

CONCEPTO 26021 DE 2020

(agosto 21)

<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 Dirección Jurídica 1-0014

ASUNTO: Concepto modificación objeto contrato de suministro apoyos nutricionales durante emergencia sanitaria COVID- 19

Mediante correo electrónico de fecha 24 de julio de 20209 radicado con el número 9-2020-011456 informa que el Centro de Gestión Administrativa, mediante la modalidad de mínima cuantía, suscribió contrato para el suministro de apoyos nutricionales para los aprendices en situación de vulnerabilidad de todas las jornadas del Centro de Gestión Administrativa del Sena - Regional Distrito Capital, el cual no se ha podido ejecutar por la falta de presencialidad ocasionada por la pandemia del COVID-19, debido a que son muchos los aprendices que en este momento no cuentan con apoyo de ninguna clase, el Centro está interesado en mitigar un poco los efectos de la pandemia en aquellos aprendices que se encuentran en situación de vulnerabilidad, en la que formula varias presuntas; al respecto, de manera comedida le informo.

En su solicitud de consulta formula las siguientes inquietudes:

1. ¿Se puede ejecutar el contrato mediante la entrega de los almuerzos adquiridos o cambiarlos por mercados quincenales por el valor del almuerzo de dos semanas?
2. ¿Se pueden entregar alimentos pre-cocidos por semana para que el aprendiz los recoja el primer día de la semana o si se pueden entregar productos no perecederos para consumir en la semana?
3. Agradecemos su concepto sobre la forma como debemos y podemos ejecutar el contrato y si sería aplicable una modificación al mismo.

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.

En relación con el asunto consultado, es menester precisar que la Dirección Jurídica por intermedio del Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa 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.

PRECEDENTES NORMATIVOS

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

Código Civil – artículos [1501](#) -[1602](#)

Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”- artículos [32](#), [40](#), [41](#)

Decreto legislativo 537 de 2020 (12 de abril) "Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"- artículo [8o](#)

Decreto legislativo 533 de 2020 (9 de abril) “Por el cual se adoptan medidas para garantizarla ejecución del Programa de Alimentación Escolar y la prestación del servicio público de educación preescolar, básica y media, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica” – artículo [1o](#).

Decreto 1082 de 2015 "Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional” - artículos [2.2.1.2.1.5.1](#) y [2.2.1.2.1.5.2](#).

Manual de Contratación del SENA

Sentencias C- [181](#) de 2020, C- 199 de 2020, C -934 de 2013, C- 300 de 2012 - Corte Constitucional

Resolución [844](#) de 2020 (26 de mayo) Por la cual se prorroga la emergencia sanitaria por el nuevo Coronavirus que causa la COVID – 19, se modifica la Resolución [385](#) del 12 de marzo de 2020, modificada por las resoluciones [407](#) y [450](#) de 2020 y se dictan otras disposiciones”, expedida por el- Ministerio de Salud y Protección Social.

ANÁLISIS JURIDICO

En desarrollo de las Leyes [80](#) de 1993 y [1150](#) de 2007, se expidió el Decreto [1082](#) de 2015, el cual establece en relación con el proceso de selección de mínima cuantía:

“Artículo [2.2.1.2.1.5.1](#). Estudios previos para la contratación de mínima cuantía. La Entidad Estatal debe elaborar unos estudios previos que deben contener lo siguiente:

1. La descripción sucinta de la necesidad que pretende satisfacer con la contratación.
2. La descripción del objeto a contratar identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios.
3. Las condiciones técnicas exigidas.
4. El valor estimado del contrato y su justificación.
5. El plazo de ejecución del contrato.
6. El certificado de disponibilidad presupuestal que respalda la contratación.

“Artículo [2.2.1.2.1.5.2](#). Procedimiento para la contratación de mínima cuantía. Las siguientes reglas son aplicables a la contratación cuyo valor no excede del 10% de la menor cuantía de la Entidad Estatal, independientemente de su objeto:

1. La Entidad Estatal debe señalar en la invitación a participar en procesos de mínima cuantía la información a la que se refieren los numerales 2, 3 y 4 del artículo anterior, y la forma como el interesado debe acreditar su capacidad jurídica y la experiencia mínima, si se exige esta última, y el cumplimiento de las condiciones técnicas exigidas...”

Una vez cumplidas las etapas descritas en el Decreto [1082](#) de 2015, la entidad debe proceder a la adjudicación del proceso de selección acorde con las reglas definidas previamente en los estudios previos y en el pliego de condiciones, cuando se requieran estos últimos, según la modalidad de selección adoptada.

Pues bien, la Ley 80 de 1993 en su artículo [32](#) establece que “son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)”.

De igual manera, el artículo [40](#) de la precitada Ley 80 de 1993 dispone:

“Artículo [40](#). Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración...

Parágrafo (...)

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”. (Negrillas y subrayado fuera de texto)

Por su parte, el artículo [41](#) ibídem prevé:

“Artículo [41](#). Del Perfeccionamiento del Contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito...” (Negrillas y subrayado fuera de texto)

Ahora bien, la legislación colombiana consagra en el artículo [1602](#) del Código Civil la autonomía de la voluntad, según la cual “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C -934 de 2013 expresó: “La autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación”.

Significa lo anterior que en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, las Entidades Estatales por virtud de lo dispuesto en la Ley [80](#) de 1993, no sólo tienen la potestad para celebrar diferentes tipos de contratos sino también para introducir modificaciones a los contratos y/o convenios que hayan celebrado, las cuales, entre otras, pueden concretarse en adiciones, cuando se modifica el valor del contrato; prórrogas, cuando se modifica el plazo de ejecución, y/o modificaciones cuando recaen sobre cualquier otra estipulación contractual.

No obstante, si bien las disposiciones del derecho privado han de aplicarse dentro de la contratación de las entidades públicas en armonía con los principios de la función administrativa, no es menos cierto que esta facultad no es absoluta frente a la contratación en que una de las partes sea una entidad estatal, por cuanto el Estatuto de Contratación Estatal consagra una serie de condiciones, requisitos y exigencias que deben observarse y cumplirse en la celebración, ejecución, terminación y liquidación de los contratos que celebren las entidades estatales.

Como se dijo, las modificaciones contractuales son viables de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, siempre y cuando se observen los requisitos y condiciones exigidos por la ley para el efecto y obedezcan a una necesidad de la administración.

Sin embargo, la legislación civil vigente impide la modificación del objeto del contrato, presupuesto normativo aplicable al caso que nos ocupa, pues según los documentos enviados, si bien el contrato tiene por objeto el suministro de apoyos nutricionales para los aprendices en todas las jornadas del Centro de Formación, no es menos cierto que para el suministro de dichos apoyos nutricionales por parte de la firma contratista deben cumplirse con arreglo a las condiciones técnicas exigidas en los Estudios Previos en cuanto a su componente nutricional y demás aspectos previstos para el suministro de tales bienes dirigidos a la población de aprendices en situación de vulnerabilidad de todas las jornadas del Centro de Gestión Administrativa del Sena -Regional Distrito Capital.

Si bien es cierto que los bienes relacionados en cada uno de los ítems del contrato hacen parte del objeto del mismo, no es menos cierto que la eventual modificación de un ítem o varios ítems no implica per se la modificación del objeto contractual. Empero, si se presenta cambio en la descripción y especificaciones técnicas de uno o varios de los bienes objeto del contrato de suministro, es necesario suscribir un otrosí modificadorio debido a la alteración en la descripción y especificaciones del bien inicialmente requerido, siempre y cuando, valga reiterarlo, se cumplan y garanticen todas las condiciones técnicas exigidas respecto de los apoyos nutricionales objeto de contrato.

En este punto cabe recordar que la actividad contractual del Estado se desarrolla en virtud de los principios consagrados en la Ley [80](#) de 1993 y en la Ley [1150](#) de 2007, así como en los postulados que rigen la función administrativa (artículo [209](#) Constitución Política), y en especial en el principio de Planeación, lo cual se ve reflejado en los Estudios Previos que corresponden al análisis que el área interesada debió realizar sobre la necesidad del bien, obra o servicio requeridos, la necesidad técnica, los soportes y condiciones del contrato a celebrarse con el fin de garantizar el cumplimiento de los fines del Estado. (Ver numeral 3.2.4.2. Especificaciones Técnicas del Manual de Contratación Administrativa del SENA)

Ahora bien, fruto de la emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID- 19, se expidió por el Gobierno Nacional el Decreto legislativo [537](#) de 2020 (12 de abril) "Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", el cual en su artículo [8o](#) dispuso:

“Artículo [8](#). Adiciónese los siguientes incisos al párrafo del artículo [40](#) Ley 80 de 1993.

Adición y modificación de contratos estatales. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, todos los contratos celebrados por las entidades estatales que se relacionen con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de la emergencia con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, podrán adicionarse sin limitación al valor. Para este propósito, la entidad estatal deberá justificar previamente la necesidad y la forma como dichos bienes y servicios contribuirán a gestionar o mitigar la situación emergencia.

Igualmente, esta disposición se aplicará a los contratos que se celebren durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, y durante el término que dicho estado esté vigente”. (Decreto legislativo declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- [181](#) de 2020- Ver comunicado de prensa Corte Constitucional No. 25 de junio 17 y 18 de 2020)

El Ministerio de Salud y Protección Social, mediante Resolución [844](#) de 2020 (26 de mayo) prorrogó la emergencia sanitaria hasta el 31 de agosto de 2020, emergencia que puede ser prorrogada, si así lo estima el Gobierno Nacional.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo anterior encontramos que la situación planteada en su comunicación debe examinarse a la luz de los estudios previos y las condiciones previstas en el respectivo proceso de contratación, por lo que cualquier cambio en los apoyos nutricionales sólo procedería mediante la celebración de un otrosí modificatorio, debidamente justificado, en el cual las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y en aras del cumplimiento de los fines del Estado, garanticen las condiciones técnicas exigidas en los estudios previos para que el suministro de alimentos a los aprendices se haga acorde con el Componente Nutricional y con base en las guías alimentarias para la población colombiana mayor de dos años ICBF 1999 y el CONPES 113 de 2008, se cumpla con las necesidades de nutrientes establecidas para cada tiempo de consumo de alimentos basados en una ingesta calórica entre 2600 y 3000 calorías diarias, tal como quedó expresamente estipulado en los estudios previos del proceso de selección de mínima cuantía adelantado y en el respectivo contrato, asegurándose en todo momento que la modificación no desnaturalice el objeto del contrato de suministros suscrito entre las partes ni cambie o altere las condiciones técnicas exigidas en los Estudios Previos.

De otra parte, si la modificación propuesta implica un mayor valor, deberá tramitarse, con la debida justificación, la adición del valor del contrato, en cuyo caso podrá adicionarse sin límite de valor mientras dure el estado de emergencia sanitaria decretada por el Ministerio de Salud y Protección Social, tal como lo establece el artículo [8](#) del Decreto legislativo 537 de 2020 que adicionó el artículo [40](#) de la Ley 80 de 1993.

Las adiciones del contrato requieren de la expedición del respectivo Registro Presupuestal por el valor adicionado y la modificación de la respectiva garantía, según lo establece el Manual de Contratación Administrativa del SENA.

Como puede apreciarse, y como quiera las formalidades para la adición o modificación no han

sido objeto de ningún cambio, deberán tramitarse y suscribirse los documentos atrás indicados.

Finalmente, ante la situación generada por la emergencia sanitaria y las consecuencias económicas y sociales que ésta haya provocado, las autoridades están en la obligación de procurar medios conducentes y pertinentes para afrontar la situación de emergencia, por lo que en el presente caso consideramos que bien puede acudirse como apoyo, si ello fuere procedente, a lo previsto en el Decreto legislativo 533 de 2020 (abril 9) el cual en su artículo [10](#) “Alimentación Escolar para aprendizaje en casa”, permite que el Programa de Alimentación Escolar se brinde a los niños, niñas y adolescentes matriculados en el sector oficial para su consumo en casa, hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19. (El Decreto [533](#) de 2020 fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-199 de 2020 - Ver comunicado de prensa Corte Constitucional No. 26 de junio 24 y 26 de 2020).

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



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)

