

CONCEPTO 68085 DE 2019

(septiembre 30)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

DE: Antonio José Trujillo Illera, Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, 1-0014

ASUNTO: Concepto declaratoria desierto proceso de selección abreviada de menor cuantía

En respuesta a la consulta formulada mediante comunicación electrónica radicada con el número 8-2019-066404 de fecha 24 de septiembre de 2019, mediante la cual consulta sobre el procedimiento contractual a seguir frente a un proceso de contratación de selección abreviada de menor cuantía, cuando éste es declarado desierto, en el sentido de contar con un lineamiento claro frente a la publicación del nuevo proceso, si deberá realizarse desde el aviso de convocatoria y pre-pliego de condiciones o desde la resolución de apertura y el pliego de condiciones definitivo; al respecto, de manera comedida le informo:

#### ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

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.

#### PRECEDENTES NORMATIVOS

Para el análisis del presente concepto se tendrán en cuenta los siguientes fundamentos normativos y jurisprudenciales:

Ley 80 de 1993, artículos [25](#) y [77](#)

La Ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley [80](#) de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos” – artículos [20](#) y [50](#).

Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – artículo [74](#), [86](#) y [87](#)

Decreto 1082 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional”- artículo [2.2.1.2.1.2.22](#).

Sentencia de 25 de julio de 2018 - Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- Subsección A, Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, Rad. 11001-03-26-000-2016-00015-00 (56165).

Sentencia de 3 de mayo de 2013 - Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- Subsección B, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, Rad. 25000-23-

## ANÁLISIS JURÍDICO

La actividad contractual del Estado se desarrolla en virtud de los principios de transparencia (artículo [24](#)), economía (artículo [25](#)) y responsabilidad (artículo [26](#)) consagrados en la Ley 80 de 1993, así como en los postulados que rigen la función pública (artículo [209](#) Constitución Política), los cuales deben cumplirse conforme con los principios de planeación y selección objetiva previstos en la Ley [1150](#) de 2007.

El artículo [209](#) de la Constitución Política establece que "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones".

De acuerdo con lo anterior, la actividad contractual que realice la Administración Pública, ya sea jurídica, material o técnica, ha de sujetarse a los principios que la inspiran, con el fin de garantizar el cumplimiento de los fines del Estado, observando de paso las reglas previstas para adelantar la actuación administrativa de carácter contractual mediante las modalidades señaladas en la ley.

Pues bien, conforme con lo previsto en la Ley [1150](#) de 2007 y el Decreto [1082](#) de 2015 y el Manual de Contratación, el SENA puede adelantar los procesos de contratación a través de las diferentes modalidades, tales como Licitación Pública, que es la regla general de los procesos de contratación, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa o contratación de mínima cuantía.

Para efectos de determinar la modalidad de contratación, como bien lo señala el Manual de Contratación del SENA, es preciso justificar su escogencia, teniendo en cuenta: la necesidad a satisfacer, el objeto a contratar, alcance y tipo de contrato, el valor o cuantía del contrato y el plazo, entre otros aspectos, lo cual debe estar acompañado de los estudios previos, estudios del sector, apropiación presupuestal y las condiciones de la contratación que se piensa adelantar.

- Declaratoria de desierto de procesos de selección

De acuerdo con lo antes expuesto y con sujeción al principio de planeación<sup>111</sup> y a las necesidades de la entidad estatal, la contratación deberá hacerse a través de las modalidades de selección previstas en la Ley [1150](#) de 2007 y en el Decreto [1082](#) de 2015 a que antes se hizo mención.

La Ley 1150 de 2007 "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley [80](#) de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos" señala en su artículo [2o.](#)

"ARTÍCULO [2o.](#) DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

1. Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.

Cuando la entidad estatal así lo determine, la oferta en un proceso de la licitación pública podrá

ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa, en las condiciones que fije el reglamento.

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.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Serán causales de selección abreviada las siguientes:

(...)

b) La contratación de menor cuantía. 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.

(...)

d) La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto; en cuyo caso la entidad deberá iniciar la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaración de desierto del proceso inicial;

3. Concurso de méritos. (...)

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: (...)

5. Contratación mínima cuantía.

Parágrafo 2o. El procedimiento aplicable para la ejecución de cada una de las causales a que se refiere el numeral 2o del presente artículo, deberá observar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y las siguientes reglas:

1. Se dará publicidad a todos los procedimientos y actos.

2. Para la selección a la que se refiere el literal b) del numeral 2o del presente artículo, será principio general la convocatoria pública y se podrán utilizar mecanismos de sorteo en audiencia pública, para definir el número de participantes en el proceso de selección correspondiente cuando el número de manifestaciones de interés sea superior a diez (10).

Será responsabilidad del representante legal de la entidad estatal, adoptar las medidas necesarias con el propósito de garantizar la pulcritud del respectivo sorteo.

3. Sin excepción, las ofertas presentadas dentro de cada uno de los procesos de selección, deberán ser evaluadas de manera objetiva, aplicando en forma exclusiva las reglas contenidas en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. Para la selección a la que se refiere el literal a) del numeral 2o del presente artículo, no serán aplicables los artículos 2o y 3o de la Ley 816 de 2003...”

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” en su artículo [25](#) consagra el principio de economía, cuyo numeral 18

sobre la declaratoria de desierto de la licitación, establece:

“ARTÍCULO [25](#). DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:

(...)

18. <Aparte tachado derogado por el artículo [32](#) de la Ley 1150 de 2007> La declaratoria de desierto de la licitación o ~~concurso~~ únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.

El Decreto [1082](#) de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional”

“ARTÍCULO [2.2.1.2.1.2.22](#). CONTRATACIÓN CUYO PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA HAYA SIDO DECLARADO DESIERTO. La Entidad Estatal que haya declarado desierto una licitación puede adelantar el Proceso de Contratación correspondiente aplicando las normas del proceso de selección abreviada de menor cuantía, para lo cual debe prescindir de: a) recibir manifestaciones de interés, y b) realizar el sorteo de oferentes. En este caso, la Entidad Estatal debe expedir el acto de apertura del Proceso de Contratación dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la declaratoria de desierto”.

Pues bien, sobre la declaratoria de desierto de un proceso de selección, el Consejo de Estado se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, de la cual se destacan las siguientes providencias:

En Sentencia de 25 de julio de 2018 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera, se señaló:

“(…) El planteamiento anterior se encuentra acorde con la posición que de años atrás ha sostenido la Sección Tercera del Consejo de Estado, para la cual, la no inclusión de una modalidad de selección en el numeral 18 del artículo [25](#) de la Ley 80 de 1993, no impide que a la misma le resulte aplicable dicha disposición. En efecto, tratándose de la contratación directa, esta Corporación indicó: “(…) cuando la ley establece que en virtud del principio de economía 'la declaratoria de desierto de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión' (art. [25](#) ord. 18 ley 80 de 1993), pese a que se refiere a la declaratoria de desierto de la licitación o concurso, igualmente debe aplicarse cuando la selección del contratista se realiza a través del procedimiento de la contratación directa”.

“Y más recientemente, que: “Ahora bien, el principio de economía que se encuentra regulado en el artículo [25](#) de la Ley 80 de 1993 y que dispone en su numeral 18 que en el acto administrativo por medio del cual se declare desierto la licitación o el concurso se debe señalar 'en forma expresa y detallada' las razones que llevaron a tomar tal determinación, obligación normativa que resulta también aplicable al proceso de contratación directa, por cuanto, como ya se dijo, si bien éste es un proceso de selección diferente a la licitación y al concurso, también le resultan aplicables los principios que la ley dispuso en relación con esas modalidades de selección”.

“Téngase presente, además, que si bien el artículo [5](#) de la Ley 1150 de 2007, al abordar la selección objetiva como deber, estableció los criterios que las entidades estatales deben tener en cuenta para que la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable, tanto a ellas como a los

finés que buscan, la imposibilidad que sobrevenga en la aplicación efectiva de dichos criterios necesariamente tendría que traducirse en una decisión opuesta a la adjudicación en los procesos que requieren de convocatoria – es decir, la declaratoria de desierto – o a la suscripción del contrato en los procesos que no requieren de esta.

“En ese sentido, así como es claro que el legislador estableció criterios específicos para que la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable, se abstuvo de establecer reglas que disciplinaran la declaratoria de desierto de los procesos que requieran de convocatoria. Y no podía ser de otra forma, puesto que, tratándose de la selección de contratistas en cabeza de las entidades estatales contratantes, la redacción propositiva de las normas del EGCAP propende por la escogencia de una oferta favorable y no por el resultado opuesto”. [Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico Bogotá D.C., Rad. 11001-03-26-000-2016-00015-00 (56165)A].

Por su parte, la misma Sección Tercera, por conducto de su Subsección B, sostuvo en Sentencia de 3 de mayo de 2013:

“(…) Según la jurisprudencia de la Sala la administración no tiene la facultad discrecional para declarar a su arbitrio desierto un proceso de selección de contratista, decisión que sólo resulta procedente cuando medien causales y circunstancias contempladas en las normas, habida consideración a que la facultad de adjudicar o no un contrato estatal es reglada. (...) De consiguiente, la declaratoria de desierto únicamente procede por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva (num. 18 art. 25º eiusdem) y nunca a instancias de omisión ilegales de los deberes a cargo de la entidad estatal pues ello riñe con los principios de la función administrativa (209 superior y 3º de la Ley 489 de 1998), y en particular los propios de la función administrativa contractual (art. 23 ley 80 1993)” [Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth, Rad. 25000-23-26-000-1998-01825-01(23734)].

Así pues, de acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado y a la luz de lo preceptuado en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, el contrato estatal no podría adjudicarse a ningún proponente si concurre alguna de las siguientes causales: (i) las propuestas no cumplen las condiciones para ser habilitadas e impiden una selección objetiva; (ii) no se presentan ofertas el día del cierre del proceso; (iii) o ningún oferente manifestó interés en el proceso.

De ahí que frente a cualquiera de las causales legales antes referidas, la entidad estatal debe expedir un acto administrativo mediante el cual declare desierto el proceso de contratación, conforme con lo establecido en el artículo 25 numeral 18 de la ley 80 de 1993.

En este sentido conviene destacar que si bien el numeral 18 del artículo 18 de la Ley 80 de 1993 establece la declaratoria de desierto del proceso de licitación pública, como bien lo destacó el Consejo de Estado en el fallo de 25 de julio de 2018 atrás comentado, a falta de reglamentación de las causales de declaratoria de desierto de un proceso en la modalidad de selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía, se aplicará lo establecido para la licitación pública.

- Término para iniciar nuevo proceso de contratación luego de la declaratoria de desierto

Ahora bien, para establecer el término para que se inicie el nuevo proceso de selección como consecuencia de la declaratoria de desierto, bien de la licitación pública o de otro proceso de selección, el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 prevé:

“Artículo [77](#)o.- De la Normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. 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 falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 1o.- El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 2o.- Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina”.

Al respecto, las reglas relativas al Código Contencioso Administrativo a que se refiere el artículo [77](#) de la Ley 80 de 1993 deben entenderse referidas al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo expedido por la Ley [1437](#) de 2011.

En este sentido, sobre los recursos contra los actos administrativos y su firmeza, los artículos [74](#), [86](#) y [87](#) ibidem establecen:

“ARTÍCULO [74](#). RECURSOS CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.
2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.

No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos.

Tampoco serán apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial.

3. El de queja, cuando se rechace el de apelación.

El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.

De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.

Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso”.

“ARTÍCULO [86](#). SILENCIO ADMINISTRATIVO EN RECURSOS. Salvo lo dispuesto en el artículo [52](#) de este Código, transcurrido un plazo de dos (2) meses, contados a partir de la

interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa.

El plazo mencionado se suspenderá mientras dure la práctica de pruebas.

La ocurrencia del silencio negativo previsto en este artículo no exime a la autoridad de responsabilidad, ni le impide resolver siempre que no se hubiere notificado auto admisorio de la demanda cuando el interesado haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

“ARTÍCULO [87](#). FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.
4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.
5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo [85](#) para el silencio administrativo positivo”.

## CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo antes expuesto se puede concluir que la declaratoria de desierto de un proceso de selección no procede únicamente para la licitación pública sino también para los procesos de selección abreviada, entre los cuales se encuentra el proceso de menor cuantía.

Tal como lo dispone el numeral 18 del artículo [25](#) de la Ley 80 de 1993 la declaratoria de desierto del proceso de selección únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva, mediante acto administrativo motivado, en el que se señalarán de forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión. Contra dicho acto administrativo tan sólo procederá el recurso de reposición.

Como atrás quedó señalado, a falta de reglamentación de las causales de declaratoria de desierto de un proceso en la modalidad de selección abreviada de menor cuantía o mínima cuantía, se aplicará lo establecido para la licitación pública. En este caso, según lo previsto en el artículo [2.2.1.2.1.2.22](#) del Decreto 1082 de 2015, la entidad debe expedir el acto de apertura del proceso de contratación dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la declaratoria de desierto del proceso de selección.

Sin embargo, a juicio de esta Coordinación, el término de los cuatro (4) meses a que se refiere la norma antes referida, debe contarse a partir de la ejecutoria del acto administrativo que declaró desierto el proceso de selección, para lo cual debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo [87](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Así las cosas, deberá expedirse el acto de apertura del proceso de contratación dentro de los

cuatro (4) meses siguientes a la ejecutoria del acto administrativo que declaró desierto el anterior proceso de contratación.

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.

Cordial saludo,

Antonio José Trujillo Illera

Coordinador

Grupo de Conceptos Jurídicos y

Producción Normativa

Dirección Jurídica - Dirección General

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- Sentencia de 29 de agosto de 2007- radicación 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854) Consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez:

“ (...) La jurisprudencia de la Sala ha sostenido repetidamente, y así lo reitera ahora, que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato;... (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria...”.



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)





logo