CONCEPTO 60927 DE 2019

(septiembre 5)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Asunto: Concepto arrendamiento de espacios y proceso de mínima cuantía

En respuesta a su comunicación electrónica del 22 de julio de 2019 (sin radicar), mediante la cual solicita orientación acerca de la viabilidad de que el Subdirector de Centro adelante un proceso de contratación de mínima cuantía para entregar a título de arrendamiento el uso del espacio del restaurante, cafetería y fotocopiadora del Centro para la atención de aprendices, funcionarios y público en general; al respecto, de manera comedida le informo.

En su comunicación puntualiza lo siguiente:

"…..con el fin de solicitar un concepto jurídico, y emitir la viabilidad o no, de que un Subdirector de Centro, este facultado para adelantar un proceso contractual de mínima cuantía y posteriormente suscribir un contrato, para entregar a título de arrendamiento el uso del espacio físico del Restaurante, Cafetín y fotocopiadora para la atención de aprendices, funcionarios y público en general del Centro".

ANÁLISIS JURÍDICO

La Constitución Política en su artículo 209 dispone: "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización la delegación y desconcentración de funciones".

Ahora bien, las entidades estatales cuentan con autonomía de voluntad en la estructuración de acuerdos contractuales, atendiendo lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual las entidades podrán celebrar todo tipo de contratos permitidos en la ley, haciendo uso de la autonomía de la voluntad que se requieran para el cumplimiento de los fines estatales, para lo cual, es de resaltar que el artículo 13 de la misma dispone que a los contratos estatales se aplicarán las reglas establecidas en la Ley 80 de 1993 y, a falta de regulación en ésta, las disposiciones comerciales y civiles.

Por lo tanto, las entidades estatales podrán celebrar todos los contratos a que se refiere el Estatuto General de Contratación de la Administración Publica, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales o los derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad[i] 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 la ley de contratación administrativa y a los de la buena administración.

La Ley 80 de 1993, en su artículo 12, adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, dispuso:

"Artículo 12.- De la Delegación para Contratar. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y

desconcentrar la realización de licitaciones…..en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes

En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

Parágrafo. Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso".

A su vez, el Decreto Ley 2150 de 1995, en el artículo 37, establece que los Jefes y los Representantes Legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para la realización de licitaciones o para la celebración de contratos sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo, ejecutivo o en sus equivalentes.

Con fundamento en lo dispuesto en estas normas, el Director General del SENA expidió la Resolución 69 de 2014, por medio de la cual se dictan medidas administrativas y se confieren delegaciones para la ordenación del gasto en materia de contratación estatal y para diferentes actuaciones administrativas en los Directores Regionales y en los Subdirectores de Centro de Formación Profesional del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, en cuyos artículos 7o y 8o señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 7o. DE LA DELEGACIÓN PARA LA ORDENACIÓN DEL GASTO Y CELEBRACIÓN DE CONTRATOS EN EL NIVEL REGIONAL. Delegar en el Director Regional de cada regional, la competencia para la ordenación del gasto, la realización de los procesos de contratación, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los contratos que así lo requieran para el normal desarrollo de las funciones administrativas, independiente de la naturaleza y cuantía”.

“ARTÍCULO 8o. DE LA DELEGACIÓN PARA LA ORDENACIÓN DEL GASTO Y CELEBRACIÓN DE CONTRATOS EN LOS CENTROS DE FORMACIÓN PROFESIONAL. Delegar en el Subdirector de cada Centro de Formación Profesional, la competencia para la ordenación del gasto de su Centro de Formación, la realización de los procesos de selección, la celebración de contratos, la ejecución y la liquidación de aquellos que así lo requieran para el normal desarrollo de las funciones administrativas y misionales, independiente de la naturaleza y cuantía”. (Subrayas fuera del texto original).

De lo anterior se desprende que es de competencia de los Directores Regionales y de los Subdirectores de Centro de Formación Profesional del SENA, adelantar los procesos contractuales que le correspondan dentro su jurisdicción.

Es pertinente agregar que la Resolución No. 770 de 2001, parcialmente vigente, en sus artículos 35 y 36 señala:

“ARTÍCULO 35. Delegar en los Directores Regionales,…..y Jefes de Centros (Subdirectores de Centro) la función de administrar los bienes de la Entidad, ubicados en el área de su jurisdicción, atendiendo en un todo a las normas administrativas y fiscales vigentes sobre la materia”. (Subrayas y paréntesis aclaratorio nuestro).

“ARTÍCULO 36. Delegar en los…….Jefes de Centros (Subdirectores de Centro), la función de autorizar…..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”. (Subrayas y paréntesis aclaratorio nuestro)

De acuerdo con estas normas, compete por delegación a los Directores Regionales y Subdirectores de Centro (antes Jefes de Centro) la función de administrar los bienes de la entidad, ubicados en el área de su jurisdicción, atendiendo en un todo a las normas administrativas y fiscales vigente.

Ahora bien, de manera puntual el artículo 36 de la Resolución 770 de 2001, delega en los Subdirectores de Centro (antes Jefes de Centro) la función de autorizar (entregar) a título de arrendamiento el uso temporal de sitios, como kioscos, casetas, locales, etc, ubicados en las instalaciones del SENA, para la prestación de cualquier servicio, entre ellos, a título enunciativo, el servicio de cafetería o expedido de comestibles y el servicio de fotocopiado.

De lo anterior se desprende que es de competencia de los Directores Regionales y de los Subdirectores de Centro de Formación Profesional del SENA, determinar la viabilidad de las solicitudes de préstamo o arrendamiento de las sedes de su jurisdicción.

Contrato de arrendamiento

El contrato de arrendamiento es un contrato no regulado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y en consecuencia es necesario acudir a lo dispuesto en la normatividad civil.

El Código Civil en el art. 1973 define el contrato de arrendamiento 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.”

Respecto al arrendamiento de instalaciones del SENA, mediante Concepto Jurídico No. 11857 de 2016, emitido por nuestra dependencia, se precisó lo siguiente:

“Es necesario advertir que la actuación de los ordenadores del Gasto debe ceñirse a la normatividad arriba citada, y no efectuarse sin el sustento legal o contractual para entregar un inmueble a un tercero, pues cabe resaltar que dicha entrega sin las formalidades legales implica responsabilidades administrativas, fiscales, disciplinarias y penales, aunado a lo anterior puede generar la inoperancia de las pólizas y garantías que cubren los riesgos que sobre el bien inmueble recaen, así como la no reclamación de los respectivos seguros por parte del SENA

En todo caso para la regulación de tarifas de préstamo o alquiler de los auditorios, es necesario tener en cuenta, la programación de las actividades del Centro de Formación Profesional Integral (que en ningún caso deberán verse interrumpidas), las prohibiciones (proselitismo político); pues debe estar debidamente regulada a través de resolución emanada por la Dirección Administrativa y Financiera por ser el área competente de conformidad con lo señalado en el decreto 249 de 2004.”

Modalidades de contratación directa

La Ley 1150 de 2017, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos, en su artículo 2o contempla las modalidades de selección, entre ellas, la de contratación directa a que alude el numeral 4 del mismo artículo 2o que incluye las siguientes:

a) Urgencia manifiesta;

b) Contratación de empréstitos;

c) Contratos interadministrativos

d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición;

e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;

f) Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público;

g) Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado;

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles.

A estas modalidades de contratación directa fue adicionada la contratación de mínima cuantía, incorporada por el artículo 274 de la Ley 1450 de 2011 y el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011.

La Ley 1450 de 2011 en su artículo 274 establece:

“ARTÍCULO 274. Contratación mínima cuantía. Adiciónese al artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, el siguiente numeral:

"5) Contratación mínima cuantía. La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas.

b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil.

c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas.

d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.

Las particularidades del procedimiento previsto en este numeral, así como la posibilidad que

tengan las entidades de realizar estas adquisiciones en establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

La contratación a que se refiere el presente numeral se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003, y en el artículo 12 de la presente ley".

Por su parte, la Ley 1474 de 2011, sobre la contratación bajo la modalidad de mínima cuantía, en su artículo 94 dispuso:

“ARTÍCULO 94. Transparencia en contratación de mínima cuantía. Adiciónese al artículo 2o de la Ley 1150 de 2007 el siguiente numeral.

La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas;

b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil;

c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas;

d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.

Parágrafo 1. Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones en establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 2. La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003, ni en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007”.

También es pertinente precisar que el Decreto 1082 de 2015, en su artículo 2.2.1.2.1.4.11, señala que podrá celebrarse un contrato de arrendamiento para alquilar o arrendar bienes inmuebles de entidades estatales mediante contratación directa, siguiendo las reglas dispuestas en dicho artículo[1].

El Decreto 1082 de 2015 en la Subsección 4 (arts. 2.2.1.2.1.4.1 al 2.2.1.2.1.4.11) contempla la reglamentación de los procesos de contratación directa, entre ellos, el de arredramiento, en cuyo artículo 2.2.1.2.1.4.11 dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.1.2.1.4.11. Arrendamiento de bienes inmuebles. Las Entidades Estatales pueden alquilar o arrendar inmuebles mediante contratación directa para lo cual deben seguir las siguientes reglas:

1. Verificar las condiciones del mercado inmobiliario en la ciudad en la que la Entidad Estatal requiere el inmueble.

2. Analizar y comparar las condiciones de los bienes inmuebles que satisfacen las necesidades identificadas y las opciones de arrendamiento, análisis que deberá tener en cuenta los principios y objetivos del sistema de compra y contratación pública. (Decreto 1510 de 2013, artículo 83)".

Por su parte el mismo Decreto 1082 de 2015 en la Subsección 5 incluyó la reglamentación del proceso de Mínima Cuantía, en el cual no está contemplado el contrato de arrendamiento.

En relación con lo dispuesto por el Decreto 1082 de 2015 para contrato arrendamiento de bienes inmuebles, Colombia Compra Eficiente precisa:

"El Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.1.4.11 dispone que las Entidades Estatales pueden arrendar o alquilar bienes inmuebles siguiendo las reglas allí establecidas, que se refieren a los eventos en que las Entidades Estatales actúan como arrendatarias.

Por su parte, el literal i), numeral 4, artículo 2o de la Ley 1150 de 2007 establece que las Entidades Estatales pueden contratar a través de la modalidad de contratación directa el arrendamiento de inmuebles, precepto normativo que no distingue si la Entidad Estatal actúa como arrendataria o arrendadora, razón por la cual, las Entidades Estatales para celebrar un contrato de arrendamiento pueden optar por dicha modalidad de selección, sin importar si tienen el carácter de arrendatarias o arrendadoras.

En esos casos, la Entidad Estatal debe elaborar los estudios y documentos previos, efectuar un estudio del sector que le permita identificar las condiciones en que debe ofrecer el arrendamiento, analizar los Riesgos y establecer las medidas necesarias para garantizar que el principio de selección objetiva sea satisfecho con ocasión de la selección del arrendatario, para lo cual, puede definir procedimientos competitivos que los interesados deban seguir para celebrar la contratación directa con quien ofrezca las mejores condiciones en términos de valor del canon, plazo y condiciones patrimoniales del arrendatario, entre otras". (Subrayas fuera del texto original)

Colombia Compra Eficiente en el Manual de la Modalidad de Selección de Mínima Cuantía establece que pueden concurrir las modalidades de selección de mínima cuantía y la de contratación directa, en los siguientes casos:

"Las modalidades de selección de mínima cuantía y de contratación directa concurren cuando: (a) el presupuesto del Proceso de Contratación es menor o igual que la mínima cuantía de la Entidad Estatal; y (b) existe una causal de contratación directa para el objeto del Proceso de Contratación de conformidad con el numeral 4 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, como en el caso de la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión o para los contratos interadministrativos. El principio de economía contenido en la Ley 80 de 1993 busca que en la selección del contratista, la Entidad Estatal cumpla y establezca los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable con austeridad de tiempo, medios y gastos. En consecuencia, dado que las causales de contratación directa son especiales y expresas frente a otras modalidades de selección y que la contratación directa permite obtener una mayor economía en el trámite del Proceso de Contratación, en caso de concurrencia de la contratación directa y de la de mínima cuantía, la modalidad de selección aplicable es la de contratación directa". (Subrayas fuera del texto original)

Como arriba quedó anotado, la Ley 1150 de 2007, en el artículo 2o numeral 4 literal c, establece que el contrato interadministrativo es una causal para el empleo de la modalidad de contratación directa y, por lo tanto, debe atender al cumplimiento de los requisitos de forma, perfeccionamiento, y legalización de los contratos estatales consagrados en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015.

De acuerdo con lo hasta ahora mencionado, se aprecia un caso de concurrencia de dos modalidades de proceso de selección de contratistas; por una parte la contratación directa por expresa mención del contrato de arrendamiento como causal de su utilización, y por otra parte el procedimiento de mínima cuantía por el valor del contrato, por lo cual la solución dada por Colombia Compra Eficiente acerca del tema es la de utilizar la primera modalidad mencionada.

En efecto, prevalece la contratación directa como mecanismo para seleccionar al arrendatario o arrendador, por tratarse de una modalidad especial y preferente que debe aplicarse, puesto que de forma práctica, dicha modalidad concreta la aplicación de los principios de la administración pública contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política, también en el artículo tercero numerales 11, 12 y 13 del C.P.A.C.A, en concordancia con el artículo 3o de la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

RESPUESTA JURÍDICA

En cuanto a la consulta, es pertinente indicar que en razón a la delegación conferida al Subdirector de Centro para adelantar los procesos contractuales que se requieran para el cumplimiento de los fines estatales en su jurisdicción, es procedente adelantar un proceso en la modalidad de contratación directa para entregar a título de arrendamiento el uso del espacio físico del restaurante, cafetería y fotocopiadora para la atención de aprendices, funcionarios y público en general del Centro.

Cabe resaltar, que la entrega de bienes sin las formalidades legales, implica responsabilidades administrativas, fiscales, disciplinarias y penales.

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.

Cordial saludo,

Antonio José Trujillo Illera

Coordinador

Grupo de Conceptos Jurídicos y

Producción Normativa

Dirección Jurídica - Dirección General

NOTAS AL FINAL:

[1] Decreto 1082 de 2015 “ARTÍCULO 2.2.1.2.1.4.11. Arrendamiento de bienes inmuebles. Las Entidades Estatales pueden alquilar o arrendar inmuebles mediante contratación directa para lo cual deben seguir las siguientes reglas: // 1. Verificar las condiciones del mercado inmobiliario

en la ciudad en la que la Entidad Estatal requiere el inmueble. // 2. Analizar y comparar las condiciones de los bienes inmuebles que satisfacen las necesidades identificadas y las opciones de arrendamiento, análisis que deberá tener en cuenta los principios y objetivos del sistema de compra y contratación pública. (Decreto 1510 de 2013, artículo 83)”

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma del Sena
ISSN Pendiente
Última actualización: 5 de julio de 2022 - (Diario Oficial No. 52066 - 15 de junio de 2022)

