

CONCEPTO 8738 DE 2018

(febrero 20)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

DE: Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa

ASUNTO: SUSCRIPCIÓN DE CONVENIOS PROGRAMA AMPLIACIÓN DE COBERTURA

Respetada Doctora,

De manera comedida procedemos a resolver la consulta allegada mediante comunicación electrónica de fecha 24 de enero de 2018, sin radicar, nos pronunciamos en el siguiente sentido:

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.

CONCEPTO JURÍDICO

a) ANTECEDENTES

Mediante correo electrónico del 11 de noviembre de 2017 y el 23 de enero de 2018 nos fue consultado la viabilidad jurídica de celebrar contratos de ampliación de cobertura en vigencia de las restricciones del artículo 33 de la Ley de Garantías electorales, por lo cual nos permitimos dar aclaración y alcance a los conceptos jurídicos emitidos como respuesta a los mencionados correos, señalando:

b) ANÁLISIS JURÍDICO

La Ley [996](#) de 2005, por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo [152](#) literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones, se expidió con el fin de dar mecanismos para garantizar la igualdad electoral y el equilibrio entre los candidatos, impedir la utilización del poder de nominación y contratación para presionar el respaldo a campañas políticas.⁽¹⁾

En lo que a materia contractual se refiere, la normativa tiene restricciones dependiendo si se trata de elecciones presidenciales o de orden territorial, las cuales procedemos a desarrollar a continuación:

1.1 Restricciones en periodo de elecciones presidenciales –Art. 33 Ley 996 de 2005-

El artículo [33](#) de la ley 996 de 2005, establece algunas restricciones en materia de contratación

pública cuando se están en periodo de elecciones presidenciales, al respecto se cita el artículo:

ARTÍCULO 33. RESTRICCIONES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. <Artículo **CONDICIONALMENTE** exequible> Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. (negritas fuera de texto original)

De acuerdo con la anterior disposición, el SENA tendrá restringida toda clase de contratación directa, incluida la de sus entidades territoriales, los cuatro meses anteriores a las elecciones presidenciales.

Ahora bien, el calendario electoral expedido las próximas elecciones presidenciales se realizaran el 27 de mayo de 2018, por lo cual “el periodo que comprende las (00:00a.m) de 27 de enero de 2018, hasta las (00:00 p.m) del día que se lleve a cabo la segunda vuelta (en caso que sea necesario), las entidades públicas (independientemente del régimen de contratación aplicable) no podrán celebrar ningún contrato a través de la modalidad de contratación directa, a menos que se encuentren inmersas dentro de alguna de las excepciones anteriormente enunciadas⁽²⁾”

Esta misma posición fue adoptada por Colombia Compra Eficiente, a través de la Circular 24 de 2017, en la cual indica al respecto:

La Ley de Garantías prohíbe a las Entidades Estatales celebrar contratos en la modalidad de contratación directa durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido. El artículo consagra excepciones para los contratos relativos a la defensa y seguridad del Estado, crédito público y los requeridos para atender emergencias y para la reconstrucción de infraestructura afectada por acciones terroristas, desastres naturales o eventos de fuerza mayor. Esta prohibición cubre a todos los entes del Estado, sin importar su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía. El calendario electoral establece que la primera vuelta de las próximas elecciones presidenciales es el domingo 27 de mayo de 2018. En consecuencia, a partir del 27 de enero de 2018 y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido, las Entidades Estatales tienen prohibido contratar directamente. (negritas fuera de texto original)

Vale la pena aclarar que, toda vez que la ley de Garantías electorales, por establecer prohibiciones, debe interpretarse de manera restrictiva, de manera que todas las modalidades de contratación, diferentes a la contratación directa, se encuentran permitidas.

En este orden de ideas lo primero que nos permitimos concluir es que a partir de las 00:00 horas del 27 de enero se encuentra prohibida toda clase de contratación directa tal como se señaló en la Circular de Ley de Garantías expedida por esta dependencia en el 2017 y en el concepto con NIS: 2018-02-011582.

III. CELEBRACIÓN DE CONVENIOS DE AMPLIACIÓN DE COBERTURA.

Ahora bien, en cuanto al caso en estudio referente a la suscripción de convenios programa ampliación de cobertura, nos permitimos hacer algunas precisiones sobre lo que debe entenderse por contratación directa.

La contratación Directa es una modalidad de selección desarrollada por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley [80](#) de 1993) y sus normas modificatorias y reglamentarias. Esta modalidad es excepcional y permite que no se lleve a cabo una convocatoria pública para la selección del contratista, lo cual no obsta para que la entidad se vea en la obligación de realizar un análisis de idoneidad y experiencia del mismo antes de celebrar el contrato.

De cara a la entrada en vigencia de las restricciones de la Ley de Garantías electorales, en las que se prohíbe toda clase de contratación directa, el Consejo de Estado, en concepto del 2 de febrero de 2006, señaló lo siguiente respecto a qué debe entenderse por contratación directa:

Para determinar el alcance general del artículo 33 antes transcrito, debe esclarecerse el sentido de dos locuciones legales, a saber: todos los entes del Estado y contratación directa. La primera de ellas hace referencia a los sujetos o destinatarios de la prohibición, que son organismos o entidades autorizados por la ley para suscribir contratos, y en consecuencia, comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin que resulten relevantes su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía. Dada la finalidad de la ley [996](#) de 2005, es claro que esta locución debe ser entendida dentro de su propio contexto, que consiste en evitar que mediante la contratación directa, cualquier ente público pudiera romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a elecciones. La segunda expresión contiene el elemento objetivo, constituido por la contratación directa en cuanto cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - ley 80 de 1993 -, o uno especial en razón del objeto el contrato o del órgano que contrata. Para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado "contratación directa" es sinónimo de cualquier sistema diferente de la licitación pública, y no del procedimiento especial regulado por la ley [80](#) de 1993. Por tanto, las entidades públicas pueden seguir contratando previa la licitación pública, salvo las excepciones de la misma ley 996 de 2005 (negritas y subrayas fuera de texto original)⁽³⁾.

Así las cosas, el Consejo de Estado, al desarrollar la Ley de garantías, es claro en señalar que está prohibido cualquier mecanismo de escogencia que prescinda de licitación pública o concurso, en este orden de ideas, si no se agota uno de los procedimientos de selección de la Ley [80](#) de 1993 y la Ley [1150](#) de 2007, distinto a la contratación directa, se debe entender que dicha contratación se encuentra prohibida.

En cuando a la suscripción de convenios de cobertura, se identifica que, a pesar de que existe un proceso para la constitución de un banco, preliminar a la celebración de los contratos, no se evidencia de la información aportada que para la suscripción de estos convenios se agote un procedimiento de selección, distinto a la contratación directa, de los que trata la Ley [80](#) de 1993 y la Ley [1150](#) de 2007, por lo cual debe entenderse que no se encuentra permitida la celebración de estos convenios en vigencia de las restricciones del artículo [33](#) de la Ley de Garantías electorales – Ley 996 de 2005-.

El presente alcance al 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.

Cordialmente,

CARLOS EMILIO BURBANO BARRERA

Coordinador

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil, Radiación número: (1731), M. P. FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE

2. Beltrán Pardo, Jorge. Restricciones en materia de Contratación Estatal para las elecciones 2018. Consultado en: www.beltranpardo.com/news/detail/restricciones-en-materia-de-contratacion-estatal-para-las-elecciones-2018

3. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Cp. Enrique Jose Arboleda. Concepto del 02 de febrero de 2006. Rad. 11001-03-06-000-2006-00011-00(1712)



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)

