

CONCEPTO 16241 DE 2016

(abril 18)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Bogotá D.C.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Respuesta Concepto contratación Directa o convenio - Actividades de Bienestar a Funcionarios.

De manera comedida procedemos a resolver la consulta allegada mediante comunicación electrónica de fecha viernes, 01 de abril de 2016 3:43 p. m. sin radicado.

En su comunicación manifiesta:

“Con el debido respeto y siguiendo las instrucciones del señor Director Regional, por competencia acudimos a su despacho con el fin de obtener concepto jurídico de la Dirección Jurídica respecto de viabilidad jurídica de Realizar contratación Directa con la Caja COMFANORTE, para realizar las actividades de BIENESTAR FUNCIONARIOS de la entidad. // Para conocimiento Dr. Juan Pablo en la ciudad, hay 2 cajas de Compensación.// Se anexan 2 contratos suscritos por la caja en comento con la Fiscalía y el ICBF”

#### ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

#### ANÁLISIS JURÍDICO

En relación con su consulta debemos examinar los siguientes puntos:

##### 1. Plan de bienestar.

Con el fin de definir los puntos objeto de la consulta es menester analizar previamente si las actividades de BIENESTAR FUNCIONARIOS se les pueden aplicar las reglas de la contratación directa, razón por la cual pasaremos a definir y examinar lo relativo a este procedimiento de selección.

Es así, como el artículo [20](#) del Decreto 1567 de 1998 implementó la creación de programas de bienestar social para los servidores públicos de la siguiente manera: “Bienestar Social. Los programas de bienestar social deben organizarse a partir de las iniciativas de los servidores públicos como procesos permanentes orientados a crear, mantener y mejorar las condiciones que favorezcan el desarrollo integral del empleado, el mejoramiento de su nivel de vida y el de su familia; así mismo deben permitir elevar los niveles de satisfacción, eficacia, eficiencia,

efectividad e identificación del empleado con el servicio de la entidad en la cual labora.”

A su vez, el artículo [21](#) del mismo Decreto establece que los programas de bienestar social deben dirigirse al cumplimiento de los siguientes objetivos: “a. Propiciar condiciones en el ambiente de trabajo que favorezcan el desarrollo de la creatividad, la identidad, la participación y la seguridad laboral de los empleados de la entidad, así como la eficacia, la eficiencia y la efectividad en su desempeño; b. Fomentar la aplicación de estrategias y procesos en el ámbito laboral que contribuyan al desarrollo del potencial personal de los empleados, a generar actitudes favorables frente al servicio público y al mejoramiento continuo de la organización para el ejercicio de su función social; c. Desarrollar valores organizacionales en función de una cultura de servicio público que privilegie la responsabilidad social y la ética administrativa, de tal forma que se genere el compromiso institucional y el sentido de pertenencia e identidad; d. Contribuir, a través de acciones participativas basadas en promoción y la prevención, a la construcción de un mejor nivel educativo, recreativo, habitacional y de salud de los empleados y de su grupo familiar; e. Procurar la calidad y la respuesta real de los programas y los servicios sociales que prestan los organismos especializados de protección y previsión social a los empleados y a su grupo familiar, y propender por el acceso efectivo a ellos y por el cumplimiento de las normas y los procedimientos relativos a la seguridad social y a la salud ocupacional.”

De conformidad con lo establecido en el Decreto [1227](#) de 2005 Capítulo II Artículo 69. Las entidades deberán organizar programas de estímulos con el fin de motivar el desempeño eficaz y el compromiso de sus empleados. Los estímulos se implementarán a través de programas de protección y servicios sociales como lo prevé el artículo [70](#) del mencionado decreto.

El Grupo de Formación y Desarrollo del Talento Humano contribuye al cumplimiento de la política de austeridad y eficiencia en la manejo de los recursos Públicos del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, en la estructuración del Plan de Bienestar para el año 2016, en el que se incluyen las actividades de tipo cultural, recreativas, deportivas y educativas que contribuyan al mejoramiento de la calidad de vida y desarrollo integral de los servidores públicos del SENA y sus familiar, el cual debe ser desarrollado de acuerdo a sus lineamientos y ajustados a las necesidades de cada Regional para su ejecución.

## 2. Modalidad de contratación.

Con el fin de definir los puntos objeto de la consulta, es menester analizar previamente si a las actividades de BIENESTAR FUNCIONARIOS se les deben aplicar las reglas de la contratación directa, razón por la cual pasaremos a definir y examinar lo relativo a este procedimiento de selección.

## 3. Contratación Directa.

- 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”, en su artículo [20](#) establece que la escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa y la misma norma indica que estas modalidades de selección se deben adelantar de acuerdo con las reglas que rigen para cada procedimiento.

Complemento de lo anterior, existen situaciones o eventos, establecidos por el legislador y determinados por la ley, en los cuales que no es necesario adelantar el proceso mediante convocatoria pública por “considerarlo obstaculizador o inconveniente y le da facultades al

Estado par que elija a la persona con la que desea celebrar un contrato determinado, de manera directa, sin que sea excusa para olvidar la importancia de acudir a criterios objetivos para escoger al contratista”<sup>(1)</sup>

- En relación con la contratación directa y el objeto de la consulta la ley en cita señala:

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:

Adicionado por el art. [94](#), Ley 1474 de 2011

[...]

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;

Parágrafo 1o. La entidad deberá justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar.

Parágrafo 2o. El procedimiento aplicable para la ejecución de cada una de las causales a que se refiere el numeral 2o del presente artículo, deberá observar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y las siguientes reglas:

[...]

Así las cosas, la contratación directa, es aquella modalidad de selección que permite la vinculación de contratistas de una manera excepcional, sin necesidad de convocatoria pública, a la cual solo puede acudirse cuando procedan las causales taxativas establecidas en el numeral 4o del artículo [2o](#) de la Ley 1150 de 2007.

En este sentido, corresponde a los Ordenadores del Gasto y a los estructuradores de los procesos de contratación definir la pertinencia de acudir a las causales de contratación directa previstas en la ley dejando constancia del análisis jurídico, técnico o económico que fundamenta tal determinación así como de los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar, en cumplimiento de la potestad estrictamente reglada del parágrafo 1 del artículo [2](#) de la Ley 1150 de 2007. Igualmente deberán asegurarse de que convergen todos los presupuestos para aplicar las causales de contratación directa:

Ahora bien, en caso que se opte por celebrar un contrato, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el Manual de Contratación del SENA, adoptado por medio de la Resolución [203](#) de 2014.

Sin embargo, para el caso bajo estudio, se deduce del texto de la consulta que, para adelantar la contratación preguntada, no es procedente acudir a ninguna de las causales señaladas por la ley para la contratación directa, ni especialmente, a la inexistencia de pluralidad de oferentes, de suerte que bajo el panorama expuesto por el solicitante, no es pertinente aplicar esta modalidad de contratación.

#### 4. Convenio.

LEY [489](#) DE 1998:

“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo [189](#) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

Artículo [96](#).- Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observación de los principios señalados en el artículo [209](#) de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

En virtud de lo dispuesto en los artículos [95](#) y [96](#) de la Ley 489 de 1998, las entidades públicas podrán asociarse con particulares mediante la celebración de convenios de asociación para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que deben cumplir aquellas, En todo caso los convenios de asociación con particulares a que alude el artículo [96](#) de la Ley 489 de 1998 se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo [355](#) de la Constitución Política, y en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

- De acuerdo con estas normas, el SENA podrá ejecutar directamente los programas de bienestar social para sus servidores públicos mediante la celebración de convenios de cooperación con otras entidades públicas o privadas.

Estos convenios, en aquellos aspectos que no se encuentren regulados por la leyes especiales estarán sometidos a las normas de contratación administrativa a que aluden las Leyes [80](#) de 1993, 1150 de 2007, los Decretos 777 de 1992 y [1082](#) de 2015 y las directrices trazadas por la Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente.

Visto lo anterior, se hace necesario establecer la diferencia entre un convenio y un contrato, a fin de que el ordenador del gasto determine cuál sería la figura aplicable frente al caso consultado.

| ELEMENTO DIFERENCIADOR | CONVENIO  | CONTRATO  |
|------------------------|---|---|
| OBJETO                 | Ejecutar un proyecto de formación profesional consolidado por las partes en un plan operativo.  | Prestar un servicio, suministrar un bien o construir una obra.  |
| FINALIDAD              | Persiguen un fin común ligado a la misión de las partes suscribientes, las cuales por lo general realizan aportes comunes en dinero y/o especie para la ejecución del proyecto. | Los fines son disímiles y contrapuestos. El contratista o particular obtiene una contraprestación, generalmente de carácter económico, por la construcción de una obra, la entrega de bienes o la prestación de un servicio.    |
| FORMA DE EJECUCIÓN     | Las partes ejecutan de común acuerdo el objeto convencional mediante el desarrollo de un plan operativo elaborado y aprobado conjuntamente.                                     | El contratista ejecuta el objeto contractual atendiendo lo dispuesto en el pliego de condiciones, la convocatoria pública o lo estipulado en el cuerpo del contrato, según sea el caso.   |
| BENEFICIARIOS          | El proyecto que se comprometen a ejecutar de común acuerdo las partes, beneficia a la comunidad en general y su fin es satisfacer un interés público.                           | El contratista busca un beneficio particular y concreto, generalmente de índole patrimonial, a cambio de la ejecución del objeto que la entidad haya contratado. Satisface necesidades e intereses muy concretos de la entidad. |

#### 5. Aplicación del principio de transparencia y de selección objetiva.

En la Circular No. [014](#) del 1 de junio de 2011, expedida conjuntamente por la Contralora General de la República, el Auditor General de la República y el Procurador General de la Nación<sup>(2)</sup> se recuerda a las representantes legales y ordenadores del gasto de entidades públicas sometidas al Estatuto de Contratación Estatal de Nivel Nacional los lineamientos generales de la contratación directa, indicando, entre otros puntos, lo siguiente:

“La contratación directa debe garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y, en especial del deber de selección objetiva, establecidos en las Leyes [80](#) de 1993 y [1150](#) de 2007.

(..)

En virtud del principio de transparencia (...) la convocatoria pública, a través de licitación, selección abreviada y concurso de méritos, constituye la regla general para la escogencia de contratista. De forma excepcional, el ordenamiento jurídico permite que, en los casos expresamente señalados por el legislador, las entidades no acudan a la regla general sino, por el contrario, a la contratación directa, de carácter especial y, por ende, de aplicación restrictiva, que se circunscribe únicamente a las causales del numeral 4 del artículo [2](#) de la Ley 1150 de 2007.

En consecuencia, cuando una entidad pública defina la pertinencia de acudir a las causales de contratación directa previstas en la ley debe dejar constancia del análisis jurídico, técnico o económico que fundamenta tal determinación, en cumplimiento de la potestad estrictamente reglada del párrafo 1 del artículo [2](#) de la Ley 1150 de 2007”.

Es del caso precisar que los Ordenadores del Gasto y los estructuradores, así como todos

aquellos que participen a cualquier título en el proceso de contratación, deberán dar especial importancia a la aplicación de los principios de transparencia y selección objetiva los cuales serán tenidos en cuenta indistintamente de la modalidad utilizada en la escogencia de la mejor propuesta, conjurando así el riesgo de adelantar una contratación sustentada en criterios subjetivos o discrecionales de la Administración, para tal efecto, deberán establecer las condiciones de capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes (esta última en caso de que se requiera), las cuales serán objeto de verificación previa a la suscripción del contrato. Del mismo modo, acudirán a criterios objetivos para la escogencia del contratista, de suerte que suscribirán el contrato con la persona natural o jurídica que haga el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, mediante el uso de factores técnicos y económicos que permitan a la entidad elegir la mejor de las propuestas.

Igualmente, salvaguardaran el interés general y los principios de eficacia y eficiencia<sup>(3)</sup> embebidos en la teleología de garantizar el cumplimiento de los fines estatales maximizando el rendimiento o los resultados, y sin el despilfarro del gasto público

De acuerdo con las normas antes citadas, el Ordenador del gasto con apoyo de los estructuradores, sin quienes deberán establecer la pertinencia de acudir a las modalidades de contratación establecidas en la Ley 80 de 1993, o a la suscripción de un convenio; lo anterior en atención a las condiciones de los acuerdos y a las características de los bienes o servicios a contratar.

El presente concepto se rinde de conformidad con lo dispuesto por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

Carlos Emilio Burbano Barrera

Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa

Dirección Jurídica SENA

NOTA FINAL

(1) Sentencia Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección tercera Consejero Ponente: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS. Radicación No 12964.

(2) Ver Circular Conjunta No. [014](#) del 1 de junio de 2011, expedida por la Contralora General del República, el Auditor General de la República y el Procurador General de la Nación.

(3) Sentencia C-826 de 2013 la honorable Corte Constitucional



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)



logo