

CONCEPTO 3749 DE 2016

(febrero 4)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Bogotá D.C.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Concepto en relación con el ámbito de aplicación de la Ley 80 de 1993.

En atención a su radicado OnBase 8-2016-003662 de fecha 3 de febrero de 2016, y NIS: 2016-02-012509 mediante la cual traslado la inquietudes elevadas mediante comunicación electrónica de fecha 23 de enero de 2016; al respecto, de manera comedida procedemos a resolver su consulta así:

En su comunicación inicial el peticionario manifiesta:

A. Las instituciones privadas que suscriban convenios de ampliación de cobertura con el SENA, cuando vayan a ejecutar los recursos (públicos) que le traslada el SENA para la contratación de Gestión académica, la adquisición de Materia/es de formación, la contratación del Bienestar al aprendiz, para la contratación de la Gestión administrativa, debe de considerar el contenido del artículo [13](#) de la ley 1150 de 2007?

B. si las instituciones privadas que realizan el convenio con el SENA, contratan la Gestión académica, la adquisición de Materia/es de formación, la contratación del Bienestar al aprendiz, para la contratación de la Gestión administrativa, contraviniendo el régimen de inhabilidades previsto en la ley [80](#) de 1993 y ley 1474 de 2011, les generaría alguna consecuencia?

C. Considerando la fuente del recurso (del estado), que controles pre contractual, contractual y pos contractual debería realizar la entidad del estado?

D. Si la entidad del estado no realiza ningún control y se contraviene los principios y régimen de inhabilidades previstos en el artículo [13](#) de la ley 1150 de 2007 que efectos o consecuencia podría tener la entidad del estado adscrita al ministerio del trabajo?

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.

ANÁLISIS JURÍDICO

Teniendo en cuenta que el problema planteado corresponde a una situación particular y concreta que no es factible definir mediante concepto, esta dependencia no se pronunciará sobre las particularidades del caso y emitirá el concepto de manera abstracta y general para que con

fundamento en él, la Dirección de Formación Profesional pueda ilustrarse y decidir el asunto.

1. EN RELACIÓN A LOS CONVENIOS DE AMPLIACIÓN DE COBERTURA DEBEMOS EXAMINAR LO QUE AL RESPECTO SEÑALA:

La Ley [489](#) de 1998 “por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo [189](#) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones” establece:

Artículo [96](#).- Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observación de los principios señalados en el artículo [209](#) de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo [355](#) de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que de origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

- a. Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;
- b. Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas;
- c. La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad;
- d. La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares;
- e. La duración de la asociación y las causales de disolución.

El Decreto [249](#) de 2004, dispone:

"Son funciones de las Direcciones Regionales y Distrito Capital, las siguientes:... 11 3. Promover, coordinar, articular y suscribir alianzas y convenios con las demás entidades públicas y privadas, para aunar esfuerzos, recursos e impacto de los programas de formación, previa autorización impartida por el Consejo Directivo Regional o del Distrito Capital, en consonancia con las disposiciones presupuestales y las normas de contratación”.

El Manual para la Celebración de Convenios Servicio Nacional De Aprendizaje - Sena versión 2.0, señala

Los convenios para ampliación de cobertura, son las alianzas celebradas por las Direcciones Regionales del SENA, con aquellas Instituciones o Entidades Públicas y Privadas inscritas en el Banco de Instituciones, que dentro de su objeto impartan Educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano y/o Educación Superior, incluidas las instituciones de Educación Superior, en el marco de las normas vigentes, como respuesta estratégica para atender a un mayor número de colombianos, fortaleciendo con criterios de calidad la Educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano y la Educación Superior en el país, permitiendo mayores oportunidades de acceso y eficiencia en el uso de los recursos destinados al aprendizaje, mediante:

- La utilización de la capacidad instalada con que cuentan las Instituciones anteriormente señaladas.
- La cofinanciación de proyectos de formación profesional integral.

ARTÍCULO [36](#). CARACTERÍSTICAS:

1. La oferta educativa que se atenderá a través de los convenios de ampliación de cobertura deberá obedecer a acciones de formación titulada de los niveles tecnólogo, técnico y de formación complementaria.
2. La competencia para suscribir estos convenios se encuentra en el Director de la Regional, previa autorización del respectivo Consejo Regional,
3. Estos convenios solo podrán ser suscritos con Instituciones o Entidades que estén inscritas en el Banco de Instituciones, hasta agotar los recursos asignados, y teniendo en cuenta los programas de formación y cupos requeridos.
4. En la celebración de los convenios de ampliación de cobertura se deberá tener en cuenta lo dispuesto en la Resolución No [1094](#) de 2013 “Por la cual se establecen los lineamientos para la ejecución del Programa de Ampliación de Cobertura en el SENA”, o el documento que lo modifique o sustituya.

Adicionalmente El Programa de Ampliación de Cobertura está regido por la? Resolución [1094](#) de 2013 "por la cual el SENA establecen lineamientos para la ejecución del Programa de Ampliación de Cobertura en el SENA" y la resolución 0809 de 2015"por lo cual se modifica la resolución [1094](#) de 2013"? ?.

2. POR OTRO LADO EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, LA NORMATIVIDAD VIGENTE SEÑALA

La Ley [80](#) de 1993 define:

ARTÍCULO [1o](#). DEL OBJETO. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.

ARTÍCULO [2o](#). DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta (en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%)) (1), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

2o. Se denominan servidores públicos:

a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación (2) mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas. (3)

b) Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas.(4)

3o. Se denominan servicios públicos:

Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.

(Nota 1: Exequibles, por los cargos analizados, la expresión: “en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%)” contenidas en el literal a) del numeral 1o del artículo [2o](#) de la Ley 80 de 1993.” Sentencia C-629 de 2003 de la Corte Constitucional).

(Nota 2: Exequible la expresión: “Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación” contenida en el literal a) del ordinal 2o del presente artículo, así como el literal b). Sentencia C-949 de 2001 de la Corte Constitucional).

(Nota 3: Exequible la expresión: “en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas”. Sentencia C-230 de 1995 de la Corte Constitucional).

(Nota 4: Exequible el literal b) del artículo [2o](#) de la ley 80 de 1993. Sentencia C-374 de 1994 de la Corte Constitucional).

(Nota 5: Exequible el párrafo del presente artículo. Sentencia C-040 de 2000 de la Corte

Constitucional y posteriormente derogado por el [artículo 32](#) de la Ley 1150 de 2007).

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.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, (además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado)*, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

(*Nota: Derogada la expresión: “además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado” por el [artículo 32](#) de la Ley 1150 de 2007).

Artículo [13](#).- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Reglamentado parcialmente por los Decretos Nacionales 1896 y 2166 de 1994, Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 4266 de 2010 Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo [2](#) del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia. Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-249](#) de 2004.

Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero podrán someterse a la ley extranjera. Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-249](#) de 2004, en el entendido de que tanto la celebración como la parte de la ejecución que se haga en Colombia se someten a la ley colombiana.

Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pagos y ajustes. Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-249](#) de 2004, en el entendido de que la discrecionalidad allí prevista sólo puede ejercerse válidamente, en relación con los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, esto es, en relación con contratos de empréstito, donación, asistencia técnica o cooperación celebrados por las respectivas entidades estatales con entes u organismos internacionales.

NOTA: El inciso 4 del art. [13](#), fue derogado por el art. [32](#) de la Ley 1150 de 2007.

Ver el art. 39, Decreto Nacional 2681 de 1993, Ver el Decreto Nacional 679 de 1994, Ver el Concepto de la Sec. General 2130 de 1998.

3. EN LO ATINENTE CON EL CONTROL FISCAL LA NORMATIVIDAD LEGAL VIGENTE ESTABLECE QUE

La Constitución Política de Colombia señala:

ARTICULO [267](#). El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.

El Contralor será elegido por el Congreso en pleno en el primer mes de sus sesiones para un período igual al del Presidente de la República, de terna integrada por candidatos presentados a razón de uno por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, y no podrá ser reelegido para el período inmediato ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo. Quien haya ejercido en propiedad este cargo no podrá desempeñar empleo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, ni aspirar a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

Sólo el Congreso puede admitir las renunciaciones que presente el Contralor y proveer las vacantes definitivas del cargo; las faltas temporales serán provistas por el Consejo de Estado.

Para ser elegido Contralor General de la República se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de 35 años de edad; tener título universitario; o haber sido profesor universitario durante un tiempo no menor de 5 años; y acreditar las calidades adicionales que exija la ley.

No podrá ser elegido Contralor General quien sea o haya sido miembro del Congreso u ocupado cargo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección. Tampoco podrá ser elegido quien haya sido condenado a pena de prisión por delitos comunes.

En ningún caso podrán intervenir en la postulación o elección del Contralor personas que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil o legal respecto de los candidatos.

Ley [42](#) de 1993 “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen” dispone.

ARTÍCULO [80](#). La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, que permita

identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.

La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la administración.

ARTÍCULO [9o](#). Para el ejercicio del control fiscal se podrán aplicar sistemas de control como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno, de acuerdo con lo previsto en los artículos siguientes.

PARÁGRAFO. Otros sistemas de control, que impliquen mayor tecnología, eficiencia y seguridad, podrán ser adoptados por la Contraloría General de la República, mediante reglamento especial

La Sentencia T-1012/08 Emitida por la honorable CORTE CONSTITUCIONAL con Referencia: expediente T-1.913.479 Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA, señalo en lo relativo a si Los contratistas pueden ser destinatarios del control fiscal, Lo siguiente:

“11. Como puede verse en el acápite de antecedentes de esta sentencia, la alegada irregularidad del acto administrativo sancionador se circunscribe a reprochar la competencia del órgano de control fiscal para investigar y sancionar a un particular contratista con el Estado, en tanto que, a juicio del accionante, la Contraloría únicamente puede vigilar a quienes desempeñan gestión fiscal. En consecuencia, debe estudiarse si las Contralorías territoriales y la General de la República están facultadas para investigar si, en desarrollo de un contrato estatal, el particular contratista es responsable por el detrimento patrimonial del Estado.

En virtud de lo dispuesto en el artículo [267](#) de la Constitución, el control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República se ejerce sobre la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación. Y, respecto de la delimitación del concepto de gestión fiscal, el artículo [83](#) de la Ley 42 de 1993 aclaró que “la responsabilidad fiscal podrá comprender a los directivos de las entidades y demás personas que produzcan decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñan funciones de ordenación, control, dirección y coordinación; también a los contratistas y particulares que vinculados al proceso, hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado de acuerdo con lo que se establezca en el juicio fiscal” (negrillas de la Sala).

En relación con la interpretación de esas normas y, en especial, respecto de la calidad de destinatario del proceso fiscal del particular contratista con el Estado, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado (17), ha sido enfática en sostener no sólo que los contratistas con el Estado son sujetos de vigilancia fiscal, sino también que el control sobre la gestión adelantada por las autoridades públicas y los particulares en la contratación pública se justifica por la naturaleza misma del control fiscal que fue diseñado para defender el erario público y garantizar la eficiencia y eficacia los recursos públicos.

12. En efecto, la sentencia C-167 de 1995 de esta Corporación dijo con claridad que “el artículo [267](#) de la Carta Magna, delimita el rango de acción de la función fiscalizadora o controladora al otorgarle a la Contraloría las prerrogativas de vigilar la gestión fiscal de la administración, entendiendo este vocablo en su más amplia acepción, es decir referido tanto a las tres ramas del poder público como a cualquier entidad de derecho público, y, a los particulares que manejan

fondos o bienes de la Nación, que garanticen al Estado la conservación y adecuado rendimiento de los bienes e ingresos de la Nación; así pues donde quiera que haya bienes o ingresos públicos, deberá estar presente en la fiscalización el ente superior de control”. Posteriormente, la sentencia C-1148 de 2001, reiteró que “ninguna entidad pública o privada que maneje fondos o bienes de la Nación, puede abrogarse el derecho a no ser fiscalizada”. En el mismo sentido, la sentencia C-1176 de 2004, manifestó que “el control fiscal es el mecanismo por medio del cual se asegura el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado”.

Igualmente, la sentencia C-648 de 2002, precisó que si bien es cierto el control fiscal sobre los contratos estatales no puede ejercerse antes de su perfeccionamiento porque ello permitiría invadir la órbita de competencias administrativas o a “coadministrar”, no lo es menos que “las contralorías sí están facultadas constitucionalmente para ejercer control fiscal sobre los contratos estatales”, tanto para vigilar la gestión fiscal de la administración para exigir el cumplimiento de las normas y principios que rigen la contratación pública como para controlar la gestión y los resultados de los mismos artículos [267](#) y [209](#) de la Constitución.

Lo visto muestra que, contrario a lo sostenido por el accionante, la vigilancia fiscal del contrato de obra pública que él celebró con el municipio de Neiva, es una facultad que la Constitución y la ley otorgan a las Contralorías territorial y General de la República. Luego, el solo hecho de que hubiese sancionado fiscalmente a un particular porque se encontraron sobrecostos en un contrato estatal, no es argumento suficiente para concluir que se le vulneraron sus derechos fundamentales.

4. En relación con medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual

La Ley [80](#) de 1993 señala:

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, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo [77](#) de esta Ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y

modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

La ley 1474 de 2011 en su Artículo [83](#). Define que es la supervisión y que es la interventoría en la contratación estatal en los siguientes términos:

“Supervisión e interventoría contractual. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría”....

5. Frente a las inhabilidades la ley establece lo siguiente:

La Constitución Política de Colombia, establece:

“ARTICULO [126](#). Modificado por el art. 2. Acto Legislativo 02 de 2015 El nuevo texto es el siguiente: Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera.

Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

Quien haya ejercido en propiedad alguno de los cargos en la siguiente lista, no podrá ser reelegido para el mismo. Tampoco podrá ser nominado para otro de estos cargos, ni ser elegido a un cargo de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones:

Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro de la Comisión de Aforados, Miembro del Consejo Nacional Electoral, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República y Registrador Nacional del Estado Civil”.

Ley [80](#) de 1993, dispone:

“ARTÍCULO [80](#). DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones (o concursos) (1) y para celebrar contratos con las entidades estatales:

- a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.
- b) Quienes participaron en las licitaciones (o concursos) (1) o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.
- c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.
- d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución. (2) (3)
- e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.
- f) Los servidores públicos.
- g) Quienes sean cónyuges o (compañeros permanentes) (4) y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación (o concurso) (1) (5).
- h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que

formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación (o concurso) (1) (5).

i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación (o concurso) (1), o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

(Nota: El literal j) del presente numeral, fue adicionado por el artículo [18](#) de la Ley 1150 de 2007. Así mismo, el literal fue modificado por el artículo [1](#) de la Ley 1474 de 2011, con el siguiente texto:

j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad (o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior) (6), o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos.

Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.)

(Nota: El literal k) del presente numeral, fue adicionado por el artículo [2](#) de la Ley 1474 de 2011, con el siguiente texto:

k) Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones ó a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2,5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.

La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías.

La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales.)

(Nota: El literal k) (sic) del presente numeral, fue adicionado por el artículo [84](#) de la Ley 1474 de 2011, con el siguiente texto:

k) El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.)

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones (o concursos) (1) ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

b) (7) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

c) El cónyuge, (compañero o compañera permanente) (4) del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, (compañero o compañera permanente) (4) o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

(Nota: El artículo [4](#) de la Ley 1474 de 2011, adicionó el literal f) al presente numeral con el siguiente texto (8):

f) Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.)

PARÁGRAFO 1o. La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.

PARÁGRAFO 2o. Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas.

(Nota 1: El artículo [32](#) de la Ley 1150 de 2007, derogó la expresión: “concurso”).

(Nota 2: Exequible la expresión: “y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución” del literal d) del numeral 1 del presente artículo. Sentencia C-178 de 1996 de la Corte Constitucional).

(Nota 3: Exequible la expresión: “Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas” del literal d) del ordinal 1o. del presente artículo. Así mismo, fueron declaradas exequibles las expresiones: "Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d), e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena o del acto que impuso la destitución" del inciso final del ordinal 1o del presente artículo Sentencia C-489 de 1996 de la Corte Constitucional).

(Nota 4: Las expresiones: "compañeros permanentes" y "compañero o compañera permanente" contenidas en el presente artículo, fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-29 de 2009, en el entendido que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo).

(Nota 5: Exequibles los literales g) y h) del presente artículo. Sentencia C-415 de 1994 de la Corte Constitucional).

(Nota 6: Exequible el artículo [1](#) de la Ley 1474 de 2011 -que adicionó el artículo [8](#) de la Ley 80 de 1993-, excepto la expresión: “o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior”, que fueron declarados inexecutable. Sentencia C-630 de 2012 de la Corte Constitucional).

(Nota 7: Exequible el literal b) del numeral 2o del presente artículo. Sentencia C-429 de 1997 de la Corte Constitucional).

(Nota 8: Exequible frente al cargo analizado, el artículo [4](#) de la ley 1474 de 2011, que adiciona el literal F al numeral 2 del presente artículo. Sentencia C-257 de 2013 de la Corte Constitucional”).

En Sentencia C-415 de 1994, proferida por la Honorable Corte Constitucional, se determinó lo siguiente:

“Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de suyo excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal (CC arts. [1502](#) y [1503](#); ley 80 de 1993, art. [6](#)). De ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (ley 80 de 1993, art. [44](#))

[...]

Se comprende con facilidad que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, corresponde a una materia de normal y obligada inclusión en un estatuto contractual. El legislador, a quien se ha confiado expedir el indicado estatuto, tiene, pues, competencia para establecerlo (CP art. [150](#)).

La ley contractual, así sea ajena a la regulación de la libertad económica, se sujeta, como toda norma, al cumplimiento de la Constitución. Agotado, por tanto, el examen de la competencia, se continuará respecto de los demás aspectos.

9. Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de suyo excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal (CC arts. [1502](#) y [1503](#); ley 80 de 1993, art. [6](#)). De ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (ley 80 de 1993, art. [44](#)).

El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal (incompatibilidad o inhabilidad) no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado.

En Sentencia C-544 de 2005 emitida por esta misma corporación, se consideró en relación con la naturaleza y clasificación de las inhabilidades que:

“En principio, es indispensable recordar que las inhabilidades son prohibiciones de acceso a la función pública. Una inhabilidad es una circunstancia fáctica cuya verificación le impide al individuo en el que concurre acceder a un cargo público. Su finalidad no es otra que la de preservar la pulcritud de la administración pública, garantizar que los servidores públicos sean ciudadanos de comportamiento ejemplar y evitar que sus intereses personales se involucren en el manejo de los asuntos comunitarios, comprometiendo la imparcialidad, moralidad, igualdad y eficiencia de la Administración. Como lo ha dicho la Corte, “...con las inhabilidades se persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública, para realizar actividades vinculadas a los intereses públicos o sociales de la comunidad, posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad.”

En este contexto, el eje axiomático de la inhabilidad gira en torno a los intereses de la Administración Pública. Éste es el énfasis de las normas que describen las condiciones por las cuales ciertos particulares no pueden acceder a un cargo en el Estado, pues lo que inspira la creación de una inhabilidad es, fundamentalmente, la realización de los principios que guían el manejo de la cosa pública y la protección de los intereses que en esta se involucran.

Desde este punto de vista y atendiendo a dicha teleología, la jurisprudencia constitucional distingue dos tipos de inhabilidades: en primer lugar, están las inhabilidades que se configuran

como consecuencia de concurrir en el individuo aspirante a un cargo público, circunstancias de naturaleza personal. Es el caso de la existencia de parentescos -verificado por ejemplo en el artículo 126 de la Constitución Política- que impiden el ejercicio de cargos públicos simultáneos o la nominación de una persona a un cargo del Estado, por parte de un servidor público con quien la une un lazo de consanguinidad o afinidad.

El segundo grupo de inhabilidades sí tiene un componente sancionatorio, pues las circunstancias que impiden a los individuos acceder a un determinado cargo se derivan de la reprochabilidad penal, disciplinaria, contravencional, correccional o de punición por indignidad política de su conducta.

Sobre la distinción que acaba de mencionarse, la Corte Constitucional ha dicho:

La Corte ha distinguido dos tipos de inhabilidades atendiendo al bien jurídico protegido o a la finalidad de la limitación: una primera clase agrupa los casos en que se establecen limitaciones para acceder a cargos públicos con fundamento en conductas jurídicamente reprochables llevadas a cabo por el inhabilitado; al paso que en la segunda clase la limitación para acceder a un cargo no se vincula con ninguna conducta previa de quienes resultan inhabilitados, sino que aquí simplemente se consagran requisitos que persiguen lograr la efectividad de los principios y valores constitucionales. Dentro de la primera categoría se encuentran, por ejemplo, las inhabilidades por la comisión anterior de delitos y dentro de la segunda las inhabilidades por vínculos familiares. Sentencia C-1062 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra”.

6. Inobservancia de causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley en la contratación estatal

Ley [80](#) de 1993, dispone:

ARTÍCULO [44](#). DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

- 1o. Se celebren con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;
- 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;
- 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;
- 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y
- 5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo [21](#) sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.

CONCLUSIÓN

RESPUESTA PREGUNTA 1:

En relación con la aplicación del [13](#) de la ley 1150 de 2007, resulta claro de su lectura que este se dirige a “las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, luego para la aplicación de esta disposición se requiere del cumplimiento de la condición transcrita, de suerte

que para la aplicación de la norma preguntada se debe analizar, como primera medida, la naturaleza jurídica de la entidad frente a la cual se pretende cristalizar el mandato de la norma.

RESPUESTA PREGUNTA 2:

En cuanto a las entidades privadas como sujetos de aplicación del estatuto de contratación y el régimen de inhabilidades es del caso precisar que, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contiene el conjunto de reglas y principios que deben observar las diferentes entidades estatales en la celebración y ejecución de los contratos que se requieren para el cumplimiento de los diferentes fines de utilidad pública e interés social.

Un aspecto sustancial de este estatuto de contratación lo constituye la determinación del propósito y en tal sentido señala como su objeto: disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales

Completo de lo anterior y como un aspecto consecuencial para efectos de la responsabilidad que puede exigirse, la ley 80 de 1993 señala los sujetos que intervienen en la relación contractual; y por tal motivo en el art. 2 de la ley 80 se hace "para los solos efectos de esta ley" una definición de las entidades estatales.

De lo anterior resulta evidente que Ley 80 de 1993 persigue establecer unas reglas y principios a los cuales deben someterse las "entidades estatales" en el ejercicio de la actividad contractual; reglas y principios que obedecen a la necesidad de lograr un manejo ágil, eficaz y pulcro de la contratación, mediante el establecimiento, entre otros mecanismos, de expeditos instrumentos de control y la consagración de un régimen especial de responsabilidad aplicable a quienes manejan por este medio recursos del Estado.

Por consiguiente, para definir los sujetos frente a las cuales opera las disposiciones contenidas en el Estatuto en mención se deberá analizar, en primer lugar, la naturaleza jurídica de las entidades que son parte en el negocio jurídico.

Lo anterior también aplica para definir la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que adicionalmente dependiendo de su naturaleza operaran de forma general o de manera personal, de acuerdo con el individuo y el tipo de inhabilidad o incompatibilidad.

RESPUESTA PREGUNTA 3:

En respuesta a su tercera inquietud el control que se adelantara en la etapa contractual corresponderá a aquellos medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual y que se pueden ejercer a través del supervisor del contrato o de la interventoría.

Adicionalmente también es posible adelantar el control de gestión fiscal de la administración y de los particulares, de tal manera que se garantice el cumplimiento de los fines estatales maximizando el rendimiento o los resultados, y sin el despilfarro del gasto público, de modo que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar los resultados;

Es del caso precisar que La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta, por disposición legal sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la administración.

RESPUESTA PREGUNTA 4:

En relación con su inquietud final en caso de que procedan la aplicación de inhabilidades o incompatibilidades, una vez analizada la naturaleza jurídica de la entidad y la inhabilidad o incompatibilidad en si misma, los servidores públicos están en la obligación de dar plena aplicación y observancia a la incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones, que según el caso, afectan el derecho a la personalidad y la capacidad legal de manera general o personal.

Es así como, en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (ley 80 de 1993, art. [44](#)).

Cordialmente,

Carlos Emilio Burbano Barrera

Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa

Dirección Jurídica SENA



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)

