

CONCEPTO 29129 DE 2023

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: Carlos Alberto Palacios Chaverra- Director Regional Risaralda (e).
DE: Gloria Acosta Contreras. Coordinadora Grupo de Conceptos y Producción Normativa. Dirección Jurídica gacostac@sena.edu.co
ASUNTO: Garantías prestación de servicios personales y procesos de mínima cuantía.

(...)

En atención de su comunicación con radicado No. 66-9-2023-003917 con NIS No. 2023-02-127802, allegada el pasado 18 de abril de la presente anualidad, en la cual solicita concepto y “AUTORIZACIÓN”, sobre si o no exigir garantías en los procesos contractuales de cuantías mínimas, soportada en supuestos como: “...en los procesos contractuales de mínima cuantía, y con el mismo valor, pero de prestación de servicios personales tanto apoyo a la gestión como servicios profesionales (valores no superiores a \$70.000.00); en aquellos con una forma de pago contra entrega o mediante pagos parciales al cumplimiento de las obligaciones o cuyas cuantías son ínfimas, según análisis de riesgos se “...se evidencia un porcentaje de incumplimiento con un porcentaje de cero por año en los últimos 3 años.”

Bajo los mismos supuestos agrega “...las consecuencias de decretar posibles incumplimientos de estas contrataciones son nulas para el contratista; como la posible reparación para la entidad”, “...y desgasta a la administración con audiencias, aplazo de audiencias, producción de citaciones y actos administrativos.” Se recalca sobre el mismo aspecto que recuperar valores con las aseguradoras es dificultoso.

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 doctrinales

Ley 1150 de 2007, artículo [7](#).

“Artículo [7](#). DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos. //Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos

cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.”

Decreto 1510 de 2013. Artículos [77](#) y [87](#)

“Artículo [77](#). No obligatoriedad de garantías. En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en el Título III de las disposiciones especiales del presente decreto no es obligatoria y la justificación para exigirlas o no debe estar en los estudios y documentos previos. “

“Artículo [87](#). Garantías. La entidad estatal es libre de exigir o no garantías en el proceso de selección de mínima cuantía y en la adquisición en grandes superficies.”

Decreto 1082 de 2015, Arts. [2.2.1.1.1.6.3](#), [2.2.1.2.1.4.5](#), [2.2.1.2.3.1.9](#) a [2.2.1.2.3.1.17](#).

Artículo [2.2.1.1.1.6.3](#). Evaluación del Riesgo. La Entidad Estatal debe evaluar el Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente.

Artículo [2.2.1.2.1.4.5](#). No obligatoriedad de garantías. En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3, que comprende los artículos [2.2.1.2.3.1.1](#) al [2.2.1.2.3.5.1](#) del presente decreto no es obligatoria y la justificación para exigirlas o no debe estar en los estudios y documentos previos.

Artículos [2.2.1.2.3.1.9](#) a [2.2.1.2.3.1.17](#): en términos generales tratan de la suficiencia de las garantías, de lo cual se resalta como contenido principal que la Entidad Estatal debe determinar el valor y el plazo de la garantía de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato.

Guía de garantías en Procesos de Contratación. Colombia Compra Eficiente:

“En las modalidades de selección de contratación directa y mínima cuantía así como en la contratación de seguros, la Entidad Estatal debe justificar la necesidad de exigir o no la constitución de garantías.” Pg4

Circular 19 de 2023. Sena, sobre - Cuantías de la vigencia 2023 en las modalidades de Selección.

“De conformidad con lo establecido en el literal (b) del numeral 2 del artículo [2](#) de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto [1082](#) de 2015, se informan las cuantías para el año 2023, así como su aplicación en las diferentes modalidades de selección: //” // Mínima Cuantía, cuyo valor no exceda; el 10% de la menor cuantía. \$116.000.000,00

La Ley 80 de 1993, artículo [3](#) inciso primero; artículo [4](#) numerales 1, 2, 4 a 7; artículo [5](#) numerales 2 y 4; artículo [14](#) numeral 1; artículo [23](#), [26](#), [28](#):

“ARTÍCULO [30](#). DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran

con ellas en la consecución de dichos fines.”

“ARTÍCULO [4o.](#) DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

1o. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.

2o. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.//

4o. Adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan.

Las revisiones periódicas a que se refiere el presente numeral deberán llevarse a cabo por lo menos una vez cada seis (6) meses durante el término de vigencia de las garantías.

5o. Exigirán que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias, sin perjuicio de la facultad de exigir que tales bienes o servicios cumplan con las normas técnicas colombianas o, en su defecto, con normas internacionales elaboradas por organismos reconocidos a nivel mundial o con normas extranjeras aceptadas en los acuerdos internacionales suscritos por Colombia.

6o. Adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado.

7o. Sin perjuicio del llamamiento en garantía, repetirán contra los servidores públicos, contra el contratista o los terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual.”

ARTÍCULO [5o.](#) DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo [3](#) de esta ley, los contratistas://

2o. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse. ///4o. Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello.”

“ARTÍCULO [14.](#) DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la

ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación,”.

“ARTÍCULO [23](#). DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”

“ARTÍCULO [26](#). DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio:

1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.”.

“ARTÍCULO [28](#). DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

Resolución [069](#) de 2014: “Por la cual se dictan medidas de orden administrativo y se confieren delegaciones para la ordenación del gasto en materia de contratación estatal y para diferentes actuaciones administrativas en los Directores Regionales y en los Subdirectores de Centro de Formación Profesional del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA”

ARTÍCULO [30](#). FUNCIONES DEL COMITÉ DE CONTRATACIÓN A NIVEL REGIONAL Y CENTROS DE FORMACIÓN PROFESIONAL. Son funciones del Comité:

1. Verificar la coherencia e integridad de los estudios previos para los procesos realizados bajo la modalidad de licitación Pública y para la compra o suministro de materiales de formación.
2. Solicitar informes o requerir información sobre los procesos de contratación, respecto de su planeación, trámite, y suscripción.
3. Realizar las recomendaciones y modificaciones a que haya lugar de los estudios previos que presenten las áreas técnicas interesadas en realizar la contratación a su consideración, de conformidad con lo establecido en el Estatuto General de Contratación y las directrices que sobre la materia se impartan desde la Dirección General.

ARTÍCULO [70](#). DE LA DELEGACIÓN PARA LA ORDENACIÓN DEL GASTO Y CELEBRACIÓN DE CONTRATOS EN EL NIVEL REGIONAL. Delegar en el Director Regional de cada regional, la competencia para la ordenación del gasto, la realización de los procesos de contratación, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los contratos

que así lo requieran para el normal desarrollo de las funciones administrativas, independiente de la naturaleza y cuantía.

ARTÍCULO [10](#). DE LA APROBACIÓN DE GARANTIAS. Delegar en cada Director Regional y en los Subdirectores de Centro, la aprobación de las garantías que se constituyan con ocasión de los diferentes procesos contractuales, conforme a las delegaciones contenidas en la presente resolución.

ANÁLISIS JURÍDICO

En relación con el asunto consultado, se precisa que el Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa de la Dirección Jurídica, no resuelve casos particulares ni entra a analizar situaciones concretas que son del resorte de las áreas o instancias institucionales que tienen la competencia para abordarlos y resolverlos o brindar la orientación o asesoría pertinente. Nuestra dependencia emite conceptos de carácter general sobre dudas en la interpretación de las normas jurídicas o cuando quiera que se presenten enfoques diferenciales en su aplicación a fin de dilucidar el tema y lograr la unidad doctrinal.

A fin de abordar el tema en cuestión, es necesario indicar que la gestión y actividad administrativa desarrollada para que el Estado adquiera bienes y servicios, tiene un fin principal y es que con ello se busca cumplir los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, como la efectividad de los derechos de los ciudadanos, tal como lo establece el art. [3](#) de la ley 80 de 1993.

Para el caso objeto de consulta, de conformidad con lo establecido en la ley [119](#) de 1994, la contratación que celebre el Sena, desde el punto de vista funcional y misional, ya que debe cumplir con la función que el corresponde al Estado de invertir en el desarrollo social y técnico de los trabajadores colombianos; ofreciendo y otorgando formación profesional integral, para la incorporación y el desarrollo de las personas en actividades productivas que contribuyan al desarrollo social, económico y tecnológico del país, ajustados a los objetivos trazados por el Gobierno Nacional.

Pues bien, para asegurar que el mencionado propósito se cumpla, el régimen jurídico de la contratación estatal, fija unos derechos y deberes de las entidades estatales contratantes, los cuales incluyen a su vez facultades para exigir de sus contratistas la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado; lo cual deriva en el deber de exigir garantías con lo cual se vincula a un tercero denominado garante con el fin de proteger el patrimonio público de los detrimentos que se puedan causar con ocasión de eventuales incumplimientos en que incurra el contratista.

Así mismo, toda entidad puede y debe adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar; para llegar a una reclamación previamente debe revisar de manera periódica las obligaciones ejecutadas por los contratistas, y así verificar que los bienes o servicios que se adquieren con los contratos cumplen las condiciones técnicas y de calidad fijadas en los mismos.

En el mismo sentido, para los contratistas existe el deber de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones y la calidad de los servicios y bienes que entregan; así como mantener esta condición durante toda la vigencia de sus contratos. Por su parte, la entidad tiene potestades

excepcionales junto con la capacidad de la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del objeto contratado.

Aunado a lo anterior, para interpretar y aplicar las normas contractuales, de manera general deben tenerse en cuenta los principios orientadores de la contratación -art. [23](#) Ley 80 de 1993-; siendo que, uno de los más importantes es el de la responsabilidad, según el cual todos los servidores estamos obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, y por ende a la vigilancia de la ejecución de los contratos, de manera que se eviten daños a los derechos de la misma entidad como contratante o de terceros involucrados en la ejecución contractual.

En relación con las normas citadas que son el soporte de la situación planteada, es claro que la entidad contratante debe incluir en los Estudios Previos la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación, siendo entonces las garantías, los instrumentos de cobertura de algunos riesgos comunes en los procesos de contratación, las cuales deben ser identificadas y solicitadas por la entidad de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones del contrato.

Ahora bien, como quedó señalado en el acápite de los precedentes normativos, en las modalidades de selección de contratación directa y mínima cuantía, así como en la contratación de seguros, la Entidad Estatal deberá justificar la necesidad de exigir o no la constitución de garantías, puesto que, no sobra decirlo, en las demás modalidades de selección son obligatorias las garantías de seriedad de la oferta y cumplimiento.

Hecha estas precisiones, es clara la normatividad al señalar que es deber de la entidad estatal justificar en los estudios y documentos previos, la necesidad o no de exigir las, según las condiciones propias de la entidad contratante y del objeto, valor, naturaleza del contrato a celebrarse.

Quiere decir lo anterior; que de las posiciones tanto técnicas, administrativas, legales como jurisprudenciales, la conclusión de la norma es que a partir del análisis de los riesgos de cada proceso de contratación se genera el soporte de una necesidad de exigibilidad de garantía en los términos de suficiencia y vigencia señalados en el régimen de la contratación estatal.

Tal como lo plantea la consulta, si bien existe el sustento legal de que en algunos contratos no es obligatoria exigir el otorgamiento de garantías al contratista, establecer de forma genérica y sin más consideraciones, una autorización para que las Regionales y Centros de formación se abstengan de exigir garantías de cumplimiento o de responsabilidad extracontractual en las modalidades de contratación directa o mínima cuantía, rebasaría la competencia funcional y legal de esta Dirección, pues se reitera, en virtud del principio de responsabilidad y planeación tal decisión debe ser fruto de un análisis juicioso efectuado por el estructurador del proceso de contratación según cada caso en particular por lo cual, debe quedar plasmado expresamente en los estudios previos para efectos de cumplir con los principios de transparencia y publicidad.

Es así que los conceptos citados como a las mismas normas en la mínima cuantía, brindan la posibilidad tanto en prestación de servicios personales, como en prestación de servicios de otro tipo, o en otras necesidades como obras de mínima cuantía; de que se omitan las garantías exigidas de manera general.

Lo mencionado, se reitera con la salvedad y obligación del ordenador de gasto y responsable de la gestión contractual, de que mediante un análisis juicioso, fundamentado y soportado de su contexto precontractual elabore una matriz de riesgos seria y definida, de manera tal que las consideraciones de sean objetivas y permitan la revisión previa o posterior de los entes de control.

Ahora bien, según consideraciones generales para la contratación de servicios personales profesionales, es criterio establecido la exigibilidad de la garantía de cumplimiento contractual que cubra mínimo el 10% del contrato. Lo anterior, dado que en caso de presentarse un caso de incumplimiento parcial o total de las obligaciones pactadas con los contratistas la misma se puede afectar y con ello compensar el riesgo de esta situación.

Lo antes dicho es criterio general ya establecido, que desarrolla a los deberes de previsión de la entidad; que facilita el seguimiento contractual al siquiera contar con un tercero -asegurador-, que apoyará el equilibrio financiero contractual en caso de su rompimiento por cualquier causa.

En conclusión, sobre el punto central es claro que la exigencia de garantías nos es obligatoria en la contratación directa y en el proceso de selección de mínima cuantía y en la adquisición en Grandes Superficies. La justificación para exigir o no garantías debe estar en los estudios y documentos previos cuya responsabilidad recae en los comités de contratación del nivel regional y los comités de contratación de los Centros de Formación Profesional tal como lo establece la resolución [069](#) de 2014.

Por último, es necesario aclarar e informar al consultante, que la Dirección Jurídica a través de sus pronunciamientos conceptuales, no es competente para “autorizar” ninguna actividad concreta, a ninguna otra dependencia; en razón a que su rol consiste en brindar apoyo con la interpretación de las normas aplicables a la gestión pública y o administrativa que desarrolla el Sena en sus diversos contextos.

Al ejercer un cargo directivo, y contar con delegación para efectuar actividades; entre ellas la contratación estatal, cada Comité de contratación y cada ordenador de gasto conforme a la delegación que le ha sido otorgada, adquiere obligaciones y responsabilidades, por lo cual se debe observar el mínimo exigible de cada actividad, para lo cual los referentes normativos como de doctrina son su herramienta de soporte al momento de la toma de decisiones.

En tal escenario, se cuenta con los manuales de contratación e interventoría Sena, como con las guías sobre determinación y temas asociados con riesgos de la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra, como del contenido claro de las normas que regulan la situación.

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.

Cordial saludo,

GLORIA ACOSTA CONTRERAS

Coordinadora

Grupo Conceptos Jurídicos y Producción Normativa -
Dirección Jurídica- Dirección General



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)

