

CONCEPTO 32368 DE 2017

(junio 30)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Bogotá D.C.

PARA: Orlando Ariza Ariza
Subdirector Centro de Gestión Agriempresarial del Oriente.
oariza@sena.edu.co

DE: Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa

ASUNTO: Competencia

En atención a comunicación Radicado: 8-2017-024458 mediante la cual la contratista Rosita Romero solicita concepto sobre competencia para suscribir convenio por parte del Subdirector de centro; para suscribir convenio con una alcaldía municipal; al respecto tenemos.

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; Es necesario aclarar que el Grupo de Conceptos y Producción Normativa de la Dirección Jurídica del SENA no tiene competencia para decidir sobre casos particulares y concretos, por cuanto la solución de los asuntos de gestión administrativa es del resorte de los directivos de la Entidad.

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.

Como quiera que la solicitud se hace sobre un caso concreto, esta Coordinación se abstiene de pronunciarse sobre el tema en particular. No obstante, se abordará de manera general y abstracta el problema, con el fin de orientar al solicitante en la resolución del caso.

CONCEPTO JURÍDICO

a) ANTECEDENTES

Mediante correo electrónico, fue puesto en nuestro conocimiento la siguiente consulta:

El Municipio de Florián se encuentra interesado en acceder a los distintos servicios que presta el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, y que usted muy eficientemente orienta. Por ello, agradezco su valiosa colaboración, con el suministro de información sobre los requisitos y/o condiciones para acceder a los siguientes servicios de su entidad:

1. Servicios de Análisis Físicoquímicos y Microbiológicos de muestras de agua cruda y potable
2. Curso sobre calidad de Aguas y Operación de Plantas de Tratamiento de Agua Potable PTAP
3. Recuperación y/o manejo de rondas de fuentes hídricas

4. Formulación e implementación de Programas de Uso Eficiente y Ahorro del Agua PUEAA

5. Administración y Finanzas de Organizaciones Comunitarios y pequeñas empresas

Lo que se busca en esencia, es establecer una alianza estratégica con el SENA, para el desarrollo de las políticas municipales enfocadas al medio ambiente, así como el fortalecimiento de los procesos técnicos, operativos y administrativos de los prestadores del servicio de Acueducto en el municipio. Por ello, es importante conocer de su parte, el modelo contractual mediante el cual se podría acceder a estos servicios.

-Se deja constancia que la consulta se resuelve sin recibir anexo alguno y con la información suministrada.

b) ANÁLISIS JURÍDICO

CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS.

El legislador, dentro de las tipologías contractuales establecidas en la Ley, estableció los contratos y convenios interadministrativos como un vehículo contractual a través del cual, dos o más entidades públicas celebran acuerdos contractuales de colaboración, en cuanto que las prestaciones que se generan no son opuestas sino que confluyen hacia un mismo resultado querido por las dos entidades.

De manera que se identifica que la característica esencial de estos contratos y/o convenios interadministrativos es que las entidades sean de carácter público en los términos de la Ley [80](#) de 1993, por lo cual vale la pena indicar:

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.

En este orden de ideas siempre que dos de estas entidades enlistadas en el artículo [2o](#) de la Ley 80 de 1993 celebren acuerdos contractuales, se presenta ante un contrato o convenio interadministrativo. El Consejo de Estado, refiriéndose a la naturaleza de estos acuerdos, en sentencia con ponencia del Dr. MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Radicación número: 66001-23-31-000-1998-00261-01(17860) precisó:

"En atención a lo anterior y en relación específicamente con lo que interesa para el caso concreto, se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes: (i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objetivo lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales. (Negrita fuera del texto original)

En cuanto a las entidades que celebran el contrato o convenio interadministrativo, adicional al requerimiento que estas sean de carácter público, es necesario que el objeto de la entidad ejecutora le permita celebrar y ejecutar el contrato o convenio celebrado, toda vez que de lo contrario, nos encontraríamos frente a un contrato viciado por falta de capacidad, además de la responsabilidad por infracción a normas de orden superior en curso de la cual estaría el funcionario que suscribe y le da aval al convenio.

En cuanto a la modalidad de selección y celebración de estos convenios y contratos, la Ley [1150](#), modificada por la Ley [1474](#) de 2011, estableció como una de las causales de procedencia de la contratación directa la celebración de convenios o contratos interadministrativos, bajo el siguiente tenor:

ARTÍCULO [20](#). DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

[...]

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

[...]

c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo.

En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley [80](#) de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad

En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales;

En el citado artículo, el legislador estableció algunos requerimientos para la procedencia de un convenio o contrato interadministrativo bajo la causal de contratación directa; siendo el primer requisito la reiteración de que la entidad ejecutora tenga dentro de su objeto social la actividad/es a las cuales se esté comprometiendo a ejecutar a través del contrato o convenio interadministrativo;

En un segundo momento, de manera clara el legislador estableció unos objetos contractuales, los cuales no podrán ser contratados de manera directa apelando a la causal c) de contratos interadministrativos. Estas excepciones son:

- Contratos de obra de obra
- Contrato de Suministro
- Contrato de prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos
- Contrato de encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras.
- Contratos de Seguro de las entidades estatales

Ahora bien, vale la pena advertir que si una entidad pública cuenta con la capacidad para celebrar alguno de estos objetos exceptuados, y quiere realizarlo, podrá hacerlo, solo que no se permite la contratación directa, sino que deberá acudir a otro proceso de selección contemplado en la Ley vr. Gr. la Licitación pública. En conclusión, estas entidades para celebrar estos objetos contractuales deberán entrar a competir en el mercado.

Debe advertirse que el Consejo de Estado ha sido reiterativo en señalar que las causales de contratación directa, al ser excepciones a la Licitación pública, son de carácter restrictivo, y en consecuencia no se admiten interpretaciones amplias de estas disposiciones, incluyendo lo referente a los Convenios interadministrativos:

“La Sala ha recalcado que “...la contratación directa hace más flexible el procedimiento de elección y le da posibilidad a la Administración de que el trayecto de análisis de propuestas sea

más ágil....” y que “dicho proceder excepcional surgió como mecanismo para evitar que la administración, en casos expresamente determinados, como cuando la cuantía era mínima, o por urgencia manifiesta o por la misma naturaleza del negocio o de los bienes [sic] que se pretendían adquirir, estuviera obligada a someterse a procedimientos largos y dispendiosos y que por el contrario pudiera elegir al contratista rápidamente y satisfacer de manera pronta necesidades apremiantes...” Por lo tanto, la contratación directa es un procedimiento reglado excepcional y de aplicación e interpretación restrictiva, al cual pueden acudir las entidades públicas para celebrar contratos, en determinados eventos tipificados en la ley, en una forma más rápida, sencilla y expedita para la adquisición de bienes y servicios que por su cuantía, naturaleza o urgencia manifiesta, no precisa ni requiere de los formalismos y múltiples etapas y términos previstos para la licitación pública, aun cuando debe cumplir los principios que rigen la contratación pública”[ii]

Adicionalmente, es importante resaltar que la entidad ejecutora debe contar con capacidad logística, operativa y financiera para ejecutar el contrato, garantizado la idoneidad del prestador, de manera que se evite que la entidad pública ejecutora funja como mero intermediario.

La Procuraduría General de la Nación en varias oportunidades se ha pronunciado sobre estos contratos y convenios interadministrativos, y ha sido siendo enfática en señalar la necesidad de acreditar la idoneidad por parte de la entidad ejecutora para celebrar estos contratos y convenios interadministrativos, vale la pena citar:

En conclusión, en criterio de este Despacho, la prescripción de carácter legal relativa a que la escogencia del contratista debe realizarse por regla general a través de la Licitación Pública no ha sido eliminada de nuestro ordenamiento jurídico, así lo establece expresamente el numeral 1 del artículo 20 de la ley 1150 de 2007, obviamente con las excepciones que consagra esta misma norma. Sin embargo, en el caso bajo estudio, considera esta Delegada que no se dieron las condiciones para que la Dirección Administrativa de la Cámara de Representantes diera aplicación a la excepción relativa a la contratación directa de los contratos interadministrativo, toda vez que si bien formalmente existe un documento denominado “contrato interadministrativo No. 631 de 2010” suscrito entre dos entidades del estado, la realidad es que las obligaciones pactadas en el mismo están siendo asumidas y ejecutadas por dos personas jurídicas de derecho privado que no se sometieron a ninguna selección objetiva.

En conclusión, si bien evidentemente la Dirección Administrativa de la Cámara de Representantes podía eventualmente acudir a la contratación directa a través del contrato interadministrativo, lo cierto es que con las condiciones propias en que se hizo esta contratación y en las que se ejecutaron las obligaciones del contrato, no se honra la excepción que trae la norma; es decir, se acudió a esta figura sin que se dieran las condiciones propias de la misma, con lo cual se incumplieron previsiones legales, según se pasa a detallar⁽³⁾ (negritas fuera del texto original)

En otra oportunidad la Procuraduría reitero lo anterior indicando, hallando responsabilidad disciplinaria por eludir las normas de contratación toda vez que la entidad ejecutora actuaba como mero intermediario:

En la fundamentación del fallo se demostró que la gestión de la exsecretaria de apoyo eludió las normas que regulan los procesos de contratación de las entidades estatales, los principios de transparencia y economía, y el deber de selección objetiva que habría permitido la escogencia imparcial de un contratista que cumpliera con la capacidad técnica, económica y financiera, pues

celebrar los contratos con Gestora Urbana implicó costos adicionales porque a esta empresa le correspondía el 5% del valor de cada contrato y al administrador delegado de las obras, generando además la subcontratación, dado que esta entidad no podía cumplir directamente con el objeto de la contratación la cual era adelantar obras de infraestructura vial⁽⁴⁾. (Negritas fuera del texto original)

Adicional a lo establecido por la Procuraduría, es relevante que la entidad tenga presente el concepto emitido por este grupo el 06 de marzo de 2007, en el cual claramente se advierte que en caso de que una entidad privada también pueda prestar el servicio a contratar a través del convenio interadministrativo, es necesario analizar la conveniencia de la contratación en los siguientes términos:

[...] De conformidad con el trámite contractual, existe una etapa previa o de planeación en la que la Entidad define de conformidad con la naturaleza del objeto, cuál será el trámite idóneo para satisfacer la necesidad que se haya identificado. Por tal trámite, valora la conveniencia o no de desarrollar un proceso contractual o si por el contrario, celebra un convenio interadministrativo, cuando el convenio en todo caso resulte viable.

Como se dice, la opción de celebrar un convenio o un contrato interadministrativo dependerá de la naturaleza del objeto que se desarrollará con la relación jurídica. Si se trata de un objeto transaccional, en el que se identifiquen necesidades, utilidades y contraprestaciones, se celebraría un contrato que se somete a las reglas de selección de contratistas conforme lo dispone la Ley 80 de 1993.

En cambio, si al valorar la naturaleza del objeto se identifica que el mismo tiene como fin el cumplimiento de actividades principales o conexas en el ámbito de la misión institucional, y si ello no demanda una transacción contractual ordinaria, sino que existe la necesidad de entablar alianzas o uniones entre entidades públicas que de manera conjunta puedan desarrollar las actividades que conforme a la ley le corresponden según su objeto o finalidad legal y misional, en las que confluyan esfuerzos económicos y logísticos, la Entidad podrá optar por la celebración de un convenio interadministrativo.

En suma, y en consideración de la imposibilidad e inconveniencia de señalar normativamente cada caso, son las circunstancias particulares y concretas las que determinan si se celebra un contrato o un convenio, y la valoración de la conveniencia corresponde a la Entidad, sin negar que habrá casos en los que sea viable únicamente la celebración de convenios interadministrativos, cuando quiera que el objeto pretendido no pueda ser contratado como obra, servicio o adquisición de bienes⁽⁵⁾.

En consecuencia de lo anterior, en caso que el SENA decida proceder a la celebración de un convenio o contrato interadministrativo, deberá verificar el cumplimiento de la normativa aquí desarrollada.

RESTRICCIONES A LOS CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS POR LA LEY DE GARANTÍAS

Finalmente, es necesario advertir que la Ley de Garantías establece unas restricciones a la celebración de convenios interadministrativos y contratación directa que han de tenerse en cuenta a la hora de celebrar los mismos.

El parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías, prohíbe a los gobernadores, alcaldes

municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, celebrar contratos o convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones distintas a las presidenciales.

Tal como se evidencia de la lectura de esta norma, en cuanto a su ámbito de ampliación, ésta solo restringe a las entidades de orden territorial, no obstante el SENA debe tener en cuenta esta prohibición en caso de que desee realizar un convenio con una entidad pública la cual sí se ve obligada por esta disposición, por ejemplo, un municipio.

De acuerdo con el calendario electoral, expedido a través de la Resolución N. 2201 del 4 de marzo de 2017 por la Registraduría Nacional, las próximas elecciones, distintas a las presidenciales, que se llevarán a cabo serán el 11 de marzo de 2018, de manera que la prohibición del parágrafo del artículo [38](#) de la Ley de Garantías inicia a partir de las (00:00a.m) del 11 de noviembre de 2017, hasta las (00:00p.m) del 11 de marzo de 2018⁽⁶⁾.

Por otra parte, toda vez que existe una restricción en el artículo [33](#) de la mencionada Ley de Garantías electorales para la contratación directa en todas las causales de la misma, también debe entenderse que la celebración de convenios y contratos interadministrativos de manera directa se entiende prohibida en los siguientes términos, independiente del nivel territorial de las entidades:

“Artículo [33](#). 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 [...]”

Posterior a esto, el legislador exceptúa los siguientes casos a esta prohibición:

1. Defensa y seguridad del Estado
2. Contratos de crédito público
3. 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
4. Los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

Siendo esta restricción aplicable a las elecciones de carácter presidencial, 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⁽⁷⁾.

CONSULTA

Pregunta: Cual es la Competencia de los Subdirectores del Centro

Respuesta. De conformidad con lo señalado por el numeral 9 del artículo [27](#) del decreto 249 de 2004 que señala: Artículo [27](#). Funciones de las Subdirecciones de los Centros de Formación

Profesional Integral. Son funciones de las Subdirecciones de los Centros de Formación Profesional Integral:

(...)

9. Proponer al Director Regional o Distrital, la realización de alianzas, convenios y acuerdos con otras organizaciones públicas y privadas en concertación con la Dirección General, y las Direcciones Departamental o Distrital, según el caso, buscando aunar esfuerzos y recursos que mejoren el impacto de las acciones del Centro en la comunidad.

Vale la pena indicar que de encontrarse procedente por el área requirente la celebración del mismos, éste ha de realizarse conforme con lo establecido en el Manual de Convenios de la entidad y ser celebrado antes el 11 de noviembre de 2017, de acuerdo con las restricciones establecidas por la Ley [996](#) de 2005.

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.

Cordialmente,

Carlos Emilio Burbano

Coordinador Grupo Conceptos y Producción Normativa

Dirección Jurídica SENA

NOTAS AL FINAL:

1. Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-629-03](#) de 29 de julio de 2003, M. P. Dr. Alvaro Tafur Galvis
2. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 10 de agosto de 2000, Exp.12.964.
3. Procuraduría General de la Nación. Fallo del 24 de junio de 2011. IUS No. 2010- 42580.
4. Procuraduría General de la Nación. Comunicado del martes 18 septiembre 2012
5. Concepto 280 de 2007. Grupo de Conceptos y Consultas jurídicas. 06 de marzo de 2007.
6. Ver. Restricciones en materia de contratación estatal para las elección 2018. En <http://beltranpardo.com/news/detail/restricciones-en-materia-de-contratacion-estatal-para-las-elecciones-2018>
7. Colombia Compra Eficiente. Circular Externa No. 24 de 12 de mayo de 2017



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)

