

CONCEPTO 70509 DE 2021

(septiembre 8)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: 979548, Subdirectora Centro Agropecuario y de Servicios–Regional Vaupés
DE: Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa (E), 1-0014
Asunto: Concepto jurídico que oriente sobre la viabilidad para contratar el servicio de transporte área rural (comunidades indígenas) para instructores

Respetada doctora XXXXX,

En respuesta a su comunicación electrónica del 27 de julio de 2021 con radicado 9-2021-000514, mediante la cual solicita concepto jurídico que oriente sobre la viabilidad para contratar el servicio de transporte área rural (comunidades indígenas) para instructores., al respecto de manera comedida le informo:

En su comunicación puntualiza:

“Por medio del presente, comedidamente me dirijo a usted teniendo en cuenta que dentro de la reunión de relacionamiento sindical llevada a cabo con SINDESENA de la Regional Vaupés, surgió el compromiso de Solicitar concepto jurídico por temas de movilidad rural para instructores., teniendo en cuenta que los instructores manifestaron, entre otras cosas, lo siguiente:

*Que se tiene conocimiento que para que la ARL responda ante un accidente, el vehículo debe ser de la entidad y en caso de no serlo, el que se utilice por el trabajador debe estar registrado y avalado por la entidad.

*Es importante tener en cuenta que para contratar un conductor de desplazamiento fluvial es fundamental que cuente con la experticia y conocimiento del río.

*También se plantea la posibilidad de implementar para la movilidad fluvial de instructores a áreas rurales el pago de pasajes con servicios de transporte que estén legalmente constituidos.

Lo anterior debido a que se requiere brindar formación Profesional integral en el área rural (Comunidades indígenas) alejada del casco urbano y de difícil acceso del departamento, por ende, ameritan desplazamientos fluviales, terrestres y aéreos.

Vale la pena dejar la aclaración que para la modalidad del transporte aéreo no aplica el recurso asignado para la contratación de tiquetes, debido a que estos desplazamientos se deben realizar en avionetas charter monomotor puesto que para cubrir estas rutas no hay aerolíneas que ofrezcan el servicio de vuelos comerciales a estos lugares.

Con base a lo anteriormente descrito, solicito amablemente nos emita concepto jurídico para saber si es viable realizar la contratación que tendría como objeto “Contratar la prestación del servicio de transporte fluvial, terrestre y/o areo para el desplazamiento a la zona rural (Comunidades indígenas), los corregimientos y los municipios del departamento del Vaupés, de los instructores, con el fin de garantizar la Formación Profesional integral”.

Por otro lado, se consultó con otras entidades del orden nacional que se encuentran en el departamento y aplican esta modalidad de contratación para el servicio del transporte, para lo cual adjunto un estudio previo del ICBF, para la revisión y soporte de la solicitud”

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, artículo [32](#). “De los Contratos Estatales”.

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 [20](#) - respecto de las modalidades de selección.

Ley [1474](#) de 2011 “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”- artículo [94](#) Transparencia en la contratación de mínima cuantía

Manual de Contratación Administrativa del SENA –

Decreto Ley 2400 de 1968, artículo [22](#) – Comisión de servicios

Decreto 1042 de 1978, artículo 71 – Gastos de Viaje

Decreto 648 de 2017, artículos [2.2.5.5.21](#), [2.2.5.5.25](#), [2.2.5.5.27](#)

Decreto 1009 de 2020, “Por el cual se establece el Plan de Austeridad del Gasto” -, artículo [7](#) Reconocimiento de Viáticos.

Decreto 1175 de 2020 “Por el cual se fijan las escalas de viáticos” - artículo [2](#) Determinación del

valor de viáticos.

Resolución [2838](#) de 2016 “Por la cual se reglamentan en el SENA las comisiones de servicio, pago de viáticos, gastos de transporte y se dictan otras disposiciones”

Resolución 1-[1068](#) del 10 de septiembre de 2020 “Por la cual se fijan las escalas de viáticos y gastos de transporte en el SENA para la vigencia fiscal 2020”

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.

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 lograr la unidad doctrinal.

En este orden de ideas se analizará en abstracto el tema consultado, para que la instancia competente decida lo procedente, para lo cual debemos abordar dos aspectos, a saber:

a. En materia Contractual.

De conformidad con lo previsto en la Ley [80](#) de 1993, Ley [1150](#) de 2007, Ley [1474](#) de 2011, Decreto [1082](#) de 2015 y el Manual de Contratación, el SENA puede adelantar los procesos de contratación mediante diferentes modalidades de selección, 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.

Modalidades de Selección dispuestas para Compras Publicas

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...”

Así mismo, la Ley [80](#) de 1993 facultó de manera expresa a las entidades estatales para celebrar contratos y los demás acuerdos que permita la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. Lo anterior quiere decir que las entidades estatales, que se rigen por la Ley [80](#) de 1993, en virtud de la autonomía de la voluntad pueden celebrar todos los acuerdos, denominése contrato, convención, convenio, etc., que requieran para la materialización de sus objetivos misionales y consecuentemente los fines estatales.

El Estatuto de Contratación Estatal restringe la manifestación de la voluntad contractual, al establecer modalidades de escogencia mediante la implementación normativa de la selección objetiva, entendida como un deber que da lugar a la limitación de las posibilidades de asignación y firma de contratos, mediante la aplicación de alguna de las siguientes modalidades de selección, contenidas en el artículo [20](#) de la Ley 1150 de 2007 y artículo [94](#) de la Ley 1474 de 2011, a saber: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y selección por mínima cuantía, así:

“Artículo [20](#). 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 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. (...)

3. Concurso de méritos. Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes mediante resolución motivada, que se entenderá notificada en estrados a los interesados, en la audiencia pública de conformación de la lista, utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso. (...)

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; (...)

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 (...)

Para el objeto de la consulta, es menester examinar la modalidad de selección por contratación directa, reglamentada en el Decreto 1082 de 2015, artículo [2.2.1.2.1.4.9](#), que señala:

“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 prestar el servicio, podría acudir al mecanismo de selección abreviada o de mínima cuantía para confeccionar la oferta más conveniente a la entidad, según corresponda, tal como 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 [2o](#) de la Ley 1150 de 2007 y Decreto [1082](#) de 2015), salvo que aplique otro mecanismo de confección de las ofertas, como por ejemplo 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 [2o](#) 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).

Así las cosas vemos que la normativa legal y reglamentaria vigente señala que la Entidad Estatal contratante es la responsable de la estructuración del proceso de contratación y de determinar la modalidad de selección del contratista, para lo cual requiere tener claro y definido (i) su necesidad; (ii) la forma como satisface su necesidad –objeto contractual y alcance del objeto contractual-; y (iii) el tipo de contratista que es apto para satisfacer la necesidad a través de la ejecución del objeto. La normativa vigente establece los principios, pautas y procedimientos para que la Entidad Estatal defina el tipo, naturaleza, objeto y alcance del contrato que celebra y la modalidad de selección aplicable; pues es importante precisar que toda actividad de la administración en el proceso de contratación es reglada.

En suma, la Entidad Estatal en los estudios previos correspondientes a la contratación del servicio, debe realizar un juicioso proceso de planeación de todas las actividades a desarrollarse dentro de las diversas etapas del proceso de contratación, tanto la precontractual como la contractual, so pena de las consecuencias contractuales, disciplinarias y penales a que haya lugar. De esta manera, la Entidad deberá determinar la modalidad de selección aplicable tomando en consideración todos los aspectos contractuales que garanticen la adecuada satisfacción de su necesidad. Con ese objetivo, dispone de varias opciones que le ofrece la Ley [1150](#) de 2007, dependiendo de las condiciones particulares de cada caso.

Finalmente, para tal fin, es de tener en cuenta que la regional debió haber incluido en el plan anual de adquisiciones de bienes, obras y servicios 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 [2.2.1.1.1.4.1](#) del Decreto 1082 de 2015.

b. En materia de riesgo antijurídico.

El contrato de transporte consiste en un acuerdo que celebran las partes, donde una de ellas se obliga a cambio de un pago a conducir de un lugar a otro, ya sea personas o cosas, a favor del alguien y entregar estas al destinatario en términos del artículo [981](#) del código de comercio. Cuando el transportador encargue el transporte a terceros en todo o en parte, esto estará bajo su responsabilidad, según lo estipulado en el artículo [984](#) del código de comercio el cual dice lo siguiente:

“Salvo lo dispuesto en normas especiales, el transporte deberá ser contratado con transportadores autorizados, quienes podrán encargar la conducción, en todo o en parte a terceros, pero bajo su responsabilidad, y sin que por ello se entiendan modificadas las condiciones del contrato.

La infracción a lo dispuesto en este artículo dará lugar a la imposición de las sanciones administrativas pertinentes.»

La responsabilidad del transportador en el transporte de personas comprende además de los daños que se les ocasionen a los pasajeros, los daños causados por el vehículo, los que sucedan en el embarque, desembarque, estacionamiento o en cualquiera de las instalaciones de que haga uso el transportador para el cumplimiento del contrato.

En este sentido, con el fin de romper la solidaridad planteada en la norma, el SENA ha expedido las Resoluciones No. [574](#) de 1995, [092](#) de 2015, y [385](#) de 2016 y circulares No. [008](#), [051](#), [072](#) de 2016 y la [121](#) de 2020 que establecen los parámetros para el trámite de pago y legalización de las comisiones de servicios para funcionarios y órdenes de viaje para contratistas.

Ahora bien, el seguro de riesgos laborales protege, atiende y asegura a la población trabajadora y productiva del país y no solo garantiza que el trabajador no quede desamparado frente a una situación que ponga en riesgo su salud o su vida, sino que también es la manera como la empresa se asegura de no tener que afectar su patrimonio y hacer pagos costosos para cubrir accidentes.

Riesgos laborales cuenta con tres grandes componentes: promoción de la salud y prevención de accidentes o enfermedades del trabajo; gastos médicos por accidentes o enfermedades originadas por causas del trabajo; y prestaciones económicas que se puedan generar por muerte o invalidez

de un trabajador.

Las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL) son las compañías que están autorizadas para ofrecer el seguro y son las responsables de atender a los afectados.

En lo que hace referencia a los accidentes ocasionados o derivados de un contrato de transporte, las ARL los definen así:

“Lesión por accidente de tránsito: Suceso que se produce en vía pública o privada e involucra al menos un vehículo en movimiento, que ocasiona en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, invalidez o la muerte.

Evento que sufre un trabajador en alguno de estos roles:

- El trabajador accidentado conducía un vehículo (bicicleta, moto, auto, camión, etc.)
- El trabajador accidentado era pasajero en un vehículo de servicio público (taxi, bus, metro, etc.)
- El trabajador accidentado era acompañante (persona que viaja con el conductor en un vehículo)
- El trabajador accidentado era peatón (transitaba a pie por una vía)”[i]

Un accidente se califica como laboral cuando ocurre mientras el trabajador desarrolla una actividad laboral para el empleador que lo tiene afiliado, y por la cual se ha pagado un aporte para asegurar el riesgo.

El accidente laboral no necesariamente tiene que ocurrir en las instalaciones del empleador, sino que puede suceder en la vía pública mientras el trabajador desarrolla una actividad que el empleador le ha ordenado, o que hace parte de las funciones del trabajador. Y es laboral no importa si el trabajador se moviliza en un vehículo de la empresa, de su propiedad o en uno de servicio público, pues lo relevante no es el vehículo en que se accidentó, sino la actividad que desarrollaba al momento de accidentarse.

CONCLUSIONES

Para la adquisición de bienes y servicios, el Estatuto de Contratación Estatal establece modalidades de escogencia en aplicación del principio de selección objetiva, entendida como un deber que da lugar a la limitación de las posibilidades de asignación y firma de contratos, mediante la aplicación de alguna de las modalidades de selección contenidas en el artículo [2](#) de la Ley 1150 de 2007 y artículo [94](#) de la Ley 1474 de 2011, a saber: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y selección por mínima cuantía.

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.

La entidad estatal en los estudios previos correspondientes a la contratación del servicio debe realizar un juicioso proceso de planeación de todas las actividades a desarrollarse dentro de las diversas etapas del proceso de contratación, tanto la precontractual como la contractual, so pena de las consecuencias contractuales, disciplinarias y penales a que haya lugar. De esta manera, la entidad deberá determinar la modalidad de selección aplicable tomando en consideración todos los aspectos contractuales que garanticen la adecuada satisfacción de su necesidad. Con ese objetivo, dispone de varias opciones que le ofrece el Estatuto de Contratación Estatal, dependiendo de las situaciones particulares de cada caso.

Finalmente, se indica que corresponde al ordenador del gasto aprobar la justificación con sus debidos soportes para tomar la decisión pertinente.

No obstante, es claro que el contrato de transporte es una actividad considerada de alto riesgo, en la cual no se rompe la solidaridad por el simple hecho de contratar con un tercero la prestación del servicio. La entidad tiene previsto el procedimiento para garantizar que sus funcionarios y contratistas presten el servicio sin asumir los altos riesgos inherentes a esa actividad, los cuales están ampliamente cubiertos por los seguros de las empresas transportistas, cuando las hubiere, y la ARL.

Para lo anterior, la Regional mediante su área de Salud y Seguridad en el trabajo debe actualizar sus matrices de riesgo, verificar que se reporte a la ARL las actividades que realizan los funcionarios en cumplimiento de la misión de la entidad y cotizar, o verificar la cotización de los contratistas, de forma adecuada al riesgo laboral que se está asumiendo.

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,

Martha Bibiana Lozano Medina

Coordinadora Grupo de Conceptos Jurídicos y

Producción Normativa - Dirección Jurídica



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