**PRINCIPIO DE PLANEACIÓN – Estudios Previos – escogencia de la modalidad de selección del contratista**

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 escogida para la selección del contratista. 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».

**CONCURRENCIA DE MODALIDADES DE SELECCIÓN – Mínima cuantía – Contratación directa**

Mediante el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 se determinaron las modalidades de selección aplicables a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, indicando que: «[…] la escogencia del contratista se efectuará por regla general bajo la modalidad de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo». Particularmente, en el numeral 4 se estableció la modalidad de selección por contratación directa, mientras que en el numeral 5 ibidem, se reguló la modalidad de contratación de mínima cuantía, determinando mandatos especiales para su procedimiento, que se aplicará cuando el valor de la contratación «no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto».

[…]cuando hay una posible concurrencia entre las modalidades de selección de mínima cuantía y de contratación directa, según el estudio previo de la justificación de la modalidad de selección que la Entidad Estatal puede utilizar en el proceso de contratación, puede acudir a la utilización de la contratación directa, cuyas causales especiales previstas en la norma justificarían su utilización, con lo cual también se daría aplicación a los fines del principio de economía de la contratación estatal, que busca que los procedimientos y etapas de la selección de la propuesta más favorable se haga con austeridad de tiempos , medios y gastos.

Bogotá, 29 de diciembre de 2022. 

Doctora

**Juliana Gutiérrez**

**lidercontramed@cendoj.ramajudicial.gov.co**

Dirección Seccional de Administración Judicial Medellín

Consejo Superior de la Judicatura

 **Concepto C ‒ 927 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | PRINCIPIO DE PLANEACIÓN – Estudios Previos – escogencia de la modalidad de selección del contratista CONCURRENCIA DE MODALIDADES DE SELECCIÓN – Mínima cuantía – Contratación Directa |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20221128011799 |

Estimada doctora Gutiérrez:

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 28 de noviembre de 2022.

1. **Problema planteado**

En su solicitud usted indaga en torno a la concurrencia entre la modalidad de mínima cuantía y la contratación directa, indicando:

«[…]solicitamos se manifieste bajo que regulación o concepto, una entidad pública después de haber agotado el procedimiento de mínima cuantía en varias ocasiones, puede suplir dicha necesidad bajo la modalidad de contratación directa.»

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados.

Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud.

Conforme con lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta con base en los siguientes temas: i) El principio de planeación contractual ii) modalidad de contratación de mínima cuantía y iv) concurrencia entre mínima cuantía y contratación directa.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció, en términos generales, sobre el la planeación precontractual, el análisis del sector y los estudios previos en los contratos estatales en los Conceptos 2202013000000037 del 7 de enero de 2020 y C-223 del 29 de abril de 2020 –radicado No. 2202013000003261– y C–148 de 2021, C-387 del 23 de junio de 2020 –radicado No. 2202013000005289–, C-415 del 7 de julio –radicado No. 2202013000005931–, C-443 del 7 de julio de 2020 –radicado No. 2202013000005933–, C-387 del 23 de junio de 2020 –radicado No. 4202013000004275–, 2202013000000037 del 7 de enero de 2020, C-223 del 29 de abril de 2020, C-671 de 2020 de 23 de noviembre de 2020, C-215 del 12 de mayo de 2021 y C-742 de 27 de diciembre de 2021, entre otros[[2]](#footnote-3).

Además, emitió pronunciamiento sobre la concurrencia entre la mínima cuantía y otras modalidades de selección, mediante los conceptos C-108 del 3 de marzo de 2020 y C-157 del 13 de abril de 2021, C-587 de 19 de octubre de 2021, C-017 del 22 de febrero de 2022 y C-557 de 6 de septiembre de 2022. Las ideas expuestas en dichas oportunidades se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

**2.1. El principio de planeación precontractual, los estudios y documentos previos del contrato**

La planeación contractual es una herramienta de gerencia pública, que exige estructurar el proceso contractual dedicando tiempo y esfuerzos para elaborar estudios previos, con el fin de determinar la necesidad que pretende satisfacer la Entidad Estatal y cuál es la mejor manera de hacerlo, consultando el tipo de bienes y servicios que ofrece el mercado y sus características, especificaciones, precios, costos, riesgos, garantías, disponibilidad, oferentes, etc. Lo anterior con la finalidad de realizar la escogencia diligente de la mejor oferta, para beneficiar los intereses y fines públicos inmersos en la contratación de las entidades estatales.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contiene disposiciones que exigen a las entidades estatales el deber de realizar planeación en la etapa precontractual, para 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 la 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.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.»

Lo anterior le permitirá a la Entidad Estatal identificar desde el punto de vista técnico y financiero el objeto del contrato, las particularidades de su ejecución, los potenciales proponentes, requisitos mínimos para evaluar la idoneidad del contratista, así como analizar todas las variables que puedan afectar el procedimiento de selección, celebración y ejecución del contrato. Tal es la importancia de los estudios y documentos previos que su deficiencia o ausencia, «genera prácticas indebidas, revocatoria de actos administrativos de apertura, declaratorias de desierta de procesos de selección, comisión de faltas disciplinarias, mayores costos o mayor permanencia de la obra y, en general, el fracaso en la ejecución de contratos estatales»[[3]](#footnote-4). En congruencia con el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional –Decreto 1082 de 2015–, dispone en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 el contenido mínimo de los estudios y documentos previos:

«Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato. Estos deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

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.

5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.

6. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.

7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el proceso de contratación.

8. La indicación de si el proceso de contratación está cobijado por un acuerdo comercial.

El presente artículo no es aplicable a la contratación por mínima cuantía.»

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 escogida para la selección del contratista. 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.

Entonces, antes de iniciar un procedimiento de selección, la Entidad Estatal podrá determinar con los estudios previos: i) la verdadera necesidad de la celebración del contrato; ii) *las modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la modalidad o tipo contractual que se escoja*; iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras o los servicios cuya contratación se haya determinado necesaria, iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución del contrato, v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago producto de la celebración de ese pretendido contrato; vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades y vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la celebración del contrato que se pretenda celebrar. La consideración de todos estos aspectos permite que los contratos resultantes de la planeación cuenten con el sustento técnico, económico y jurídico que incidirá en una adecuada ejecución.

Más allá del cumplimiento de la normativa «los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato»[[4]](#footnote-5), por lo que deben publicarse en la etapa precontractual y sirven de motivación para los documentos expedidos unilateralmente por la Entidad Estatal tales como el acto administrativo de apertura, los pliegos de condiciones y el acto de adjudicación, entre otros. En ese sentido, los estudios y documentos previos son necesarios antes de la celebración del contrato, pues fundamentan las condiciones que la Entidad Estatal exige en su proceso de contratación. Sin embargo, luego de la suscripción del contrato la entidad no debe actuar unilateralmente, sino que debe respetar la buena fe contractual y proceder de acuerdo con lo pactado[[5]](#footnote-6).

En cuanto a la responsabilidad de la elaboración de los estudios y documentos previos, corresponde a «la oficina, dependencia o departamento que tenga la necesidad de que se celebre el contrato», de acuerdo con «las instrucciones y procedimientos establecidos en el Manual de Contratación de la Entidad, en el marco de la Ley y los reglamentos vigentes»[[6]](#footnote-7). De esta manera, de conformidad con la estructura interna de cada entidad, la elaboración de los estudios previos corresponderá al funcionario responsable de la dependencia con la necesidad a satisfacer.

Ahora bien, conforme se desprende del numeral 3 del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, uno de los aspectos que deben abarcar los estudios previos es la modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos. Para estos efectos resulta relevante la información recolectada en el marco del estudio del mercado y el análisis del sector económico y de los potenciales oferentes, actividades de planeación previa que sirven para identificar aspectos concretos del mercado que pueden afectar el proceso de selección o las condiciones del negocio a realizar mediante el proceso de contratación. En este sentido, el análisis del sector de las perspectivas legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo, al que se refiere el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015, constituye un insumo importante para determinar factores que pudieran determinar la escogencia de alguna de las modalidades de selección del contratista de las previstas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de que la utilización de la licitación pública es la regla general, a menos de que se evidencie la existencia de los supuestos de hecho de una causal que justifique el uso de otra modalidad de selección[[7]](#footnote-8).

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 hace referencia a analizar quiénes pueden ofrecer el bien o servicio que se quiere contratar, cuáles son sus condiciones, si tienen condiciones especiales que sean relevantes para determinar los requisitos habilitantes, entre otros. Desde una perspectiva financiera, el análisis conlleva una revisión de las características financieras que se presentan dentro del mercado del bien o servicio, como 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 de manera adecuada, es necesario conocer la estructura de los posibles contratistas, pues permite identificar la forma en la que suplirán 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. En este último punto, 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. Así mismo, podrá estudiar la demanda para determinar cómo las entidades estatales y los particulares adquieren esos bienes, obras o servicios para extraer las mejores prácticas e información para el proceso de contratación y así estructurar de mejor manera el tipo contractual a utilizar y las condiciones y características que se podrán pactar para cumplir el objeto del contrato y para la realización de las prestaciones derivadas de las obligaciones que serán pactadas, tanto para la entidad contratante como para el contratista que proveerá el bien, obra o servicio.

Si bien la normativa en materia de contratación estatal establece la obligatoriedad de realizar el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación, no determinan un procedimiento específico para efectuar dicho análisis por lo que las entidades son autónomas para estructurarlo, para lo cual deberán cumplir lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015 y realizar un análisis integral de planeación que sirva de sustento a la decisión de realizar un 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 para 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[[8]](#footnote-9).

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 estudio 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 estudio 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». Además, allí se señala que en los procesos de contratación directa: «La Entidad debe consignar en los Documentos del Proceso, bien sea en los estudios previos o en la información de soporte de estos, los aspectos de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015, esto es, el análisis desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de riesgo»[[9]](#footnote-10).

Sin perjuicio de lo anterior, las entidades estatales son autónomas para estructurar los estudios previos y cada uno de sus componentes, incluida la modalidad de selección del contratista a utilizar, siempre y cuando se observen los aspectos que deben contener esos estudios, de conformidad con los artículos 2.2.1.1.1.6.1, 2.2.1.1.2.1.1 y 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015.

**2.3. Modalidad de contratación de mínima cuantía: aplicación con independencia del objeto**

La mínima cuantía es una modalidad de selección en virtud de la cual la Entidad Estatal realiza una convocatoria pública para recibir ofertas de bienes, obras o servicios cuyo valor no excede el diez por ciento (10%) de la menor cuantía. Fue creada por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011– que adicionó el numeral 5º al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007–[[10]](#footnote-11), estableciendo que el factor determinante para llevar a cabo tal procedimiento es la cuantía –calculada como presupuesto oficial a partir del estudio del sector–, «independientemente de su objeto»[[11]](#footnote-12).

Cabe destacar que la mínima cuantía es un procedimiento de selección «exceptivo»[[12]](#footnote-13), porque es una excepción adicional a la regla general constituida por la licitación pública, pero se parece a esta en que también es un llamado general a presentar ofertas, efectuado por la Entidad Estatal interesada en contratar, aunque es distinta en otros aspectos, como su conducencia y su procedimiento; lo primero, porque solo procede por razón de una cuantía específica[[13]](#footnote-14) y, lo segundo, porque sus requisitos, etapas y términos son peculiares.

Lo anterior, ha sido ratificado por el Consejo de Estado, el cual ha puesto de presente que:

«Así, pues, cuando el monto de la contratación sea equivalente a la mínima cuantía de la entidad estatal, pero, concomitante a ello, esta última (la entidad) advierta que también aplica alguna modalidad de selección específica (dadas las condiciones especiales del objeto), ella debe acudir al procedimiento establecido para la mínima cuantía; así, por ejemplo, si la administración necesita contratar la prestación de servicios de salud (supuesto que se enmarca en el trámite de selección abreviada), pero el valor del contrato no excede del 10% de la menor cuantía de la entidad, este último será el criterio que se debe tener en cuenta para la escogencia del contratista; por tanto, el procedimiento que debe seguirse será el de mínima cuantía, independientemente -se insiste- del objeto a contratar[[14]](#footnote-15).»

Con base en lo anterior, se puede concluir que, sin importar el objeto del contrato, la Entidad Estatal deberá adelantar el procedimiento de selección del contratista a través de la modalidad de mínima cuantía, siempre que, en el caso concreto, el valor del contrato no exceda el 10% de la menor cuantía de la entidad.

**2.3. Concurrencia de la modalidad de mínima cuantía y la contratación directa**

Mediante el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 se determinaron las modalidades de selección aplicables a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, indicando que: «[…] la escogencia del contratista se efectuará por regla general bajo la modalidad de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo». Particularmente, en el numeral 4 se estableció la modalidad de selección por contratación directa[[15]](#footnote-16), mientras que en el numeral 5 *ibidem*, se reguló la modalidad de contratación de mínima cuantía, determinando mandatos especiales para su procedimiento, que se aplicará cuando el valor de la contratación «no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto».

De este modo, es importante analizar la solución específica para aquellos eventos en donde podría considerarse en principio que existe concurrencia de modalidades de selección, como es el caso de la consulta que plantea la posibilidad de acudir a la mínima cuantía o la contratación directa.

 En este contexto, si la necesidad de bienes o servicios que se quiere satisfacer por una Entidad Estatal puede ser suplida mediante contratación directa, porque se dan lo supuestos de alguna de las causales legales para su utilización, pero la cuantía cumple los requisitos para ser catalogada como mínima, según el presupuesto de la entidad contratante, podría parecer que concurre con la modalidad de mínima cuantía que, según el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, consiste en la contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-004 de 2017, consideró que:

«[…] la expresión “independientemente de su objeto”, relativa a la procedencia del procedimiento de contratación de mínima cuantía no excluye ni la contratación directa, cuando ésta sea procedente, ni la selección abreviada por Acuerdo Marco de Precios, celebrado a instancias de la Agencia Colombia Compra Eficiente, pero sí el concurso de méritos.

[…]»

Entonces, es importante considerar que la modalidad de mínima cuantía podría concurrir con otras modalidades de selección, como la contratación directa, por lo que en cada caso corresponderá a las entidades estatales efectuar el análisis correspondiente. De esta manera, el Consejo de Estado efectuó una reflexión similar a la sostenida por esta Agencia, frente a otra problemática asociada con la mínima cuantía, particularmente, cuando esta concurre con una causal de contratación directa:

«[…]

Precisamente, frente a la concurrencia de procedimientos de selección, el ente rector de la contratación pública (Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente), en su “*Manual de Modalidad de Selección de Mínima Cuantía*”, tras identificar la posibilidad de que confluyeran diversos modalidades de selección con la mínima cuantía, concluyó, para el caso de la contratación directa, que sería esta última la que debía adelantarse “*dado que las causales de contratación directa son especiales y expresas frente a otras modalidades de selección y que la contratación directa permite obtener una mayor economía en el trámite del Proceso de Contratación*” […] en la actualidad se ha identificado que la concurrencia de procedimientos puede llegarse a presentar, y ha sido precisado por la entidad encargada de “*desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado”* […] (tal y como lo advirtió el Ministerio de Justicia y del Derecho en su contestación de la demanda), que el principio de economía podría ser el elemento que permitiría solucionar, para el caso, la concurrencia de modalidades de selección[[16]](#footnote-17).»

Igualmente, el numeral 12.1, del «Manual de la modalidad de selección de mínima cuantía», expedido por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, se expresa que:

«Las modalidades de selección de mínima cuantía y de contratación directa concurren cuando: a) el presupuesto del Proceso de Contratación es menor o igual que la mínima cuantía de la Entidad Estatal b) existe una causal de contratación directa, de conformidad con el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, como en el caso de la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión o para los contratos interadministrativos.

El principio de economía, contenido en la ley 80 de 1993, busca que, en la selección del contratista, la Entidad Estatal cumpla y establezca los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable, con austeridad de tiempo, medios y gastos. En consecuencia, dado que las causales de contratación directa son especiales y expresas frente a otras modalidades de selección, y que la contratación directa permite obtener una mayor economía en el trámite del proceso de contratación, *en caso de concurrencia de la contratación directa y de la mínima cuantía, la modalidad de selección aplicable es la contratación directa*.[[17]](#footnote-18) (énfasis fuera de texto).»

De acuerdo con lo expuesto y según lo planteado en la consulta, cuando hay una posible concurrencia entre las modalidades de selección de mínima cuantía y de contratación directa, según el estudio previo de la justificación de la modalidad de selección que la Entidad Estatal puede utilizar en el proceso de contratación, puede acudir a la utilización de la contratación directa, cuyas causales especiales previstas en la norma justificarían su utilización, con lo cual también se daría aplicación a los fines del principio de economía de la contratación estatal, que busca que los procedimientos y etapas de la selección de la propuesta más favorable se haga con austeridad de tiempos medios y gastos.

**3. Respuesta**

«[…]solicitamos se manifieste bajo que regulación o concepto, una entidad pública después de haber agotado el procedimiento de mínima cuantía en varias ocasiones, puede suplir dicha necesidad bajo la modalidad de contratación directa.»

De conformidad con las anteriores consideraciones, es posible concluir que mediante el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 se determinaron las modalidades de selección aplicables a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, indicando que: «[…] la escogencia del contratista se efectuará por regla general bajo la modalidad de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo». Particularmente, en el numeral 4 se estableció la modalidad de selección por contratación directa, mientras que en el numeral 5 ibidem, se reguló la modalidad de contratación de mínima cuantía, determinando mandatos especiales para su procedimiento, que se aplicará cuando el valor de la contratación «no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto».

Cuando hay una posible concurrencia entre las modalidades de selección de mínima cuantía y de contratación directa, según el estudio previo de la justificación de la modalidad de selección que la Entidad Estatal puede utilizar en el proceso de contratación, puede acudir a la utilización de la contratación directa, cuyas causales especiales previstas en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 justifican su utilización, con lo cual también se daría aplicación a los fines del principio de economía de la contratación estatal, que busca que los procedimientos y etapas de la selección de la propuesta más favorable se haga con austeridad de tiempos , medios y gastos.

Esta Agencia en línea con la citada jurisprudencia que se ha pronunciado en igual sentido, adoptó ese criterio en el Manual de la Modalidad de Selección de Mínima Cuantía cuando se dijo que «dado que las causales de contratación directa son especiales y expresas frente a otras modalidades de selección, y que la contratación directa permite obtener una mayor economía en el trámite del proceso de contratación, en caso de concurrencia de la contratación directa y de la mínima cuantía, la modalidad de selección aplicables la contratación directa».

En todo caso, corresponde a las entidades estatales, en aplicación del principio de planeación en la etapa precontractual, justificar la modalidad de selección del contratista que se pretende utilizar en los estudios previos, para lo cual deberán analizar el mercado y el sector con el fin de tomar la decisión de forma autónoma.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Felipe Bastidas ParedesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Any Alejandra Tovar CastilloContratista Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º del referido artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-2)
2. Estos conceptos pueden ser consultados en la relatoría de la Agencia en el siguiente enlace: [https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos#](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos) [↑](#footnote-ref-3)
3. DEIK ACOSTAMADIEDO, Carolina, Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección, Buenos Aires, 2015, p. 59. [↑](#footnote-ref-4)
4. «Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección: (…)». [↑](#footnote-ref-5)
5. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Exp. 18.080. C.P. Ruth Stella Correa Palacio: «(…) recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para remitir la realización de los efectos finales buscados en el contrato». [↑](#footnote-ref-6)
6. *Ibidem*. [↑](#footnote-ref-7)
7. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.6.1. Deber de análisis de las Entidades Estatales. 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. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso». [↑](#footnote-ref-8)
8. AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Guía de elaboración de estudios del sector. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias>. [↑](#footnote-ref-9)
9. Ibid. [↑](#footnote-ref-10)
10. Cabe destacar que las reglas aplicables a la modalidad de selección de mínima cuantía es el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, y los artículos 2.1.2.1.5.1. al 2.2.1.2.1.5.4. del Decreto 1082 de 2015 [↑](#footnote-ref-11)
11. Esto lo ratifica el artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-12)
12. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 463. [↑](#footnote-ref-13)
13. La contratación de mínima cuantía es aquella que no excede el 10% de la menor cuantía, o sea, que no supera el 10% de los topes definidos en el artículo 2, numeral 2, literal b) de la Ley 1150 de 2007, que dispone: «Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales.

»Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales.

»Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 850.000 salarios mínimos legales mensuales e inferiores a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 850 salarios mínimos legales mensuales.

»Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 400.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 850.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 650 salarios mínimos legales mensuales.

»Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 400.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 450 salarios mínimos legales mensuales.

»Las que tengan un presupuesto anual inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 280 salarios mínimos legales mensuales». [↑](#footnote-ref-14)
14. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 29 de marzo de 2017. Exp. 56.307. Consejero: Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-15)
15. Según el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por la Ley 2160 de 2021, 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. 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. [↑](#footnote-ref-16)
16. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 5 de marzo de 2020. Exp. 41619. Consejero: Alberto Montaña Plata. [↑](#footnote-ref-17)
17. https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce-eicp-ma-05.\_manual\_de\_modalidad\_de\_seleccion\_de\_minima\_cuantia\_v.02.pdf [↑](#footnote-ref-18)