

CONCEPTO 60492 DE 2017

(noviembre 17)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: GUSTAVO ADOLFO ARAQUE FERRARO, Director Regional, Regional
Cundinamarca. gustavo.araque@sena.edu.co
DE: Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa
ASUNTO: Suscripción de Convenios

Respetado Doctor Araque

De manera comedida procedemos a resolver la consulta allegada mediante comunicación electrónica de fecha 09 de noviembre de 2017, Rad. 8-2017-058779, 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 05 de septiembre de 2017, fue puesto en nuestro conocimiento la siguiente consulta:

En la actualidad el SENA está interesado en suscribir un nuevo convenio derivado con la empresa alemana Bosch, por lo cual queremos solicitar el análisis y concepto de la coordinación a su cargo, a fin de establecer la viabilidad de que desde el Despacho Regional se continúe con el proceso de suscripción del Convenio, teniendo en cuenta que el pasado 23 de agosto de 2017 el Consejo Directivo Regional aprobó la suscripción del Convenio Derivado de Cooperación Interinstitucional – Ciencia y Tecnología con el siguiente objeto: “Aunar esfuerzos para el fortalecimiento de los programas y ambientes de formación en las áreas de Hidráulica, Neumática, Automatización industrial, control de procesos, en tres (3) Centros de Formación de la Regional Cundinamarca, mediante la actualización y complemento en la implementación tecnológica, de tal forma que apoye la certificación internacional de Ambientes de Formación, Instructores y Aprendices, con el propósito de contribuir a la política de mejoramiento de la calidad de la Formación Profesional Integral de forma oportuna y pertinente para la Región.”.

La presente consulta se enfoca en dos puntos: 1. Vigencia del Convenio Marco. 2. Modalidad del Convenio de Cooperación

1. Vigencia del Acuerdo Marco N 188 de 2009

De acuerdo a lo establecido en la cláusula sexta del Acuerdo Marco N° 188 de septiembre 7 de 2009 suscrito entre el SENA Y BOSCH de Alemania el Convenio Marco, referente a la vigencia: "Este acuerdo tendrá una duración de cuatro (4) años, contados a partir de la fecha de su suscripción, y podrá ser prorrogado por períodos similares, con base en los resultados obtenidos de la evaluación realizada por las partes, de acuerdo a la cláusula quinta de este acuerdo, salvo que las partes manifiesten su deseo de no prorrogarlo, en cuyo caso dará aviso por escrito a la otra de conformidad con lo pactado en el presente acuerdo.", (Cursiva fuera del texto), de manera que la vigencia del mismo finalizaba el 7 de septiembre del presente año.

Atendiendo a lo definido en el Convenio, el Comité Coordinador en el acta del 25 de agosto de 2017 hizo una revisión y evaluación de la ejecución del Convenio Marco, definida en la cláusula quinta, estableciendo que los cuatro convenios derivados han contribuido al cumplimiento del objeto del Convenio Marco establecido por las partes, por lo cual consideraron pertinente prorrogar el Convenio en mención.

En ese sentido, es de interés del Despacho Regional tener claridad si actualmente el Convenio Marco N° 188 de 2009 está vigente en tanto que la redacción de la Cláusula Sexta establece que el Acuerdo ... podrá ser prorrogado por períodos similares, con base en los resultados obtenidos de la evaluación realizada por las partes, de acuerdo a la cláusula quinta de este acuerdo, salvo que las partes manifiesten su deseo de no prorrogarlo, en cuyo caso dará aviso por escrito a la otra de conformidad con lo pactado en el presente acuerdo, e igualmente conocer si solamente con el Acta de Agosto 25 de 2017 del Comité Coordinador se entiende prorrogado el Acuerdo Marco N° 188 de 2009.

2. Modalidad del Convenio de Cooperación

Adicionalmente se quiere solicitar el concepto del Grupo a su cargo, a fin de conocer si es viable utilizar la modalidad de Convenio Especial de Cooperación, en caso que el Acuerdo Marco no esté actualmente vigente; en consideración a que el Consejo Directivo Regional aprobó la suscripción del Convenio Derivado de Cooperación Interinstitucional – Ciencia y Tecnología.

A la espera de su respuesta y lineamientos.

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

b) ANÁLISIS JURÍDICO

1. Prohibición de realizar prórrogas automáticas en contratos y convenios en donde participe una entidad pública.

En ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, en principio, las Entidades Estatales tienen potestad para celebrar distintas modificaciones a los contratos y/o convenios, las cuales normalmente se clasifican en adiciones, cuando se modifica el valor del contrato; prórrogas, cuando se modifica el plazo de ejecución, y; modificaciones propiamente tal, cuando la variación recae sobre alguna otra cláusula contractual.

En razón a la consulta, es de especial interés para el caso la figura de la prórroga del contrato o convenio, que tal como lo advertimos con anterioridad, se trata de una modificación contractual a través de la cual se aumenta el plazo del contrato o del convenio sin afectar valor u otra estipulación.

De manera general se advierte que no existe prohibición legal para la prorrogar contratos o convenios en el tiempo, salvo la restricción que del régimen de las Asociaciones Público Privadas, en donde se estableció una limitante para las prórrogas referido hasta el 20% del plazo inicial^[1], toda vez que la prórroga en este tipo de contratos implica una mayor remuneración para el contratista por la explotación de la infraestructura y mayores riesgos en su ejecución.

Ahora bien, en cuanto a la prórroga automática, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han sido claras en advertir la ilicitud del pacto de una cláusula de prórroga automática para todo contrato estatal, tal como se expone a continuación:

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, correspondiente a la Ley [80](#) y sus normas modificatorias y regulatorias, no contiene, a diferencia del derogado Decreto 222, una prohibición explícita a la prórroga automática del contrato. Por el contrario a prohibirla, en su artículo [13](#) trae una explícita remisión al régimen del derecho privado, en el cual la prórroga automática de los contratos es permitida.

No obstante lo anterior, las disposiciones del derecho privado han de aplicarse dentro de la contratación de las entidades públicas en armonía con los principios que permean toda la contratación del Estado, sin importar, inclusive, su régimen contractual.

Así las cosas, es necesario entender la remisión que realiza el artículo [13](#) de la Ley 80, advirtiendo que no serán aplicables aquellas disposiciones del derecho privado que sean contrarias al Estatuto General de Contratación o a los principios de la contratación pública.

En este orden de ideas, es necesario analizar la cláusula de prórroga automática, de cara a los principios de la contratación pública, entre los cuales se encuentra el principio de planeación, transparencia, selección objetiva, libre concurrencia, entre otros.

Para tratar el particular, vale la pena traer de presente un pronunciamiento del Consejo de Estado, el cual señala:

Vale resaltar la existencia de una prohibición tácita frente a la prórroga automática del contrato estatal como el de arrendamiento, toda vez que a pesar de la integración normativa establecida en el artículo [13](#) de la Ley 80 de 1993, en el que se permite aplicar las normas civiles y comerciales a los contratos estatales, jurisprudencialmente se exceptúa expresamente la prórroga automática del contrato estatal como el arrendamiento, en tanto ello se opone a los principios de planeación, igualdad, moralidad, eficiencia y economía. En éste sentido, el Consejo de Estado, aclaró que el artículo [518](#) del C. Co así como lo dispuesto en el 2014 del C.C. no hace parte de la integración normativa, al siguiente tenor:

El Consejo de Estado reitera la jurisprudencia vigente en el sentido de que en el contrato de arrendamiento estatal NO tiene lugar la cláusula de prórroga automática, ni la renovación tácita prevista en el artículo [2014](#) del Código Civil.

Lo anterior, se explica, porque “darían lugar a un derecho de permanencia indefinida de la relación contractual, más allá de lo que se puede prever en esta clase de contratos estatales, en contravía de las exigencias de igualdad, moralidad, eficiencia y economía en el ejercicio de la función administrativa [...]”.

Las cláusulas de prórroga automática y renovación tácita “se apartan de los principios y fines de la contratación estatal, desarrollados en la Ley 80 expedida en 1993, entre otros, el deber de

planeación, establecido en el referido régimen de contratación^[2]” (Destacado fuera del texto original).

Se ADVIERTE además, que “la situación de hecho creada por la continuidad en la ejecución del contrato de arrendamiento una vez vencido el término, no tiene la idoneidad de configurar el contrato de arrendamiento estatal, por razón de la carencia del documento escrito que se exige como formalidad esencial del contrato estatal de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993^[3]”. (Destacado fuera del texto original).

En el mismo sentido se pronunció La sala de Consulta y Servicio Civil, al estudiar una disposición correspondiente a un régimen distinto a la Ley 80, señalando que:

Las prórrogas automáticas no pueden pactarse en ningún contrato estatal. (...) las cláusulas de prórroga de los contratos estatales no confieren un derecho automático a un mayor plazo, sino que contienen solamente la posibilidad de que al terminarse el plazo inicial, las partes acuerden su continuación dentro de los límites que imponga la ley al momento de prorrogar. Si se entendiera que plazo inicial y prórroga se integran en uno sólo, no habría necesidad de distinguir ambas figuras. En el caso particular de las entidades estatales, la imposibilidad de pactar cláusulas de prórroga automática, significa además que la Administración conserva en todo caso la potestad de analizar su conveniencia al momento de vencerse el plazo inicial y, por ende, de abstenerse de extender el plazo del contrato si así lo determina el interés general. Y más aún, que la Administración no podrá acceder a la prórroga si para el momento en que se vaya a suscribir, existe una prohibición legal para ello^[4].

Así mismo se recuerda que la Corte Constitucional en sentencia C-350 de 1997, declaró la constitucional de una disposición contenida en la Ley 335 de 1996, la cual prohíbe explícitamente la prórroga automática de contratos de concesión, modificando incluso aquellos que ya se encontraban en ejecución.

1.1 Manual de Convenios del SENA

En cuanto a la normativa interna de la entidad, que regula los convenios celebrados por el SENA, correspondiente al Manual de convenios, se advierte que en el mismo no existe autorización para el pacto o celebración de prórroga automática o tácita.

Por el contrario, dentro de la parte general del Manual de convenios, existen diversas disposiciones que crean trámites internos y requisitos para la celebración de una prórroga de un convenio, dando así a entender que se excluye la posibilidad de pactar y ejecutar cláusulas de prórroga automática. Al respecto nos permitimos citar los siguientes apartados:

Durante la ejecución del convenio, pueden presentarse situaciones que afectan su ejecución, por lo cual, se deberá solicitar oportunamente, la elaboración de la adición, prórroga o modificación respectiva, incluyendo la justificación detallada que origina el cambio, la conveniencia, el beneficio, el valor y/o el tiempo atendiendo al asunto particular

{ ... }

Prórrogas: ? Ampliación del plazo de ejecución o duración del convenio, para lo cual, se debe justificar la ampliación de dichos términos. ? Se debe tener presente que estas prórrogas no se pueden justificar en la existencia de incumplimientos. ? El convenio debe encontrarse en ejecución

En cuanto al trámite interno, entre otros requisito se alude a:

Prórrogas: ? Designación de supervisión (cuando aplique). ? Copia del Contrato de Interventoría (cuando aplique). ? Informe de supervisión y/o interventoría (balance técnico y financiero). Énfasis en el estado de la ejecución del acuerdo de voluntades, como soporte de la solicitud de tiempos adicionales para garantizar el cumplimiento del objeto y obligaciones pactadas. ? Actas de comité coordinador o comité técnico operativo (en caso que su conformación sea pactada en el convenio).

Ahora bien, en cuanto a la remisión a la normativa de derecho privado que realiza el artículo 28 del Manual de convenios^[5], refiriéndose a los convenios especiales de cooperación, se señala que la aplicación de normas de derecho privado debe entenderse en armonía con los principios de la contratación estatal, siendo estos de mayor jerarquía normativa.

En consecuencia de lo anterior, y de acuerdo con la línea argumentativa expuesta reiteradamente por el Consejo de Estado en los fallos citados, se entendería entonces que no es posible aplicar cláusulas de prórroga automática tampoco en convenios de cooperación.

c) CONSULTA

Respecto al caso en consulta, se recuerda que esta coordinación no cuenta con competencia para pronunciarse sobre casos en particular, no obstante se concluye que, de acuerdo con las anteriores consideraciones jurídicas, no es viable la renovación o prórroga automática del convenio un convenio de cooperación.

En cuanto a su segunda consulta, de conformidad con el artículo 24, numeral 3, se advierte que el Director Regional deberá presentar, si a bien tiene la solicitud de celebración del convenio al Consejo Directivo Regional, y será éste el competente para autorizarlo. Vale la pena aclarar que este convenio constituirá entonces una nueva relación contractual.

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 BARRERA

Coordinador

NOTAS LA FINAL:

1. Ley 1508 de 2012. ARTÍCULO 18. ADICIONES Y PRÓRROGAS DE LOS CONTRATOS PARA PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA QUE REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS. En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa privada que requieren desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, las adiciones de recursos al proyecto no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados. En dichos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% de los

desembolsos de los recursos públicos originalmente pactado Artículo [21](#). ADICIONES Y PRÓRROGAS DE LOS CONTRATOS PARA PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA QUE NO REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS. Los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa privada en los que no se hubiere pactado en el contrato el desembolso de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos, no podrán ser objeto de modificaciones que impliquen el desembolso de este tipo de recursos y podrán prorrogarse hasta por el 20% del plazo inicial.

2. Consejo de Estado. Radicado: 29851. M.P. Hernán Andrade Rincón. 29 de octubre de 2014.

3. Ibidem.

4. Consejo de Estado. Sala De Consulta y Servicio Civil. Rad.(1984) Actor: Ministerio de la Protección Social

5. ARTÍCULO 28. CARACTERÍSTICAS DE LOS CONVENIOS ESPECIALES DE COOPERACIÓN.

{...}

4. Estos convenios se rigen por las normas del Derecho Privado

a. Por lo anterior, para la celebración, ejecución y liquidación se tendrán en cuenta las reglas contenidas en el Código Civil y en el Código de Comercio, sin perjuicio de la observancia de los principios contenidos en el artículo [209](#) de la Constitución Política de Colombia.

b. Sin perjuicio de lo expuesto, en cumplimiento de lo previsto en el artículo [13](#) de la Ley 80 de 1993, en las materias no reguladas en las disposiciones civiles y comerciales, se podrá acudir a lo previsto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública



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)

