CIRCULAR **3-2022-000044**

28/02/2022 5:30:17 p. m.

1-0010

Bogotá, D.C.

PARA: PARA SECRETARIA GENERAL, DIRECTORES DE ÁREA, JEFES DE OFICINA, DIRECTORES REGIONALES, SUBDIRECTORES DE CENTRO DE FORMACIÓN, COORDINADORES DE GRUPO DE DIRECCIÓN GENERAL Y COORDINADORES ADMINISTRATIVOS REGIONALES.

ASUNTO: Cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 10.7 del capítulo 10 de la Resolución 01-00032 de 2022, por medio de la cual se acoge el acuerdo colectivo

En cumplimiento de lo establecido en el numeral 10.7 del capítulo 10 del Acuerdo Colectivo suscrito entre el SENA y las organizaciones sindicales SINDESENA, SETRASENA, SINSINDESENA, UNALTRASENA, COSSENA y SIIDSENA, con vigencia desde el 1º de enero de 2022 acogido mediante Resolución 01-00032 de 2022 suscrita por el Director General de la entidad, específicamente sobre la siguiente actividad:

> *En el primer bimestre del 2022, la Dirección Jurídica del SENA emitirá Circular precisando a los ordenadores del gasto de la Entidad: i) La modalidad de contratación que deben aplicar para la adquisición de la ropa de trabajo, ii) El procedimiento para aplicar otra(s) modalidad(es) de contratación, y iii) El trámite que debe adelantarse en caso de incumplimientos por parte de los contratistas.*

La Dirección Jurídica en ejercicio de las facultades conferidas por el Decreto 249 de 2004, específicamente la contenida en el numeral 8 de su artículo 16, en donde se señala como una de sus funciones, “Emitir lineamientos para la contratación (...)” y conforme al compromiso antes señalado, procede a emitir las siguientes aclaraciones:

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

En primer lugar, es importante precisar las facultades de ordenación del gasto de los procesos de contratación de bienes y servicios de conformidad con lo establecido en la resolución 1901 de 2018 y Resolución 0069 de 2014, la cual recae en los Directores Regionales, Subdirectores de los centros

de Formación, Directores de área, Jefes de Oficina y el Secretario General de la Dirección General del SENA, en los términos delimitados en dichas disposiciones normativas.

De conformidad con lo establecido en el Manual de Contratación de la entidad aprobado mediante Resolución No. 1470 de 2020 suscrita por el director general, son facultades del ordenador del Gasto:

> *"La realización y dirección de los procedimientos de selección, la adjudicación o declaratoria desierta, la celebración del contrato, sus prórrogas, modificaciones y actos administrativos que se requieran expedir dentro de la ejecución del mismo, la aprobación de las garantías, la terminación del contrato, la imposición de multas, la aplicación de las cláusulas excepcionales al derecho común, como la declaratoria de incumplimiento y caducidad, la liquidación, tanto bilateral como unilateral, y las demás actuaciones inherentes a la actividad contractual. En los casos en que el servidor público actúe por delegación, sus funciones se limitan al marco señalado en el acto que le confiere la delegación".*

Así mismo, el referido Manual de Contratación consagra la existencia de un comité estructurador el cual "*tiene la función de elaboración y proyección de los documentos de la etapa preparatoria de los procesos contractuales*" el cual tiene la siguiente composición y funciones:

Dirección General

> *"(…) • El área solicitante la cual deberá estructurar y suscribir los estudios previos, análisis del sector y análisis de riesgo conjunto con sus anexos.*
> - *El área jurídica, acompañará la estructuración y la consolidación de la etapa precontractual en la plataforma SECOP II.*
> - *El área financiera apoyará en la construcción de los indicadores financieros y viabilidad económica, cuando haya lugar (…)".*

Regionales y Centros de Formación.

> *"(…) El comité estructurador recae en los funcionarios y/o contratistas designados por la coordinación del grupo administrativo mixto a través de comunicación interna, correo electrónico o documento equivalente (…)".*

De conformidad con lo anterior, se aclara que la Dirección Jurídica en el marco de las funciones atribuidas por el ordenamiento legal vigente y las disposiciones internas sobre los procesos de contratación, se concreta, entre otras, en lo siguiente:

1. La emisión de lineamientos generales y estrictamente jurídicos en materia de contratación de bienes y servicios.

2. Conforme el Manual de Contratación realizar las actividades de unidad de contratación de la Dirección General en cabeza del Grupo Integrado de Gestión Contractual.[1]
3. Hacer parte del componente jurídico de los comités estructuradores de los procesos de contratación de la Dirección General, cuyas actividades se limitan a acompañar la estructuración y la consolidación de la etapa precontractual en la plataforma SECOP II.
4. Realizar la designación de servidores públicos o colaboradores por prestación de servicios que realizarán la evaluación jurídica de los procesos de selección[2].

Teniendo en cuenta lo anterior, la Dirección Jurídica, con el fin de dar cumplimiento a los compromisos establecidos en el acuerdo sindical, mediante la presente circular emite los lineamientos y recomendaciones generales estrictamente jurídicas que los Ordenadores del Gasto, áreas generadoras de la necesidad y el componente técnico Comités Estructuradores, en el marco de su autonomía e independencia deben tener en cuenta al momento de estructurar los documentos de los procesos de selección conforme se desglosará en los siguientes numerales.

2. LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN QUE DEBEN APLICAR PARA LA ADQUISICIÓN DE LA ROPA DE TRABAJO

Conforme lo enunciado anteriormente, es función los Ordenadores del Gasto, áreas generadoras de la necesidad y el componente técnico de los Comités Estructuradores, el análisis técnico y económico de la necesidad, bienes y servicios que se pretenden adquirir, para lo cual se recomienda dar lectura al Capitulo 9 del Manual de Contratación en el cual se hace alusión a las modalidades de contratación existentes en el ordenamiento legal vigente, estableciendo que "(…)*La modalidad de Licitación Pública es la regla general en los procedimientos de contratación(…)"* y que "(…)*La escogencia de modalidades especiales obedece al tipo de necesidad a satisfacer y el correspondiente contrato, a ciertas circunstancias de la contratación o la cuantía de este(…)".*

En ese sentido, la regla general en materia de contratación para toda modalidad de selección es la licitación pública. No obstante, si del análisis que los Ordenadores del Gasto, áreas generadoras de la necesidad y el componente técnico de los Comités Estructuradores se puede concluir que la adquisición de la ropa de trabajo puede catalogarse como un bien de características técnicas uniformes y de común utilización, se establecen las siguientes recomendaciones:

---

[1] *"(…)1.3.4. UNIDAD DE CONTRATACIÓN*
Las unidades de contratación son las áreas de compras de la entidad o grupos contractuales, por lo tanto, en la plataforma SECOP II cada área de Compras o Grupos Contractuales de la Entidad deben estructurarse en Unidades de Contratación; dentro de estas están las personas que adelantan el trámite para los procesos de compra pública.
- Regionales y centros de formación: Grupo de apoyo administrativo mixto o quien haga sus veces.
- Dirección general: Grupo Integrado de Gestión Contractual y/o Grupo gestión de Convenios (…)"

[2] Resolución 1901 de 2018 art. 7

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, el Gobierno Nacional determinó que la adquisición de bienes y/o servicios con características técnicas uniformes se debe realizar a través de los Acuerdos Marco de Precios (AMP).

Consecuentemente, con la creación de la Agencia Nacional de la Contratación Pública y el señalamiento de sus funciones, se estableció mediante el literal a, numeral 2 del artículo 2.2.1.2.1.2.7.del Decreto 1082 de 2015, la obligatoriedad para algunas entidades, entre ellas, el SENA de adquirir bienes y/o servicios con características técnicas uniformes, a través de AMP o a través de la Tienda Virtual del Estado Colombiano.

Previo a la aplicación de los AMP o la tienda virtual, se debe realizar la verificación de lo preceptuado en el artículo No. 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015, así:

> *"(...) la Entidad Estatal en la etapa de planeación del Proceso de Contratación está obligada a verificar si existe un Acuerdo Marco de Precios vigente con el cual la Entidad Estatal pueda satisfacer la necesidad identificada. Si el Catálogo para Acuerdos Marco de Precios contiene el bien o servicio requerido (...)"*

De acuerdo con lo anterior, una vez verificada la existencia del acuerdo marco de precios, sobre el bien y/o servicio que el área pretende adquirir, y se determine que no se cumple con los requerimientos establecidos por la Entidad Compradora para suplir la necesidad o no se encuentran en la lista, se deberá solicitar a la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente (en adelante CCE), la inclusión de ítems y/o determinado bien y/o servicio, con la finalidad de incorporarlos, cumpliendo con las necesidades establecidas para la adquisición.

En el caso de obtener respuesta negativa por parte de CCE sobre la inclusión de ítems y/o el bien y/o servicio en el acuerdo marco de precios, la Entidad puede acudir a la modalidad de selección abreviada mediante subasta inversa o bolsa de productos, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 del decreto 310 de 2021, toda vez que los AMP vigentes no contarían con lo requerido por la Entidad.

3. EL PROCEDIMIENTO PARA APLICAR OTRA(S) MODALIDAD(ES) DE CONTRATACIÓN

Bajo el supuesto de lo enunciado en el numeral 2 de la presente disposición, para los productos de características técnicas uniformes y de común utilización se han establecido desde el punto de vista legal y jurisprudencial las siguientes alternativas:

3.1. Adquisición bajo la modalidad de Selección Abreviada por Bolsa de Productos

Si los precios del acuerdo marco son superiores a los identificados por la Entidad en su análisis del sector, ésta deberá dar aplicación al artículo 2 del Decreto 310 de 2021, el cual establece que las Entidades Estatales podrán acudir a las bolsas de productos aun existiendo un AMP, siempre que, a través de este mecanismo se obtengan precios inferiores al promedio de los valores finales de las operaciones secundarias materializadas con ocasión de las órdenes de compra colocadas por las

Entidades compradoras a través de la Tienda Virtual del Estado, administrada por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente- durante los últimos seis (6) meses, incluyendo los costos generados por concepto de comisionistas de bolsa y gastos de operación de que trata el artículo 2.2.1.2.1.2.1.5 del presente Decreto, valores que deberán ser verificados por el respectivo ordenador del gasto en el último boletín de precios que, para el efecto, expida el órgano rector de la contratación estatal.

La Entidad Estatal, no podrá desmejorar las condiciones técnicas y de calidad definidas para los bienes y servicios que conforman los catálogos de los AMP.

3.2. Modalidad de Selección de Mínima Cuantía

El Servicio Nacional de Aprendizaje SENA deberá hacer uso de los acuerdos marco de precios para adquisición de bienes y servicios con características técnicas uniformes que se encuentren vigentes en la Tienda Virtual del Estado Colombiano, siempre que la cuantía del proceso no sea superior del 10% del valor de la menor cuantía establecida para la entidad en los términos de la ley 1150 de 2007

En el evento en que la cuantía no supere el 10% del valor de la menor cuantía establecida para la entidad, se deberá acudir a la modalidad de mínima cuantía, lo anterior, atendiendo lo señalado en el Concepto C– 105 de 2022 emitido por Colombia Compra Eficiente que establece lo siguiente:

> *"De conformidad con lo expuesto, esta Agencia concluye que, con base en la nueva regulación establecida por el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 y reglamentada con el Decreto 1860 de 2021, no hay concurrencia entre las modalidades de la selección abreviada por Acuerdo Marco de Precios y de Mínima Cuantía y, por tanto, cuando el valor del objeto que se pretende contratar no exceda del 10% de la menor cuantía de la entidad, independientemente de su objeto, se debe adelantar el procedimiento de contratación con base en la modalidad de selección de mínima cuantía, pues en este caso no debe tenerse en cuenta el objeto sino solo el valor del contrato".*

El mencionado concepto se emite de conformidad con la sentencia del 23 de abril de 2021 por la sección tercera del Consejo de Estado, Expediente No. 56307 en la cual se resolvió lo siguiente:

> ***"DECLARAR la nulidad del numeral VII denominado "Concurrencia de selección abreviada por Acuerdo Marco de Precios y mínima cuantía", del Manual para la Operación Secundaria de los Acuerdos Marco de Precios, expedido por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente (CCE) y publicado en la página virtual de esa entidad el 19 de enero de 2014, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia".*** (Se subraya y resalta)

Con base en los argumentos que se citan a continuación del mismo expediente:

> *"(…)96. A la vez, como se indicó en el auto transcrito, la contratación de mínima cuantía que verse sobre bienes de características técnicas uniformes, no es ajena a los principios de*

economía, eficiencia y transparencia en la contratación estatal, como se desprende de la estructura y requisitos señalados en su procedimiento, sino que es resultado de la voluntad legislativa de reconocer la existencia de un mercado distinto al de los Acuerdos Marco de Precios, postura legítima si se consideran los diferentes segmentos de oferentes que pueden participar y proveer bienes y servicios al Estado, como ocurre con los pequeños proveedores quienes tienen mejores oportunidades en las negociaciones que atañen a mínimas cuantías, por ser acorde con su capacidad de producción, sin que ello vaya en detrimento de los principios anotados, y sí, por el contrario, genera impactos positivos en una visión más integral de la economía.

97. Al razonar acerca de la mínima cuantía, es necesario agregar que el procedimiento de selección atribuido a ella si está arropado de mayor especialidad, pues no podrá pasarse por alto que las condiciones de plazo y forma de cumplimiento para la adquisición de bienes de características técnicas uniformes son las que tenga establecido el AMP, condiciones contractuales que no necesariamente responden a las necesidades que podían ser atendidas a través de la selección por mínima cuantía donde la entidad adquirente determina muy cortos lapsos para atender sus puntuales necesidades en estos valores, sumado al hecho de que por esta y otras vías, es posible advertir que se contribuye al fomento de la competencia en un mercado tan relevante como el de la compra pública.

98. Esta perspectiva de la Sala, que se desprende del análisis del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 y del mismo sistema de contratación, estaba presente en las reflexiones que se suscitaban por la época de expedición del manual objeto de reproche, pues una queja constante en la construcción y evolución de los AMP ha sido que bajo esta modalidad las pequeñas y medianas empresas no encontraban un lugar para competir; de manera que, a juicio de esta Colegiatura, la mínima cuantía venía a traducirse, además, en una fórmula que abonaba el camino para promover la verdadera y libre competencia en los diferentes segmentos del mercado en que se desarrolla la contratación estatal(…)".

Si bien el ordenamiento legal , la jurisprudencia y la doctrina vigente establecen dichas circunstancias de aplicación, respecto de los productos de características técnicas uniformes, es importante recordar que los Ordenadores del Gasto, áreas generadoras de la necesidad y el componente técnico de los Comités Estructuradores, en la elaboración de dichos procesos de contratación deben dar cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la contratación estatal, aplicando en todo caso los principios de la contratación estatal, los de la función administrativa y los fines del estado, con el propósito de evitar la materialización de los diferentes riesgos que se puedan derivar de una inadecuada planeación contractual como el incumplimiento, el desequilibrio económico, el fraccionamiento de procesos de contratación, la constitución de reservas inducidas, entre otros.

En todo caso es importante recordar la aplicación de las disposiciones legales, reglamentarias, regulatorias e internas que normalizan la materia y en especial el manual de contratación, Manual de Supervisión e Interventoría, GCCON-P-004 Procedimiento Acuerdo Marco de Precios, GCCON-P-

005 Procedimiento Bolsa de productos, GCCON-F-048 Formato Lista de Verificación - Bolsa de Productos , GCCON-F-047 Formato lista de Verificación - Acuerdo Marco - Grandes Superficies y demás publicados en la plataforma SIGA-COMPROMISO.

4. EL TRÁMITE QUE DEBE ADELANTARSE EN CASO DE INCUMPLIMIENTOS POR PARTE DE LOS CONTRATISTAS.

El incumplimiento contractual consiste en la desatención total o parcial por una de las partes de un contrato de las obligaciones allí contraídas, de cuya situación deviene un daño o lesión al patrimonio de la parte cumplida. Salvo caso fortuito o fuerza mayor.

El proceso sancionatorio por incumplimiento contractual inicia desde el conocimiento por parte del Supervisor del contrato de los hechos constitutivos de un presunto incumplimiento, hasta la terminación del proceso administrativo previsto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 y/o el medio de control de Controversias Contractuales y el posterior cobro ejecutivo.

El Supervisor o Interventor del Contrato es el responsable de informar sobre cualquier novedad que se presente durante la ejecución, con el fin de que se tomen las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. El Grupo Integrado de Gestión Contractual o quien haga sus veces en las Direcciones Regionales o Centros de Formación, debe realizar los trámites para la audiencia sancionatoria y proyectará los actos que fueren pertinentes.

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia estableció la aplicación del debido proceso a todas las actuaciones judiciales y administrativas que adelanten las entidades públicas y privadas.

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 ratifica que el debido proceso debe ser un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales, e indica las posibles sanciones a aplicar con ocasión de éstas, señalando que su imposición deberá estar precedida de audiencia con el afectado.
A través del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 el legislador dispuso el procedimiento detallado que debe tener en cuenta la administración en el momento de ejercer su facultad sancionatoria en el ámbito contractual.

Ante una eventual y presunta circunstancia de incumplimiento de las condiciones establecidas en los negocios jurídicos celebrados, se establecen las siguientes recomendaciones de carácter general:

4.1. Tener en cuenta las disposiciones especiales establecidas en el Manual de Contratación y Manual de Supervisión e Interventoría sobre las cuales se enuncia el marco legal aplicable y se enuncian las disposiciones específicas a los ordenadores del gasto, supervisores y unidades de contratación para la gestión de dichas eventualidades.

4.2. Tener en cuenta los procedimientos y documentación que se encuentran alojados en la plataforma SIGA-Compromiso - proceso de gestión contractual que complementa las disposiciones del numeral 4.1.

4.3. Revisar las disposiciones establecidas en cada documento contractual relativas al incumplimiento y las garantías establecidas para el mismo, con el fin de establecer las vías y mecanismos de cobertura.

En los anteriores términos y en el marco de las funciones atribuidas a la Dirección Jurídica se da cumplimiento a la actividad dispuesta para esta dependencia en el capítulo 10 de la Resolución 0032 de 2022, por medio de la cual se acoge el acuerdo colectivo.

Cordial saludo,

ÓSCAR JULIÁN CASTAÑO BARRETO
Director Jurídico
Dirección General del SENA

Proyectó: Juan Sebastian Forero Cordoba- Coordinador GIGC

Revisó: Kelly Johanna Sarmiento Gil- Abogada Contratista de la Dirección Jurídica.