

CONCEPTO 38243 DE 2015

(agosto 14)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
DE: Coordinadora Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa
ASUNTO: Inhabilidad de contratistas inscritos como candidatos al concejo municipal

En atención a su comunicación electrónica No. 8-2015-035274 del 31 de julio de 2015, mediante la cual consulta si es factible continuar la ejecución del contrato de dos contratistas que se inscribieron como candidatos al Concejo Municipal en el mismo municipio donde desarrollan las actividades propias del contrato; al respecto, de manera comedida le informo:

En su comunicación informa lo siguiente:

“....., atendiendo lo señalado en la Ley 617 de 2000, artículo [40](#) Inhabilidades. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital: numeral 3. “...Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito...”

Siendo hoy enterado que dos contratistas vinculados al Centro de Formación en el mes de febrero del año en curso, se inscribieron como candidatos al Concejo Municipal, en el mismo municipio donde desarrollan las actividades propias del contrato, de manera atenta solicito concepto sobre si es factible continuar la ejecución del contrato o por el contrario se debe dar por terminado el mismo, ¿cuál sería la ruta a seguir?”.

PROBLEMA JURÍDICO

En la comunicación se solicita absolver el siguiente interrogante:

¿Es viable continuar o terminar unilateralmente la ejecución de los contratos de prestación de servicios cuando la administración se entere que los contratistas se inscribieron como candidatos al Concejo Municipal en el mismo municipio donde desarrollan las actividades propias del contrato?

ANÁLISIS JURÍDICO

El artículo 43 de la ley 136 de 1994, modificado por el artículo [40](#) de la Ley 617 de 2000, establece:

"Artículo 43.- Inhabilidades. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital: (...) 3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos

con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito. (Subrayas nuestras)

Esta norma contempla las inhabilidades^[1] que debe tener en cuenta todo aspirante al concejo municipal o distrital, tanto para inscribirse como para salir electo.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, no podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital, entre otras inhabilidades, quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel (nacional o territorial)^[2] en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

La violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de interés, es causal de pérdida de investidura de los concejales, tal como lo contempla el artículo 55 de la Ley 136 de 1994^[3], en concordancia con lo señalado en el artículo 48 de la Ley 617 de 2000^[4].

En el evento en que un contratista a pesar de estar ejecutando un contrato administrativo o lo hubiese ejecutado dentro del año anterior a su elección en el mismo municipio o distrito para el cual se inscribió como candidato al concejo municipal o distrital, su elección queda afectada por la violación del régimen de inhabilidades y es causal de pérdida de investidura que podrá ser demanda por la mesa directiva del respectivo Concejo Municipal o por cualquier ciudadano ante el tribunal administrativo del respectivo departamento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 143^[5] y 152^[6] del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o Ley 1437 de 2011.

La Ley 80 de 1993 en su artículo 8o establece las casuales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar^[7] y en su artículo 9o señala las consecuencias que generan las causales de inhabilidad e incompatibilidad sobrevinientes.

El artículo 9o de la Ley 80 de 1993 preceptúa lo siguiente:

“Artículo 9o.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades Sobrevinientes. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación..... se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal”. (Subrayas nuestras)

Esta norma pone de presente que en caso de sobrevenir una inhabilidad e incompatibilidad, el contratista inhabilitado deberá ceder el contrato a un tercero, previa autorización escrita de la entidad contratante, pero en caso que no fuere posible dicha cesión, renunciará a su ejecución.

En relación con las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, la Corte Constitucional^[8] ha señalado:

“A juicio de la Corte, en nada se ofende el imperio de la Constitución por haberse establecido que el hecho de sobrevenir una causal de inhabilidad o incompatibilidad en cabeza de quien ya es contratista da lugar a la obligación de éste de ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante, o a la de renunciar a su ejecución si aquello no fuere posible. Tampoco se vulnera la Carta por consagrar que quien participa en un proceso de licitación o concurso y resulta intempestivamente afectado por inhabilidades o incompatibilidades deba renunciar a dicha participación, ni se desconoce la normatividad superior por prever, como lo hace la norma, la cesión en favor de un tercero de la participación en el consorcio o unión temporal que licita o es contratista cuando la causa de inhabilidad o incompatibilidad se radica en uno de sus miembros.

Se trata de evitar en tales casos que el contratista, pese a su situación, prosiga vinculado contractualmente con el Estado, o que el aspirante a serlo continúe tomando parte en los procesos de adjudicación y selección, y ello independientemente de si la persona incurrió en la causal correspondiente por su propia voluntad o por un motivo ajeno o externo a su deseo, puesto que la ley parte del supuesto, enteramente ajustado a la Carta, de que en las aludidas condiciones, de todas maneras, no es posible ya la contratación, por lo cual debe interrumpirse si se ha iniciado, o impedir que se perfeccione con el afectado en el evento de que todavía no exista vínculo contractual.

Es que las consecuencias señaladas en la norma que se demanda no corresponden a sanciones o castigos derivados de la conducta observada por la persona en la cual recae la incompatibilidad o inhabilidad, por lo cual, para que estas situaciones se configuren no hace falta establecer la culpabilidad de aquélla.

Las previsiones mencionadas no tienen, pues, un sentido sancionatorio sino el carácter de reglas objetivas, correspondientes a situaciones de la misma índole, en guarda de la pureza y la transparencia de la contratación administrativa. (Subrayas nuestras)

Por su parte, el Consejo de Estado con soporte en el pronunciamiento de la Corte Constitucional y por vía de consulta^[9] ha expresado:

“Ya desde los decretos ley 150 de 1976 y 222 de 1983, se imponía a la administración la obligación de terminar los contratos que infringieran el régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, sin que hubiera lugar al reconocimiento o pago de indemnización alguna (arts. [11](#) y [13](#), respectivamente) y con una mejor técnica la ley 80 mantuvo para la administración esta potestad, sumada a la ocurrencia de otras circunstancias, todas encaminadas a preservar el ordenamiento jurídico.

Si ante la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades la entidad contratante tiene la potestad -o mejor la obligación- de dar por terminado el contrato en el estado en que se encuentre, sin que requiera de decisión judicial previa que declare la nulidad del contrato (...)”

De acuerdo con estos pronunciamientos evidenciamos que en caso de sobrevenir una inhabilidad e incompatibilidad, el contratista inhabilitado está obligado a ceder el contrato a un tercero, previa autorización escrita de la entidad contratante, pero si no fuere posible dicha cesión, renunciará a su ejecución.

En el evento en que el contratista renuncie a la ejecución del contrato, se procederá a su terminación anticipada de mutuo acuerdo (terminación bilateral).

Ahora bien, en el extremo en que el contratista se muestre renuente a ceder el contrato o renunciar a su ejecución, la entidad estatal, con el fin de evitar que el inhabilitado prosiga vinculado contractualmente con el Estado, podrá dar por terminado el contrato, siempre y cuando haya pactado la cláusula de terminación unilateral, y sin que ello constituya una sanción.

El artículo [14](#) de la Ley 80 de 1993 indica que las cláusulas de terminación, interpretación y modificación unilateral es obligatorio pactarlas y, en caso de no hacerlo, se entienden incorporadas 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^[10].

De acuerdo con el mismo artículo [14](#) de la Ley 80 de 1993 es facultativo pactar las cláusulas de terminación, interpretación y modificación unilateral en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En relación con la inclusión de la cláusula de terminación unilateral en el contrato de prestación de servicios, el Consejo de Estado ha precisado que “..... el contrato de prestación de servicios previsto en la Ley [80](#) de 1993, pertenece a aquellos contratos en los cuales la inclusión de la cláusula de terminación unilateral es facultativa, es decir que depende de la autonomía de la voluntad de las partes y si no estuviere pactada expresamente no podrá invocarse, ni ejercerse”^[11].

De acuerdo con lo anterior podemos acotar que la cláusula de terminación unilateral no se entiende incorporada en los contratos de prestación de servicios, salvo que se haya pactado de manera expresa.

En este orden de ideas podemos concluir que en el evento de comprobarse mediante certificación expedida por la autoridad electoral competente^[12] que un contratista del SENA está inscrito como candidato al concejal municipal o distrital y su contrato se ejecuta en el mismo municipio o distrito por el cual aspira a ser concejal, deberá requerirlo para que ceda el contrato o renuncie a su ejecución, so pena de proceder a la terminación unilateral del contrato cuando sea procedente, y sin perjuicio de poner el hecho en conocimiento de la respectiva autoridad (Concejo Municipal y/o Consejo Nacional Electoral) para que conforme a su competencia decida lo procedente.

RESPUESTA JURÍDICA

De acuerdo con lo anterior, se procede a dar respuesta al interrogante planteado, de la siguiente manera:

Pregunta 1: ¿Es viable continuar o terminar unilateralmente la ejecución de los contratos de prestación de servicios cuando la administración se entere que los contratistas se inscribieron como candidatos al Concejo Municipal en el mismo municipio donde desarrollan las actividades propias del contrato?

Respuesta: En virtud de lo dispuesto en el artículo [9o](#) de la Ley 80 de 1993 en caso de sobrevenir una inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste deberá ceder el contrato en un tercero, previa autorización escrita de la entidad contratante, pero si ello no fuere posible, renunciará a su

ejecución.

En el evento en que el contratista renuncie a la ejecución del contrato, se procederá a su terminación anticipada de mutuo acuerdo (terminación bilateral).

En caso que el contratista se muestre renuente a ceder o renunciar a su ejecución, la entidad, con el fin de evitar que el contratista prosiga vinculado contractualmente, podrá terminar el contrato unilateralmente, siempre y cuando haya pactado la cláusula de terminación unilateral, y sin que ello signifique una sanción para el contratista.

El presente pronunciamiento se emite dentro de los parámetros a que alude el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordial saludo,

Diana Carolina Montes Aguirre

Coordinadora

Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa

Dirección Jurídica

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Mediante concepto jurídico radicado con No. 8-2015-032090 del 14 de julio de 2015, la Dirección Jurídica del SENA precisó que las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones constituyen limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades que tienen las personas, las cuales deben estar taxativamente señaladas en la Constitución y en la ley, y cuya aplicación e interpretación es de carácter restrictivo, razón por la cual quedan excluidas las interpretaciones analógicas y extensivas.

2. Ver artículos [20](#) y [39](#) de la Ley 489 de 1998.

3. El artículo 55 de la Ley 136 de 1994, señala: “Artículo 55o.- Pérdida de la investidura de concejal. Los concejales perderán su investidura por: // 1. La aceptación o desempeño de un cargo público, de conformidad con el artículo [291](#) de la Constitución Política, salvo que medie renuncia previa, caso en el cual deberá informar al Presidente del Concejo o en su receso al alcalde sobre este hecho. // 2. Por violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o de conflicto de intereses. // 3. Por indebida destinación de dineros públicos. // 4. Por tráfico de influencias debidamente comprobado. // 5. La pérdida de investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la respectiva jurisdicción, siguiendo el procedimiento establecido para los congresistas, en lo que corresponda”

4. El artículo [48](#) de la Ley 617 de 2000, establece: “Artículo [48](#).- Pérdida de investidura de diputados, concejales municipales y distritales y de miembros de juntas administradoras locales. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura: // 1. Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses. No existirá conflicto de intereses cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general. // 2. Por la inasistencia en un mismo período de sesiones a cinco (5) reuniones plenarios o de

comisión en las que se voten proyectos de ordenanza o acuerdo, según el caso. // 3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación de las asambleas o concejos, según el caso, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse. // 4. Por indebida destinación de dineros públicos. // 5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado. // 6. Por las demás causales expresamente previstas en la ley. // Parágrafo 1o- Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor. // Parágrafo 2o- La pérdida de la investidura será decretada por el tribunal de lo contencioso administrativo con jurisdicción en el respectivo departamento de acuerdo con la ley, con plena observancia del debido proceso y en un término no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la asamblea departamental o del concejo municipal o por cualquier ciudadano. La segunda instancia se surtirá ante la sala o sección del Consejo de Estado que determine la ley en un término no mayor de quince (15) días”. (Subrayas nuestras)

5. Ley 1437 de 2011 “Artículo [143](#). Pérdida de Investidura. A solicitud de la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o de cualquier ciudadano y por las causas establecidas en la Constitución, se podrá demandar la pérdida de investidura de congresistas. // Igualmente, la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental, del Concejo Municipal, o de la junta administradora local, así como cualquier ciudadano, podrá pedir la pérdida de investidura de diputados, concejales y ediles”.

6. Ley 1437 de 2011 “Artículo [152](#). Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) // 15. De la pérdida de investidura de diputados, concejales y ediles, de conformidad con el procedimiento establecido en la ley. En estos eventos el fallo se proferirá por la Sala Plena del tribunal”

7. Ley 80 de 1993 “Artículo [8o](#).- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar: // 1o. Son inhábiles para participar en licitaciones.....y para celebrar contratos con las entidades estatales: // a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes. (...) // 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. (...)”

8. Corte Constitucional, Sentencia C- 122 del 16 de mayo de 1996, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Concepto del 15 de agosto de 2002, Radicado No. 25000-23-26-000-2000-2368-01(20923), Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

10. Ley 80 de 1993 “Artículo [14o](#).- 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. (...) // 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”. (Subrayas nuestras)

11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., Subsección A, Sentencia del 30 de octubre de 2013, radicación: 250002331000200001696 01, expediente 32.720, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

12. Consejo Nacional Electoral – artículo [265](#) Constitución Política y artículo 39 de la Ley 130 de 1994



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)

