

CONCEPTO 21968 DE 2018

(abril 27)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Señor

ADOLFO OTERO MUÑOZ

CENTRO DE SERVICIOS SALUD-REGIONAL DISTRITO CAPITAL

aoterom@sena.edu.co

E.S.M.

ASUNTO: Pago en especie de canon de arrendamiento

Apreciado Señor Otero:

En atención a su solicitud personal de fecha 23 de abril del año en curso, oportunidad en la cual consulta sobre la viabilidad de pagar en especie el canon de arrendamiento de un espacio destinado al servicio de cafetería, me permito manifestarle:

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.

Finalmente, se le advierte a la servidora lo establecido en la Circular No. [00006](#) de 2013 del SENA, con el fin de que a futuro sea tenida en cuenta por el personal de esa dependencia, y cuyo acápite pertinente señala: “[...] me permito informar que a partir de la fecha la asesoría y solicitudes de conceptos a la Dirección Jurídica, deberán ser radicados en el aplicativo Onbase y canalizados a través de la Secretaría General, Directores de Área, Jefes de Oficina, Directores Regionales, Subdirectores de Centro y Coordinadores de Grupo”.

CONCEPTO JURÍDICO

En primer lugar es preciso señalar lo dispuesto en la Ley de Garantías, conforme a reiterados instructivos de este Grupo, así:

1. RESTRICCIONES CONTEMPLADAS EN LA LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES

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]

El objeto de la norma encita es “definir el marco legal dentro del cual debe desarrollarse el debate electoral a la Presidencia de la República, o cuando el Presidente de la República en ejercicio aspire a la reelección, o el Vicepresidente de la República aspire a la elección presidencial, garantizando la igualdad de condiciones para los candidatos que reúnan los requisitos de ley. Igualmente se reglamenta la Participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición”. (Artículo 1)

En lo que se refiere a la contratación estatal, 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. Artículo [33](#) de la 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 dispone el artículo:

ARTÍCULO [33](#). RESTRICCIONES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. <Artículo CONDICIONALMENTE executable> 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. (Negrilla fuera de texto original)

Esta prohibición cobija 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. De acuerdo con la anterior disposición, el SENA tendrá restringida su contratación directa, incluida la de sus sedes regionales o territoriales, los 4 meses anteriores a las próximas elecciones presidenciales.

En concordancia con lo anterior, el calendario electoral expedido advierte que las próximas elecciones presidenciales se realizarán el 27 de mayo de 2018, por lo cual “el periodo que comprende las (00:00 a.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)”. En consecuencia, 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.

Esta misma posición fue adoptada por Colombia Compra Eficiente, a través de la Circular 24 del 12 de mayo 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. (Negrilla fuera de texto original)

Toda vez que la Ley de Garantías Electorales, establece prohibiciones, debe interpretarse de manera restrictiva, de tal forma que todas las modalidades de contratación, diferentes a la contratación directa, se encuentran permitidas.

En cuanto a las restricciones en elecciones para celebrar convenios interadministrativos que ejecuten presupuesto, este aspecto es desarrollado por el artículo [38](#) de la Ley 996 de 2005, tal como se advierte a continuación.

1.2 Restricciones de Contratación-Convenios Interadministrativos. Artículo [38](#) de la Ley 996 de 2005.

El artículo [38](#) de la Ley 996 de 2005, estableció restricciones en la contratación para las entidades territoriales en cuanto a la celebración de convenios interadministrativos que ejecuten presupuesto, de manera que si bien, en principio al SENA como entidad del orden nacional no le es aplicable directamente esta disposición, si se obliga a la misma cuando celebre convenios o contratos con dichas entidades territoriales. Al respecto nos permitimos citar el párrafo del artículo [38](#), el cual dispone:

ARTÍCULO [38](#).

[...]

Parágrafo. Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, Gobernaciones Departamentales, Asambleas Departamentales, Alcaldías y Concejos Municipales o Distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participe n voceros de los candidatos.

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de

cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa. (Negrilla fuera de texto)

Tal como se establece de la lectura de la norma, en materia contractual estará prohibida la celebración de convenios interadministrativos que ejecuten recursos públicos con las entidades de orden territorial allí enlistadas, esto en el periodo de 4 meses antes de las elecciones. No obstante lo anterior, la norma no advierte a qué tipo de elecciones se refiere, de manera que se deberá entender que la restricción aplica 4 meses antes de cualquier elección popular que se realice en el territorio nacional.

Al respecto, de acuerdo con el calendario electoral el 11 de marzo de 2018 se realizarán las elecciones de Congresistas, de manera que deberá contarse la restricción desde el 11 de noviembre de 2017, y se extenderá hasta la fecha de las elecciones presidenciales, toda vez que se traslapan los 4 meses antes de las elecciones de congresistas y los 4 meses anteriores a las elecciones presidenciales.

Esta postura es recogida por Colombia Compra Eficiente, quién en la Circular 24 del 12 de mayo de 2017, a través de la cual da alcance a la Circular [3](#) de 16 de agosto de 2013, la cual fija las pautas para cumplir las restricciones a la contratación pública, señaló:

[...] El calendario electoral establece que las próximas elecciones de congresistas son el 11 de marzo de 2018 y las de Presidente y Vicepresidente el 27 de mayo de 2018. En consecuencia, a partir del 11 de noviembre de 2017 y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital tienen prohibido celebrar convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos, sin importar la naturaleza o el orden nacional o territorial de la otra entidad contratante. (Negrilla fuera de texto original)

1.3 Otras Prohibiciones derivadas de la Ley de Garantías Electorales

De la interpretación del párrafo del artículo [38](#) de la Ley 996 de 2005, se tienen unas prohibiciones adicionales a las ya expuestas en materia electoral, tales como:

- Participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.
- Inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos.
- Autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular.
- Modificar la nómina de la entidad estatal salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptado.^[2]

CONCLUSIONES. De acuerdo con lo anterior, es pertinente concluir los siguientes aspectos:

- Por disposición del artículo [33](#) de la Ley 996 de 2005, la entidad no podrá celebrar contratos de manera directa desde el 27 de enero de 2017 hasta la fecha que el presidente sea elegido, sin importar su cuantía o naturaleza.

- Por disposición del artículo [38](#) de la ley 996 de 2005, la entidad no podrá celebrar convenios interadministrativos que ejecuten recursos públicos, con entidades territoriales, desde el 11 de noviembre de 2017 hasta la fecha que el presidente sea elegido, sin importar su cuantía o naturaleza.

- Por disposición de las restricciones contempladas en el artículo [10](#) de la Ley 819 de 2003, la entidad no podrá realizar vigencias futuras que sobrepasen el periodo de gobierno, es decir que tampoco celebrar contratos que ejecuten presupuesto con posterioridad al cambio de gobierno, salvo que sea un proyecto declarado de importancia estratégica por el CONPES.

- La entidad si podrá celebrar contratos que comprometan vigencias del año 2018, siempre y cuando no se encuentren en las prohibiciones contempladas en los anteriores numerales.

De otra parte y respeto al problema jurídico planteado, el Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, a emitido varios conceptos, que entre otros han concluido lo siguiente:

- CONCEPTO [7897](#) DE 2016

Se analizó respecto al tema que nos ocupa lo siguiente:

El artículo [13](#) de la Ley 80 de 1993, establece que los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo [20](#) se regirán por las disposiciones civiles y comerciales, pertinentes salvo, en las materias particulares reguladas en esta Ley; y no encontrándose dentro de tal regulación el contrato de arrendamiento, se le aplican las normas de los Códigos Civil y de Comercio.

Es así que el contrato de arrendamiento está definido por el Código Civil en el Art. [1973](#) así: El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.”

De la precitada definición se deduce que son elementos esenciales del contrato de arrendamiento de bienes los siguientes: - La concesión del goce o uso de un bien - El precio que se paga por el uso o goce del bien - El consentimiento de las partes. Del contrato de arrendamiento surge para el arrendador la obligación de entregar el bien y permitir el uso y goce del mismo al arrendatario; para éste surge la obligación de pagar el precio correspondiente al canon por la tenencia del bien, conservarlo conforme al destino del mismo y restituirlo en la oportunidad convenida (arts. [1982](#) ss y [1996](#) ss C.C)

Al respecto, La sentencia del Consejo de Estado Radicación número: 2500232600019950070401 (21.699)del 30 de abril de 2012, sobre los elementos esenciales y características del contrato de arrendamiento, señaló: “[...] En las voces del artículo [1973](#) del Código Civil “[el] arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa [arrendador], o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado [arrendatario]”.

De ahí que es obligación del arrendador entregar el bien al arrendatario, mantenerlo en estado de servir para el fin a que ha sido arrendado y librarlo de toda turbación o embarazo en el goce de la

cosa arrendada (art. [1982](#) del C.C.); y dentro de las obligaciones que emanan del contrato para el arrendatario, se encuentran las de usar la cosa según los términos o el espíritu del contrato (art. [1996](#) del C.C.); velar por la conservación de la cosa arrendada (art. art. [1997](#) ibídem); realizar las reparaciones locativas (art. [1998](#) ejusdem); pagar el precio o renta convenido (arts. [2000](#) y ss. ídem); y restituir la cosa a la terminación del contrato (art. [2005](#) y ss. C.C.)

En cuanto al uso de las cafeterías en el SENA, el uso temporal de sitios (kioscos, casetas, locales, etc.), ubicados en las instalaciones del SENA, dispuestos para la prestación del servicio de cafetería o expendio de comestibles, se debe tener en cuenta lo señalado en la Resolución No. [770](#) de 2001 proferida por la Entidad, en el Título VII denominado “De la administración de los bienes”, en sus artículo [36](#) señala:

ARTÍCULO [36](#) Delegar en los Subdirectores Administrativos y Financieros de las Regionales, los Directores Seccionales y Jefes de Centros, la función de autorizar mediante resolución motivada, el uso temporal de sitios (kioscos, casetas, locales, etc.), ubicados en las instalaciones del SENA, dispuestos para la prestación del servicio de cafetería o expendio de comestibles y servicios de fotocopiado a los alumnos y servidores públicos del SENA. (Subraya fuera de texto)

Si lo que se busca con la entrega de los espacios para el servicio de cafetería, fotocopiado y las máquinas dispensadoras de paquetes y jugos, es la prestación de un servicio el cual conlleva obligaciones inherentes al mismo, en tal sentido y conociendo la importancia que tiene que se preste un servicio de calidad en lo que respecta a cafetería, pues de él se benefician tanto los aprendices como las personas que trabajan en el SENA y eventualmente quienes visitan las instalaciones, se hace imperativo que no se celebre un contrato de arrendamiento mediante la modalidad de contratación directa, sino un contrato de prestación de servicios mediante la modalidad de mínima cuantía. Por el contrario si lo que se pretende es únicamente recibir una retribución económica por la utilización de un espacio dentro de un inmueble del SENA, sin que se exija ningún otro tipo de contraprestación a cambio por parte del contratista, lo procedente si es la celebración de un contrato de arrendamiento a través de la modalidad directa.

-CONCEPTO 15 DE ENERO DE 2018

Específicamente se indicó en cuanto al problema jurídico:

El precio es uno de los elementos esenciales del contrato de arrendamiento, en la medida que de acuerdo con el código civil, el mencionado contrato se define como un acuerdo en el que “las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”

Puntualmente, respecto al precio de arrendamiento de cosas –entiéndase bienes muebles o inmuebles- el artículo [1975](#) estableció que éste puede consistir “ya sea en dinero; ya sea en frutos de la cosa arrendada”, de manera que limito el precio solo a una de estas dos opciones. De manera que dentro del régimen jurídico del contrato de arrendamiento no es viable que el canon sea cancelado en especie, diferente a los frutos de la cosa arrendada.

De otra parte, también se advirtió:

Las entidades estatales podrán celebrar todos los contratos a que se refiere el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales o los derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad y podrán incluirse las modalidades, condiciones, y en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren

necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración. En este orden de ideas las entidades pueden estructurar todo tipo de acuerdos contractuales siempre y cuando no sean contrarios a la norma.

Ahora bien, se concluyó específicamente en cuanto a la viabilidad de recibir un pago en especie:

En cuando a la consulta en estudio, nos permitimos indicar que al ser el precio regulado un elemento de la esencia del contrato de arrendamiento, al ser pactado en forma distinta a la regulada en el artículo del Código Civil citado con anterioridad, ello implicaría que el contrato deviene en un contrato diferente no regulado. Es decir si se pacta dentro de un contrato la transferencia del uso temporal de un bien a cambio del pago parcial en especie, no se trataría de un contrato de arrendamiento sino de un contrato atípico en todo caso viable jurídicamente.

Lo anterior al considerar que en virtud de la Ley 80 de 1993, artículo [40](#), como las entidades estatales cuentan con autonomía de voluntad en la estructuración de acuerdos contractuales y pueden celebrar todo tipo de contratos permitidos en la Constitución, la ley y la autonomía de la voluntad que se requieran para el cumplimiento de los fines del Estado.

En conclusión, si bien es viable realizar la contraprestación en especie ya no estaríamos ante la modalidad de un contrato de arrendamiento sino ante otra forma 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 DE PIE DE PÁGINA>.

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

2. Beltran, Jorge Hernán. Antología Jurídica en Materia Contractual. 2015.



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)



logo