CONCEPTOS ENERO-FEBRERO 2020

GRUPO CONCEPTOS JURÍDICOS Y PRODUCCIÓN NORMATIVA

DIRECCIÓN JURÍDICA

RADICADO	FECHA	ASUNTO
1. Radicado: 8-2020-007738	Fecha: 13/02/2020	Concepto protección especial contratista padre cabeza de familia
2. Radicado: 8-2020-007597	Fecha: 13/02/2020	Concepto SSEMI y evaluación de desempeño
3. Radicado: 8-2020-010181	Fecha: 21/02/2020	Concepto sobre contratación directa con INEXMODA
4. Radicado: 8-2020-010424	Fecha: 24/02/2020	Concepto modalidad de selección para adquirir ropa de trabajo y dotación para trabajadores oficiales
5. Radicado: 8-2020-011336	Fecha: 26/02/2020	Pasantías y pago de ARL en etapa productiva
6. Radicado: 8-2020-011168	Fecha: 25/02/2020	Concepto contratación padres cabeza de familia sujetos de protección constitucional reforzada
7. Radicado: 8-2020-001722	Fecha: 15/01/2020	Concepto horario laboral flexible
8. Radicado: 8-2020-002103	Fecha: 17/01/2020	Concepto embargo cuota de sostenimiento mensual de aprendiz
9. Radicado: 8-2020-012178	Fecha: 28/02/2020	Concepto modalidad de selección para contratar servicio de transporte con recarga de pasajes SITP Estudiantes SENA
10. Radicado: 20206000054051	Fecha: 12/02/2020	INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDAD – Ex Empleado Publico (**DAFP**)

1. Radicado: 8-2020-007738 - de Fecha: 13/02/2020

PARA: imaya@sena.edu.co, 181010, **Irma Omaira Maya**, Directora del SENA Regional Caquetá con funciones de Subdirector del Centro Tecnológico de la Amazonía (E)

DE: Antonio José Trujillo Illera, Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, 1-0014

ASUNTO: Concepto protección especial contratista padre cabeza de familia

En atención a la comunicación electrónica con radicado 8-2020-001666 del 15 de enero de 2020, traslada internamente mediante correo electrónico del día 23 de enero de 2020, por medio de la cual pone de presente la situación de un contratista instructor del Centro de Formación a su cargo que solicita tener en cuenta su condición especial de padre cabeza de familia a fin de incluirlo en el proceso de contratación de prestación de servicios de servicios profesionales de instructor para la vigencia 2020; al respecto, de manera comedida le informo.

En relación con los asuntos de carácter particular, el Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción no resuelve situaciones concretas que son del resorte de las áreas pertinentes, máxime cuando esta instancia no tiene competencia en materia de ordenación del gasto o de procesos de contratación.

En este sentido se rendirá concepto en relación con la situación de los padres cabeza de familia como sujetos de especial protección.

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

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.

PRECEDENTES NORMATIVOS

Para el análisis del presente concepto se tendrán en cuenta los siguientes fundamentos normativos y jurisprudenciales:

Sentencias SU-388 de 2005 y T- 084 de 2018 - Corte Constitucional.

Sentencias T- 310 de 2015 y T-886 de 2011 - Corte Constitucional.

ANÁLISIS JURÍDICO

En relación con los sujetos de especial protección constitucional, adjuntamos el **Concepto 8-2019-073092** de fecha 16 de octubre de 2019, en el cual se señalan los casos de personas con protección constitucional reforzada, tales como mujeres en estado de embarazo, personas en condición de discapacidad y personas víctimas de desplazamiento forzado, para efectos de su contratación y los fundamentos jurídicos en que se apoya dicha protección. También se adjunta el **Concepto 8-2019-074481** del 21 de octubre de 2019 que aborda el caso de protección especial de las madres cabeza de familia, y a su vez menciona la posibilidad de extender esta protección a los padres cabeza de familia.

Por su parte, la Corte Constitucional en la **Sentencia SU-388 de 2005** a la que se refiere la peticionaria, expresó:

"(…) *La Corte advierte que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar".*

En el mismo sentido, la Corte en **Sentencia T- 084 de 2018** señaló:

"(…) *En consecuencia, de conformidad con lo expuesto anteriormente, existe un mandato constitucional y legal de protección especial a la mujer cabeza de familia, el cual ha sido implementado mediante acciones afirmativas orientadas al logro de la igualdad material entre ambos sexos.* ***No obstante, algunas de estas medidas pueden extenderse también a los padres cabeza de familia, en razón del interés superior de los niños, niñas y adolescentes*** *y con fundamento en la garantía de los derechos de las personas en situación de discapacidad.* (n.f.t.)

Así pues, ***la condición de madre cabeza de familia requiere la confluencia de los siguientes elementos****, a saber: (i) que la mujer tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de*

edad o de otras personas "incapacitadas" para trabajar[103]; (ii) que la responsabilidad exclusiva de la mujer en la jefatura del hogar sea de carácter permanente; (iii) que exista una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte de la pareja o del padre de los menores de edad a cargo; y (iv) que exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia. De igual modo, la verificación de las circunstancias anteriormente enunciadas debe realizarse en el marco de un procedimiento administrativo, que otorgue la plenitud de las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso".

La Corte Constitucional en **Sentencia T- 310 de 2015** indicó que, aunque en principio no existe un derecho que implique la estabilidad indefinida en los empleos y contratos de prestación de servicios, existe una protección reforzada para aquellas personas que, por su situación particular, se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad o debilidad manifiesta.

En la Sentencia **T-886 de 2011**, la Corte se refirió a la aplicación del derecho a la protección laboral reforzada cuando se trate de contratos de prestación de servicios:

"Tal estabilidad se predica también para los contratos de prestación de servicios, en los cuales a pesar de conocerse que su naturaleza no genera una relación laboral de subordinación, se debe aplicar el criterio establecido por la jurisprudencia mediante el cual se ha dicho para los contratos a término fijo que el solo vencimiento del plazo o del objeto pactado, no basta para no renovar un contrato de una mujer embarazada.

Lo anterior, teniendo en cuenta los principios de estabilidad laboral y primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por las partes del contrato laboral; tal figura se aplica siempre que (i) al momento de la finalización del plazo inicialmente pactado subsistan la materia de trabajo y las causas que originaron el contrato (ii) y el trabajador haya cumplido efectivamente sus obligaciones, por lo que se le deberá garantizar su renovación".

Es preciso recalcar, que desde la jurisprudencia constitucional se analizó y definió que no puede diferenciarse ni excluirse entre las figuras de padre o madre al momento de brindar protección constitucional, por cuanto lo que se protege es la figura cabeza del hogar y a la institución de la familia; de paso a los menores que hacen parte de las mismas, así se observa claramente en el siguiente texto de la Sentencia C-1039 de 2003 de la Corte Constitucional, en el cual expresa:

"*Debe entenderse que es indiferente quien asume la condición de cabeza de familia, como quiera que los sujetos de protección son los menores, cuyos derechos tienen prevalencia sobre los demás conforme al artículo 44 de la Constitución. Es decir, conforme a lo expuesto, no se protege en situaciones como la que ahora analiza la Corte a la mujer por ser mujer, ni al hombre por ser tal, sino, al uno o al otro cuando tengan la calidad de cabeza del hogar, en razón de la protección constitucional a que tiene derecho la familia, y de manera especial los niños, conforme a lo preceptuado, se repite, por el artículo 44 de la Constitución pues*

ellos, por su condición, han de ser especialmente protegidos en todo lo que atañe a sus derechos fundamentales." Corte Constitucional, Sentencia C-1039 de 2003. M.P: Dr. Alfredo Beltrán sierra.

Es así que este argumento se ha mantenido a lo largo de la producción jurisprudencial constitucional (SU-389-2005, T-606 de 2013, T-070 de 2015 T-074 de 2016, T- 534-2017, T-281-2018), para dar protección a los menores hijos de padres-hombres-; además como figura de padres de crianza, quienes son los responsables exclusivos de solventar los medios de subsistencia digna, como el acceso a los derechos fundamentales que deben ser garantizados con primacía.

En relación con los requisitos para que se pueda predicar la condición de padre cabeza de familia es preciso citar el aparte de la jurisprudencia constitucional contenido en la Sentencia SU-389 de 2005, que señala como requisitos para ello, los siguientes:

> "*(i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos. (ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre. (iii) Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición."* Corte Constitucional, **Sentencia SU-389 de 2005.** M.P: Jaime Araujo Rentería.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, y para efectos del proceso de contratación de prestación de servicios para el año 2020, es necesario que a la luz de la jurisprudencia constitucional antes referida, el centro de formación evalúe en cada caso las condiciones específicas de los sujetos de especial protección constitucional, entre ellos, las mujeres que aducen su calidad de madre cabeza de familia - situación predicable también para los hombres cabeza de familia[1] -, y verifique si se cumplen los presupuestos fácticos señalados por la Corte como sujetos de protección especial.

Se anota a lo anterior, que por parte de la Secretaria General del SENA se han emitido instrucciones vía chats internos grupales a los ordenadores de gasto, a efectos de que

tengan en cuenta el procedimiento fijado por la circulares para el trámite de contratación instructores 2020; donde se señala claramente que los comités de verificación al interior de cada centro de formación son los competentes y responsables de evaluar cada situación concreta de casos especiales en que aplican las causales de estabilidad reforzada.

De igual manera, cabe resaltar que las condiciones de estabilidad reforzada no son el instrumento idóneo para retrotraer etapas de un procedimiento interno, soportado en el principio de planeación con definiciones que implican las decisiones de varias áreas de gestión de la entidad, y en cuyo desarrollo precisamente se tuvo en cuenta que los casos con protección constitucional tuviese un período de tiempo para su reconocimiento y solución. Tampoco para forzar la inclusión de necesidades de contratación no requeridas por el centro de formación o de cualquier otra dependencia.

Es aquí, bajo los matices de la jurisprudencia constitucional, que el respectivo Comité de verificación de cada centro de formación debe analizar, fundamentar y evaluar cada situación particular dando aplicación a los mandatos constitucionales, en concordancia con los intereses y necesidades particulares de cada Subdirección de Centro y la conformación de sus equipos de trabajo, observando el respeto por los principios que gobiernan la administración pública -art. 209 C.P:

Se reitera que por parte del Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa no se revisan ni resuelven situaciones concretas o particulares, máxime cuando la propia Circular 01-2019-000156 de 2019 establece los lineamientos para los procesos de contratación bajo la modalidad de prestación de servicios para el año 2020.

Ahora bien, frente a casos particulares de contratación de instructores para la vigencia 2020 en que se presenten dudas en aplicación de lo dispuesto en la citada circular, se sugiere apoyarse en el Coordinador Nacional de la Agencia Pública de Empleo de la Dirección de Empleo y Trabajo del SENA y en el Coordinador del Grupo de Ejecución de la Formación de la Dirección de Formación Profesional, quienes han venido atendiendo las peticiones presentadas sobre la materia.

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.

Cordial saludo,
Antonio José Trujillo Illera
Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y
Producción Normativa - Dirección Jurídica
Dirección General

2. Radicado: 8-2020-007597 - de Fecha: 13/02/2020

PARA: jablancob@sena.edu.co, 1-2021, **Jonathan Alexander Blanco Baraona,** Coordinador Grupo de Relaciones Laborales Secretaria General

DE: Antonio José Trujillo Illera, Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, 1-0014

ASUNTO: Concepto SSEMI y evaluación de desempeño

En respuesta a su comunicación electrónica con radicado 8-2020-002089 de 17 de enero de 2020, mediante la cual solicita concepto jurídico para atender las inquietudes planteadas por la Regional Quindío, en consulta enviada por correo electrónico del 16 del mismo mes y año "*referente a la valoración del factor evaluación del desempeño dentro del Sistema de Evaluación por Méritos para Instructores SSEMI";* al respecto, de manera comedida le informo.

En el antecedente enviado por la Regional Quindío, la solicitante manifiesta lo siguiente:

"En la planta de personal hay ocho instructores de los diferentes centros que se posesionaron como provisionales el 1 de febrero de 2018, por tanto no tuvieron valoración SSEMI ese año, sin embargo ganaron el concurso de la convocatoria 436 y continuaron vinculados como instructores, ellos aspiran a que se les valore la vigencia 2018 y las dudas son:

- *¿El puntaje de la evaluación del desempeño que se tiene en cuenta es la ordinaria después del periodo de prueba y hasta el 31 de enero de 2020?*

- *¿Se valora toda la capacitación presentada a partir de la evaluación de ingreso al SSEMI?"*

En la comunicación pide que se revisen los conceptos emitidos por nuestro grupo mediante las comunicaciones 8-2013-009259 del 8 de marzo de 2013 y 8-2013-062778 del 12 de diciembre de 2013, a la luz del Acuerdo 6176 de 2018 de la CNSC

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

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.

PRECEDENTES NORMATIVOS

Para el análisis del presente concepto se tendrán en cuenta los siguientes fundamentos normativos:

Constitución Política, art. 125.

Ley 909 de 2004, arts. 2, 3, 37, 38, 40

Acuerdo 6176 de 2018 CNSC, por el cual se establece el Sistema Tipo de Evaluación de Desempeño Laboral de los empleados Públicos de Carrera Administrativa y en Período de Prueba, arts. 8, 9 y 23

Acuerdo 565 de 2016 CNS, arts. 35

Decreto 1424 de 1998, arts. 12, 13 y 33

ANALISIS JURÍDICO

La **Ley 909 de 2004** en su artículo 38

> "**Artículo 38, Evaluación de desempeño**. *El desempeño laboral de los empleados de carrera administrativa deberá ser evaluado y calificado con base en parámetros previamente establecidos que permitan fundamentar un juicio objetivo sobre su conducta laboral y sus aportes al cumplimiento de las metas institucionales. A tal efecto, los instrumentos para la evaluación y calificación del desempeño de los empleados se diseñarán en función de las metas institucionales.*
>
> ***El resultado de la evaluación será la calificación correspondiente al período anual, establecido en las disposiciones reglamentarias, que deberán incluir dos (2) evaluaciones parciales al año.*** *No obstante, si durante este período el jefe del organismo recibe información debidamente soportada de que el desempeño laboral de un empleado es deficiente podrá ordenar, por escrito, que se le evalúen y califiquen sus servicios en forma inmediata. (…)"* (Subrayas y negrillas fuera de texto original)

El **Acuerdo 6176 de 11 de octubre de 2018** CNSC, por el cual se establece el Sistema Tipo de Evaluación de Desempeño Laboral de los empleados Públicos de Carrera Administrativa y en Período de Prueba, dispuso en sus artículos 8, 9 y 23 lo siguiente:

> *"**ARTÍCULO 8°. CALIFICACIÓN DEFINITIVA DEL PERÍODO ANUAL**. Comprende el período entre el 1 de febrero y el 31 de enero del año siguiente, correspondiendo a la sumatoria de las dos (2) evaluaciones parciales semestrales. Esta calificación deberá producirse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al vencimiento de dicho período".*

*"**ARTÍCULO 9°. CALIFICACIÓN DEFINITIVA DEL PERÍODO DE PRUEBA**. Una vez culmine el período de prueba del empleado público, el evaluador efectuará la calificación definitiva dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su vencimiento.*

*"**ARTÍCULO 23. VIGENCIA**. El presente Acuerdo fue aprobado en sesión de Comisión del 4 de octubre de 2018; entra en vigencia desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial y rige para todas las entidades a partir del período anual u ordinario de Evaluación del Desempeño Laboral que inicia el 1° de febrero de 2019 y deroga el Acuerdo 565 de 2016 de la CNSC.*
(…)

***PARÁGRAFO 3°.** Para la Evaluación del Desempeño Laboral a realizar en el período de evaluación comprendido entre el 1° de febrero de 2018 a 31 de enero de 2019, se aplicarán las disposiciones contenidas en el Acuerdo No. 565 de 2016 y en los acuerdos que lo modifiquen o adicionen."*

El **Acuerdo 565 de 2016** CNSC en su artículo 35 disponía:

***"ARTICULO 35°. QUINTA FASE: EVALUACIÓN DEFINITIVA EN PERIODO DE PRUEBA.** Se realizará a más tardar dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la finalización del período de prueba.*

En esta fase el evaluador previa verificación del cumplimiento de los compromisos laborales y competencias comportamentales y teniendo como referencia el portafolio de evidencias y el seguimiento efectuado, asignará la calificación que corresponda conforme con las escalas establecidas en los numerales 1 y 2 del artículo 17 del presente Acuerdo.

Para la evaluación en período de prueba se tendrá en cuenta la sumatoria de la calificación de los compromisos laborales y el desarrollo de las competencias comportamentales, según los siguientes pesos porcentuales:

a) Compromisos laborales 85%

b) Competencias comportamentales 15%

La evaluación final obtenida en el período de prueba es independiente de los resultados de las evaluaciones obtenidas con anterioridad o posterioridad a ésta; por lo tanto no hará parte de ningún otro tipo de evaluación."

El **Decreto 1424 de 1998** en cuyos artículos 12, 13 y 33, sobre la asignación de puntaje en la evaluación SSEMI por el factor de evaluación de desempeño, dispone:

*"**ARTICULO 12. EVALUACION DEL DESEMPEÑO.** La evaluación del desempeño corresponde a **la calificación anual** del servicio de los funcionarios, efectuada por la instancia competente y los instrumentos autorizados, de conformidad con la reglamentación de la carrera administrativa vigente.*

***ARTICULO 13. ASIGNACION DE PUNTOS POR LA EVALUACION DEL DESEMPEÑO.** Para la aplicación del sistema **se tendrá en cuenta la calificación anual de servicios** efectuada al funcionario, la cual se valorará de acuerdo con su resultado, así:*

a) Por la calificación de servicio anual con resultado igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) del total de puntos posibles de obtener, se asignarán dos (2) puntos;

b) Por la calificación de servicio anual con resultado igual o superior al setenta y cinco por ciento, e inferior al ochenta y cinco por ciento (85%) del total de puntos posibles de obtener, se asignará un (1) punto.

***PARAGRAFO.** Para la evaluación de ingreso al sistema del personal actualmente vinculado se tendrá en cuenta el puntaje correspondiente al resultado obtenido el último año". (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

***"ARTICULO 33. PERIODICIDAD DE LA EVALUACION.** La evaluación ordinaria anual comprenderá el período transcurrido entre **el primero de enero y el 31 de diciembre de cada año**, y se tendrán en cuenta los documentos que respalden hechos transcurridos desde la fecha de corte de la última evaluación del funcionario, hasta el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior a aquel en que se solicita la evaluación de méritos.*

Los efectos fiscales del reconocimiento del nuevo grado serán a partir del primero de enero del correspondiente año.

***PARAGRAFO. La ponderación del factor evaluación de desempeño se hará con la última calificación anual de servicios que se encuentre en firme".** (Resaltado fuera de texto).*

De los artículos transcritos y de lo resaltado, se observa que para efectos de la evaluación SSEMI solamente se puede asignar puntuación respecto de la última evaluación del desempeño **anual** que se encuentre en firme, realizada al instructor entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año evaluado.

Visto lo anterior se tiene que ninguna de las normas que regulan el SSEMI establece la posibilidad de asignar puntos por una evaluación del desempeño diferente a la del período anual.

En este sentido se reitera lo expresado en los conceptos 8-2013-009259 del 8 de marzo de 2013 y 8-2013-062778 de 12 de diciembre de 2013, emitidos por la Dirección Jurídica del SENA, con la única diferencia que la evaluación **anual** de desempeño se realiza conforme a lo dispuesto en el Acuerdo **6176 de 11 de octubre de 2018** CNSC que es el vigente, pero que en nada afecta lo establecido en el **Decreto 1424 de 1998**

El Concepto 8-2013-009259 del 8 de marzo de 2013, se orienta a señalar que para efectos de la evaluación SSEMI no se toma el período de prueba como parte de evaluación anual del desempeño, indicándolo así:

"En conclusión, si durante el período de evaluación del SSEMI el instructor no es objeto de evaluación ordinaria anual de conformidad con la reglamentación de la carrera administrativa vigente, no es procedente asignar puntuación por este factor, puesto que tampoco es procedente tomar la calificación obtenida en el período de prueba para otorgar puntuación en la evaluación por méritos para los instructores, teniendo como fundamento lo ordenado en las normas propias que regulan el SSEMI."

Por su parte el Concepto 8-2013-062778 de 12 de diciembre de 2013, precisa el alcance de lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 1424 de 1998, en el sentido de que a los instructores les sea tenida en cuenta la evaluación parcial, luego de la evaluación del periodo de prueba, como parte de la evaluación anual de desempeño correspondiente al periodo calificado, puntualizando lo siguiente:

"Por las razones expuestas, es forzoso concluir que para efectos de asignar puntaje en el escalafón del SSEMI solamente se puede utilizar la calificación o evaluación anual ordinaria por cuanto es a esta y solo a esta figura a la que remite el Decreto 1424 de 1998. En aquellos casos en que como consecuencia de un nombramiento en periodo de prueba, se presente en el año anterior una evaluación de dicho periodo de prueba junto con una evaluación parcial posterior, no es factible asimilarse como si tratare de una sola para efecto de asignar puntaje y, en consecuencia, en estos caso no cabe otorgar el puntaje por evaluación anual ordinaria por cuanto no existe la causa eficiente que lo otorgaría cual es la calificación anual ordinaria. En consecuencia la interpretación dada se mantiene."

Teniendo en cuenta que en la solicitud se menciona el contenido del Acuerdo 6176 de 2018 de la CNSC, como punto de partida para cambiar lo expresado en los anteriores conceptos, se ha de manifestarse al respecto que por el contrario el citado Acuerdo contiene los mismos fundamentos frente a la forma de realizar la evaluación de desempeño, y su aplicación viene a ratificar que el período de prueba es independiente en su puntuación, y no se suma a períodos posteriores a su terminación; como también se resalta la evaluación definitiva de desempeño como un proceso anual.

Teniendo en cuenta que para otorgar beneficios dentro del SEMI se toma como base o factor de referencia, la evaluación anual de desempeño, ha de aclararse que no se trata de que exista una evaluación especial para los instructores, sino que la evaluación anual

definitiva, que es el instrumento general para todos los servidores del estado colombiano, otorga unos puntos para acceder a otros beneficios especiales como es el caso de la ubicación del grado salarial de los instructores, pero no por ello genera un nuevo sistema, ni se puede desligar del contenido de la norma general y superior del servicio público.

Respuesta jurídica

Con fundamento en lo anterior se procede a resolver los interrogantes planteados, así:

"En la planta de personal hay ocho instructores de los diferentes centros que se posesionaron como provisionales el 1 de febrero de 2018, por tanto no tuvieron valoración SSEMI ese año, sin embargo ganaron el concurso de la convocatoria 436 y continuaron vinculados como instructores, ellos aspiran a que se les valore la vigencia 2018 y las dudas son:

Pregunta 1. *¿El puntaje de la evaluación del desempeño que se tiene en cuenta es la ordinaria después del periodo de prueba y hasta el 31 de enero de 2020?*

Respuesta. El período de prueba es independiente, por tanto para efectos del puntaje debe haber completado la anualidad exigida en los Acuerdos de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Pregunta 2. *¿Se valora toda la capacitación presentada a partir de la evaluación de ingreso al SSEMI?"*

Respuesta. Se asignan puntos por capacitación de la anualidad evaluada, es decir, luego de la evaluación inicial de ingreso al SSEMI, tal como lo establece el artículo 28 del Decreto 1424 de 1998 en los siguientes términos:

"ARTICULO 28. ACUMULACIONES DE PUNTAJES. *A partir de la evaluación inicial se asignarán puntos por la capacitación realizada durante la anualidad objeto de evaluación. Las horas de capacitación no puntuadas en el período anual evaluado, serán acumuladas para el siguiente período, siempre que cumplan con las condiciones previstas para su valoración."*

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, se indica que el Acuerdo 6176 de 2018 de la CNSC no contiene nuevos elementos que permitan variar lo estipulado en el Decreto 1424 de 1998.

En este sentido se reitera lo expresado en los conceptos 8-2013-009259 del 8 de marzo de 2013 y 8-2013-062778 de 12 de diciembre de 2013, emitidos por la Dirección Jurídica del SENA, con la única diferencia que la evaluación anual de desempeño se realiza conforme a

lo dispuesto en el Acuerdo 6176 de 11 de octubre de 2018 CNSC que es el vigente, pero que en nada afecta lo establecido en el Decreto 1424 de 1998

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

3. Radicado: 8-2020-010181 - de Fecha: 21/02/2020

PARA: erivera@sena.edu.co, 549537, **Eduardo Rivera Sierra,** Subdirector Centro de la Industria la Empresa y los Servicios del SENA Regional Norte de Santander,

DE: Antonio José Trujillo Illera, Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, 1-0014

ASUNTO: Concepto sobre contratación directa con INEXMODA

En respuesta a su comunicación electrónica del 13 de febrero de 2020 con radicado 8-2020-007796 y alcance del 14 de febrero de 2020, mediante la cual solicita concepto jurídico que precise *"la viabilidad de realizar mediante contratación directa causal "Prestación de servicios profesionales", un contrato de Workshop con la persona jurídica INEXMODA."*; al respecto, de manera comedida le informo.

En su solicitud de consulta precisa lo siguiente:

1. *La fundación INEXMODA es dueña de la marca "Colombia Moda" evento de trayectoria nacional e internacional de la Moda en Colombia.*
2. *La fundación INEXMODA ofrece a la Entidad el Evento WORKSHOP consumidor colombiano que tiene por objeto para los asistentes "aprender herramientas metodológicas que permiten adquirir nuevos conocimientos y descubrir e identificar consumidores, estilos mentales, las nuevas generaciones de consumo y lo que está pasando actualmente con el consumidor digital".*
3. *El evento está orientado al sector empresarial de la región e instructores de la Entidad y consisten en tres días de capacitación con expertos de la moda que comprenden las siguientes actividades:*

    a. *Charlas teóricas*
    b. *Taller y ejercicios prácticos*
    c. *Presentación de propuestas y proyectos creadas por cada uno de los participantes*
    d. *bibliografía*
    e. *Acceso al estudio Zoom al consumidor colombiano*
    f. *Métodos de investigación.*

4. *La oferta del evento no incluye gastos logísticos como auditorios y refrigerios.*

De lo anterior se desprenden los siguientes interrogantes:

- *¿Es viable entender el evento WORKSHOP dentro del marco de la gestión administrativa o funcionamiento de la Entidad?*
- *¿Se puede catalogar la fundación INEXMODA persona jurídica como profesional de conformidad con el ordenamiento jurídico?*,

Mediante correo electrónico del 14 de febrero de 2020, el consultante dio alcance a la solicitud indicando lo siguiente:

1. *La Fundación para la Exportación y la Moda- Inexmoda, de conformidad con la certificación del The Cluster Competitiveness Group Inc., es la única en Colombia que ha recibido formación en estrategia, competitividad e innovación y a su vez la transferencia metodológica para realizar una iniciativa de refuerzo competitivo (IRC) para el sector. (Se adjunta certificación).*
2. *De conformidad con los estudios del sector en la Región, la fundación INEXMODA es la que tiene mayor experiencia en este tipo de iniciativas de caracterización y cuenta con los profesionales idóneos para enseñar las herramientas metodológicas que permitirán al sector identificar consumidores, estilos mentales y un panorama de lo que está pasando actualmente con el consumidor digital.*

Lo anterior, tiene como objeto complementar el concepto jurídico para determinar la viabilidad de realizar el proceso de contratación directa mediante la causal de "Prestaciones servicios profesionales" para el Evento Workshop con la fundación INEXMODA o si con base en la certificación de "the Cluster Competitiveness Group Inc" se podría considerar la causal del artículo 2.2.1.2.1.4.8: "Contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes".

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

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.

PRECEDENTES NORMATIVOS

Para el análisis del presente concepto se tendrán en cuenta los siguientes fundamentos normativos:

Ley 80 de 1993, articulo 32. "De los Contratos Estatales".

La **Ley 1150 de 2007** *"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*" – artículo 2º - respecto de las modalidades de selección.

Decreto 1082 de 2015 *"P**or medio del cual se expide el Decreto Único reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional"-*** **a**rtículos 2.2.1.1.2.1.1 y **2.2.1.1.1.6.1 en relación con el principio de planeación, y el artículo** 2.2.1.2.1.4.9 relacionado con los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

Manual de Contratación Administrativa del SENA – Sistema Integrado de Gestión y Autocontrol – Código GCCON-M-001 (2017-11-01)

ANÁLISIS JURÍDICO

En relación con el asunto consultado, es menester precisar que el Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa de la Dirección Jurídica no resuelve casos particulares ni entra a analizar situaciones concretas que son del resorte de las áreas o instancias institucionales que tienen la competencia para abordarlos y resolverlos o brindar la orientación o asesoría pertinente.

Esto es así por cuanto nuestros pronunciamientos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), incorporado por la Ley 1755 de 2015, no son obligatorios ni tienen carácter vinculante, motivo por el cual no es dable exigir a la administración que aplique nuestros conceptos como si se tratara de una norma o acto administrativo capaz de producir efectos jurídicos.
Nuestra dependencia emite conceptos de carácter general sobre dudas en la interpretación de las normas jurídicas o cuando quiera que se presenten enfoques diferenciales en su aplicación a fin de dilucidar el tema y logar la unidad doctrinal.
En este orden de ideas se analizará en abstracto el tema consultado, para que la instancia competente decida lo procedente
De conformidad con lo previsto en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, el Decreto 1082 de 2015 y el Manual de Contratación, el SENA puede adelantar los procesos de contratación a través de las diferentes modalidades, tales como Licitación Pública, que es la regla general de los procesos de contratación, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa o contratación de mínima cuantía.
La actividad contractual del Estado se desarrolla en virtud de los principios de transparencia (artículo 24), economía (artículo 25) y responsabilidad (artículo 26) consagrados en la Ley 80 de 1993, así como en los postulados que rigen la función pública (artículo 209 Constitución Política), los cuales deben cumplirse en armonía con los principios de planeación y selección objetiva previstos en la Ley 1150 de 2007.

El artículo 209 de la Constitución Política establece que "*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 la desconcentración de funciones*".
De acuerdo con lo anterior, la actividad contractual que realice la Administración Pública, ya sea jurídica, material o técnica, ha de sujetarse a los principios que la inspiran, con el fin de garantizar el cumplimiento de los fines del Estado, observando de paso las reglas previstas para adelantar la actuación administrativa de carácter contractual mediante las modalidades señaladas en la ley.
En el plan anual de adquisiciones de bienes, obras y servicios, la regional debió haber incluido el tipo de servicio que requería, el valor estimado del contrato, el tipo de recursos con los cuales pagaría dicho servicio y la modalidad de selección del contratista, tal como lo señala el artículo 4° del Decreto 1510 de 2013 incorporado en el artículo 2.2.1.1.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015.

Contrato de prestación de servicios profesionales y modalidades de selección

La Ley 80 de 1993 en su artículo 32 define los contratos estatales indicando que "*Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad…"*

El mismo artículo 32 de la Ley 80 de 1993 en su numeral 3 se refiere a los contratos de prestación de servicios así: *"Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. // En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable".*
La Ley 1150 de 2007, en su artículo 2 contempla las modalidades de selección (licitación, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa), y en el numeral 4 se refiere a la contratación directa que aplica, entre otros, cuando no exista pluralidad de oferentes y para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión a que alude el literal h) de dicho numeral, así:

> *"**Artículo 2°. 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:*
> *[…]*
> 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; […]"*

Por su parte el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.2.1.4.9 señala:
***"Artículo 2.2.1.2.1.4.9. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales**. Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita. // Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales. // La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos".*
En esta disposición reglamentaria se estipula nuevamente que los contratos de prestación de servicios se encuentran enmarcados en la causal de contratación directa.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante Concepto 1490 del 2 de mayo de 2003, en relación a los contratos de prestación de servicios expresó:

"Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad."
[…]
El contrato de prestación de servicios tiene por finalidad desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad, no genera relación laboral ni prestaciones laborales, es de naturaleza temporal, solo puede celebrarse por el término estrictamente necesario para ejecutar el objeto convenido, el contratista no adquiere, por el hecho de haber suscrito un contrato con el Estado, la categoría de empleado público o de trabajador oficial."

De acuerdo con lo expuesto en la Ley 1150 de 2007 dentro de la causal de contratación directa encontramos:

1) Los contratos de prestación de servicios profesionales.
2) Los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión.
3) Los contratos de prestación de servicios para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.

El profesor Gonzalo Suarez Beltran, en su libro Estudios de Derecho Contractual Publico, Editorial Legis, primera edición, en relación con los contratos de prestación de servicios profesionales, enunciados en el literal h) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, los define de la siguiente manera:

"Contratos de prestación de servicios profesionales. Esto es, aquellos de naturaleza intelectual, diferentes a los de consultoría que se realizan en función de la formación académica y experiencia del contratista, celebrados para el apoyo en el cumplimiento de las funciones de la entidad."

Cabe destacar en este punto lo expuesto por la honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-326 de 1997, en la cual precisa la diferencia entre los contratos de consultoría, los de prestación de servicios profesionales, los de apoyo a la gestión y para el desarrollo de trabajos artísticos que sólo pueden ser encomendados a determinadas personas naturales, cuyo pronunciamiento es el siguiente:

"[…] el objeto de los contratos de consultoría no está relacionado directamente con las actividades de la entidad que los requiere, o con su funcionamiento, (sic) a través de ellos la administración contrata servicios especializados de asesoría, interventoría, gerencia de obra o de proyectos, o la elaboración de estudios de diagnósticos, que no siempre coinciden en su contenido con la órbita de las actividades propias de la entidad contratante; para ello recurre a personas naturales o jurídicas especializadas en una determinada materia, las cuales ofrecen conocimientos y experiencia en una específica área o actividad; mientras en los contratos de prestación de servicios sucede

lo contrario, en ellos el contratista, persona natural, pone a disposición de la entidad contratante su capacidad de trabajo para asumir funciones o tareas relacionadas con aquella, que por alguna razón no puede realizar el personal de planta. // Contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión. Esto es, aquellos que se celebran para el desarrollo de actividades operativas, logísticas o asistenciales, vinculadas a la realización de las tareas propias de la entidad, caracterizados por corresponder a actividades predominantemente materiales y no calificadas. // Contratos para el desarrollo de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales."

De acuerdo con lo expuesto, el contrato de prestación de servicio tiene como eje central una actividad relacionada con la administración o funcionamiento de la entidad y sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no sea factible realizarlas con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Ahora bien, si se trata de un evento de capacitación, se debe coordinar con la Secretaria General del SENA la celebración de contratos que se orienten a estos fines, en virtud de lo dispuesto en el Decreto Ley 1567 de 1998, modificado por el Decreto - Ley 894 de 2017 y por la Ley 1960 de 2019, en concordancia con lo contemplado en el Decreto 1083 de 2015 y lo establecido en el plan anual de capacitación.

Por otro lado la Ley 119 de 1994 contempla en sus artículos 2°, 3° y 4° lo relativo a la misión, objetivos y funciones del SENA; y el Decreto 249 de 2004 señala las funciones de las distintas dependencias del SENA, entre ellas, las establecidas para los Directores Regionales en el artículo 24[1] y las indicadas en el artículo 27[2] para los Subdirectores de Centro.

Dentro de las funciones atribuidas por el artículo 27 del Decreto 249 de 2004 a los Subdirecciones de Centros, están, entre otras, la de ejecutar planes de formación y actualización pedagógica y metodológica de los instructores, así como también la de Coordinar y concertar con los representantes de los sectores económicos y sociales, y de las cadenas productivas y clusters de su área de influencia, programas y proyectos para el incremento de la cobertura, pertinencia, calidad e innovación de los servicios del Centro, anticipándose en la atención de las necesidades de formación profesional integral con flexibilidad, oportunidad y eficiencia en la respuesta; de igual manera le corresponde a las Subdirección de Centro ejecutar los procesos necesarios para la incorporación del conocimiento resultante de los programas y proyectos de innovación y desarrollo tecnológico, y de formación continua ejecutados por las empresas.

En cumplimiento de estas funciones y en virtud de la delegación establecida en el artículo 8° de la Resolución 0069 de 2014[3], los Subdirectores de Centro podrán realizar los procesos de contratación para el normal desarrollo de las funciones administrativas y misionales, independiente de la naturaleza y cuantía, entre ellos, los que tengan por objeto el incremento de la calidad e innovación de los procesos formativos y servicios que presta el

Centro, así como la incorporación del conocimiento resultante de los programas y proyectos de innovación y desarrollo tecnológico, observando en todo caso las reglas que rige cada proceso contractual.

La modalidad de prestación de servicios comprende una amplia gama de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades públicas, vale decir, labores afines o inherentes a las funciones u objetivos misionales de la entidad[4]; pero no todo servicio que preste una persona natural o jurídica con conocimiento especializados se debe encasillar en la modalidad de contratación directa aduciendo la prestación de servicios profesionales, pues podría tratarse de un contrato que tenga por objeto la transferencia de estrategias, conocimientos, metodologías, competitividad e innovación, como en el caso consultado, evento en el cual es menester precisar su cuantía y determinar la existencia o no de pluralidad de oferentes a fin de escoger la modalidad de selección.

Pluralidad de oferentes

Ahora bien, si como resultado del estudio del sector económico y de los oferentes a que alude el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015, existen en el mercado varias oferentes que puedan presten el servicio, se podría acudir al mecanismo de selección abreviada o de mínima cuantía para confeccionar la oferta más conveniente a la entidad, según corresponda, tal como lo se pasa a explicar.

En los procesos de contratación con pluralidad de oferentes se debe adelantar en principio por licitación pública (numeral 1° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 y Decreto 1082 de 2015), salvo que aplique otro mecanismo de confección de las ofertas, como por ejemplo la selección abreviada o mínima cuantía.

El mecanismo de selección abreviada procede, entre otros casos, cuando el proceso de licitación haya sido declarado desierto o cuando el contrato es de menor cuantía, evento en el cual la entidad debe realizar una convocatoria pública para obtener las ofertas de los interesados en el proceso (numeral 2° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 y Decreto 1082 de 2015)).

El mecanismo de mínima cuantía aplica para contratos cuyo monto no superen el 10% de la menor cuantía (artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 y artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015).

Ahora bien, en caso que en la regional del SENA no exista pluralidad de oferentes que cumpla con el objeto contractual, la entidad podría contratar directamente con el proponente, siempre y cuando cumpla los requisitos exigidos por el SENA y esté en condiciones de prestar el servicio, al tenor de lo dispuesto por el literal g) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, arriba citado.

En la relación con la calidad del proponente en que se indica que es la única empresa en Colombia que ha recibido formación en estrategias, competitividad e innovación y de transferencia metodológica para realizar una iniciativa de refuerzo competitivo para el sector, la certificación aportada debe ser evaluada y ponderada en los estudios previos a fin

de justificar la modalidad de selección, pues nuestra dependencia no revisa documentos ni examina casos particulares o concretos.

Es pertinente precisar que el hecho de que un proponente tenga mayor experiencia en la iniciativa que se pretende transferir o implementar y cuente con profesionales idóneos para enseñar las herramientas metodológicas, eso no es criterio suficiente para encausar el proceso por la modalidad de contratación directa y con el fin de celebrar un contrato de prestación de servicios profesionales, pues esas condiciones se enmarcan dentro del criterio de idoneidad para cumplir el objeto contractual, las cuales deben ser objeto de evaluación en un proceso con pluralidad de ofertas.

CONCLUSIONES

Por regla general la selección de los contratistas del Estado debe realizarse mediante el proceso de licitación pública (Numeral 1° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007). No obstante, en razón al monto del presupuesto oficial, la escogencia puede adelantarse mediante un proceso de selección abreviada de menor o mínima cuantía.

Excepcionalmente se puede acudir a la modalidad de contratación directa, cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado, es decir, cuando existe solamente una persona que puede proveer el bien o servicio por ser proveedor exclusivo en el territorio nacional, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1082 de 2015, lo cual debe quedar ampliamente demostrado y justificado en los estudios y documentos previos.

La modalidad de prestación de servicios comprende una amplia gama de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades públicas, vale decir, labores afines o inherentes a las funciones u objetivos misionales de la entidad[4]; pero no todo servicio que preste una persona natural o jurídica con conocimiento especializados se debe adelantar por la modalidad de contratación directa aduciendo la prestación de servicios profesionales, pues podría tratarse de un contrato que tenga por objeto la transferencia de estrategias, conocimientos, metodologías, competitividad e innovación, evento en el cual es menester precisar su cuantía y determinar la existencia o no de pluralidad de oferentes a fin de escoger la modalidad de selección.

RESPUESTA JURÍDICA

Con fundamento en lo anterior se procede a responder los interrogantes formulados, así:

PREGUNTA 1. *¿Es viable entender el evento WORKSHOP dentro del marco de la gestión administrativa o funcionamiento de la Entidad?*

RESPUESTA. El objeto planteado no evidenciamos que encaje dentro de las actividades relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad, pues se aprecia que se trata de una transferencia de estrategias, conocimientos, metodologías, competitividad e innovación que no es susceptible de ejecutar por medio de un contrato de prestación de servicios profesionales.

PREGUNTA 2. *¿Se puede catalogar la fundación INEXMODA persona jurídica como profesional de conformidad con el ordenamiento jurídico?.*

RESPUESTA. Escapa a nuestra competencia determinar si el proponente a que alude la pregunta es una persona jurídica profesional. No obstante, ese mero hecho no da lugar a celebrar un contrato de prestación de servicios profesionales para ejecutar el objeto propuesto.

Por regla general la selección de los contratistas del Estado debe realizarse mediante el proceso de licitación pública (Numeral 1° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007). No obstante, en razón al monto del presupuesto oficial, la escogencia puede adelantarse mediante un proceso de selección abreviada de menor o mínima cuantía.

Excepcionalmente se puede acudir a la modalidad de contratación directa, cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado, es decir, cuando existe solamente una persona que puede proveer el bien o servicio por ser proveedor exclusivo en el territorio nacional, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1082 de 2015, lo cual debe quedar ampliamente demostrado y justificado en los estudios y documentos previos.

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.

Cordial saludo,
Antonio José Trujillo Illera
Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y
Producción Normativa - Dirección Jurídica
Dirección General

---

[1] ***"Artículo 24. Funciones de las Direcciones Regionales y de la Dirección del Distrito Capital****: Son funciones de las Direcciones Regionales y de la Dirección del Distrito Capital, las siguientes: 1. Asegurar que las políticas, objetivos, estrategias, planes, programas, normas y procedimientos adoptados por la entidad se cumplan, para garantizar el cumplimiento de la misión del SENA. // 2. Vigilar y controlar que los Centros de Formación de su jurisdicción, cumplan con los planes y funciones. // 3. Promover, coordinar, articular y suscribir alianzas y convenios con las demás entidades públicas y privadas, para aunar esfuerzos, recursos e impacto de los programas de formación, previa autorización impartida por el Consejo directivo regional o del Distrito Capital, en consonancia con las disposiciones presupuestales y las normas de contratación. (…) 14. Garantizar que en los Centros de Formación a su cargo, la selección y contratación de personal se adelante de acuerdo con los criterios académicos y técnicos establecidos por la institución (…)"*

[2] ***"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: (…) 7. Elaborar y ejecutar los planes de formación y actualización pedagógica y metodológica de los instructores del Centro, y de los docentes, multiplicadores de las empresas y demás agentes educativos, de conformidad con las normas de Competencia Laboral establecidas, y las políticas, orientaciones y reglamentación de la Dirección General.*

// 8. Coordinar y concertar con los representantes de los sectores económicos y sociales, y de las cadenas productivas y clusters de su área de influencia, programas y proyectos para el incremento de la cobertura, pertinencia, calidad e innovación de los servicios del Centro, anticipándose en la atención de las necesidades de formación profesional integral con flexibilidad, oportunidad y eficiencia en la respuesta. // 10. Dirigir, controlar y evaluar las acciones de Formación Profesional Integral que se ejecuten mediante alianzas, convenios o contratos con empresas o instituciones educativas u otras organizaciones, velando por la calidad e impacto de la formación. (…) 18. Ejecutar los procesos necesarios para la incorporación del conocimiento resultante de los programas y proyectos de innovación y desarrollo tecnológico, y de formación continua ejecutados por las empresas. (…) 24. Realizar convenios y alianzas estratégicas con las instituciones y/o agentes del Sistema Nacional de Formación para el Trabajo y del Sistema Nacional de Innovación, para fortalecer la productividad y competitividad de los sectores productivos y sociales atendidos por el Centro, previa autorización del Director General, siguiendo las políticas y orientaciones de la Dirección General. (…) 28. Administrar y ejecutar los procesos de contratación, provisión, manejo, mantenimiento, seguimiento y control del talento humano, de los recursos físicos, tecnológicos, pedagógicos, humanos, financieros y de información del Centro. (…) 31. Elaborar y gestionar los planes de inducción, reinducción, capacitación, actualización, certificación del desempeño y mejoramiento continuo del talento humano adscrito al Centro, siguiendo las políticas y orientaciones de la Dirección General (…)".

[3]Resolución 0069 de 2014 *"Por la cual se dictan medidas de orden administrativo 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"*

[4]Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 23 de noviembre de 2005, radicado No. 11001-03-06-000-2005-01693-00(1693), Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce.

[5]Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 23 de noviembre de 2005, radicado No. 11001-03-06-000-2005-01693-00(1693), Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce.

4. Radicado: 8-2020-010424 - de Fecha: 24/02/2020

PARA veronica.ponce@sena.edu.co, **Verónica Ponce Vallejo**, Secretaria General, Dirección General - 12020

DE: Antonio José Trujillo Illera Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa 1-0014

ASUNTO: Concepto modalidad de selección para adquirir ropa de trabajo y dotación para trabajadores oficiales

En respuesta a la comunicación electrónica de fecha 17 de febrero de 2020 radicada con el número 8-2020-008828 mediante la cual solicita se emita concepto que permita fijar lineamientos a nivel nacional sobre la modalidad contractual que se debe adelantar en el marco de los procesos de adquisición de ropa de trabajo y dotación para los trabajadores oficial en la vigencia 2020; al respecto, de manera comedida le informo.

En la solicitud formulada puntualiza lo siguiente:

- En atención a las diferentes necesidades contractuales de la Entidad, todas las regionales del SENA adelantan procesos contractuales para la adquisición de ropa de trabajo para los empleados públicos y dotación para los trabajadores oficiales, conforme a lo estipulado en la Resolución 1182 modificada por la 1-1649 de 2019 y a la convención colectiva, mediante la modalidad de mínima cuantía.

- Sin embargo, el artículo 42 de la Ley 1955 de 2019 "Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad", establece:

  "*Artículo 42. Transparencia en contratación de mínima cuantía. Adiciónese el parágrafo 3° al artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, así:*

  Parágrafo 3°. En aquellos eventos en que las entidades estatales deban contratar bienes o servicios de características técnicas uniformes que se encuentren en un acuerdo marco de precios y cuyo valor no exceda del diez por ciento (10%) de la menor cuantía, las entidades deberán realizar la adquisición a través de la Tienda Virtual del Estado Colombiano, siempre que el bien o servicio esté disponible por ese medio.

  Las entidades que no se encuentren obligadas a hacer uso del acuerdo marco de precios igualmente podrán utilizar esta figura antes que la selección por mínima cuantía."

- Adicionalmente, Colombia Compra Eficiente suscribió el Acuerdo Marco de Precios para la adquisición de dotaciones de vestuario de calle CCE-967-AMP-2019, en el mes de diciembre.

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

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.

PRECEDENTES NORMATIVOS

Para el análisis del presente concepto se tendrán en cuenta los siguientes fundamentos normativos, jurisprudenciales y doctrinales:

La **Ley 1150 de 2007** *"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*" – artículo 2º - respecto de las modalidades de selección.

Ley 1955 de 2019 *"Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad"* – artículo 42

Decreto 1082 de 2015 *"P**or medio del cual se expide el Decreto Único reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional"-*** **a**rtículos 2.2.1.1.2.1.1 **y 2.2.1.1.1.6.1** en relación con el principio de planeación.

Manual de Contratación Administrativa del SENA – Sistema Integrado de Gestión y Autocontrol – Código GCCON-M-001 (2017-11-01)

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- **Sentencia de 29 de agosto de 2007**- radicación 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854) Consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez:

ANÁLISIS JURÍDICO

La actividad contractual del Estado se desarrolla en virtud de los principios de transparencia (artículo 24), economía (artículo 25) y responsabilidad (artículo 26) consagrados en la Ley 80 de 1993, así como en los postulados que rigen la función pública (artículo 209 Constitución Política), los cuales deben cumplirse conforme con los principios de planeación y selección objetiva previstos en la Ley 1150 de 2007.

Pues bien, conforme con lo previsto en la Ley 1150 de 2007, el Decreto 1082 de 2015 y el Manual de Contratación, el SENA puede adelantar los procesos de contratación a través de las diferentes modalidades, tales como Licitación Pública, que es la regla general de los procesos de contratación, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa o contratación de mínima cuantía.

Para efectos de determinar la modalidad de contratación, como bien lo señala el Manual de Contratación del SENA, es preciso justificar su escogencia, teniendo en cuenta: la necesidad a satisfacer, el objeto a contratar, alcance y tipo de contrato, el valor o cuantía

del contrato y el plazo, entre otros aspectos, lo cual debe estar acompañado de los estudios previos, estudios del sector, apropiación presupuestal y las condiciones de la contratación que se piensa adelantar.

De acuerdo con lo antes expuesto y con sujeción al principio de planeación[1] y a las necesidades de la entidad estatal, la contratación deberá hacerse a través de las modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 1082 de 2015 a que antes se hizo mención.

Al respecto, la **Ley 1150 de 2007** *"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*" señala en su artículo 2º.

**"*ARTÍCULO 2o. 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:*

*1. **Licitación pública**. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.*

Cuando la entidad estatal así lo determine, la oferta en un proceso de la licitación pública podrá ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa, en las condiciones que fije el reglamento.

*2. **Selección abreviada.** La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.*

(…) Serán causales de selección abreviada las siguientes:

a) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.(…)

b) La contratación de menor cuantía[1]. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales.

Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 850.000 salarios mínimos legales mensuales e inferiores a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 850 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 400.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 850.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 650 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 400.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 450 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 280 salarios mínimos legales mensuales;

c) (…) Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud. (…)

d) La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto; en cuyo caso la entidad deberá iniciar la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaración de desierta del proceso inicial;

e) La enajenación de bienes del Estado, (…)

f) Productos de origen o destinación agropecuarios (…)

g) Los actos y contratos… de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta (…)

h) Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas (…);i) La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.

3. ***Concurso de méritos*** (…)

4. ***Contratación directa.***

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…"*

Así pues, para la selección de la modalidad de contratación por la cuantía, se deben verificar los valores aplicables al SENA para la menor y mínima cuantía, así como las causales que permiten la contratación directa, procedimientos cuya escogencia deben estar debidamente justificadas. (Ver Manual de Contratación del SENA)

Ahora bien, como lo señala en su comunicación, el artículo 42 de la Ley 1955 de 2019 por medio de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 establece:

"*Artículo 42. Transparencia en contratación de mínima cuantía. Adiciónese el parágrafo 3° al artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, así:*

Parágrafo 3°. En aquellos eventos en que las entidades estatales deban contratar bienes o servicios de características técnicas uniformes que se encuentren en un acuerdo marco de precios y cuyo valor no exceda del diez por ciento (10%) de la menor cuantía, las entidades deberán realizar la adquisición a través de la Tienda Virtual del Estado Colombiano, siempre que el bien o servicio esté disponible por ese medio.

Las entidades que no se encuentren obligadas a hacer uso del acuerdo marco de precios igualmente podrán utilizar esta figura antes que la selección por mínima cuantía."

A tono con lo anterior, el Decreto 1082 de 2015 que compiló las normas reglamentarias en materia de contratación administrativa, establece:

> *"**Artículo 2.2.1.2.1.2.7 Procedencia del Acuerdo Marco de Precios**. Las Entidades Estatales de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, obligadas a aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, o las normas que modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, **están obligadas** a adquirir Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes a través de los Acuerdos Marco de Precios vigentes." (Negrilla nuestra)*
>
> *"**Artículo 2.2.1.2.1.2.9. Utilización del Acuerdo Marco de Precios.** Colombia compra Eficiente debe publicar el Catálogo para Acuerdos Marco de Precios, y la Entidad Estatal en la etapa de planeación del Proceso de Contratación está obligada a verificar si existe un Acuerdo Marco de Precios Vigente con el cual la Entidad estatal pueda satisfacer la necesidad identificada.*
>
> ***Si el Catálogo para Acuerdos Marco de Precios contiene el bien o servicio requerido, la Entidad Estatal de que trata el inciso 1 del artículo 2.2.1.2.1.2.7 del presente decreto está obligada a suscribir el Acuerdo Marco de Precios en la forma que Colombia Compra Eficiente disponga**, (…)"* (Negrilla nuestra).

Por su parte, el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 define los bienes y servicios de características técnicas uniforme así:

"son los bienes y servicios de común utilización con especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad iguales o similares, que en consecuencia pueden ser agrupados como bienes y servicios homogéneos para su adquisición".

El Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, mediante **Concepto 8- 2015-051394** en relación con la adquisición de las dotaciones de los trabajadores de la entidad a través de Acuerdo Marco de Precios adelantado por Colombia Compra Eficiente, expresó:

" (…) *Teniendo en cuenta que los elementos de la dotación son en esencia vestidos, pantalones, overoles, batas, camisas, delantales y calzado, consideramos que de acuerdo con lo expuesto esos elementos constituyen bienes de características técnicas uniformes que pueden adquirirse por medio de Acuerdos Marco de Precios, como el celebrado por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, salvo los bienes que no estén comprendidos en el respectivo catálogo que sustente el Acuerdo Marco de Precios.*

Ahora bien, como quiera que en la cláusula convencional quedó pactado que los trabajadores oficiales a través de "SINTRASENA" tienen derecho a participar en la redacción del pliego de condiciones y calidad de las licitaciones correspondientes a la adquisición de la dotación, dicho derecho debe armonizarse con lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.1.2.1 del Decreto 1082 de 2015.

El Decreto 1082 de 2015 establece:

"Artículo 2.2.1.2.1.2.1. Pliegos de condiciones. *En los pliegos de condiciones para contratar Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes, la entidad estatal debe indicar:*

1. La ficha técnica del bien o servicio que debe incluir: a) la clasificación del bien o servicio de acuerdo con el Clasificador de Bienes y Servicios; b) la identificación adicional requerida; c) la unidad de medida; d) la calidad mínima, y e) los patrones de desempeño mínimos.

2. Si el precio del bien o servicio es regulado, la variable sobre la cual se hace la evaluación de las ofertas.

3. Definir el contenido de cada uno de las partes o lotes, si la adquisición se pretende hacer por partes".

Como puede apreciarse, la norma permite a la entidad estatal elaborar la ficha técnica del bien o servicio; sin embargo, esta función la asume Colombia Compra Eficiente en desarrollo del proceso licitatorio que da origen al Acuerdo Marco de Precios, de tal manera que los bienes o servicios están debidamente clasificados en el catálogo del Acuerdo Marco de Precios.

La exigencia establecida en el Decreto 1082 de 2015 para que las entidades públicas apliquen al Acuerdo Marco de Precios, constituye una norma de carácter general y de orden público que prima sobre cualquier otro acuerdo o pacto en contrario.

No obstante, lo dispuesto en el artículo 79 de la Convención Colectiva de Trabajo aplicaría para los bienes que no estén incluidos en el catálogo del Acuerdo Marco de Precios, evento en el cual el SENA, con la participación de SINTRASENA, podría elaborar la ficha técnica de los elementos de la dotación que se van adquirir por fuera del Acuerdo Marco de Precio.

En virtud de lo establecido en el Acuerdo Marco de Precios CCE-156-1-AMP-2014 para la adquisición de dotaciones de vestuario, las entidades estatales pueden comprar dotaciones de:

a) Vestido y calzado para dama y caballero
b) Los beneficiarios pueden seleccionar diferentes diseños
c) La compra se realiza por catálogo de manera virtual.

En este orden de ideas podemos establecer las siguientes conclusiones:

1) *Una vez adelantada la etapa de planeación del proceso de contratación, donde se identifica los artículos que se requieren, la entidad está obligada a verificar si los elementos requeridos están comprendidos en el catálogo del Acuerdo Marco de Precios vigente, que pueda satisfacer la necesidad identificada.*

2) *Si en el catálogo de la tienda virtual sólo se ofertan uno o varios artículos con las características funcionales y especificaciones requeridas, la entidad está obligada a aplicar el Acuerdo Marco de Precios, en la forma que Colombia Compra Eficiente indica y situar la orden de compra correspondiente en los términos establecidos en el mismo.*

3) *Aquellos bienes de la dotación que no se encuentren en el catálogo o que encontrándose se apartan de las especificaciones requeridas, se podrá dar inicio a un proceso contractual de selección abreviada aplicando lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2011 y el 1082 de 2015.*

4) *Toda vez que las especificaciones de la oferta del catálogo obedecen a la demanda general de las entidades del Estado, de requerirse bienes de los allí ofrecidos con características y especificaciones diferentes, compete soportar la justificación por la cual la necesidad de la entidad requiere características especiales que se apartan de las generales ofrecidas.*

5) *La única razón que podría obligar a la entidad a apartarse del Acuerdo Marco de Precios es no encontrar en el catálogo virtual los artículos requeridos.*

6) *En cumplimiento de la norma que obligar a acogerse al Acuerdo Marco de Precios, puede afirmarse que mientras no se evidencie lo contrario, no existe fraccionamiento de contratación en el caso de adquirir solo una parte de los bienes, y respecto al principio de economía, las condiciones, cubrimientos y garantías de la compra están aseguradas en los términos del Acuerdo Marco de Precios y el proceso licitatorio que lo generó.*

7) *Finalmente, si la Secretaría General y/o SINTRASENA lo consideran procedente podrán, con soporte en lo estipulado en el numeral 5° del artículo 3° del Decreto 4170 de 2011, realizar la consulta a Colombia Compra Eficiente, para que con fundamento en la respuesta puedan sustentar la justificación de apartarse de la aplicación del Acuerdo Marco de Precio, si hay lugar a ello.*

8) *Se indica que los lineamientos a seguir están definidos, corresponde al ordenador del gasto aprobar la justificación con sus debidos soportes para tomar la decisión pertinente".*

CONCLUSIÓN

Como puede apreciarse, las entidades estatales cuyos procesos de contratación se rigen por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2006, como es el caso SENA dada su naturaleza jurídica de establecimiento público del orden nacional, están obligadas a adquirir bienes y servicios de características técnicas uniformes a través de los acuerdos marco de precios, cuando quiera que el catálogo del acuerdo marco de precios[2] contenga el bien o servicio requerido.

Esta exigencia la reiteró el artículo 42 de la Ley 1955 de 2019, el cual dispuso que en aquellos eventos en que las entidades estatales deban **(i)** contratar bienes o servicios de características técnicas uniformes **(ii)** que se encuentren en un acuerdo marco de precios y **(iii)** cuyo valor no exceda del diez por ciento (10%) de la menor cuantía, **(iv)** **deberán** realizar la adquisición a través de la Tienda Virtual del Estado Colombiano, **(v)** siempre que el bien o servicio esté disponible por ese medio.

De igual manera, dicha norma estableció que las entidades que no se encuentren obligadas a hacer uso del acuerdo marco de precios igualmente podrán utilizar esta figura antes que la selección por mínima cuantía, precepto no aplicable al SENA, por cuanto es una entidad obligada a utilizar el acuerdo marco de precios.

Así las cosas, con sujeción al principio de planeación se deberán elaborar los correspondientes estudios previos - que constituyen la justificación de la contratación -, tramitar las apropiaciones presupuestales que fueren pertinentes, definir las condiciones de la contratación y determinar si se trata de adquisición de bienes de características técnicas uniformes que se encuentren en un acuerdo marco de precios a cargo de Colombia Compra Eficiente, verificando que el bien esté disponible por ese medio, todo ello con

arreglo a lo contemplado en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1955 de 2019, en el Decreto 1082 de 2015 y en el Manual de Contratación del SENA.

Finalmente, y de acuerdo con su solicitud, la Dirección Jurídica con apoyo del Grupo de Gestión Contractual impartirá los lineamientos frente a lo previsto en el referido artículo 42 de la Ley 1955 de 2019.

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.

Cordial saludo,

Antonio José Trujillo Illera

Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y
Producción Normativa - Dirección Jurídica
Dirección General

---

[1]Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- **Sentencia de 29 de agosto de 2007**- radicación 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854) Consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez:

" (…) La jurisprudencia de la Sala ha sostenido repetidamente, y así lo reitera ahora, que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato;… (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria…".

[2]El Acuerdo Marco de Precios es el contrato celebrado entre uno o más proveedores y Colombia Compra Eficiente, o quien haga sus veces, para la provisión a las Entidades Estatales de bienes y servicios de características técnicas uniformes, en la forma, plazo y condiciones establecidas en éste.

5. Radicado: 8-2020-011336 - Fecha: 26/02/2020

Asunto: Pasantías y pago de ARL en etapa productiva

En atención a su comunicación electrónica del 12 de febrero de 2020 (sin radicar), traslada internamente a nuestro Grupo el 21 de febrero de 2020, mediante la cual solicita concepto con el fin de precisar quién debe asumir la afiliación y el pago de los aportes al Sistema General de Riesgos Laborales para el caso de pasantías en desarrollo de la etapa productiva requerida en el proceso de aprendizaje del SENA; al respecto, de manera comedida le informo.

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

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.

PRECEDENTES NORMATIVOS

En relación con el caso consultado es preciso indicar que se tienen en cuenta como precedentes la Ley 789 de 2002, el Decreto 055 de 2015, el Decreto 1072 de 2015 y el Acuerdo 007 de 2012 modificado por el Acuerdo 004 de 2014, entre otras.

ANÁLISIS JURÍDICO

La Ley 789 de 2002, establece en su artículo 30 la naturaleza y características de la relación de aprendizaje, señalando entre sus apartes que el contrato de aprendizaje es una forma especial dentro del Derecho Laboral, mediante la cual una persona natural desarrolla formación teórica práctica en una entidad autorizada; precisando que durante la fase práctica el aprendiz estará afiliado en riesgos profesionales a la Administradora de Riesgos Laborales ARL que cubre la empresa.

El artículo 2° del Decreto 2585 de 2003, compilado por el artículo 2.2.6.3.25 del Decreto 1072 de 2015, señala que el contrato de aprendizaje tendrá una duración máxima de dos (2) años y deberá comprender tanto la etapa lectiva o académica como la práctica o productiva.

Conforme con lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 3° del Decreto 249 de 2004 es función del Consejo Directivo Nacional del SENA: *"8. Regular los sistemas o normas para la selección, orientación, promoción y formación profesional integral de los trabajadores alumnos y expedir el reglamento a que deben someterse, el cual comprenderá sus derechos, deberes, reglas de permanencia y el régimen sancionatorio",* en cumplimiento de esa función el Consejo Directivo Nacional del SENA expidió el Reglamento del Aprendiz SENA, adoptado mediante Acuerdo 007 de 2012, modificado por el Acuerdo 004 de 2014, estableciendo en su artículo 1° que la Formación Profesional Integral que orienta el Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena), constituye un proceso educativo **teórico-práctico de**

carácter integral, orientado al desarrollo de conocimientos técnicos, tecnológicos y de actitudes y valores para el desarrollo humano y la convivencia social, que le permiten a la persona actuar crítica y creativamente en los contextos productivo y social, es decir, en el Mundo de la Vida.
A su vez el artículo 11 y 12 del precitado Acuerdo 007 de 2012, establecen:

> *"**ARTÍCULO 11. APROPIACIÓN Y DESARROLLO DEL CONOCIMIENTO**. La etapa productiva del programa de formación es aquella en la cual el Aprendiz Sena aplica, complementa, fortalece y consolida sus competencias, en términos de conocimiento, habilidades, destrezas, actitudes y valores.*
>
> *La etapa productiva debe permitirle al aprendiz aplicar en la resolución de problemas reales del sector productivo, los conocimientos, habilidades y destrezas pertinentes a las competencias del programa de formación, asumiendo estrategias y metodologías de autogestión.*
>
> ***ARTÍCULO 12. ALTERNATIVAS PARA EL DESARROLLO DE LA ETAPA PRODUCTIVA.** Para la realización de la etapa productiva requerida en el proceso de aprendizaje de los Aprendices del Sena, se deben considerar las siguientes alternativas:*
>
> *(…)*
>
> *- Pasantías: Entre las cuales se contempla la asesoría a Pymes como alternativa de etapa productiva.*
>
> *(…)"*

Ahora bien, teniendo en cuenta que la alternativa de "pasantía" para el desarrollo de la etapa productiva no se rige por la normatividad establecida para el Contrato de Aprendizaje, se deberá acudir a las normas que regulen la materia sobre el pago de aportes a la seguridad social.

Al respecto, el Decreto 1072 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, establece en su articulado lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 2.2.4.2.3.1. OBJETO.** La presente sección tiene por objeto establecer las reglas para la afiliación y el pago de aportes al Sistema General de Riesgos Laborales de los estudiantes que cumplen con las condiciones expresamente señaladas en el literal a) numeral 4 del artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994, modificado por el artículo 2o de la Ley 1562 de 2012.*
>
> *(…)*
>
> ***ARTÍCULO 2.2.4.2.3.4. AFILIACIÓN Y PAGO DE APORTES AL SISTEMA GENERAL DE RIESGOS LABORALES**. La afiliación y pago de aportes al Sistema General de Riesgos*

Laborales de los estudiantes de que trata el artículo 2.2.4.2.3.2 del presente decreto, procederá de la siguiente manera:

1. *Cuando se trate de estudiantes que deban ejecutar trabajos que signifiquen fuente de ingreso para la institución educativa donde realizan sus estudios, esta deberá realizar la afiliación y el pago de aportes al Sistema General de Riesgos Laborales.*

2. *Cuando se trate de estudiantes que deban realizar prácticas o actividades como requisito para culminar sus estudios u obtener un título o certificado de técnico laboral por competencias que los acredite para el desempeño laboral en uno de los sectores de la producción y de los servicios, la afiliación y el pago de aportes estará a cargo de:*

   2.1. Las entidades territoriales certificadas en educación, cuando se trate de prácticas propias de la educación media técnica en instituciones educativas de carácter estatal;

   2.2. Las instituciones educativas, cuando se trate de prácticas propias de la educación media técnica en instituciones educativas de carácter oficial con régimen especial o de carácter privado;

   2.3. Las escuelas normales superiores, cuando se trate de prácticas propias de sus programas de formación complementaria, independiente de su naturaleza jurídica;

   2.4. La entidad, empresa o institución pública o privada donde se realice la práctica, para el caso de la educación superior y de los programas de formación laboral en la educación para el trabajo y el desarrollo humano, sin perjuicio de los acuerdos entre la institución de educación y la entidad , empresa o institución pública o privada donde se realice la práctica, sobre quién asumirá la afiliación y el pago de los aportes al Sistema General de Riesgos Laborales y la coordinación de las actividades de promoción y prevención en seguridad y salud en el trabajo.

La afiliación de los estudiantes de que trata la presente sección, deberá efectuarse como mínimo un (1) día antes del inicio de la práctica o actividad correspondiente, y deberá realizarse ante la Administradora de Riesgos Laborales en la cual la entidad, empresa o institución obligada a afiliar a los estudiantes, tenga afiliados a sus trabajadores.

En ningún caso, las obligaciones de afiliación y pago al Sistema General de Riesgos Laborales podrán trasladarse al estudiante.

(…)

Conforme a lo anterior, la afiliación y pago de aportes al Sistema General de Riesgos Laborales de los estudiantes de que trata el artículo 2.2.4.2.3.2 del Decreto 1072 de 2015 (no amparados por las normas que regulan el contrato de aprendizaje) se hará de la manera establecida en el artículo 2.2.4.2.3.4 del Decreto 1072 de 2015.

CONCLUSIÓN

Las prácticas o actividades que en el sistema educativo colombiano cumplen con las características señaladas en el numeral 2 del artículo 2.2.4.2.3.2 del Decreto 1072 de 2015, son aquellas realizadas en el marco de la educación media técnica, los programas de formación complementaria ofrecidos por las escuelas normales superiores, la educación superior y los programas de formación laboral de la educación para el trabajo y el desarrollo humano.

Ahora bien, la pasantía como alternativa para el desarrollo de la etapa productiva requerida en el proceso de aprendizaje de los Aprendices del Sena, debe ser entendida como la actividad académica realizada por el estudiante cuyo propósito es adquirir conocimientos y habilidades que le permitan un desempeño laboral posterior a la graduación; pero estas no podrán ser susceptibles del contrato de aprendizaje, ni estar amparada por la leyes laborales por lo que la empresa recibiría al pasante en el marco del convenio que celebre con las instituciones de educación superior, y en caso de no existir dicho convenio quedaría a su libre albedrío recibir al pasante.[1] No obstante, el empleador durante la fase lectiva y práctica no podrá sustraerse de las obligaciones de afiliación y pago al Sistema de Seguridad Social en Salud y lo que respecta a la parte práctica, en la modalidad de pasantía, tendrá que afiliarlo al Sistema General de Riesgos Laborales y no podrá en ningún caso trasladarse dicha obligación al estudiante.

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

1Concepto 57532 de 2019

6. Radicado: 8-2020-011168 - Fecha: 25/02/2020

Asunto: Concepto contratación padres cabeza de familia sujetos de protección constitucional reforzada

En atención a su comunicación electrónica sin radicar traslada el 20 de febrero de 2020 por conducto de la Secretaría General mediante la cual concepto jurídico "*respecto a un caso presentado en nuestro centro de formación de una persona que argumenta ser padre cabeza de familia pero no estuvo contratado para la vigencia anterior en el centro metalmecánico sino en el centro de construcción y madera*"; además se indica que en el centro de formación se efectuó la selección y se encuentran cubiertas las necesidades de contratación; al respecto, de manera comedida le informo:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

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.

PRECEDENTES NORMATIVOS

Para el análisis del presente concepto se tendrán en cuenta los siguientes precedentes:

Concepto 74481 de 2019 (octubre 21) Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa

Sentencias SU-388 de 2005, T- 310 de 2015 y T- 084 de 2018 - Corte Constitucional.

ANÁLISIS JURÍDICO

En el presente caso se tendrá en cuenta lo expuesto en el **Concepto 74481 de 2019** (octubre 21) rendido por el Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa y los fundamentos normativos y jurisprudenciales en que dicho concepto se apoya.

Como bien quedó señalado en el precitado concepto, las madres cabeza de familia – así como los padres cabeza de familia – se encuentran dentro del grupo de personas con protección especial, siempre y cuando se cumplan las condiciones que la Corte Constitucional ha señalado, entre otras, en las Sentencias T – 084 de 2018 y SU–388 de 2005 para que opere dicha protección:

En efecto, la Corte Constitucional en **Sentencia T- 084 de 2018** indicó:
"(…)

Así pues, ***la condición de madre cabeza de familia requiere la confluencia de los siguientes elementos****, a saber: (i) que la mujer tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas "incapacitadas" para trabajar; (ii) que la responsabilidad exclusiva de la mujer en la jefatura del hogar sea de carácter permanente; (iii) que exista una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte de la pareja o del padre de los menores de edad a cargo; y (iv) que exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia. De igual modo, la verificación de las circunstancias anteriormente enunciadas debe realizarse en el marco de un procedimiento administrativo, que otorgue la plenitud de las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso*"

Ahora bien, la Corte Constitucional en **Sentencia T- 310 de 2015** expresó que si bien en principio no existe un derecho que implique la estabilidad indefinida en los contratos de prestación de servicios, no es menos cierto que existe una protección reforzada para aquellas personas que, por su situación particular, se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, como es el caso de las madres o padres cabeza de familia, bajo la condición de que se demuestre encontrarse en las situaciones descritas en las referidas Sentencias T – 84 de 2018 y SU-388 de 2005.

CONCLUSIÓN

Conforme con las normas y la jurisprudencia invocadas en el **Concepto 74481 de 2019**, la protección derivada de la condición de madre o padre de familia es aplicable a aquellas personas que demuestren tener dicha calidad y con quienes se haya celebrado o se pretenda celebrar contratos bajo la modalidad de prestación de servicios.

Para tener la condición de madre o padre cabeza de familia, debe probarse que se tiene a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; que esa responsabilidad sea de carácter permanente; no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o por la muerte; por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

De manera que las condiciones particulares de la persona que aduzca tener la condición de padre cabeza de familia, son circunstancias que deben ser valoradas por el área competente que deba decidir sobre su contratación, siguiendo las orientaciones de protección constitucional señaladas por la Corte Constitucional para la aplicación de medidas afirmativas, cuando ello fuere procedente.

En consecuencia, el ordenador del gasto respectivo tiene la facultad para evaluar y decidir sobre las eventuales contrataciones que deban adelantarse en la respectiva vigencia fiscal, acorde con los principios de planeación y autonomía de la voluntad, siempre y cuando exista

la necesidad de la contratación y la persona cumpla con los requisitos exigidos en el respectivo proceso de contratación.

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.

Cordial saludo,
Antonio José Trujillo Illera
Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y
Producción Normativa - Dirección Jurídica
Dirección General

7. Radicado: 8-2020-001722 - de Fecha: 15/01/2020

PARA: fbeltran@sena.edu.co, 411010, Fermín Beltran Barragan, Director SENA Regional Huila

DE: Antonio José Trujillo Illera, Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, 1-0014

ASUNTO: Concepto horario laboral flexible

En respuesta a su comunicación electrónica del 9 de diciembre o de 2019, con radicado 8-2019-091420, mediante la cual solicita concepto con el fin de precisar si es viable legalmente aceptar la solicitud de los peticionarios para que se les autorice la jornada laboral de horas directas de formación de 7:15 de la mañana hasta la 1:30 de la tarde de lunes a viernes; al respecto, de manera comedida le informo.

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

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.

PRECEDENTES NORMATIVOS

En relación con el caso consultado es preciso tener en cuenta lo dispuesto en las siguientes normas.

Ley 909 de 2004,
Decreto Ley 1042 de 1978
Decreto 249 de 2004
Decreto 1083 de 2015,
Resolución 2529 de 2004
Circular No. 3-2018-000098 del 22 de mayo de 2018

ANÁLISIS JURÍDICO

Respecto de las Direcciones regionales y Centros de Formación Profesional Integral el Decreto 249 de 2004, señala:

> ***"Artículo 4°.*** *Dirección General. Además de las señaladas en el artículo 78 de la Ley 489 de 1998, son funciones de la Dirección General las siguientes:*

(…)

13. Determinar el calendario académico y de labores de los Centros y Programas de formación profesional, la duración de las sesiones de formación profesional, la utilización de la jornada laboral de los instructores, así como la duración de la formación de los programas, esto último previo concepto del Comité de Formación Profesional.

(…)

Artículo 24. *Funciones de las Direcciones Regionales y de la Dirección del Distrito Capital: Son funciones de las Direcciones Regionales y de la Dirección del Distrito Capital, las siguientes:*

(…)

15. Controlar el cumplimiento de la jornada de los instructores de cuarenta y dos y media (42.5) horas semanales, dedicadas en su totalidad a la ejecución de las funciones propias de su cargo y que la entidad les programe, y el cumplimiento de la dedicación por parte de cada instructor de treinta y dos (32) horas semanales en actividades directas de Formación Profesional Integral. (…)" (Negrilla y Subrayado fuera del texto)

"ARTÍCULO 25. Centros de Formación Profesional Integral. *Los Centros de Formación Profesional Integral, son las dependencias responsables de la prestación de los servicios de formación profesional integral, los servicios tecnológicos, la promoción y el desarrollo del empresarismo, la normalización y evaluación de competencias laborales, en interacción con entes públicos y privados y en articulación con las cadenas productivas y los sectores económicos.*

Estos operarán en sedes fijas, con un área de jurisdicción determinada, para dar respuesta a las necesidades de su entorno, con flexibilidad, oportunidad, calidad y pertinencia. Los Centros arbitrarán los recursos que se generen en cada uno, por la venta de bienes y servicios; para tal fin constituirán una cuenta independiente, con una contabilidad que refleje los ingresos y egresos de la misma. (…)"

El régimen legal que regula lo concerniente a la jornada de trabajo en el sector público lo constituye el Decreto Ley 1042 de 1978[1], cuyo artículo 33 establece que la jornada laboral para los empleados públicos del orden nacional, corresponde a cuarenta y cuatro (44) horas semanales, así:

"*Artículo 33º.-* *De la jornada de trabajo. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades*

discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para la horas extras".

El precitado artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 prevé que el jefe del organismo respectivo podrá establecer el horario de trabajo.

En armonía con lo previsto en las normas precedentes, el Director General del SENA expidió la Resolución 642 de 2004 "*Por la cual se determina la Jornada Laboral Semanal para el Grupo Ocupacional de Instructor del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y se dictan otras disposiciones*", la cual prevé:

"ARTÍCULO PRIMERO. *De conformidad con lo establecido en el numeral 15 del artículo 24 del decreto 249 de 2004, la jornada laboral semanal para el grupo ocupacional de Instructor es de cuarenta y dos y media (42.5) horas, de las cuales se dedicarán treinta y dos (32) horas a las actividades directas de formación profesional integral.*

PARÁGRAFO 1o. *Son actividades directas de formación profesional integral, las sesiones presenciales o desescolarizadas, tanto a distancia como virtuales, de duración mínimo de una hora desarrolladas por los Instructores, en el SENA o en las empresas cuando realicen el seguimiento formativo a los alumnos en la etapa productiva.*

PARÁGRAFO 2o. *Para efectos del seguimiento formativo a los alumnos en la etapa productiva, el Subdirector de Centro programará hasta el diez por ciento (10%) del total de las horas directas dedicadas por el Centro a formación titulada en la vigencia y asignará los instructores requeridos para su cumplimiento.*

"ARTÍCULO SEGUNDO. *Las diez y media (10.5) horas restantes deberán ser dedicadas a la ejecución de actividades de obligatorio cumplimiento, previamente programadas, identificando el grado de responsabilidad, el tiempo de dedicación, los productos y resultados que el instructor debe cumplir, conforme a la siguiente distribución:*

a) Preparación de sesiones;
b) inducción General;
c) Participación en Comités de Evaluación de Alumnos;
d) Participación en el Equipo Pedagógico del Centro;
e) Formación y actualización pedagógica y tecnológica;

f) Atención de alumnos fuera de las sesiones presenciales para brindarles alguna orientación o responder inquietudes.
g) Actividades de apoyo a los procesos del Sistema Nacional de Formación para el Trabajo;
h) Permiso sindical, en los casos en que haya lugar y hayan sido previamente reconocidos.

De las actividades aquí relacionadas, la primera actividad se debe programar para todos los instructores y en las restantes el instructor puede participar en una o varias de ellas, hasta cumplir con el total de las 42.5 horas de la jornada laboral semanal.

"ARTÍCULO TERCERO. *Si las necesidades del servicio y la realización de proyectos específicos de los Centros de Formación así lo requieren, los Subdirectores de Centro podrán programar a los instructores para dedicarse, tiempo completo y por un período determinado, a la elaboración o actualización de diseños curriculares; Normalización, Evaluación y Certificación del Desempeño; Articulación, Reconocimiento y/o Autorización de Programas; a la participación de proyectos que aplican recursos Ley 344 de 1996; a la prestación de servicios tecnológicos para el fortalecimiento de los programas de Formación Profesional Integral. En todo caso, durante dicho período se debe garantizar el cumplimiento de las horas de formación previstas, previa contratación que se realizará para tal fin.*

PARÁGRAFO: *Los instructores que desarrollen actividades distintas a las de impartir sesiones directas de formación, en la fase de ejecución de la respuesta, aplicarán a esas acciones las 42.5 semanales dispuestas en el decreto…*"

En virtud de las facultades que ostenta el Director General del SENA y atendiendo los principios de la función pública contenidos en el artículo 2 de la Ley 904 de 2004[2] y lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 4 del Decreto 249 de 2004, se expidió la Resolución 2529 de 2004, la cual en su artículo 3° numeral 16 delegó en los Directores Regionales la función de "*Determinar la jomada laboral, que deben cumplir los servidores vinculados a la planta de personal de la regional correspondiente, dentro del marco legal vigente".*

En cuanto a la programación de instructores para efectos de fijar su horario, es mester destacar lo establecido en los numerales 1, 28 y 32 del artículo 27 del Decreto 249 de 2004 que dispone:

"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:

"1.Planear, programar, ejecutar, controlar y evaluar los procesos de Formación Profesional Integral para atender las demandas de los sectores productivos y sociales, directamente o mediante alianzas o convenios con otros agentes públicos o privados.
(…)
"28. Administrar y ejecutar los procesos de contratación, provisión, manejo, mantenimiento, seguimiento y control del talento humano, de los recursos físicos, tecnológicos, pedagógicos, humanos, financieros y de información del Centro.

(…)
32. Decidir sobre aspectos académicos, de planeación, administrativos y financieros en articulación con la Dirección General y la Dirección Regional o del Distrito Capital, según el caso. (…)"

De acuerdo con estas disposiciones, le corresponde a la Subdirección de Centro de Formación Profesional Integral realizar la planeación, programación, ejecución, control y evaluación de los procesos de Formación Profesional Integral; administrar y ejecutar los procesos relacionados con el recurso humano, tecnológico, pedagógico, financieros y de información del Centro; así como también decidir sobre aspectos académicos, de planeación, administrativos y financieros en articulación con la Dirección General (Dirección de Formación Profesional) y la Dirección Regional o Distrital, según sea el caso.

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015 "*Reglamentario Único del Sector de la Función Pública*" (en la parte modificada y adicionada por el Decreto 648 de 2017), dispone en su artículo 2.2.5.5.53 que "*Los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial podrán implementar mecanismos que, sin afectar la jomada laboral y de acuerdo con las necesidades del servicio, permitan establecer distintos horarios de trabajo para sus servidores".*

Atendiendo el marco legal vigente, el Director General del SENA expidió la Circular 3-2018-000098 del 22 de mayo de 2018 mediante la cual estableció los lineamientos que deben aplicarse para implementar el horario flexible en la Entidad, indicando:

"*2. El(a) Secretario(a) General o el respectivo Director(a) Regional, según el caso, deben establecer mediante Resolución las opciones de horario flexible entre las que pueden escoger los servidores públicos de la Dirección General o de la Regional que estén interesados.*

Al fijar estas opciones tendrán en cuenta que se debe garantizar la adecuada y oportuna prestación del servicio por parte del SENA en todas sus dependencias, y que todos los servidores públicos de la entidad deben cumplir una jornada laboral de 8,5 horas diarias, cuando laboran de lunes a viernes, con una (1) horas de almuerzo; de acuerdo con las condiciones que señala la Circular Externa No. 12 de 2017 del DAFP, solamente las mujeres embarazadas podrán salir 30 minutos antes de finalizar su jornada laboral.

3. Los servidores públicos del SENA interesados en una de las opciones de horario flexible deben presentar solicitud escrita al Secretario(a) General (quienes laboran en la Dirección General) o al Director Regional (los que laboren en una Regional o en uno de sus Centros de Formación), indicando el horario que escoge, la(s) razón(es) por la que lo requiere y los soportes que la sustenten.

Esta solicitud debe contar con visto bueno previo del Director de Área, Jefe de Oficina, o Subdirector de Centro, según donde labore; los servidores públicos del despacho del Director General deben obtener el visto bueno del Director.

Los servidores públicos de los despachos de los Directores Regionales y de las Secretaría General deben obtener el visto bueno previo del Coordinador de Grupo al cual estén adscritos y si no lo están, el visto bueno previo será del Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales (para la Dirección General) o del Coordinador del Grupo de Apoyo Administrativo Mixto (para la Regional".

De conformidad con lo dispuesto en esta circular, la fijación de horarios flexibles en las regionales del SENA es de competencia del Director Regional, pero en caso que se trate de servidores públicos o instructores de un Centro de Formación de su jurisdicción, deberá contar previamente con el visto bueno del respectivo Subdirector de Centro.

En caso que se requiera ampliar lo relacionado con el horario de trabajo que rige para los servidores públicos del SENA, se sugiere leer los conceptos jurídicos 68025 de 2018 y 32398 de 2019 emitidos por esta dependencia y publicados en el Normograma institucional.

CONCLUSIÓN

Conforme con lo anterior, el Director Regional es el competente para establecer mediante resolución las opciones de horario flexible en la respectiva regional, y una vez fijadas dichas opciones, los servidores públicos de la respectiva regional podrán escoger la opción que le permita desarrollar sus actividades, que para el caso de los instructores se debe tener en cuenta el cumplimiento de las cuarenta y dos horas y media (42,5) semanales, dedicadas en su totalidad a la ejecución de las funciones propias de su cargo y que la entidad les programe.

Estas horas semanales deberá cumplirlas cada instructor conforme a la planeación establecida por el respectivo Centro de Formación, dedicando treinta y dos (32) horas semanales en actividades directas de Formación Profesional Integral y las diez y media (10.5) horas restantes dedicarlas a la ejecución de actividades de obligatorio cumplimiento, previamente programadas, identificando el grado de responsabilidad, el tiempo de dedicación, los productos y resultados que el instructor debe cumplir.

En este sentido le compete al Director Regional determinar la procedencia de la solicitud de horario flexible, previo análisis de la situación planteada, siempre y cuando se garantice la adecuada y oportuna prestación del servicio por parte del SENA, contando con el visto bueno del respectivo Subdirector de Centro, teniendo en cuenta que a este último le corresponde decidir sobre aspectos académicos, administrativos y de planeación conforme lo establece el artículo 27 del Decreto 249 de 2004.

En todo caso será responsabilidad de cada jefe inmediato verificar, controlar y evidenciar el cumplimiento del horario de todos los servidores públicos bajo su subordinación, incluidos

los que tengan horario flexible, y reportar los incumplimientos al mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.5.5.56 del Decreto 1083 de 2015 (adicionado por el Decreto 051 de 2018), la Resolución 0584 de 2018[3] y la Circular SENA 3-2018-000092 del 10 de mayo de 2018[4], o la que esté vigente.

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

---

[1] A los empleados públicos y trabajadores oficiales NO se les aplican las normas de la parte individual del Código Sustantivo del Trabajo. Por tanto, la jornada laboral prevista en dicho Código no tiene aplicación a los servidores públicos del SENA, por existir norma legal expresa que la regula.

[2] Ley 909 de 2004 ARTÍCULO 2o. PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. (…) b) La flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad, flexibilidad que ha de entenderse sin detrimento de la estabilidad de que trata el artículo 27 de la presente ley;

[3] Resolución 584 de 2018 "*Por el cual se delegan unas funciones en materia de gestión del talento humano en el SENA"* delega en los Directores Regionales del SENA y Subdirectores de Centro la función de evaluar los motivos y determinar si hubo o no justa causa para la inasistencia a laborar de los respectivos servidores públicos.

[4] Circular 3-2018-000092 del 10 de mayo de 2018. Asunto: Comunicación Resolución 0584 de 2018- Descuento de tiempo no laborado.

8. Radicado: 8-2020-002103 - Fecha: 17/01/2020

Asunto: Concepto embargo cuota de sostenimiento mensual de aprendiz

Estimada señora Linda Vanessa:

En respuesta a la comunicación electrónica del 26 de noviembre de 2019, con copia de traslado a nuestra dependencia, mediante la cual solicita información o concepto referente a la viabilidad de embargar pago por concepto de apoyo de sostenimiento de un aprendiz; al respecto, de manera comedida le informo

En la petición trasladada por competencia a nuestra dependencia manifiesta:

> *Solicitan información relacionada con un aprendiz que tiene contrato de aprendizaje pero adeuda a una empresa comercial cierta suma de dinero y ésta quiere embargar su salario. Por lo anterior, consultan sí es posible embargar el apoyo de sostenimiento mensual que recibe el aprendiz por parte del patrocinador.*

ANÁLISIS JURÍDICO

Para determinar sí es viable embargar el apoyo de sostenimiento mensual al aprendiz, se hace necesario analizar la naturaleza jurídica y finalidad de dicha erogación, como también si son parte del mínimo vital.

En ese orden de ideas, la Ley 789 del año 2002 en su artículo 30 dispone:

> *"Artículo 30: "Artículo 30. Naturaleza y características de la relación de aprendizaje. El contrato de aprendizaje es una forma especial dentro del Derecho Laboral, mediante la cual una persona natural desarrolla formación teórica práctica en una entidad autorizada, a cambio de que una empresa patrocinadora proporcione los medios para adquirir formación profesional metódica y completa requerida en el oficio, actividad u ocupación y esto le implique desempeñarse dentro del manejo administrativo, operativo comercial o financiero propios del giro ordinario de las actividades de la empresa, por cualquier tiempo determinado no superior a dos (2) años, y por esto reciba un apoyo de sostenimiento mensual, el cual en ningún caso constituye salario"***.**

Adicionalmente, los elementos particulares y especiales del contrato de aprendizaje, son entre otros, los siguientes:

(…)

> *"d) El apoyo del sostenimiento mensual tiene como fin garantizar el proceso de aprendizaje"***.**

Teniendo en cuenta lo anterior, el apoyo de sostenimiento NO se constituye como salario, sino es una forma de auxilio mensual a la persona que está en proceso de aprendizaje, bien sea durante la fase lectiva o la fase práctica.

Así mismo, mediante Concepto 32124 de 2017 esta dependencia precisó la finalidad del apoyo de sostenimiento mensual del aprendiz de la siguiente manera:

> "*Durante la ejecución del contrato de aprendizaje, el legislador estableció que se daría al aprendiz una suma dineraria a la que denominó "apoyo de sostenimiento mensual", el cual no tiene una carácter retributivo ni salarial por cuanto no corresponde a la contraprestación por servicios de un contrato de trabajo, es una especie de auxilio que la ley estableció como obligación en cabeza del patrocinador, pero, insistimos, no tiene carácter salarial ya que su finalidad es garantizar el proceso de aprendizaje, no retribuir la prestación personal de un servicio*".

También, el Concejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente, Alfonso Vargas Rincón, en Sentencia del 6 de agosto de 2009, citada en el Concepto 10360 de 2014 proferido por esta dependencia, estableció lo siguiente:

1. *"El contrato de aprendizaje tiene como finalidad la de facilitar la formación de quienes, como aprendices, ingresan a las entidades autorizadas para el efecto.*
2. *La Subordinación está referida exclusivamente a las actividades propias del aprendizaje y se recibe a título estrictamente personal.*
3. *El apoyo de sostenimiento mensual, en ningún caso constituye salario, es decir, su fin no es retribuir el servicio.*
4. *La finalidad del apoyo de sostenimiento mensual es servir como sustento mientras surte el proceso de aprendizaje con el fin de que no se vea truncado.*
5. *El contrato de aprendizaje es un contrato especial dentro del marco del Derecho Laboral, más no se considera como un contrato laboral.*
6. *En consecuencia, la empresa patrocinadora no puede realizar ninguna clase de descuento al apoyo de sostenimiento ni siquiera por autorización por escrito del aprendiz, pues el apoyo de sostenimiento NO es salario ni existe una vinculación laboral directa con la empresa*".

Por lo anterior, al considerarse que el pago de apoyo de sostenimiento mensual NO constituye salario, y por consiguiente, no es una contraprestación directa del servicio, no se considera viable embargar ni hacer descuentos directos con relación al apoyo de sostenimiento mensual recibido a favor del aprendiz.

No obstante lo anterior, quien toma la decisión de decretar el embargo o no, es un Juez de la República mediante orden judicial.

RESPUESTA

Teniendo en cuenta que el pago de apoyo de sostenimiento mensual NO constituye salario, y por consiguiente, no es una contraprestación directa del servicio, no se considera viable su embargo ni hacer descuentos directos con relación al apoyo de sostenimiento mensual recibido a favor del aprendiz.

No obstante lo anterior, quien toma la decisión de decretar el embargo o no, es un Juez de la República mediante orden judicial.

Se debe tener en cuenta que bajo ninguna circunstancia, la empresa comercial puede realizar descuentos o embargar mutuo propio a la cuota de apoyo de sostenimiento mensual del aprendiz.

Cordial saludo,
Antonio José Trujillo Illera
Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y
Producción Normativa - Dirección Jurídica
Dirección General

9. Radicado: 8-2020-012178 - de Fecha: 28/02/2020

PARA: eromeroc@sena.edu.co, 111010, **Enrique Romero Contreras**, Director Regional del SENA Distrito Capital

DE: Antonio José Trujillo Illera, Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, 1-0014

ASUNTO: Concepto modalidad de selección para contratar servicio de transporte con recarga de pasajes SITP Estudiantes SENA

En respuesta a su comunicación electrónica de fecha 21 de febrero de 2020, sin radicar, mediante la cual solicita emitir concepto sobre la posibilidad de suscribir convenio para prestar el servicio de transporte para aprendices mediante la compra de recargas del sistema integrado de transporte público (SITP) con la empresa RECAUDO BOGOTA S.A.S., indicando que es la única empresa autorizada para vender las recargas del sistema integrado de transporte público (SITP), también solicita se informe quién está facultado para suscribirlo o que otro tipo de acuerdo pueden suscribir para dar cumplimiento a los objetivos del Plan Nacional Integral de Bienestar de los aprendices del Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA en lo referente al objetivo de *"Asignar apoyos de transporte para la movilidad de los aprendices en su proceso formativo";* al respecto, de manera comedida le informo:

En la solicitud formulada puntualiza lo siguiente:

- En el marco de la Resolución 2203 de 2019, por la cual se adopta el Plan Nacional Integral de Bienestar de los aprendices del Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA y se deroga la Resolución 1228 de 2018, se establece como un objetivo operativo "*Asignar apoyos de transporte para la movilidad de los aprendices en su proceso formativo* y como acción *Adjudicar cupos de transporte de acuerdo con la normatividad vigente".* Conforme a lo anterior los centros de formación de la Regional Distrito Capital y el Despacho Regional hemos estamos revisando la alternativas para dar cumplimiento a este objetivo encontrando la siguiente situación.

- Los centros de formación de la Regional Distrito Capital para otorgar el apoyo de transporte sólo tienen la opción de comprar recargas del sistema integrado de transporte público (SITP) quien a su vez concesionó con la empresa REACAUDO BOGOTA S.A.S el recaudo, control de la flota e información y servicio al usuario, siendo REACAUDO BOGOTA S.A.S la única empresa autorizada para vender las recargas del sistema integrado de transporte público (SITP).

- Con la empresa REACAUDO BOGOTA S.A.S., nos hemos reunido para revisar las alternativas del proceso de compra, ellos propone el documento adjunto como un posible canal entre ellos y el SENA para efectivizar la compra de recargas en cada centro de formación. El documento que proponen es prestablecido por la compañía y lo deben

suscribir las entidades públicas o privadas interesadas en comprar recargas de manera masiva, el documento ellos lo nombran como CONVENIO DE RECARGA MASIVA DE TARJETA "*TULLAVE"* PERSONALIZADA CELEBRADO ENTRE XXXXXXXX Y RECAUDO BOGOTÁ S.A.S.

- Este documento lo envían para revisión y observaciones del SENA, en el mismo no hay obligación presupuestal ni obligación del SENA de comprar determinado número de recargas, la finalidad del documento es facilitar la compra de recargas que serán asignadas a los aprendices conforme al procedimiento interno del SENA, el proceso de compra se perfeccionara en cada centro con la solicitud de la cuenta de cobro que se le realizará a REACAUDO BOGOTA S.A.S. y una vez se aporte la cuenta de cobro el centro de formación expedirá resolución de pago para cancelar la cuenta de cobro enviada por REACAUDO BOGOTA S.A.S..

- Es preciso aclarar que la anterior resolución de Bienestar de los Aprendices (RESOLUCION 1228 DE 2018) contemplaba la autorización a los Subdirectores de Centro para suscribir Alianzas con terceros con la finalidad de brindar una mayor cobertura en el desarrollo del Plan Nacional Integral de Bienestar de los Aprendices, autorización que no es clara en la nueva Resolución 2203 de 2019.

- Hemos revisado la posibilidad de suscribir el convenio propuesto por REACAUDO BOGOTA S.A.S., también les hemos brindado alternativas de contratación dentro del marco del estatuto de contratación pero ellos no tienen la facultad ni recursos para suscribir otro tipo de contratación diferente al propuesto. Es claro que el Director Regional ni los Subdirectores de Centros de Formacion tienen la facultad de suscribir este tipo de convenio a la luz de la misión del SENA y conforme al Decreto 249 de 2003 por el cual se modifica la estructura del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

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.

PRECEDENTES NORMATIVOS

Para el análisis del presente concepto se tendrán en cuenta los siguientes fundamentos normativos, jurisprudenciales y doctrinales:

La **Ley 1150 de 2007** *"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*" – artículo 2º - respecto de las modalidades de selección.

Decreto 1082 de 2015 *"Por medio del cual se expide el Decreto Único reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional"*- artículos 2.2.1.1.2.1.1 y 2.2.1.1.1.6.1 en relación con el principio de planeación. -

Manual de Contratación Administrativa del SENA – Sistema Integrado de Gestión y Autocontrol – Código GCCON-M-001 (2017-11-01)

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- **Sentencia de 29 de agosto de 2007**- radicación 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854) Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez:

ANÁLISIS JURÍDICO

La actividad contractual del Estado se desarrolla en virtud de los principios de transparencia (artículo 24), economía (artículo 25) y responsabilidad (artículo 26) consagrados en la Ley 80 de 1993, así como en los postulados que rigen la función pública (artículo 209 Constitución Política), los cuales deben cumplirse conforme con los principios de planeación y selección objetiva previstos en la Ley 1150 de 2007.

Pues bien, conforme con lo previsto en la Ley 1150 de 2007, el Decreto 1082 de 2015 y el Manual de Contratación, el SENA puede adelantar los procesos de contratación a través de las diferentes modalidades, tales como Licitación Pública, que es la regla general de los procesos de contratación, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa o contratación de mínima cuantía.

Para efectos de determinar la modalidad de contratación, como bien lo señala el Manual de Contratación del SENA, es preciso justificar su escogencia, teniendo en cuenta: la necesidad a satisfacer, el objeto a contratar, alcance y tipo de contrato, el valor o cuantía del contrato y el plazo, entre otros aspectos, lo cual debe estar acompañado de los estudios previos, estudios del sector, apropiación presupuestal y las condiciones de la contratación que se piensa adelantar.

El **Decreto 1082 de 2015** *"Por medio del cual se expide el Decreto Único reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional"* en relación con el principio de planeación, prevé**:**

"*Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos.* *Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:*

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.

2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.

3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.

4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos…"

"*Artículo 2.2.1.1.1.6.1. Deber de análisis de las Entidades Estatales.* *La Entidad Estatal debe hacer,* ***durante la etapa de planeación****, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso".*

Por su parte, el Manual de Contratación Administrativa del SENA[1] consagra, entres otras, las siguientes definiciones:

"*Estudios previos:* *Son los análisis que permiten la buena preparación y concepción del contrato, mediante la precisión de la necesidad, el objeto y alcance del contrato, las exigencias técnicas, el análisis del mercado para establecer el valor del contrato, la modalidad contractual y el procedimiento adaptado y todos los aspectos que aseguran la correcta definición del contrato*".

En el numeral 3.2 el Manual regula lo relativo a los Estudios Previos:

"*3.2. ESTUDIOS PREVIOS*

Con los Estudios Previos se refleja el análisis que el área interesada ha realizado sobre la necesidad del bien, obra o servicio que requiere, de acuerdo con los objetivos misionales de la entidad y sus funciones establecidas en la Ley 119/94, el Plan de Desarrollo, el Presupuesto y el Plan Anual de Adquisiciones, así como la conveniencia y oportunidad de realizar la contratación.

Los estudios y documentos previos están conformados por todo documento final que haya servido de soporte para la elaboración del proyecto de Pliego de Condiciones, Invitación Pública o Contrato según se trate, incluyendo diseños y proyectos necesarios, así como toda la información indispensable para permitir la presentación de ofertas, de manera que los proponentes valoren adecuadamente el alcance de lo requerido por el SENA, así como la distribución de riesgos que se propone".

El numeral 3.2.5 del Manual de Contratación contempla lo referente a la estimación del valor del contrato:

"3.2.5. VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO.

Corresponde al costo económico que tendrá el bien o servicio objeto del contrato a celebrar, para lo cual es imperativo contar con una correcta elaboración y análisis técnico que lo soporte, en donde conste la realización de las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado, así como los estudios de mercado, análisis de la entidad o de los organismos consultores designados para ello.

En la determinación de los precios de mercado se pueden incluir algunas de las siguientes metodologías: cotizaciones, consulta de páginas web especializadas, indexación de precios históricos, contrataciones realizadas en el mismo período, precios regulados, panel de expertos.

Para efectuar un adecuado estudio de costos y mercado hay que tener en cuenta:

- *El Estudio del sector: Tener en cuenta las observaciones realizadas en el presente Manual en el acápite 3.2.3.*

- *Condiciones Comerciales: indicar la forma de pago, el tiempo de entrega, la validez de la oferta, el porcentaje de descuentos por pronto pago en caso de ofrecerse y la garantía en meses del producto ofrecido…*

- *Forma de Pago: (…)*

- *Análisis de los precios unitarios: cuando se contrate por esta modalidad, se tiene que incluir la forma como se calculan los precios y las implicaciones de este cálculo en el valor del presupuesto destinado del contrato…*"

De acuerdo con lo antes expuesto y con sujeción al principio de planeación[2] y a las necesidades de la entidad estatal, la contratación deberá hacerse a través de las modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 1082 de 2015 a que antes se hizo mención.

Al respecto, la **Ley 1150 de 2007** *"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*" señala en su artículo 2º.

"*ARTÍCULO 2o. 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:*

*1. **Licitación pública**. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.*

Cuando la entidad estatal así lo determine, la oferta en un proceso de la licitación pública podrá ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa, en las condiciones que fije el reglamento.

*2. **Selección abreviada.** La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.*

(…) Serán causales de selección abreviada las siguientes:

a) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.(…)

b) La contratación de menor cuantía[1]. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales.

Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 850.000 salarios mínimos legales mensuales e inferiores a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 850 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 400.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 850.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 650 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 400.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 450 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 280 salarios mínimos legales mensuales;

c) (…) Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud. (…)

d) La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto; en cuyo caso la entidad deberá iniciar la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaración de desierta del proceso inicial;

e) La enajenación de bienes del Estado, (…)

f) Productos de origen o destinación agropecuarios (…)

g) Los actos y contratos… de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta (…)

h) Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas (…);i) La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.

3. ***Concurso de méritos*** (…)

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

a) Urgencia manifiesta;

b) Contratación de empréstitos;

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 (…)

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.

j) La contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), que requieran reserva para su adquisición.

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…"* (Subrayas fuera del texto original).

Así pues, para la selección de la modalidad de contratación por la cuantía, se deben verificar los valores aplicables al SENA para la menor y mínima cuantía, así como las causales que permiten la contratación directa, procedimientos cuya escogencia deben estar debidamente justificadas. (Ver Manual de Contratación del SENA)

Ahora bien, examinado el proyecto de convenio remitido por la sociedad RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. se encuentra que éste tendría por objeto (Cláusula primera) "*prestar el servicio de recarga masiva de las tarjetas personalizadas "tullave" para los beneficiarios del apoyo de transporte*", en este caso del SENA.

De igual manera, en la cláusula tercera se establece que el valor del servicio es indeterminado, pero determinable mediante las cuentas de cobro emitidas por **Recaudo Bogotá SAS** y solicitadas en este caso por el SENA, para lo cual tendrá en consideración el presupuesto asignado al inicio del año, así como la demanda en el número o valor total de las recargas con el fin de emitir dicha solicitud.

Como puede apreciarse, el contrato a celebrarse tendría por objeto prestar el servicio de recarga de tarjetas como un apoyo de transporte para la movilidad de los aprendices del SENA en su proceso formativo dentro del Plan Nacional Integral de Bienestar de los aprendices del SENA, adoptado por la Resolución 2203 de 2019, servicio que implica la apropiación y erogación de recursos por parte del SENA

Como se trata de la prestación de un servicio que implica la destinación de recursos para su pago, y en modo alguno la realización de actividades de cooperación sin contraprestación alguna, consideramos que la contratación debe adelantarse con arreglo a lo dispuesto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y en el Decreto 1082 de 2015, máxime cuando el SENA, en tanto entidad estatal debe someterse a lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Pues bien, según se desprende de la información remitida, la empresa RECAUDO BOGOTÁ S.A.S., en virtud del contrato de concesión No. 001 de 2011 celebrado con TRANSMILENIO S.A.[3] tiene a su cargo el diseño, suministro, implementación, operación y mantenimiento del subsistema de **recaudo**, del subsistema de información y servicio al usuario y del subsistema de integración y consolidación de la información para el sistema integrado de transporte público de Bogotá D.C. (SITP), y dentro de sus actividades se encuentra el suministro y comercialización del medio de pago para acceder al SITP, denominado Tarjeta "*tullave*".

CONCLUSIÓN

De lo antes expuesto encontramos en primer término que las entidades estatales, como es el caso SENA dada su naturaleza jurídica de establecimiento público del orden nacional, están obligadas a adelantar sus procesos de contratación por lo dispuesto en las leyes 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, y en los decretos reglamentarios, como es el caso del Decreto 1082 de 2015, por lo que no pueden sustraerse de esta obligación.

Por su parte, el prestador del servicio, como en el caso expuesto, es una sociedad de derecho privado, que conforme con el contrato de concesión es la única entidad que actualmente en el Distrito Capital de Bogotá D.C. tiene a su cargo el suministro y comercialización del medio de pago para acceder al medio de transporte como parte del subsistema de recaudo objeto del referido contrato de concesión.

En este contexto normativo, para efectos de hacer dable la asignación de apoyos de transporte para la movilidad de los aprendices en su proceso formativo dentro de los objetivos del Plan Nacional Integral de Bienestar de los aprendices del Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, a nuestro juicio y salvo mejor opinión, sería viable acudir al proceso de selección de contratación directa a que se refiere el literal g) del numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, el cual establece:

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

(...)

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

Al aplicarse la modalidad de contratación directa basada en la causal g) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, el prestador del servicio deberá acreditar dicha condición.

En resumen, con el fin de determinar la modalidad de selección, se deberán elaborar los correspondientes estudios previos, constituir las apropiaciones presupuestales[4] que fueren pertinentes y definir las condiciones de la contratación, con arreglo a lo contemplado en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, en el Decreto 1082 de 2015 y en el Manual de Contratación del SENA.

Previo al inicio del proceso de contratación, en la elaboración de los estudios y análisis previos, **siempre** será necesario estimar el valor del contrato, lo cual debe estar plenamente justificado, pues ello permitirá definir la modalidad de selección que fuere conducente.

En este sentido, y sin perjuicio de las demás condiciones y estipulaciones que acuerden las partes, consideramos que para definir el valor del contrato bien mediante un monto fijo o un valor indeterminado pero determinable, es necesario que se establezca el número de aprendices que serían beneficiarios del apoyo, el monto del pasaje, el cupo máximo de recarga mensual por beneficiario, la duración del contrato y demás variables que sean procedentes, lo cual permitirá constituir la respectiva apropiación presupuestal.

Es importante que en la base de datos de los aprendices a quienes se les asignen cupos para recarga de tarjetas se verifique con el prestador del servicio que dichos aprendices no tengan asignados otros subsidios para el uso de dicho transporte. También debe

establecerse con los aprendices beneficiarios del apoyo de transporte que la tarjeta de recarga es intransferible y que de ninguna manera puede ser utilizada por terceras personas.

Finalmente, teniendo en cuenta el proceso de selección que en nuestro criterio podría adelantarse, según lo antes expuesto, y acorde con el valor estimado del contrato, debe tenerse en cuenta las facultades para ordenar y adelantar procesos de selección en sus diferentes modalidades y para celebrar contratos o convenios a nombre del SENA, conforme con lo dispuesto en el Estatuto de Contratación Estatal, en el Decreto 249 de 2004 y en los actos administrativos que al interior de la entidad establecen las competencias de los servidores públicos en materia de contratación y ordenación del gasto, en especial lo dispuesto en la Resolución 0069 de 2014

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.

Cordial saludo,
Antonio José Trujillo Illera
Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y
Producción Normativa - Dirección Jurídica
Dirección General

---

[1]Sistema Integrado de Gestión y Autocontrol – Código GCCON-M-001 (2017-11-01)

[2]Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- **Sentencia de 29 de agosto de 2007**- radicación 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854) Consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez:

" (…) La jurisprudencia de la Sala ha sostenido repetidamente, y así lo reitera ahora, que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato;… (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria…".

[3]Por mandato del Acuerdo 4 de 1999 del Concejo de Bogotá y sus Estatutos sociales, la naturaleza jurídica de **TRANSMILENIO S.A**. es la de una sociedad anónima constituida por entidades públicas de Bogotá Distrito Capital, lo que significa que es una sociedad comercial de capital público del orden distrital, sometida al régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado, la cual tiene por objeto la gestión, organización y planeación del servicio integrado de transporte público urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, bajo las modalidades de transporte terrestre automotor, transporte férreo y sistemas alternativos de movilidad como el cable aéreo, entre otros, en las condiciones que señalen las normas vigentes.

[4]Ver Decreto 111 de 1996 artículo 71 cit.

[5]Resolución 0069 de 2014 *"Por la cual se dictan medidas de orden administrativo 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"*

20206000054051
Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20206000054051
Fecha: 12/02/2020 09:38:28 a.m.

Bogotá D.C.

Señora:
ADRIANA ARBOLEDA
Correo electrónico: abog.arboledaexternado@gmail.com

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDAD – Ex Empleado Publico ¿Cuál es el término de la inhabilidad de un ex - asesor teniendo en cuenta que en el Decreto 250 de 28 de enero de 2014 *"Por el cual se adopta la Planta de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA"*, existe dos clases de asesores? **Radicación No. 20206000030432** del 23 de enero de 2020.

Reciba un cordial saludo:

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta Cuál es el término de la inhabilidad de un ex - asesor teniendo en cuenta que en el Decreto 250 de 28 de enero de 2014 *"Por el cual se adopta la Planta de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA"*, existe dos clases de asesores, me permito informarle que:

La Ley 80 de 1993, "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", establece como inhabilidades para contratar, entre otras:

> *"ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.*
> *"(…)"*
> *2o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Entra a regir a partir del 16 de enero de 2008, según lo ordena el artículo 33 de la misma Ley> Tampoco podrán participar en licitaciones ~~o concursos~~ ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:*
>
> *a. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro. (…)"*

De acuerdo con lo establecido en el literal a. del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante que hubieren desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, inhabilidad que se extiende **por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro**.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, a partir del 12 de julio del 2011, se adicionó un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en el siguiente sentido:

> "Artículo 4°. *Inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el Estado*. Adicionase un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

Para verificar la validez de este documento escaneé el código QR, el cual lo redireccionará al repositorio de evidencia digital de la Función Pública
Función Pública
El servicio público es de todos
Documento firmado digitalmente
Sistema de gestión documental Orfeo

Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público."

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-257 del 7 de mayo de 2013 resolvió la demanda de inconstitucionalidad en contra del Inciso1º del artículo 3 y el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, Conjuez Ponente: Jaime Córdoba Triviño, y señaló lo siguiente:

"4.- Análisis de la constitucionalidad del artículo 4º de la ley 1474 de 2001, que adiciona un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

Esta disposición normativa establece, dentro del conjunto de inhabilidades que el legislador ha previsto para contratar con el Estado, específicamente para (i) quienes hayan ejercicio cargos directivos en las entidades del Estado; (ii) sus parientes dentro del primer grado de. consanguinidad, primero de afinidad o primero civil; y (iii) las sociedades en las cuales dichos ex directivos a sus parientes próximos hagan parte o estén vinculados a cualquier título a esa sociedad, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. La inhabilidad rige durante los dos años siguientes a su retiro.

El demandante plantea que esta disposición (i) viola el derecho a la personalidad jurídica consagrado en el artículo 14 superior, pues impide a las personas que hayan desempeñado una función pública como directivos contratar con el Estado precisamente en las áreas que corresponden y son más apropiados para aplicar su conocimiento, especialidad y experiencia; (ii) la medida no es idónea pues existen otros mecanismos menos gravosos para los derechos fundamentales para lograr la finalidad que persigue y está dirigida contra quienes ya no tienen injerencia; (iii) la restricción es excesiva frente a los beneficios buscados, lo mismo que el plazo previsto si se toma en cuenta que para muchas personas la contratación pública es la fuente de su subsistencia.

Plantea además el demandante que al no diferenciar la norma el tipo de sociedades respecto de las cuales se aplica la inhabilidad, estarían comprendidas también las sociedades anónimas, lo cual implica que (i) podría afectar a empresas que hayan realizado ofertas públicas de acciones a partir de las cuales servidores públicos se conviertan en accionistas y (ii) resulta desproporcionado, pues no tiene en cuenta los casos en los que puede resultar afectada por la actividad de uno solo de ellos, sin importar el porcentaje de participación.

En los términos ya señalados, se reitera que el legislador goza en esta materia de una amplia libertad de configuración para establecer un régimen estricto de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos durante el ejercicio de sus funciones y por un tiempo razonable a partir de su retiro, especialmente en el ámbito de la contratación pública. En este caso las medidas legislativas se han adoptado como parte esencial de una política pública cuyo fin es la de erradicar y prevenir no solo posibles actos corrupción, sino la de proscribir ventajas y privilegios que entrañan grave desconocimiento de los fines del estado, de los principios de la función pública y de los derechos de los ciudadanos en materia de contratación estatal. Política pública que, como ya se anotó, responde a una continuidad histórica, desde su consagración en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y que se ha ordenado a establecer rigurosos mecanismos de prevención de prácticas indeseables en la contratación pública. Por ello resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en estos o sus parientes hagan parte ***y la entidad del estado a la cual estuvo vinculado como directivo.***

*No puede perderse de vista que la norma acusada establece la inhabilidad para contratar, directa o indirectamente, a quienes hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado, o sus parientes, y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título. Es claro que la norma señala que la inhabilidad se aplica en relación con aquellos servidores públicos que desempeñaron funciones de dirección para evitar que puedan utilizar los vínculos, influencia y ascendencia que estos ex directivos -o sus familiares cercanos -****puedan tener con la entidad y sus funcionarios encargados de los procesos de selección, precisamente por el rol de jerarquía y mando que ejerció****, con lo cual se trata de poner a salvo los principios constitucionales de la administración pública ya referidos.*

Sin embargo, como lo plantea el demandante y algunos intervinientes, tratándose de sociedades anónimas por acciones, dadas sus características esenciales, la restricción no podría aplicarse, pues en estos casos no existe posibilidad de control sobre los accionistas que puedan acceder a la compra de acciones, y que lo pueden hacer con plena libertad, incluso en el mercado bursátil abierto, en razón de la capacidad económica y voluntad del inversionista y no por sus condiciones personales y de manera particular por su condición de ex servidor público. Esta circunstancia de suyo no implica que la

norma deba ser declarada inconstitucional o la necesidad de que la Corte profiera una sentencia condicionada, pues de lo que se trata en este caso es de fijar el alcance material de la proposición normativa objeto de control.

Para la Corte es claro que la prohibición establecida en el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, que adiciona el literal F al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no aplica respecto de aquellos tipos societarios en donde la forma de vinculación de los socios hace imposible un control directo y efectivo sobre su ingreso y sobre las calidades personales de los mismos.

Esta hipótesis es distinta, se aclara, a la del ex servidor público que tiene la condición de: directivo o representante legal de este tipo de sociedades y pretende en nombre de aquella contratar con la entidad a la cual estuvo vinculado y cuyo objeto tenga relación con las funciones públicas que desempeñó.

Bajo esas precisiones la Corte declarará la constitucionalidad del enunciado normativo acusado." (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional, resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en estos o sus parientes hagan parte y la entidad del Estado a la cual estuvo vinculado como directivo. Según la Corte, es claro que la norma señala que la inhabilidad se aplica en relación con aquellos servidores públicos que desempeñaron funciones de dirección para evitar que puedan utilizar sus vínculos, influencia y ascendencia con la entidad en la que prestaron sus servicios y sus funcionarios encargados de los procesos de selección, precisamente por el rol de jerarquía y mando que ejercieron siendo directivos.

En la exposición de motivos del "Proyecto de ley por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública", se indicó:

"La administración pública es el ámbito natural para la adopción de medidas para la lucha contra la corrupción; por ello en el primer capítulo se consagra una serie de mecanismos administrativos para reducir determinados fenómenos que afectan gravemente al Estado:

A. En primer lugar, se busca terminar con la llamada puerta giratoria, a través de la cual se logra la captura del Estado por personas que habiendo laborado en la administración pública utilizan sus influencias para actuar ante la misma.
En este sentido, el artículo 3 señala rigurosas prohibiciones para que los servidores públicos gestionen intereses o contraten con entidades donde se desempeñaron. Por su parte, el artículo 4 consagra una inhabilidad para contratar con el Estado aplicable a quien haya ejercido cargos de dirección en entidades del Estado, y a las sociedades en las que dicha persona esté vinculado a cualquier título, durante los tres (3) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. (…)"

De acuerdo con los antecedentes de la Ley 1474 de 2011, se busca terminar con la llamada puerta giratoria y evitar que el sector privado tomara ventaja de contar con exfuncionarios públicos para contratar con el Estado, y no que organismos que integran la administración pública estuvieran inhabilitadas para contratar con el Estado cuando su representante legal cambiara de empleo público para ejercer otro cargo como empleado público dentro de la Rama Ejecutiva.

De acuerdo con lo anterior, las personas que hayan ejercido cargos en el **nivel directivo** en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, están inhabilitadas para contratar directa o indirectamente con la entidad respectiva, es decir, con la entidad del Estado a la cual estuvieron vinculados como directivos, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios, para evitar las ventajas del sector privado en la contratación de exfuncionarios del Estado para obtener ventajas contractuales en la libre competencia frente a los procesos contractuales con el Estado, y así garantizar la transparencia, la igualdad y a moralidad como principios que deben salvaguardarse en la función pública.

Así las cosas, esta Dirección considera que las inhabilidades para que ex servidores públicos contraten con el Estado consagradas en los artículos 8 de la Ley 80 de 1993 y 4 de la Ley 1474 de 2011, aplica frente a la entidad respectiva para quienes:

a) Fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante, siempre y cuando estos últimos hubieren desempeñado funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro; o

b) Hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Teniendo en cuenta que estas inhabilidades del ex servidor público para contratar se predican respecto de la entidad del Estado a la cual estuvo vinculado como directivo o asesor, y abarca objetos contractuales relacionados con el sector al cual el ex servidor prestó sus servicios.

Así las cosas, esta Dirección considera frente al caso concreto, que un ex empleado del nivel asesor se encuentra inhabilitado para contratar con la respectiva entidad por el término de un (1) año contado a partir de la fecha de su retiro independiente que que sea asesor de.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES
Director Jurídico

Proyecto: Sandra Barriga Moreno
Aprobó: Dr. Armando López Cortes
11.602.8.4