

CONCEPTO 22337 DE 2018

(abril 27)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: Edgard Sierra Cardozo, Subdirector Centro de Biotecnología Agropecuaria
Edgard.Sierra@sena.edu.co
DE: Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa
ASUNTO: Concurrencia Modalidad de Menor Cuantía y Subastas Inversa.

Respetado Doctor Cardozo,

De manera comedida procedemos a dar respuesta a la solicitud de concepto enviada por correo electrónico 16 de abril de 2018, bajo el Rad, 8-2018-019029, nos pronunciamos en el siguiente sentido:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

CONCEPTO JURÍDICO

a) ANTECEDENTES

Mediante correo electrónico del 20 de septiembre de 2017, fue puesto en nuestro conocimiento la siguiente consulta:

De manera comedida solicito a la Dirección Jurídica Nacional emitir concepto de fondo respecto de la modalidad contractual a seguir cuando el Centro de Formación requiere contratar el servicio de transporte para los aprendices.

I Solicito tener en cuenta los siguientes elementos:

1. Servicio a contratar: Transporte para los aprendices del Centro de Biotecnología Agropecuaria (CBA) modalidad pasajeros (buses, busetas, aerovans)
2. Necesidad del servicio: Giras técnicas, eventos de bienestar, transporte nocturno salida del CBA.
3. Cuantía: el presupuesto oficial no supera los \$ 190.000.000 (menor cuantía)
4. Modalidad utilizada por el CBA para contratar el mismo servicio durante los años 2016 y 2017 fue la Selección Abreviada de Menor Cuantía.
5. En el año 2018 algunos ordenadores del gasto del SENA han utilizado la modalidad de selección abreviada de menor cuantía para contratar el servicio de transporte, aquí unos

ejemplos:

- Santa Martha usó la selección abreviada de menor cuantía para contratar servicio de transporte por un valor de \$ 455.969.952

- Cartagena usó la selección abreviada de menor cuantía para contratar servicio de transporte por un valor de \$109.662.000

- Villavicencio usó la selección abreviada de menor cuantía para contratar servicio de transporte por un valor de \$ 712.662.164

6. De otro lado, varios ordenadores del gasto del SENA durante la presente vigencia han utilizado la Selección Abreviada Subasta Inversa para contratar los servicios de transporte, aquí unos ejemplos:

- Rionegro usó la selección abreviada subasta inversa para contratar servicio de transporte por un valor de \$ 130.000.000

- Valledupar usó la selección abreviada subasta inversa para contratar servicio de transporte por un valor de \$ 149.924.167

7. Según revisión normativa y jurisprudencial realizada por esta Subdirección se concluye lo siguiente:

- El artículo 2o de la Ley 1150 de 2007 (vigente) establece cuatro modalidades de selección Licitación Pública, Selección abreviada, Concurso de méritos y contratación directa.

- En el numeral 2o del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007 se define la “Selección abreviada” y se establecen nueve causales para usar este procedimiento.

- La causal a) es sobre la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y la modalidad contractual que procede es la selección abreviada mediante subasta inversa.

- La causal b) es la contratación de menor cuantía y la modalidad contractual que procede es la selección abreviada de menor cuantía

- La causal a) y la causal b) establecidas en el numeral 2o del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007 son excluyentes; es decir que sí los bienes son de características técnicas uniformes, pero el presupuesto oficial está dentro del rango de la menor cuantía, la modalidad de contratación a usar será el proceso de selección abreviada de menor cuantía, no se adelantaría por subasta inversa sino por la modalidad de Selección Abreviada de Menor Cuantía.

8. El Consejo de Estado mediante sentencia No. 2009-00073 del 29 de abril de 2015 decidió sobre la nulidad parcial del “Decreto 2025: en su totalidad, el artículo 3o, que reguló la contratación de mínima cuantía; y parcialmente, los artículos 5o en su párrafo –que eximió a los procesos de selección para los contratos del literal h) del numeral 2o del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, del deber de someterlos a convocatoria pública– y el artículo 9o en su párrafo 1o, en el cual se estableció que en el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía, la entidad podrá establecer en el pliego de condiciones, que la oferta sea presentada de manera dinámica mediante subasta inversa.”

Si bien la Sentencia citada decidió sobre decretos vigentes, que hoy en día están derogados, es

importante su análisis por la interpretación que el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo hace del Numeral 2o del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007 el Consejo de Estado (norma hoy vigente), para lo cual me permico citar sólo un aparte:

“75. Es claro entonces, que para el legislador, estas dos modalidades de selección abreviada son diferentes y que lo dispuesto para la primera, específicamente en lo que tiene que ver con la posibilidad de efectuar procedimientos de subasta inversa, es exclusivamente para los eventos en ella relacionados, esto es, cuando se trata de la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, sin que se pueda extender lo dispuesto en este literal a las otras causales consagradas por el legislador, como lo es aquella relacionada en el literal b), correspondiente a la contratación de menor cuantía, respecto de la cual la ley no contempló tal procedimiento.”

II Problema que se plantea:

Ordenadores del gasto del SENA vienen utilizando dos modalidades de contratación distintas para la adquisición del servicio de transporte de los aprendices, a pesar de que el presupuesto oficial está dentro del rango de la menor cuantía.

III Lo que se consulta:

1. Para el proceso de adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, cuyo presupuesto oficial esté dentro del rango de la menor cuantía: ¿Puede el ordenador del gasto optar por utilizar la modalidad de Selección Abreviada para la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes por Subasta Inversa de que trata el Artículo [2.1.2.1.2.2.](#) y siguientes del Decreto 1082 de 2015 u optar por la Contratación de Menor Cuantía de que trata el “Artículo [2.2.1.2.1.2.20.](#) Procedimiento para la selección abreviada de menor cuantía” del Decreto 1082 de 2015?

2. Para el proceso de adquisición del servicio de transporte de pasajeros (aprendices) con un presupuesto oficial no superior a los \$190.000.000 (menor cuantía) ¿debe el ordenador del gasto adelantar el proceso por la modalidad de Contratación de Menor Cuantía de que trata el “Artículo [2.2.1.2.1.2.20.](#) Procedimiento para la selección abreviada de menor cuantía” del Decreto 1082 de 2015?

3. Para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, cuyo presupuesto oficial esté dentro del rango de la menor cuantía, ¿puede el ordenador del gasto apartarse de la interpretación hecha por el Consejo de Estado en la sentencia No. 2009-00073 del 29 de abril de 2015?

En estos términos procedemos a resolver la consulta planteada, advirtiendo de antemano que no fue puesto en nuestro conocimiento información adicional a la anteriormente relacionada.

b) ANÁLISIS JURÍDICO

1. Bienes de Características técnicas uniformes y de Común utilización –BCTUCU-

la Ley 1150 de 2007 numeral 2 del artículo 2 definió el procedimiento de Selección Abreviada como una modalidad de selección objetiva y célere, prevista para la contratación de determinados bienes y servicios que responden a algunas características particulares.

Puntualmente, la normativa dispone:

Ley 1150 de 2007 Art. [2.2](#). Selección abreviada:

La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

Posterior a ello, define cada una de las causales en donde es procedente adelantar el procedimiento de selección, entre ellos se encuentra la adquisición de bienes y servicios de Características Técnicas Uniformes y de Común Utilización:

a) Ley 1150 de 2007 Art. [2](#) Literal a. [...] la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

En cuanto a la definición de este tipo de bienes y servicios, el Decreto [1082](#) de 2015, el cual reglamenta la materia, los definió como:

Artículo [2.2.1.1.1.3.1](#). Definiciones. [Son] Bienes y servicios de común utilización con especificaciones y patrones de desempeño y calidad iguales o similares, que en consecuencia pueden ser agrupados como y servicios homogéneos para su adquisición y a los se refiere literal (a) numeral 2 del artículo [2](#) de Ley 1150 de 2007

Por su parte la doctrina reconocida en la materia ha definido los mismos en los siguientes términos:

[Características técnicas uniformes y de común utilización] evoca que sean fácilmente descriptibles por características mínimas comunes a los de su tipo, excluyendo elementos no esenciales, tales como los diseños o cualquier otro que no altere la funcionalidad del bien o servicio. Ello debe ser así, en la medida en la cual se busca que la Administración logre que compitan bienes y servicios de igual calidad ofrecidos por proponentes capaces de satisfacer el requerimiento de la entidad contratante^[1].

En cuanto al procedimiento para la contratación de este tipo de bienes y servicios, se señala que la modalidad de Selección Abreviada comprende tres procedimientos para la adquisición de estos bienes: Subasta Inversa, Acuerdo Marco de Precios y Bolsa de Productos.

Esto último fue definido por el Legislador en la ya citada normativa –Ley 1150 art. [2](#) numeral 2. Literal 2- al indicar:

Ley 1150 de 2007 Art. [2](#) Literal a. [...] Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos;

En este orden de ideas, en principio, los BSCTUCU siempre deberían contratarse bajo esta modalidad y los procedimientos anteriormente señalados, es decir, por Selección Abreviada Subasta Inversa, Acuerdo Marco o Bolsa de Productos.

Vale la pena aclarar que se acuerdo con el Decreto 1082 de 2015, artículo [2.2.1.2.1.2.7](#), las Entidades Públicas del orden nacional sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública están obligadas a contratar a través de Acuerdos Marco cuando el mismo se encuentre vigente.

Así las cosas, si el SENA –como entidad del orden nacional, sometido a la Ley [80](#)- pretende adquirir un bien o servicio que se encuentra cubierto por un Acuerdo Marco de Precios, deberán acudir a dicho mecanismo de agregación de demanda. De lo contrario podrá acudir a los otros procedimientos, vale decir subasta inversa y Bolsa de Productos.

2. Selección abreviada de Menor cuantía:

Por otra parte, dentro de la modalidad de Selección Abreviada, el legislador definió un procedimiento pensado en hacer más celeridad el proceso de selección para cuantías de menor impacto. Por lo anterior, el literal b del numeral 2 del artículo [2](#) de la Ley 1150 estableció la menor cuantía como causal del proceso de selección abreviada con su respectivo procedimiento.

De acuerdo con la normativa vigente debe entenderse por menor cuantía lo siguiente:

Ley 1150 de 2007 Art. [2](#) Literal b. [...] 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

Ahora bien, el procedimiento de Selección Abreviada de Menor cuantía fue reglamentado por el Decreto 1082 de 2015, en su artículo [2.2.1.2.1.2.20](#). En este artículo se establecen las reglas aplicables al citado procedimiento, que en gran medida es muy similar al procedimiento de la Licitación Pública, pero con términos más cortos.

3. Concurrencia de procedimientos de selección: Subasta inversa y Concurso de méritos.

Es posible que dentro de un mismo proceso de selección concurren causales del procedimiento de Selección Abreviada por Subasta Inversa y de Selección Abreviada por Menor Cuantía, en tanto se pretenda contratar la adquisición de un bien o servicio de características técnicas uniformes y de común utilización que su presupuesto oficial sea igual o menor a la menor cuantía de la entidad.

En este sentido, aparentemente, se presentaría una concurrencia de procedimientos posible, en

este caso: la subasta inversa como procedimiento para contratar BSCTUCU que no están cubiertos por Acuerdo Marco y el procedimiento de Menor Cuantía, debido al presupuesto oficial de la contratación.

No obstante lo anterior, es necesario advertir que realmente no hay una concurrencia de procedimientos, en razón a que las causales de Subasta Inversa constituyen norma especial y de acuerdo con las reglas de solución de conflicto de normas primará la especial sobre la general, es decir, el procedimiento aplicable realmente es la Selección Abreviada por Subasta Inversa.

Al respecto nos permitimos esbozar los siguientes argumentos.

a. Tal como se mencionó con anterioridad, de acuerdo con la Ley 153 de 1886, cuando existe un conflicto de normas el operador deberá aplicar los siguientes criterios de interpretación:

En primer lugar, deberá preferir la norma más reciente sobre la más antigua. No obstante, en este caso son disposiciones dentro de una misma ley, de manera que persiste el conflicto de normas.

En segundo lugar, y como persiste el conflicto de normas, es necesario analizar si una de las normas en conflicto regula la materia de manera especial, si una de ellas lo hace será aplicable la norma especial.

Con esta última regla si es posible tener una directriz para la solución del presente caso, pues se evidencia que el legislador creó efectivamente una norma especial, en la medida que la menor cuantía aplica de manera general para los procesos que tengan ese presupuesto, por el contrario, respecto de los BSCTUCU claramente tiene una norma de carácter ESPECIAL referida a que deberá adelantarse los procedimientos de Subasta Inversa, Acuerdo Marco o Bolsa de Productos.

En este orden de ideas, prima la disposición correspondiente a la Subasta Inversa.

Este análisis ya fue efectuado por la Agencia Nacional de Contratación, Colombia Compra Eficiente en un caso análogo. Puntualmente la Agencia analizó un aparente conflicto entre la Menor cuantía y el Concurso de Méritos, al resolver una consulta de un ciudadano en donde se cuestionaba cual es el procedimiento de selección procedente para la contratación de una Consultoría con un presupuesto oficial menor a la Menor Cuantía de la Entidad.

En el señalado caso, vale aclarar, se presentaba una aparente concurrencia de modalidades en tanto por su objeto -consultoría- esta contratación debería adelantarse por Concurso de Méritos, pero por su cuantía debía adelantarse el procedimiento de Selección abreviada por Menor Cuantía. Ante lo anterior, Colombia Compra Eficiente Concluyó que por tratarse de una norma especial las causales de Concurso de Méritos, sobre la norma general de la causal de Menor cuantía debía primar la primera.

Al respecto nos permitimos citar el concepto referido:

¿Cuál es la modalidad de selección para la contratación de consultores cuando la cuantía del Proceso de Contratación corresponde a la menor cuantía de la Entidad Estatal?

La modalidad de selección para la contratación de consultores cuando la cuantía del Proceso de Contratación corresponde a la menor cuantía de la Entidad Estatal, es el concurso de méritos.

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 la modalidad de selección del concurso de méritos es especial para la selección de consultores, Colombia Compra Eficiente considera que la modalidad de selección aplicable es la de concurso de méritos, pues es la que permite obtener mayor valor por dinero en la selección de consultores^[2]

El caso análogo anterior podría extraerse al presente en la medida que las reglas de la contratación de Bienes y Servicios de características técnicas uniformes y de Común utilización también comprenden norma especial.

Con el fin de dar mayor claridad al consultante, nos permitimos citar un aparte de Doctrina, en donde se recoge esta teoría frente a la aparente concurrencia de modalidades de Subasta Inversa y Menor cuantía:

La menor cuantía es una causal de selección abreviada que opera para contratos con valores inferiores a ella y cuyo objeto por sus características propias caería bajo la regla general de licitación pública. No opera en consecuencia para los otros eventos de selección, así el valor de los correspondientes contratos sea inferior a la menor cuantía, especialmente en tratándose de la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización y de contratos de consultoría, en los cuales siempre e independiente de su valor se emplea el mismo procedimiento, esto es la selección abreviada en cualquiera de sus tres modalidades y el concurso de méritos, respectivamente, salvo lo referente a la mínima cuantía^[3].

Como puede evidenciarse del anterior aparte, el doctrinante claramente advierte que de tratarse de un proceso de contratación de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización no es procedente la modalidad de Selección Abreviada por Menor Cuantía.

C) Consulta:

De acuerdo con las anteriores consideraciones jurídicas, nos permitimos aclarar respecto de sus consultas:

PRIMER PREGUNTA: Para el proceso de adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, cuyo presupuesto oficial esté dentro del rango de la menor cuantía: ¿Puede el ordenador del gasto optar por utilizar la modalidad de Selección Abreviada para la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes por Subasta Inversa de que trata el Artículo [2.1.2.1.2.2](#), y siguientes del Decreto 1082 de 2015 u optar por la Contratación de Menor Cuantía de que trata el “Artículo [2.2.1.2.1.2.20](#). Procedimiento para la selección abreviada de menor cuantía” del Decreto [1082](#) de 2015?

RESPUESTA: Tal como se mencionó con anterioridad, y por las razones allí expuestas, se concluye que si se va a realizar la adquisición de bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización la modalidad de selección procedente es Selección Abreviada por Subasta Inversa, Acuerdo Marco o Bolsa de productos de acuerdo con el bien o servicio a contratar.

SEGUNDA PREGUNTA: Para el proceso de adquisición del servicio de transporte de pasajeros (aprendices) con un presupuesto oficial no superior a los \$190.000.000 (menor cuantía) ¿debe el ordenador del gasto adelantar el proceso por la modalidad de Contratación de Menor Cuantía de que trata el “Artículo [2.2.1.2.1.2.20](#). Procedimiento para la selección abreviada de menor cuantía” del Decreto 1082 de 2015?

RESPUESTA: Si este servicio puede ser estandarizable, en la medida que se trata de “Bienes y servicios de común utilización con especificaciones y patrones de desempeño y calidad iguales o similares, que en consecuencia pueden ser agrupados como y servicios homogéneos para su adquisición” (Dec. [1082](#)), no es procedente la modalidad de Selección Abreviada por Menor Cuantía sino la Selección Abreviada por Subasta Inversa, Acuerdo Marco o Bolsa de Productos de acuerdo con el bien o servicio a contratar.

TERCERA PREGUNTA: Para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, cuyo presupuesto oficial esté dentro del rango de la menor cuantía, ¿puede el ordenador del gasto apartarse de la interpretación hecha por el Consejo de Estado en la sentencia No. 2009-00073 del 29 de abril de 2015?

RESPUESTA: Respecto al apartado de la sentencia citado por el consultante nos permitimos hacer las siguientes aclaraciones:

“75. Es claro entonces, que para el legislador, estas dos modalidades de selección abreviada son diferentes y que lo dispuesto para la primera, específicamente en lo que tiene que ver con la posibilidad de efectuar procedimientos de subasta inversa, es exclusivamente para los eventos en ella relacionados, esto es, cuando se trata de la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, sin que se pueda extender lo dispuesto en este literal a las otras causales consagradas por el legislador, como lo es aquella relacionada en el literal b), correspondiente a la contratación de menor cuantía, respecto de la cual la ley no contempló tal procedimiento.”

La sentencia hace referencia al proceso, derogado, de mínima cuantía. En cuanto a la corta referencia al procedimiento de menor cuantía no está evaluando la procedencia de una u otra modalidad, sino de la viabilidad jurídica de extender el procedimiento de subasta a otros procedimientos como el de menor cuantía. En todo caso, esto no contraria a la posición jurídica que se planteó en líneas anteriores del presente concepto jurídico.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordialmente,

CARLOS EMILIO BURBANO BARRERA

Coordinador

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Suárez Beltrán, Gonzalo. Estudios de derecho contractual público. Pontificia Universidad Javeriana. Legis. Enero de 2014 P. 17

2. Colombia Compra Eficiente. Concepto jurídico con Rad #416120001093 del 11 de abril de 2016.

3. Dávila, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Ed. Legis. 2015. Pág. 470



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

