

CONCEPTO 32215 DE 2020

(mayo 19)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

PARA XXXXX, Subdirectora Centro de Electricidad, Electrónica y Telecomunicaciones- Regional Distrito Capital – 119210
DE: XXXXX, Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa 1-0014
ASUNTO: Concepto conflicto derechos en convocatoria para asignación apoyos de alimentación

Mediante oficio remitido por correo electrónico de fecha 15 de mayo de 20209 radicado con el número 2-2020-019058 solicita concepto sobre la aplicación de criterios de desempate dentro de la convocatoria que se está adelantando para apoyos de alimentación de acuerdo con los lineamientos establecidos en la Circular 01-3-2020-[000072](#) de 21 de abril de 2020 - Plan de acción de bienestar al aprendiz en centros de formación en el marco de la contingencia COVID – 19. Al respecto, de manera comedida le informo:

En la consulta formulada puntualiza:

Para la asignación de los apoyos de alimentación se adelantó el proceso de divulgación y se inscribieron 525 aprendices para 423 cupos, se procedió a la selección de los aprendices de acuerdo a los criterios establecidos, se priorizaron 296 aprendices y para los 127 cupos restantes, están en empate un grupo de 229 aprendices dentro de los cuales hay un número de aprendices menores de edad. Por lo anterior solicita concepto sobre

En la convocatoria se establecieron como “CRITERIOS DE DESEMPATE: La asignación y adjudicación de cupos de apoyos de alimentación se realizará en estricto orden descendiente de puntuación hasta agotar los cupos y recursos asignados al centro de formación. Sin embargo, se considera empate cuando dos o más aprendices tienen el mismo valor total de puntos en el centro de formación. Si los cupos asignados al centro de formación alcanzan a todos los aprendices priorizados, se adjudica a todos y no habrá necesidad de desempate.

En caso contrario, cuando se presente empate en el (los) último(s) cupo(s) disponible(s), se debe acudir a los siguientes criterios de desempate:

1. Se utilizará como primer criterio de desempate, seleccionar al aprendiz que no haya tenido ningún tipo de apoyo de sostenimiento, nutricional, transporte o de monitoria, con anterioridad en su proceso de formación en el SENA.
2. En caso de persistir el empate el centro de formación se deberá comunicar con el aprendiz y solicitar a través de comunicación electrónica, el certificado de votación del último proceso electoral y se seleccionaran los aprendices que acrediten este certificado.
3. En caso de continuar el empate, se escogerán el (los) aprendiz (es) que lleven más adelantado su proceso de formación.

4. Por último, si en ninguna de las alternativas anteriores se define el desempate se procederá a realizar sorteo de forma virtual donde participarán el subdirector del centro de formación, el profesional de planta de bienestar al aprendiz y responsable de apoyos de sostenimiento quienes suscribirán el acta respectiva.”

Se acudió al primer criterio y continuó el empate, por lo cual se acudió al segundo criterio y se encontró que el grupo de aprendices que son menores de edad, están en desigualdad frente a los que son mayores de edad que pueden aportar el certificado lectoral.

Teniendo en cuenta lo establecido por la Constitución Política en su artículo [44](#), los artículos [8](#) y [9](#) del Código de Infancia y Adolescencia y la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, que nos indica que los derechos de los niños y adolescentes priman sobre los intereses y derechos otorgados a los demás grupos en el ordenamiento jurídico.

La Consulta Jurídica es: para la selección de los aprendices se debe aplicar el segundo criterio de desempate o por el contrario el grupo de aprendices que son menores de edad se deben priorizar para ser seleccionados.

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:

Constitución Política – artículo [44](#)

Ley 1098 de 2006 "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia" – artículos [3](#) y [9](#).

Circular 01-3-2020-[000072](#) (21 de abril) expedida por el Director de Formación Profesional - Apoyos de alimentación - plan de acción de bienestar al aprendiz en centros de formación en el marco de la contingencia COVID – 19

Circular 01-3-2020-[000079](#) (30 de abril) expedida por el Director de Formación Profesional - Alcance a la circular 01-3-2020-[000072](#) “Apoyos de alimentación - plan de acción de bienestar al aprendiz en centros de formación en el marco de la contingencia COVID – 19”

Sentencias T-746 de 2007, C- 370 de 2014 - Corte Constitucional

ANÁLISIS JURÍDICO

1o. En cumplimiento de las “medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas”, adoptadas por el Gobierno Nacional mediante el Decreto [491](#) del 28 de marzo de 2020, “el aislamiento preventivo obligatorio” de todas las personas en Colombia ordenada en el Decreto [457](#) de 2020 y considerando que el

SENA debe dar cumplimiento a los requerimientos del Gobierno Nacional, así como atender a la comunidad SENA en medio de la emergencia sanitaria, se expidió la Circular 01-3-2020-[000072](#) (21 de abril) por el Director de Formación Profesional, mediante la cual se adoptaron medidas que tienen carácter temporal y extraordinario.

Como medida preventiva y excepcional, hasta que se supere la Emergencia Económica, Social y Ecológica por causa de la pandemia COVID – 19 (Coronavirus), se establecieron orientaciones en materia de distribución del presupuesto de las actividades previstas para desarrollar el plan de acción de bienestar al aprendiz en centros de formación, en especial en lo referente a “Apoyos de Alimentación” que se brinda a los aprendices de formación laboral y formación tecnológica de oferta abierta en modalidad presencial.

La mencionada Circular dispone que “En el marco de esta situación excepcional y hasta que se supere la emergencia económica, social y ecológica por causa de la pandemia COVID – 19 (Coronavirus), el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA determina que podrán también ser beneficiarios de apoyo de alimentación los aprendices de etapa productiva a quienes se les ha suspendido el contrato de aprendizaje y aquellos que durante el tiempo de pandemia hayan finalizado su etapa lectiva y a la fecha de esta convocatoria no se han podido ubicar para iniciar su etapa productiva, también involucra a los aprendices de formación virtual y a distancia.

El apoyo de alimentación contemplado y aprobado mediante la presente circular, será entregado mediante bonos de cien mil pesos (\$100.000) y cada aprendiz podrá recibir un bono mensual hasta por 3 meses.

Los Centros de formación serán responsables de:

1. (...)
2. Realizar la convocatoria para la asignación de los bonos de alimentación y publicar listados de priorización para la asignación y entrega de los bonos (...)

A continuación se fijaron los criterios de priorización para la entrega de bonos de alimentación con sus respectivos puntajes.

Posteriormente se expidió la Circular 01-3-2020-[000079](#) (30 de abril) mediante la cual se dio alcance a la Circular 01-3-2020-[000072](#) “Apoyos de alimentación - plan de acción de bienestar al aprendiz en centros de formación en el marco de la contingencia COVID – 19” donde se ratifica que los Centros de Formación son responsables de “2. Realizar la convocatoria para la asignación de los bonos de alimentación y publicar listados de priorización para la asignación y entrega de los bonos”.

2o. La Ley [1098](#) de 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia” prevé:

ARTÍCULO 3o. SUJETOS TITULARES DE DERECHOS. Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo [34](#) del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad.

PARÁGRAFO 1o. En caso de duda sobre la mayoría o minoría de edad, se presumirá esta. En caso de duda sobre la edad del niño, niña o adolescente se presumirá la edad inferior. Las

autoridades judiciales y administrativas, ordenarán la práctica de las pruebas para la determinación de la edad, y una vez establecida, confirmarán o revocarán las medidas y ordenarán los correctivos necesarios para la ley.

PARÁGRAFO 2o. En el caso de los pueblos indígenas, la capacidad para el ejercicio de derechos, se regirá por sus propios sistemas normativos, los cuales deben guardar plena armonía con la Constitución Política”. (Subraya fuera de texto)

En armonía con el artículo [44](#) de la Constitución Política, el artículo [9o](#) del Código de la Infancia y Adolescencia dispone:

"ARTÍCULO [9o](#). PREVALENCIA DE LOS DERECHOS. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente".

Sobre el particular, la Corte Constitucional en Sentencia C- 370 de 2014 expresó:

"(...) Respecto a la calidad de sujetos de especial protección constitucional que ostentan los niños, las niñas y los adolescentes, ésta tiene su sustento en los postulados de la Constitución y también en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen el principio del interés superior del menor de dieciocho años y que integran el denominado bloque de constitucionalidad. Ahora, su calidad de sujetos de especial protección deviene del artículo [44](#) Superior, el cual establece, entre otros aspectos, que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. También, preceptúa que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás.

(...)

El principio del interés superior del menor de dieciocho años, consagrado en distintos convenios de derechos humanos, se encuentra establecido expresamente en el artículo [8o](#) del Código de la Infancia y la Adolescencia, así "(...) Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes". Por otra parte, el artículo [25](#) de este mismo Código, siguiendo el precepto superior de la prevalencia de los derechos de los menores de dieciocho años sobre los demás, estableció: "(...) En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona (...)". 2.4.3 En definitiva, la calidad de sujetos de especial protección constitucional de los niños, las niñas y adolescentes, deviene del (i) artículo [44](#) Superior que establece que sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás, y del (ii) marco internacional, que consagra el principio del interés superior de los menores de dieciocho años..." (Subrayas y negrillas fuera del texto original)

Ahora bien, la Corte Constitucional en Sentencia T-746 de 2007, en relación con la adopción de medidas para que la igualdad sea real y efectiva especialmente para aquellas personas que por su

condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, prohíbe a las autoridades conferir tratos distintos que no configuren discriminación.

"(...) La Constitución Política de Colombia, en su artículo [13](#) establece que todas las personas nacen iguales ante la ley y que recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Empero lo anterior, dicha norma no debe entenderse como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática, pues de ser así, paradójicamente, se tornaría desigual. En este sentido, los incisos segundo y tercero del artículo ídem ordenan al Estado promover "las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva", adoptar "las medidas a favor de grupos discriminados o marginados" y, además, proteger "especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta".

De lo descrito anteriormente se desprende que el citado artículo [13](#) Superior prohíbe a las autoridades discriminar a las personas, pero no conferir tratos distintos entre ellas que no configuren discriminación. Lógicamente, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que, aunque otorgan un trato diferenciado, se basan en justificaciones objetivas y razonables y por tanto se ajustan a la Constitución; indicando que para la adopción de estas últimas deben estar presentes los siguientes presupuestos: (i) que los sujetos del trato desigual se encuentren en la misma situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la identidad en la situación, el trato desigual que se otorga y la finalidad que se persigue tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad".

CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo antes expuesto, se aprecia que en las Circulares [01-3-2020-000072](#) (21 de abril) y [01-3-2020-000079](#) (30 de abril), mediante las cuales se adoptaron medidas en relación con los "Apoyos de alimentación" dentro del plan de acción de bienestar al aprendiz en centros de formación en el marco de la contingencia COVID – 19", se estableció la responsabilidad de los Centros de Formación de "2. Realizar la convocatoria para la asignación de los bonos de alimentación y publicar listados de priorización para la asignación y entrega de los bonos", teniendo en cuenta los criterios y puntajes de priorización para la entrega de bonos de alimentación.

En consonancia con lo anterior, el Centro de Formación, en el caso que nos ocupa, realizó la respectiva convocatoria en la cual se establecieron no sólo los criterios y puntajes de priorización para la asignación de bonos de alimentación, sino que se definieron también los criterios en casos de empate entre los diferentes aspirantes.

Como se indica en su comunicación, cuando se presente empate en el (los) último(s) cupo(s) disponible(s), se debe acudir a los siguientes criterios de desempate:

1. Se utilizará como primer criterio de desempate, seleccionar al aprendiz que no haya tenido ningún tipo de apoyo de sostenimiento, nutricional, transporte o de monitoria, con anterioridad en su proceso de formación en el SENA.
2. En caso de persistir el empate el centro de formación se deberá comunicar con el aprendiz y solicitar a través de comunicación electrónica, el certificado de votación del último proceso

electoral y se seleccionaran los aprendices que acrediten este certificado.

3. En caso de continuar el empate, se escogerán el (los) aprendiz (es) que lleven más adelantado su proceso de formación.

4. Por último, si en ninguna de las alternativas anteriores se define el desempate se procederá a realizar sorteo de forma virtual donde participarán el Subdirector del Centro de Formación, el profesional de planta de bienestar al aprendiz y responsable de apoyos de sostenimiento quienes suscribirán el acta respectiva.

Dentro de los criterios para dirimir los casos de empate, se exigiría que por parte de los aspirantes se aportara el certificado de votación del último proceso electoral, lo cual permitiría seleccionar al aprendiz que acreditara este certificado.

No obstante, según lo informado entre los aspirantes que se presentaron a la convocatoria se encuentra un número de aprendices menores de edad.

En este contexto se observa que el parámetro normativo a aplicar entre los aspirantes era el mismo, esto es, la Convocatoria realizada por el Centro de Formación para la asignación de los bonos de apoyo de alimentación conforme con las instrucciones impartidas en las Circulares atrás indicadas, lo que implica que todos los aspirantes se sometieron a idénticos criterios de postulación y a equivalentes criterios de calificación.

Sin embargo, como quiera que en la convocatoria el Centro de Formación no fijó previamente y de manera precisa los criterios en caso de la participación de menores edad, desde el punto de vista fáctico no es posible dar a los menores de edad que se presentaron a la convocatoria el mismo trato que a los participantes que sí podían acreditar el certificado de votación, pues los menores de edad no están en iguales condiciones que los aspirantes que sí pueden aportar el certificado electoral.

En estos dos supuestos, es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9o de la Ley 1098 de 2006 en cuanto “En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de éstos... En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”.

Sobre este punto conviene destacar entonces que los menores de dieciocho años que se presentaron a la convocatoria y que por su edad no pueden aportar el certificado de votación del último certamen electoral en Colombia, tienen la calidad de sujetos de especial protección constitucional en virtud del artículo 44 de la Constitución Política.

Así las cosas, en la actuación que se adelanta en el marco de la convocatoria para la asignación del apoyo de alimentación para los aprendices, a juicio de esta instancia la decisión que deba adoptarse para resolver el conflicto derivado del empate en los puntajes respecto del criterio relacionado con el certificado de votación debe dirimirse a favor de los menores de edad, pues conforme con lo previsto en el artículo 44 de la Carta y en el artículo 9 de la Ley 1098 de 2006, sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás.

Finalmente, conviene manifestar que en futuras convocatorias debe procurarse que los mecanismos de selección no pueden conducir a que grupos de protección constitucional

reforzada, en especial respecto de los menores de edad, sean excluidos de la posibilidad de acceder a programas o cupos, pues estaríamos frente a la existencia de conductas discriminatorias que impiden la participación en igualdad de condiciones de todas las personas a quienes está dirigido el programa o convocatoria, como aconteció en el caso sub examen. Para el efecto, es necesario establecer políticas o directrices sobre la participación de niños o niñas y adolescentes en los programas o convocatorias que realice el SENA.

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



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)

