante la Circular Externa No 1 del 21 de junio de 2013, recopilada en la Circular Externa Única, recordó a todas las entidades del Estado el deber de publicar oportunamente su actividad contractual en el SECOP, sin distinción de su régimen jurídico, naturaleza jurídica o la pertenencia a una u otra rama del poder público[[21]](#footnote-21). Además, la Circular Externa Única, en el numeral 1.1., establece, de manera enunciativa, que deben publicar en el SECOP: «2. Las entidades del Estado que tienen un régimen especial de contratación, siempre y cuando el contrato ejecute o tenga como fuente de financiación dineros públicos, sin importar su proporción, a través del módulo [Régimen Especial], de acuerdo con lo establecido en su propio manual de contratación».

El debate sobre la obligatoriedad o no de publicar en el SECOP, para las entidades con régimen especial de contratación, ya fue definido, al menos de manera preliminar, por el Consejo de Estado. La Sección Tercera, Subsección C, en el Auto del 14 de agosto de 2017, expresó que la obligación prevista en la Circular Externa No. 1 se ajusta a la normativa superior:

[…] resulta razonable concluir, en esta oportunidad, que en virtud del deber de información prescrito en el literal c) del artículo 3 o de la Ley 1150 de 2007 los sujetos obligados bajo tal norma [todos los que realizan contratación con dineros públicos] deben suministrar información sobre su contratación en términos veraces, auténticos y completos en el sistema electrónico SECOP, lo que incluye, entonces, todo acto que sea expresión de ejercicio o despliegue de actividad contractual.

11.5. ─Y es que, si se quiere en términos más detallados el literal c) del artículo 3o de la Ley en comento responde claramente las siguientes inquietudes: ¿Quiénes están obligados? los que realizan contratación con dineros públicos; ¿en razón de qué están obligados? En razón al manejo de tales recursos públicos y no por razón diferente; ¿Cuál es el límite o la extensión de ese deber? Única y exclusivamente comprende la información relativa a lo que sea objeto de contratación con recursos públicos, se excluyen de allí la que se realice con otras fuentes. ¿Dónde se debe surtir ese deber de información? Por conducto del sistema electrónico SECOP.

[…]

Así, lo que resulta también razonable afirmar es que el aludido deber de informar ya se encontraba bien dispuesto y definido desde el precepto legal de 2007, pues del texto del inciso de marras se sabe qué, quién y cómo se debe satisfacer ese deber y no surgió, como parece anotarlo la Fundación, con la expedición de la Circular Externa contra la cual se promueve este juicio contencioso de legalidad. Y, agrega este Despacho, este deber vino a ser reiterado [no creado] en la Ley 1712 de 2014[[22]](#footnote-22).

Adicionalmente, el deber de hacer pública la información contractual oficial no se determina por la naturaleza de la entidad ejecutora ─pública o privada─, ni del régimen sustantivo contractual que aplique, sea de la Ley 80 de 1993 o de los regímenes exceptuados. En particular, sobre el deber de publicidad de estos, el Consejo de Estado sostuvo:

Por consiguiente, otra conclusión natural de lo que se viene de decir es que la exigibilidad prevista en el literal c) del artículo 3° de la Ley 1150 de 2007 y aquella reflejada en la Circular Externa sobre deber de informar no alteran ni trastocan el régimen jurídico contractual, por la potísima razón que lo único que impone o carga a cuenta de los sujetos obligados es hacer público, publicitar, reportar, informar ciertos asuntos específicos: la completa actividad contractual que hayan ejecutado con cargo a tales recursos públicos, de donde se desprende que no se estructura ese deber informativo en relación a los negocios que celebren con cargo a recursos de otra índole.

Nótese, entonces, que el Consejo de Estado asumió como criterio para determinar la obligatoriedad de publicar en el SECOP que la contratación se haga con recursos públicos, conclusión que extrajo del literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007. Así pues, a partir de la anterior decisión, la obligación de publicar en el SECOP, por parte de las entidades con régimen especial, adquirió un elemento normativo adicional a las Leyes 1150 de 2007, 1712 de 2014 y la Circular Externa Única: un pronunciamiento del Consejo de Estado.

**2.3. Documentos del proceso que deben publicarse en el SECOP. El caso de la contratación directa**

Teniendo en cuenta que la consulta versa sobre la publicidad de los documentos del proceso en la modalidad de contratación directa, se analizará la forma como las disposiciones normativas que regulan el tema aplican en dicho caso.

Como se indicó, el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015 establece: «La Entidad Estatal está obligada a publicar en el SECOP los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el SECOP».

Por su parte, el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015 establece que los «Documentos del Proceso son: (a) los estudios y documentos previos; (b) el aviso de convocatoria; (c) los pliegos de condiciones o la invitación; (d) las Adendas; (e) la oferta; (f) el informe de evaluación; (g) el contrato; y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación».

A su vez, el artículo 2.2.1.2.1.4.3. del mismo Decreto establece excepciones a la publicidad de los estudios y documentos previos, indicando: «Los estudios y documentos previos elaborados para los siguientes Procesos de Contratación no son públicos: a) la contratación de empréstitos; b) los contratos interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República, y c) los contratos a los que se refiere el 2.2.1.2.1.4.6[[23]](#footnote-23) del presente decreto».

Como puede observarse, el gobierno nacional estableció algunas excepciones a la publicidad de los documentos del proceso en el SECOP durante los tres (3) días siguientes a su expedición en la modalidad de contratación directa; lo que permite concluir que aquellos casos que no estén exceptuados en forma explícita de dicho deber ingresan dentro de la regla general. Con fundamento en esta idea, cabe precisar que en la contratación directa los documentos del proceso también deben ser publicados en la oportunidad indicada, teniendo en cuenta la causal de que se trate. Verbigracia, para la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales, de apoyo a la gestión o para la realización de actividades artísticas que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales no se requiere expedir previamente el acto administrativo de justificación de la contratación directa[[24]](#footnote-24). Por lo tanto, en este supuesto, por sustracción de materia, no hay que publicar dicho documento en el SECOP. Algo similar sucede en la contratación de urgencia manifiesta, en la cual no se requiere de la elaboración de estudios y documentos previos[[25]](#footnote-25), de manera que, obviamente, estos no tendrían que publicarse. En los demás casos de contratación directa los estudios previos, una vez expedidos, deben publicarse en el SECOP dentro de los tres (3) días siguientes, de conformidad con la normatividad vigente.

**3. Respuesta**

«¿El acto administrativo de justificación de la contratación directa puede ser expedido de forma concomitante con el contrato respectivo?

La justificación de la modalidad de selección correspondiente, así como la emisión del acto administrativo de justificación de la contratación directa cuando este proceda, en todo caso serán previos a la celebración del contrato mismo.

¿Los artículos 65 y 87 de la Ley 1437 de 2011 aplican para el tramite de expedición y firmeza del acto administrativo de justificación de la contratación directa?

En caso de ser afirmativa la respuesta al interrogante anterior ¿para celebrar el contrato a través de la modalidad de contratación directa, se requiere que el acto administrativo de justificación de la contratación directa quede en firme de acuerdo con el numeral 1 del artículo 87 de la Ley 1437 de 2011? Esto es, ¿debe haber transcurrido un día desde su publicación para poder celebrar el contrato respectivo? O al tratarse de un requisito que hace parte de la etapa de planeación puede concurrir con la celebración del contrato? »

Como se explicó en la respuesta anterior, la entidad pública contratante deberá justificar la modalidad de selección elegida y emitir el acto administrativo de justificación de la contratación directa cuando él sea requerido, de manera previa a la celebración del contrato mismo. En esa medida, dado que el acto de justificación de la contratación directa resulta ser un acto de trámite contra el cual no proceden recursos por vía administrativa, su firmeza se adquiere, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 87 de la Ley 1437 de 2011, esto es, desde el día siguiente a partir de su publicación, para lo cual deberán ser atendidas las normas especiales relacionadas con la publicidad de los actos que se emitan con ocasión de la actividad contractual del Estado, según lo explicado en el presente concepto.

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



Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Álvaro Namén VargasContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Concepto C-418 del 18 de agosto de 2021. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-2)
3. No existe pluralidad de oferentes cuando sólo hay una persona que pueda proveer el bien o servicio, bien sea por ser el titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, bien sea por ser el proveedor exclusivo en el territorio nacional, de conformidad con el artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-3)
4. Los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión son aquellos de naturaleza intelectual que se derivan del cumplimiento de funciones de la Administración, como los relacionados con actividades operativas, logísticas o asistenciales, de conformidad con el artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-4)
5. Las 3 últimas causales fueron creadas por la Ley 2160 del 25 de noviembre de 2021. [↑](#footnote-ref-5)
6. 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-6)
7. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, Concepto C-561 del 8 de octubre de 2021. [↑](#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. Subsección A. Sentencia del 24 de mayo de 2018, Rad. 11001-03-26-000-2014-00035-00 (50222). [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 7 de marzo de 2011. Rad. 10010326000200900070. M.P. Enrique Gil Botero, en esta providencia se dijo: «Pues bien, motu proprio, el reglamento —Decreto 2474— 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» [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto 2014-00035 del 14 de mayo de 2014, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-11)
12. Artículo 2.2.1.2.1.4.2. Declaración de urgencia manifiesta: Si la causal de contratación directa es la urgencia manifiesta, el acto administrativo que la declare hará las veces del acto administrativo de justificación, y en este caso la Entidad Estatal no está obligada a elaborar estudios y documentos previos.

Por su parte, el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 establece, en su inciso segundo, que «la urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado». [↑](#footnote-ref-12)
13. Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [↑](#footnote-ref-13)
14. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, Compendio de Derecho Administrativo, Editorial Universidad Externado de Colombia, (2017), p. 331-332. [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte Constitucional. Sentencia C-341 del 4 de junio de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-15)
16. Ley 1150 de 2007: «Artículo 3. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.

»Lo anterior, sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

»Con el fin de materializar los objetivos a que se refiere el inciso anterior, el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop, el cual:

[…]

»c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónico». [↑](#footnote-ref-16)
17. Ley 1712 de 2014: «Artículo 2. Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley». [↑](#footnote-ref-17)
18. Ley 1712 de 2014: «Artículo 5. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados:

»a) Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital». Obsérvese que este artículo no efectúa distinción alguna sobre el régimen jurídico aplicable a los sujetos obligados. [↑](#footnote-ref-18)
19. «Artículo 2.1.1.2.1.7. Publicación de la información contractual. De conformidad con el literal (c) del artículo 3° de la Ley 1150 de 2007, el sistema de información del Estado en el cual los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos deben cumplir la obligación de publicar la información de su gestión contractual es el Sistema Electrónico para la Contratación Pública [SECOP]

[…].

«Los sujetos obligados que contratan con recursos públicos y recursos privados, deben publicar la información de su gestión contractual con cargo a recursos públicos en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública [SECOP]». [↑](#footnote-ref-19)
20. Corte Constitucional. Sentencia C-274 de 9 de mayo de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-20)
21. «Numeral 1.1 […] Las Entidades que contratan con cargo a recursos públicos están obligadas a publicar oportunamente su actividad contractual en el SECOP, sin que sea relevante para la exigencia de esta obligación su régimen jurídico, naturaleza de público o privado o la pertenencia a una u otra rama del poder público». [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 14 de agosto de 2017. Exp. 58.820. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-22)
23. Es decir, Contratación de Bienes y Servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que necesiten reserva para su adquisición [↑](#footnote-ref-23)
24. Artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-24)
25. «Artículo 2.2.1.2.1.4.2. Declaración de urgencia manifiesta. Si la causal de contratación directa es la urgencia manifiesta, el acto administrativo que la declare hará las veces del acto administrativo de justificación, y en este caso la Entidad Estatal no está obligada a elaborar estudios y documentos previos» (Decreto 1082 de 2015). [↑](#footnote-ref-25)