

CONCEPTO 34142 DE 2018

(Junio 21)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

De manera comedida procedemos a resolver la consulta allegada mediante comunicación electrónica de fecha 29 de mayo de 2018, Radicado 8-2018-028988, 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 29 de mayo de 2018, fue puesto en nuestro conocimiento la siguiente consulta:

De manera atenta, me permito informar que durante el normal desarrollo de la prestación del servicio médico, cada una de las Regionales del SENA adelantan sus propios procesos de contratación de prestadores de servicios de salud externos, con el fin de brindar la atención médica especializada a los beneficiarios SMA que así lo requieran.

Durante la vigencia 2018, en la Regional Cauca se ha publicado en cuatro (4) oportunidades el proceso de contratación de menor cuantía para suministro de medicamentos en la Regional, proceso que en las 4 ocasiones ha sido declarado desierto, bien sea porque no se presenta ningún oferente, o bien sea porque los oferentes interesados no cumplen con los requisitos técnicos y jurídicos exigidos.

Ante este panorama, la Organización Sindical SINDESENA pregunta en correo adjunto, la posibilidad de contratar el suministro de medicamentos de la Regional Cauca, mediante la figura de urgencia manifiesta, motivo por el cual solicitamos emitir concepto jurídico que permita determinar si bajo las condiciones señaladas, se puede adelantar el trámite de contratación bajo la modalidad de urgencia manifiesta.

-Se deja constancia que la consulta se resuelve sin recibir anexo adicional al mencionado y con la información suministrada.

ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN

i. Principio de Selección Objetiva

La contratación pública en el ordenamiento jurídico colombiano se rige por los principios de transparencia, publicidad, economía, planeación y selección objetiva entre otros. Respecto del principio de selección objetiva, el mismo refiere a que como resultado del procedimiento de selección sea escogido aquel proponente que haga el ofrecimiento más favorable para la entidad y para el interés general.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, referido a la Ley [80](#) de 1993 y sus modificaciones, v.gr., la Ley [1150](#) de 2007, establecieron la siguiente definición de la Selección objetiva:

Artículo [5](#)o. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en señalar que la selección objetiva es uno de los principios transversales de la contratación pública colombiana, y la ha definido en los siguientes términos:

Se encontraba previsto expresamente en el derogado artículo [29](#) de la Ley 80 de 1993, actualmente consagrado en el artículo [5](#)o de la Ley 1150 de 2007, disposiciones conforme a las cuales “la selección de contratistas será objetiva”, que “es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”, que “ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido” y que “el administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.”

De esta forma, la objetividad en la elección de un contratista en cualquier proceso de selección que se trate, hace parte integral del principio de interés general, pues por medio de éste lo que se busca es seleccionar la propuesta que sea más favorable para la satisfacción de los intereses colectivos, siendo improcedente tener en cuenta alguna consideración subjetiva.

Luego, si lo que se busca mediante el principio al que se alude es la escogencia de la propuesta más favorable para la satisfacción de las necesidades o finalidades estatales, es evidente que para que la administración así pueda determinarlo debe realizar un ejercicio comparativo entre las diversas propuestas presentadas, para lo cual debe fijar reglas claras, objetivas y completas que permitan el libre acceso al proceso de selección de todos aquellos sujetos interesados en contratar con ella en condiciones de igualdad y libre competencia.

Así las cosas, el principio de selección objetiva guarda una estrecha relación con el principio de libre concurrencia de los interesados, que implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales

oferentes^[1].

Como se evidencia del desarrollo del principio de selección objetiva realizado por el Consejo de Estado, el mismo se garantiza a través de ciertas prácticas de la entidad contratante como garantizar la libre concurrencia de proponentes, escoger la mejor oferta, establecer normas claras en sus términos de condiciones, la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y la adecuada escogencia de la modalidad de contratación.

ii. Solemnidad del contrato Estatal

El Legislador ha dotado al contrato estatal de una serie de prerrogativas y ritualidades que deben observarse para que el mismo exista, se perfeccione y pueda iniciar su ejecución. En este sentido se hace necesario precisar que el contrato estatal es un acto de carácter solemne, razón por la cual este debe constar por escrito. Así las cosas, de conformidad con lo anterior, y lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales así como sus modificaciones deben constar por escrito.

Por otra parte, es importante señalar que el objeto de los contratos que celebran las Entidades Públicas, es cumplir con los fines estatales, satisfacer el interés general, dar una continua y eficiente prestación de los servicios públicos y procurar la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, lo cual debe estar presente durante la ejecución del contrato. Por lo que, en ocasiones es necesario hacer modificaciones al contrato para la consecución de dichos fines. De esta manera surge el principio de mutabilidad permitiendo que el contrato estatal pueda modificarse, con la finalidad de cumplir con los cometidos para los cuales fue previsto, siempre y cuando no se altere el objeto del contrato.

El Estatuto General de la Contratación de la Administración pública, Ley 80 de 1993, en su artículo 41 señaló que será un requisito del perfeccionamiento y ejecución de contratos estatales, dentro de lo cual establece como solemnidad que los contratos estatales deberán constar por escrito:

ARTICULO 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DE CONTRATOS.

Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

[...] (Negritas fuera de texto original)

En este orden de ideas, en principio deberá constar por escrito y responder a los factores de planeación. Ahora bien, en razón a la protección del interés general y el cumplimiento de los fines del Estado, el legislador creó una excepción a las solemnidades del contrato estatal correspondiente a la urgencia manifiesta.

iii. Urgencia manifiesta

La urgencia manifiesta está contemplada por el legislador como una de las causales de contratación directa, siendo entonces una excepción a la Licitación Pública como regla general. Esta causal de contratación se creó con el fin de poder atender las necesidades que surgen a partir de situaciones excepcionales que ponen en riesgo o amenazan gravemente el servicio público.

Puntualmente, de acuerdo con el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, la urgencia manifiesta solo procede ante tres causales: a) cuando la continuidad del servicio está en riesgos, b) cuando se

presentan situaciones relacionadas con los estados de excepción, c) cuando se presenta hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre, nos permitimos citar la normativa.

ARTÍCULO 42. DE LA URGENCIA MANIFIESTA. Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos.

La urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado.

PARÁGRAFO. Con el fin de atender las necesidades y los gastos propios de la urgencia manifiesta, se podrán hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente

En este orden de ideas, debe señalarse en primera medida que cuando la entidad vaya a proceder a declarar una urgencia manifiesta, es necesario que acredite el cumplimiento de alguna de las tres causales descritas con anterioridad, advirtiendo de antemano que la urgencia manifiesta es un mecanismo excepcional y constituye una actuación reglada, no discrecional. Al respecto de esta figura, el Consejo de Estado ha señalado:

“La Ley 80 de 1993, artículos 41 a 43 incorporó la figura de la urgencia manifiesta como una modalidad de contratación directa. Se trata entonces de un mecanismo excepcional, diseñado con el único propósito de otorgarle instrumentos efectivos a las entidades estatales para celebrar los contratos necesarios, con el fin de enfrentar situaciones de crisis, cuando dichos contratos, en razón de circunstancias de conflicto o crisis, es del todo imposible celebrarlos a través de la licitación pública o la contratación directa. Es decir, cuando la Administración no cuenta con el plazo indispensable para adelantar un procedimiento ordinario de escogencia de contratistas. Es decir la Administración puede enfrentarla desarrollando un proceso licitatorio o sencillamente acudiendo a las reglas de la contratación directa, se hace imposible, en consecuencia, una declaratoria de urgencia manifiesta. (...) “de tal manera que resulte inconveniente el trámite del proceso licitatorio de selección de contratistas reglado en el estatuto contractual, por cuanto implica el agotamiento de una serie de etapas que se toman su tiempo y hacen más o menos largo el lapso para adjudicar el respectivo contrato, circunstancia que, frente a una situación de urgencia obviamente resulta entorpecedora, porque la solución en estas condiciones, puede llegar tardíamente, cuando ya se haya producido o agravado el daño”^[2]. (negritas fuera del texto original)

De la lectura del pronunciamiento del Consejo de Estado, además de la reiteración de la figura como excepcional, vale la pena resaltar el elemento de la Inmediatez para la procedencia de la urgencia manifiesta. Lo anterior, en la medida que el análisis que se realice debe evidenciar que realmente adelantar el procedimiento de selección de acuerdo con las normas del Estatuto de Contratación resulta gravoso.

Respecto a lo anterior, la Procuraduría General de la Nación se pronunció en un juicio disciplinario, reiterando que uno de los elementos esenciales de la procedencia de la urgencia manifiesta es la relación de inmediatez entre la calamidad y la contratación, en la medida que de no existir ésta última se puede concluir que hay tiempo suficiente para adelantar alguno de los

procedimientos de selección ordinarios. Nos permitimos citar:

La sala considera que cuando se conoce que una situación de desastre o constitutiva de urgencia se puede presentar en un futuro incierto, la Administración debe respetar la regla general de selección de los contratistas, es decir, debe contratar los bienes, obras o servicios mediante los mecanismos de la convocatoria pública, pues no se presentan claramente las circunstancias que ameritan acudir al régimen excepcional de la declaración de urgencia y la necesidad inmediata de la ejecución de los objetos correspondientes. De modo que si el servidor público no se halla ante la inmediatez de hacer imperativo contar con la colaboración de los particulares para la solución del problema correspondiente, su comportamiento resulta reprochable a la luz de las normas de la contratación administrativa^[3] (negritas fuera de texto original)

Como puede observarse, en el juicio de responsabilidad disciplinaria citado, para la Procuraduría General de la Nación el elemento de inmediatez es necesario e imprescindible para la procedencia de la urgencia manifiesta.

Lo anterior se deriva que la existencia del procedimiento excepcional de urgencia manifiesta no puede entenderse como una forma de no dar aplicación a los principios de la contratación objetiva, los cuales son transversales a todo tipo de contratación, incluso a la urgencia manifiesta:

“Para esta Sala, es importante señalar que la urgencia manifiesta, aunque implique la posibilidad legal para celebrar contratos de forma directa e inmediata, bajo ninguna circunstancia puede convertirse en una regla general o en un instrumento discrecional en manos de las autoridades públicas, todo lo contrario, su aplicación es de derecho estricto y procede previa configuración real y efectiva de las precisas causales que el legislador establece en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993. En conclusión, la contratación por la vía de urgencia no puede ser una contratación abusiva, contraria a los principios de la contratación estatal, es decir, se debe garantizar la transparencia, la selección objetiva, la debida ejecución del contrato y el cumplimiento de las finalidades del mismo, esto es, prestar un buen servicio público a los administrados”^[4]

iv. Conclusiones.

De acuerdo con las anteriores consideraciones jurídicas, y respecto a su consulta, nos permitimos señalarles que solo la dependencia que tiene la necesidad puede determinar la viabilidad de la declaratoria de urgencia manifiesta, para lo cual deberá probar la ocurrencia de algunas de las causales del artículo 42 de la Ley 80, descritas en la parte anterior del presente concepto jurídico. Además de esto, deberá demostrar la relación de inmediatez entre la causal, es decir la circunstancia producto de a urgencia, y la contratación de los bienes y servicios, así como el análisis de conveniencia donde se evalué el impacto de adelantar el proceso de selección ordinario frente al a contratación de urgencia manifiesta.

Por otra parte, se advierte que la mera declaratoria de desierta de un proceso de selección no es razón suficiente que sustente la declaración de urgencia manifiesta, sino que deberá evaluarse los aspectos señalados en el párrafo anterior y a lo largo del presente concepto. Asimismo, se recomienda al consúltate, que al volver a adelantar el proceso de selección se evalué de acuerdo con el análisis del sector, si los requisitos del procesos son acordes al mercado, de manera que se evite una nueva declaración de desierta del proceso.

Finalmente se advierte que de adelantarse una declaratoria de urgencia manifiesta, el contratista deberá cumplir con todas las condiciones de idoneidad, experiencia y favorabilidad para la

entidad de oferta equivalentes a un proceso de selección tradicional, en la medida que deben en el proceso de urgencia manifiesta también debe darse estricto cumplimiento a los principios de la Contratación Pública.

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. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de marzo de 2011, Exp: 18.118.
2. Consejo de Estado. Sección tercera. CP. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Del 07 de febrero de dos mil once (2011). Rad. 34425
3. Procuraduría General de la Nación, Sala Disciplinaria N. 40 Radicación. 161-02564
4. Consejo de Estado. Sección tercera. CP. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Del 07 de febrero de dos mil once (2011). Rad. 34425



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)

