**CCE-DES-FM-17**

**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO – Noción**

En un Estado como el colombiano los procedimientos administrativos constituyen una pieza fundamental del engranaje estatal, pues ellos permiten garantizar los contenidos y finalidades sustanciales del Estado social de derecho. Los procedimientos administrativos son el escenario procedimental que permiten que la función y las decisiones administrativas se ejerzan y adopten en un escenario democrático de participación ciudadana, transparente, y con debate y controversia entre los sujetos habilitados por la ley para el ejercicio de función administrativa y los destinatarios de las decisiones que en esta sede se adopten.

**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO – Debido proceso**

La Constitución Política contempla el debido proceso como derecho fundamental y sobre su ámbito de aplicación señala, en su artículo 29, que «El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas». La claridad de esta norma no ha dejado lugar a ninguna duda sobre la extensión de las garantías del debido proceso a toda clase de actuaciones administrativas y es ello lo que ha llevado a la Corte Constitucional a afirmar que «[u]na de las notas más destacadas de la Constitución Política de 1991 es la extensión de las garantías propias del debido proceso a las actuaciones administrativas».

**PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN – Especie de procedimiento administrativo**

Los procedimientos de selección de contratistas, así como los demás procedimientos contractuales, son especies del género procedimientos administrativos. Tal ha sido la comprensión que ha tenido el Consejo de Estado ha dicho:

El sistema estatal de selección de contratista es invariablemente un procedimiento administrativo donde se articulan la demanda del Estado, las ofertas de los particulares interesados, el desenvolvimiento de distintos actos principales y accesorios y un acto definitivo de elección que se denomina adjudicación.

**PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN – Modalidades**

En el contexto anterior, el legislador ha establecido diferentes modalidades de selección, que no son nada distinto al ejercicio de la libertad de configuración legislativa para crear procedimientos administrativos. En otras palabras, las modalidades de selección de contratistas contienen una decisión del legislador en la cual se han compatibilizado los derechos de los ciudadanos, en particular de los potenciales oferentes, y los fines y principios que rigen el ejercicio de la función administrativa.

Tales modalidades de selección son, al tenor de lo previsto en la el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y en particular del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007: i) licitación pública; ii) selección abreviada; iii) concurso de méritos; iv) contratación directa; y (v) mínima cuantía. Por expreso mandato legislativo la regla general para la selección de contratistas es la licitación pública y la normativa establece los casos particulares en los cuales se puede acudir a las demás modalidades de selección, lo cual depende del objeto y cuantía de cada proceso de selección.

**PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN – Integración del régimen – Procedimiento General – Procedimiento especial**

Otra consideración importante, en relación con la caracterización de los procedimientos de selección de contratistas, como procedimientos administrativos, es la integración de su régimen jurídico. En particular, es relevante el artículo 34 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– , según el cual, en lo no previsto en las leyes especiales sobre procedimientos se aplicarán las normas generales de que trata el CPACA. Dicha norma, además, constituye una garantía ciudadana en la medida en que permite que las «falencias normativas de estos últimos, que coloquen en peligro las garantías del debido proceso y el derecho de defensa o la preservación de los principios básicos de las actuaciones administrativas […] deben ser llenadas con las disposiciones de la primera parte» de ese código.

**PROCESO DE CONTRATACIÓN – Concepto**

El proceso de contratación es definido en el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015 como «el conjunto de actos y actividades, y su secuencia, adelantadas por la Entidad Estatal desde la planeación hasta el vencimiento de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes o el vencimiento del plazo, lo que ocurra más tarde».

**PROCESO DE CONTRATACIÓN Y PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN – Diferencias**

Conceptualmente, el proceso de contratación es más amplio y comprende al procedimiento de selección. El proceso de contratación inicia con la etapa de planeación, pasa por la etapa de selección de contratistas y de ejecución de contratos, y culmina con las últimas obligaciones o deberes post-contractuales.

Por su parte, el concepto de procedimiento de selección es más restringido y comprende exclusivamente el conjunto de actos dirigidos a seleccionar el contratista, con debido respeto del debido proceso y el principio de selección objetiva.

**PROCESO DE SELECCIÓN – Resolución de apertura**

La apertura del proceso de selección se realiza mediante un acto administrativo, necesario para iniciar los procesos de selección que adelante una entidad estatal, excepto en las modalidades de selección de mínima cuantía y contratación directa.

**PROCESO DE SELECCIÓN – Inicio**

[…] es posible afirmar que el proceso de selección inicia con el acto administrativo de apertura del proceso de selección. En este sentido, el Consejo de Estado ha reconocido expresamente que «el acto de apertura no sólo da inicio al proceso de selección, su principal y más importante característica es que constituye una especie de policitación que realiza la administración pública, para que los interesados, que reúnan ciertas condiciones, formulen sus ofrecimientos en los plazos y con el lleno de los requisitos previstos en los pliegos de condiciones».

**PROCESO DE SELECCIÓN – Inicio – Mínima Cuantía**

Para esta Subdirección, debe entenderse que la entidad estatal abre el procedimiento de selección de mínima cuantía con la publicación de la invitación a presentar ofertas, de que trata el literal a) del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, por lo que para esta modalidad este sería el acto equivalente a la apertura del procedimiento. Incluso, este documento además de implicar la apertura e inicio del procedimiento de selección, contiene las condiciones para participar en el mismo, por lo que también haría las veces del pliego de condiciones, si se comparara con lo que ocurre en las demás modalidades.

Bogotá D.C., **06/08/2020 Hora: 17:5:37s**

**N° Radicado: 2202013000007194**

Señora

**Diana Marcela Gualteros**

Ciudad

**Concepto C ─ 464 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO – Noción/ PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO – Debido proceso/ PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN – Especie de procedimiento administrativo – Modalidades/ PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN – Integración del régimen – Procedimiento General – Procedimiento especial / PROCESO DE CONTRATACIÓN – Concepto / PROCESO DE CONTRATACIÓN Y PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN – Diferencias/ PROCESO DE SELECCIÓN – Resolución de apertura – PROCESO DE SELECCIÓN – Inicio del proceso – Inicio – PROCESO DE SELECCIÓN – Mínima Cuantía |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000005453 |

Estimada señora Gualteros,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ―Colombia Compra Eficiente― responde su consulta del 30 de junio de 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

1. **Problemas planteados**

En síntesis, usted formula las siguientes preguntas: i) ¿qué se entiende por proceso de selección a la luz del ordenamiento jurídico vigente?, ii) ¿cuándo inicia el procedimiento de selección para aquellos procedimientos en los cuales se requiere la expedición de un acto administrativo de apertura del proceso de selección?, iii) ¿cuándo inicia el procedimiento de selección para las modalidades en que no está previsto el acto administrativo de apertura del procedimiento?

1. **Consideraciones**

Para resolver sus inquietudes, es necesario hacer referencia al principio de selección objetiva, y su concreción a través de los mecanismos de selección de contratistas, al debido proceso administrativo en material contractual y al acto de apertura del proceso de selección.

 La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la selección objetiva de contratistas y el acto de apertura del proceso de selección, entre ellos se encuentran los conceptos C-010 del 19 de junio de 2020, C-388 del 30 de junio de 2020 y C-459 del 28 de julio de 2020.

**2.1. Modalidades de selección como concreción del debido proceso**

En un Estado como el colombiano los procedimientos administrativos constituyen una pieza fundamental del engranaje estatal, pues ellos permiten garantizar los contenidos y finalidades sustanciales del Estado social de derecho. Los procedimientos administrativos son el escenario procedimental que permiten que la función y las decisiones administrativas se ejerzan y adopten en un escenario democrático de participación ciudadana, transparente, y con debate y controversia entre los sujetos habilitados por la ley para el ejercicio de función administrativa y los destinatarios de las decisiones que en esta sede se adopten[[1]](#footnote-1).

La Constitución Política contempla el debido proceso como derecho fundamental y sobre su ámbito de aplicación señala, en su artículo 29, que «El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas». La claridad de esta norma no ha dejado lugar a ninguna duda sobre la extensión de las garantías del debido proceso a toda clase de actuaciones administrativas y es ello lo que ha llevado a la Corte Constitucional a afirmar que «[u]na de las notas más destacadas de la Constitución Política de 1991 es la extensión de las garantías propias del debido proceso a las actuaciones administrativas»[[2]](#footnote-2).

Dicha nota destacada de la Constitución encuentra sustento en la necesidad de garantizar unos derechos y garantías mínimos a los ciudadanos, de tipo procedimental, con el fin de que el ejercicio de la función administrativa se concrete en decisiones que observen sus derechos sustantivos y que sean adoptadas una vez se ha permitido la participación de los sujetos interesados en esa decisión.

El legislador, en tanto fuente de producción normativa y depositario de las competencias para expedir leyes, tiene la facultad de establecer las normas relacionadas con los procedimientos administrativos. Esta libertad de configuración legislativa en materia procedimental, expresamente reconocida por la Corte Constitucional, encuentra límite en el respeto al debido proceso de los ciudadanos y «las demás disposiciones constitucionales»[[3]](#footnote-3).

Ello quiere decir que la función de crear procedimientos administrativos corresponde principalmente al legislador y que el ejercicio de esta competencia debe siempre observar las garantías que se derivan, entre otros, del artículo 29 superior.

 Los procedimientos de selección de contratistas, así como los demás procedimientos contractuales, son especies del género procedimientos administrativos. Tal ha sido la comprensión que ha tenido el Consejo de Estado, que ha dicho:

El sistema estatal de selección de contratista es invariablemente un procedimiento administrativo donde se articulan la demanda del Estado, las ofertas de los particulares interesados, el desenvolvimiento de distintos actos principales y accesorios y un acto definitivo de elección que se denomina adjudicación[[4]](#footnote-4).

 Esta concepción de los procedimientos de selección tiene importantes consecuencias jurídicas. Entre ellas sobresale, por su relevancia, la necesidad de respetar las garantías derivadas del debido proceso en los procedimientos de selección. El respeto de estas garantías constitucionales debe tener lugar en, al menos, dos sedes distintas: en primer lugar, deben ser respetadas por el legislador y el reglamento al momento de determinar las etapas de los procedimientos de selección y, en segundo lugar, deben ser observadas atentamente por las autoridades administrativas cuando adelanten los procedimientos prestablecidos en las normas legales y reglamentarias. Justamente en este sentido, el Consejo de Estado sostuvo:

A esta clase pertenecen: los procesos de selección de contratistas -cuya naturaleza de procedimiento es innegable-, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la liquidación unilateral, entre muchos otros.

Para la Sala no cabe duda que el debido proceso rige en todos los procedimientos administrativos, sin importar que sean sancionatorios o no […]

[…]

En conclusión, se reitera que el debido proceso rige en las actuaciones administrativas contractuales por disposición constitucional –art. 29-, de allí que el art. 17 debe apreciarse como un impulso, exhortación y respaldo que el legislador le ofrece para que, sin más demora, se introduzca con toda la fuerza en este ámbito del derecho administrativo, que históricamente ha sido reacio a protegerlo sin condiciones especiales. Así, las dudas que injustificadamente mantienen algunos, sobre la necesidad de aplicar este derecho en materia contractual, quedaron despejadas[[5]](#footnote-5).

En el contexto anterior, el legislador ha establecido diferentes modalidades de selección, que no son nada distinto al ejercicio de la libertad de configuración legislativa para crear procedimientos administrativos. En otras palabras, las modalidades de selección de contratistas contienen una decisión del legislador en la cual se han compatibilizado los derechos de los ciudadanos, en particular de los potenciales oferentes, y los fines y principios que rigen el ejercicio de la función administrativa.

Tales modalidades de selección son, al tenor de lo previsto en la el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y en particular del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007: i) licitación pública; ii) selección abreviada; iii) concurso de méritos; iv) contratación directa; y (v) mínima cuantía. Por expreso mandato legislativo la regla general para la selección de contratistas es la licitación pública y la normativa establece los casos particulares en los cuales se puede acudir a las demás modalidades de selección, lo cual depende del objeto y cuantía de cada proceso de selección.

Otra consideración importante, en relación con la caracterización de los procedimientos de selección de contratistas, como procedimientos administrativos, es la integración de su régimen jurídico. En particular, es relevante el artículo 34 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–[[6]](#footnote-6), según el cual, en lo no previsto en las leyes especiales sobre procedimientos se aplicarán las normas generales de que trata el CPACA. Dicha norma, además, constituye una garantía ciudadana en la medida en que permite que las «falencias normativas de estos últimos, que coloquen en peligro las garantías del debido proceso y el derecho de defensa o la preservación de los principios básicos de las actuaciones administrativas […] deben ser llenadas con las disposiciones de la primera parte»[[7]](#footnote-7) de ese código.

En similar sentido se encuentra el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, que prescribe que «en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales». A la luz de lo anterior, se puede concluir que el CPACA aplica a los procedimientos de selección de contratistas, en la medida en que no sean incompatibles con la finalidad y principios del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ni tampoco con las etapas y estructura de estos procedimientos especiales.

**2.2. Proceso de contratación y procedimientos de selección**

El proceso de contratación es definido en el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015 como «el conjunto de actos y actividades, y su secuencia, adelantadas por la Entidad Estatal desde la planeación hasta el vencimiento de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes o el vencimiento del plazo, lo que ocurra más tarde».

Conceptualmente, el proceso de contratación es más amplio y comprende al procedimiento de selección. El proceso de contratación inicia con la etapa de planeación, pasa por la etapa de selección de contratistas y de ejecución de contratos, y culmina con las últimas obligaciones o deberes post-contractuales.

Por su parte, el concepto de procedimiento de selección es más restringido y comprende exclusivamente el conjunto de actos dirigidos a seleccionar el contratista, con debido respeto del debido proceso y el principio de selección objetiva.

Sin ánimo de ser exhaustivos, entre las actividades preparatorias al inicio del procedimiento de selección está la publicación del proyecto de pliego de condiciones y el aviso de convocatoria –sin desconocer otros que se pueden tener en el mismo momento, como el estudio previo–; procedimiento que también comprende la recepción de comentarios sobre el proyecto de pliegos, la publicación de los pliegos definitivos, la apertura del procedimiento de selección, la presentación de las propuestas, su evaluación, y finalmente la adjudicación del contrato que, como con acierto lo ha señalado la doctrina[[8]](#footnote-8), da lugar al derecho a la celebración del contrato.

Es importante precisar que las normas que regulan los procesos de selección establecen diferentes etapas, desde la publicación del aviso de convocatoria hasta la adjudicación del contrato, de manera que algunos procedimientos tienen algunas particularidades. Además, para ciertas etapas, las normas establecen plazos mínimos legales, en otras las normas otorgan discrecionalidad a la entidad para definirlos, siempre que se respete el mínimo prescrito. A continuación se relacionan algunas normas en las cuales se establecen plazos mínimos obligatorios.

El numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 224 del Decreto Ley 019 de 2012, establece el plazo mínimo y máximo para publicar los avisos de licitación de la siguiente manera:

Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en la página Web de la entidad contratante y en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP.

Por su parte, el Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.1.4, señala que «los interesados pueden hacer comentarios al proyecto de pliegos de condiciones a partir de la fecha de publicación de los mismos: (a) durante un término de diez (10) días hábiles en la licitación pública; y (b) durante un término de cinco (5) días hábiles en la selección abreviada y el concurso de méritos».

El numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 220 del Decreto Ley 019 de 2012, establece el plazo dentro del cual se debe realizar la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones a petición de alguno de los interesados en el proceso de selección y se revisará la asignación, tipificación y estimación de los riesgos. El artículo dispone:

Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas interesadas en el proceso se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. En la misma audiencia se revisará la asignación de riesgos que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles.

El artículo 2.2.1.1.2.2.1 del Decreto 1082 de 2015 reglamenta la posibilidad que tienen las entidades de modificar los pliegos de condiciones a través de *adendas* y señala que deben expedirse a más tardar un día hábil anterior a la fecha fijada para la presentación de ofertas, salvo para el caso de licitación, que debe hacerse con tres (3) días de anticipación[[9]](#footnote-9).

El parágrafo 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, señala que en los procesos de licitación pública, para seleccionar contratistas de obra, el informe de evaluación permanecerá publicado en el SECOP durante cinco (5) días hábiles.

En similar sentido, el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece que los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad, por un término de cinco (5) días hábiles, para que los oferentes presenten observaciones.

En última instancia, el Decreto 1082 de 2015 dispone que la entidad estatal debe publicar el informe de evaluación: a) durante un término de tres (3) días hábiles en el concurso de méritos[[10]](#footnote-10) y en la selección abreviada de menor cuantía[[11]](#footnote-11) y b) durante un término de un (1) día hábil en el proceso para la contratación de mínima cuantía[[12]](#footnote-12).

**2.3. Apertura e inicio del proceso de selección**

La apertura del proceso de selección se realiza mediante un acto administrativo, necesario para iniciar los procesos de selección que adelante una entidad estatal, excepto en las modalidades de selección de mínima cuantía y contratación directa. El artículo 2.2.1.1.2.1.5. del Decreto 1082 de 2015, prescribe

Artículo 2.2.1.1.2.1.5. Acto administrativo de apertura del proceso de selección. La Entidad Estatal debe ordenar la apertura del proceso de selección, mediante acto administrativo de carácter general, sin perjuicio de lo dispuesto en las Disposiciones Especiales para las modalidades de selección, previstas en el capítulo 2 del presente título.

El acto administrativo de que trata el presente artículo debe señalar:

1. El objeto de la contratación a realizar.

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

3. El Cronograma.

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

5. La convocatoria para las veedurías ciudadanas.

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

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

Con base en la norma citada es posible afirmar que el proceso de selección inicia con el acto administrativo de apertura del proceso de selección. En este sentido, el Consejo de Estado ha reconocido expresamente que «el acto de apertura no sólo *da inicio al proceso de selección*, su principal y más importante característica es que constituye una especie de policitación que realiza la administración pública, para que los interesados, que reúnan ciertas condiciones, formulen sus ofrecimientos en los plazos y con el lleno de los requisitos previstos en los pliegos de condiciones»[[13]](#footnote-13) (Cursiva fuera del original).

Ahora bien, esta Subdirección considera relevante advertir que esto será así por regla general, pues el acto de apertura del proceso de selección puede contener una fecha distinta a su expedición para el inicio de su vigencia. En efecto, dentro del contenido posible de los actos administrativos, se encuentra la posibilidad de que quien los expide someta su vigencia a la ocurrencia de determinado plazo –como sucede de forma más común con una especie de los actos administrativos: los reglamentos–, en cuyo caso el acto producirá efectos cuando llegue dicho término. Esto quiere decir que el acto administrativo de apertura puede expedirse y publicarse, por ejemplo, el jueves de una semana, pero en su contenido puede indicarse que empezará a producir efectos a partir del martes, caso en el cual la apertura será el martes y no el jueves.

No obstante, se advierte que esta es una consideración teórica, en la medida en que, por regla general, la apertura del procedimiento de selección, esto es, su inicio, coincide con la expedición del acto administrativo de apertura del procedimiento de selección, por no sujetarse sus efectos a una fecha posterior.

Para las modalidades de contratación directa y de mínima cuantía, el ordenamiento no exige el acto administrativo de apertura del procedimiento de selección, por lo tanto no hay una norma que señale el momento en que inician estos procedimientos. En tal sentido, resulta procedente indagar por cuál acto haría las veces de la apertura en estas dos modalidades de selección.

Para esta Subdirección, debe entenderse que la entidad estatal abre el procedimiento de selección de mínima cuantía con la publicación de la invitación a presentar ofertas, de que trata el literal a) del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, por lo que para esta modalidad este sería el acto equivalente a la apertura del procedimiento. Incluso, este documento además de implicar la apertura e inicio del procedimiento de selección, contiene las condiciones para participar en el mismo, por lo que también haría las veces del pliego de condiciones, si se comparara con lo que ocurre en las demás modalidades.

No obstante, en relación con la modalidad de contratación directa, el ordenamiento no establece un acto similar al de apertura que defina el inicio del procedimiento de selección, pues si bien existen varios documentos y requisitos previos que se deben cumplir, antes de suscribir el contrato, ninguno de ellos conduce o da lugar al «inicio» del procedimiento, sino que todos ellos son fundamento de la planeación enfocados a la concreción directa en el contrato.

En este sentido, tratándose del procedimiento de contratación directa es necesario cumplir con varios documentos o actuaciones que se enmarcan en la etapa de planeación, siendo algunos de ellos los siguientes, entre los cuales algunos pueden o no ser necesarios: i) elaborar los estudios previos; ii) contar con la disponibilidad presupuestal; iii) realizar un análisis del mercado, por ejemplo, mediante la recepción de una propuesta, negociaciones o tratativas previas con el posible contratista; iv) proferir un acto administrativo que justifique el uso de algunas de las casuales de contratación directa –que no siempre es obligatorio–; v) contar con las autorizaciones previas, si es que excepcionalmente se requieren; vi) revisar la capacidad jurídica, técnica, experiencia, capacidad financiera, de organización y demás verificaciones frente al contratista que la entidad considere conveniente, y que soporten su capacidad para cumplir el contrato. Todas estas actuaciones o documentos, si bien algunos de ellos son obligatorios y otros no, ninguno define el inicio formal del procedimiento de selección, sino que todos se enmarcan en la etapa de planeación, que tienen una concreción inmediata en la celebración del contrato. En este sentido, si bien ninguna de las actuaciones previas a la celebración del contrato define el inicio formal del procedimiento de selección, todas ellas son parte de la etapa de planeación y fungen como los elementos que justifican y soportan la selección del contratista, mediante su concreción inmediata en la celebración del contrato, de manera que solo en dicho momento nacen obligaciones de la entidad frente al contratista.

**3. Respuestas**

(i) ¿Qué se entiende por proceso de selección a la luz del ordenamiento jurídico vigente?

De conformidad con las consideraciones anteriores, *los procesos o procedimientos de selección* son procedimientos administrativos especiales, cuya finalidad consiste en seleccionar a los contratistas con quienes se celebrará un contrato estatal.

El *proceso de contratación* es definido en el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015 como «el conjunto de actos y actividades, y su secuencia, adelantadas por la Entidad Estatal desde la planeación hasta el vencimiento de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes o el vencimiento del plazo, lo que ocurra más tarde».

Conceptualmente, el *proceso de contratación* es más amplio y comprende al *procedimiento de selección*. El proceso de contratación inicia con la etapa de planeación, pasa por la etapa de selección de contratistas y de ejecución de contratos, y culmina con las últimas obligaciones o deberes post-contractuales.

Por su parte, el concepto de procedimiento de selección es más restringido y comprende exclusivamente el conjunto de actos dirigidos a seleccionar el contratista, con debido respeto del debido proceso y el principio de selección objetiva.

ii) ¿Cuándo inicia el procedimiento de selección para aquellos procedimientos en los cuales se requiere la expedición de un acto administrativo de apertura del proceso de selección?

El proceso de selección inicia con el acto administrativo de apertura del proceso de selección. En este sentido, el Consejo de Estado ha reconocido expresamente que «el acto de apertura no sólo *da inicio al proceso de selección*, su principal y más importante característica es que constituye una especie de policitación que realiza la administración pública, para que los interesados, que reúnan ciertas condiciones, formulen sus ofrecimientos en los plazos y con el lleno de los requisitos previstos en los pliegos de condiciones»[[14]](#footnote-14) (Cursiva fuera del original).

Ahora bien, esta Subdirección considera relevante advertir que esto será así por regla general, pues el acto de apertura del proceso de selección puede contener una fecha distinta a su expedición para el inicio de su vigencia. En efecto, dentro del contenido posible de los actos administrativos, se encuentra la posibilidad de que quien los expide someta su vigencia a la ocurrencia de determinado plazo –como sucede de forma más común con una especie de los actos administrativos: los reglamentos–, en cuyo caso el acto producirá efectos cuando llegue dicho término. Esto quiere decir que el acto administrativo de apertura puede expedirse y publicarse, por ejemplo, el jueves de una semana, pero en su contenido puede indicarse que empezará a producir efectos a partir del martes, caso en el cual la apertura será el martes y no el jueves.

No obstante, se advierte que esta es una consideración teórica, en la medida en que, por regla general, la apertura del procedimiento de selección, esto es, su inicio, coincide con la expedición del acto administrativo de apertura del procedimiento de selección, por no sujetarse sus efectos a una fecha posterior.

(iii) ¿Cuándo inicia el procedimiento de selección para las modalidades en que no está previsto el acto administrativo de Apertura del Procedimiento?

Para las modalidades de contratación directa y de mínima cuantía, el ordenamiento no exige el acto administrativo de apertura del procedimiento de selección, por lo tanto no hay una norma que señale el momento en que inician estos procedimientos. En tal sentido, resulta procedente indagar por cuál acto haría las veces de la apertura en estas dos modalidades de selección.

Para esta Subdirección, debe entenderse que la entidad estatal abre el procedimiento de selección de mínima cuantía con la publicación de la invitación a presentar ofertas, de que trata el literal a) del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, por lo que para esta modalidad este sería el acto equivalente a la apertura del procedimiento. Incluso, este documento además de implicar la apertura e inicio del procedimiento de selección, contiene las condiciones para participar en el mismo, por lo que también haría las veces del pliego de condiciones, si se comparara con lo que ocurre en las demás modalidades.

No obstante, en relación con la modalidad de contratación directa, el ordenamiento no establece un acto similar al de apertura que defina el inicio del procedimiento de selección, pues si bien existen varios documentos y requisitos previos que se deben cumplir, antes de suscribir el contrato, ninguno de ellos conduce o da lugar al «inicio» del procedimiento, sino que todos ellos son fundamento de la planeación enfocados a la concreción directa en el contrato.

En este sentido, tratándose del procedimiento de contratación directa es necesario cumplir con varios documentos o actuaciones que se enmarcan en la etapa de planeación, siendo algunos de ellos los siguientes, entre los cuales algunos pueden o no ser necesarios: i) elaborar los estudios previos; ii) contar con la disponibilidad presupuestal; iii) realizar un análisis del mercado, por ejemplo, mediante la recepción de una propuesta, negociaciones o tratativas previas con el posible contratista; iv) proferir un acto administrativo que justifique el uso de algunas de las casuales de contratación directa –que no siempre es obligatorio–; v) contar con las autorizaciones previas, si es que excepcionalmente se requieren; vi) revisar la capacidad jurídica, técnica, experiencia, capacidad financiera, de organización y demás verificaciones frente al contratista que la entidad considere conveniente, y que soporten su capacidad para cumplir el contrato. Todas estas actuaciones o documentos, si bien algunos de ellos son obligatorios y otros no, ninguno define el inicio formal del procedimiento de selección, sino que todos se enmarcan en la etapa de planeación, que tienen una concreción inmediata en la celebración del contrato. En este sentido, si bien ninguna de las actuaciones previas a la celebración del contrato define el inicio formal del procedimiento de selección, todas ellas son parte de la etapa de planeación y fungen como los elementos que justifican y soportan la selección del contratista, mediante su concreción inmediata en la celebración del contrato, de manera que solo en dicho momento nacen obligaciones de la entidad frente al contratista.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sebastián Barreto CifuentesContratista de la Dirección y Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. SANTOFIMIO GAMBOA. Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, 2017, párrafo 765. [↑](#footnote-ref-1)
2. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-034 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-341 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.

 [↑](#footnote-ref-3)
4. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 1 de agosto de 1991. Exp. 6802. C.P. Juan de Dios Montes Hernandéz. Ver también: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Cotencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2007. Exp. 15.324. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-4)
5. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 23 de junio de 2010. Exp. 16.367. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-5)
6. El artículo citado establece: «ARTÍCULO 34. Procedimiento administrativo común y principal. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código». [↑](#footnote-ref-6)
7. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, 2017, párrafo 841. [↑](#footnote-ref-7)
8. DROMI, José Roberto. La licitación pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1980. p. 390. [↑](#footnote-ref-8)
9. El artículo 2.2.1.1.2.2.1. dispone: «Artículo 2.2.1.1.2.2.1. Modificación de los pliegos de condiciones. La Entidad Estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de Adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

»La Entidad Estatal puede expedir Adendas para modificar el Cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato.

»La Entidad Estatal debe publicar las Adendas en los días hábiles, entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación, salvo en la licitación pública pues de conformidad con la ley la publicación debe hacerse con tres (3) días de anticipación». [↑](#footnote-ref-9)
10. El numeral 2 del Artículo 2.2.1.2.1.3.2. 2., prescribe: «2. La Entidad Estatal debe publicar durante tres (3) días hábiles el informe de evaluación, el cual debe contener la calificación técnica y el orden de elegibilidad». [↑](#footnote-ref-10)
11. El Artículo 2.2.1.2.1.2.20, numeral 4 prescribe: «La Entidad Estatal debe publicar el informe de evaluación de ofertas durante tres (3) días hábiles». [↑](#footnote-ref-11)
12. El Artículo 2.2.1.2.1.5.2., numeral 5 dispone: «La Entidad Estatal debe publicar el informe de evaluación durante un (1) día hábil”. [↑](#footnote-ref-12)
13. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 26 de noviembre de 2014. Exp. 31.297. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-13)
14. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 26 de noviembre de 2014. Exp. 31.297. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-14)