

CONCEPTO 38759 DE 2017

(agosto 1)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Bogotá D.C.

Doctora

ÁNGELA MARCELA BUSTOS VELASCO

Contratista Grupo de Seguridad y Salud en el Trabajo

abustosv@sena.edu.co

ASUNTO: Guía Técnica de Seguridad y Salud en el Trabajo con Lineamientos para Restaurantes y Cafeterías

Respetada Doctora Angela Marcela.

De manera comedida procedemos a resolver la consulta allegada mediante comunicación electrónica de fecha 14 de julio de 2017, sin radicar, nos pronunciamos en el siguiente sentido:

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.

CONCEPTO JURÍDICO

a) ANTECEDENTES

Mediante correo electrónico del 14 de julio de 2017, fue puesto en nuestro conocimiento la siguiente consulta:

El documento: Guía Técnica de Seguridad y Salud en el Trabajo con Lineamientos para Restaurantes y Cafeterías, ubicado en la plataforma Compromiso en el siguiente link: (<http://compromiso.sena.edu.co/documentos/vista/descarga.php?id=1393>), requiere revisión, verificación y actualización, de manera tal, que pueda utilizarse como insumo técnico en la adjudicación de los contratos que realiza el SENA a los establecimientos que suministran servicios de alimentación a nivel nacional, principalmente restaurantes y cafeterías.

En principio he considerado que el documento se ajuste teniendo en cuenta los siguientes Componentes:

- a) C. Seguridad y Salud en el Trabajo.
- b) C. Sanitario (Inocuidad de Alimentos y Nutrición).

c) C. Gestión Ambiental.

d) C. Estándares Básicos en Infraestructura y Diseño.

Por tal razón, le solicito me indique lo siguiente:

1.- ¿Qué características debe tener el anterior documento para ajustarlo como insumo técnico, a fin de cumplir con el propósito final requerido?

2.- ¿Este tipo de documentos deben guardar una línea base, respecto a los diferentes componentes a tratar?

- Se deja constancia que la consulta se resuelve sin recibir anexo adicional al mencionado y con la información suministrada.

b) ANÁLISIS JURÍDICO

En servicios de cafetería podemos identificar dos tipos de modelos contractuales comúnmente usados por la entidad, los cuales normalmente pueden caer en confusión por el uso del término Cafetería. Por un lado encontramos el servicio de aseo y cafetería, el cual es usualmente contratado para proveer a los funcionarios y contratistas servicios básicos de cafetería y el servicio de aseo a las sedes de la entidad; y, paralelo a ello encontramos el arrendamiento de los espacios destinados a la venta de servicios y productos de cafetería de los cuales dispone la entidad. Siendo éstos dos regímenes distintos procedemos a pronunciarnos sobre cada uno de estos.

CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE CAFETERIA

Lo primero que es necesario anotar es que la regulación Colombiana en materia de Contratación estableció unos procedimientos y normas especiales para la contratación de aquellos bienes y servicios de características técnicas uniformes, en la medida que toda vez que pueden ser estandarizados el legislador consagró procedimientos que del primacía al factor de precio, consecuencia de ello somete a las entidades a la adquisición de estos bienes y servicios de características técnicas uniformes a través de los mecanismos establecidos en la ley para ello como lo es la Selección Abreviada por subasta inversa o los mecanismos de agregada como los Acuerdos Marco.

Para determinar cuando la entidad se encuentra ante un bien o servicio de características técnicas uniformes, es necesario acudir a la definición que el Gobierno Nacional otorgó por vía reglamentaría en el Dec. [1082](#) de 2015, el cual señala:

Artículo [2.2.1.1.1.3.1](#). Definiciones. Los términos no definidos en el Título I de la Parte 2 del presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio. Para la interpretación del presente Título I, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que a continuación se indica. Los términos definidos son utilizados en singular y en plural de acuerdo como lo requiera el contexto en el cual son utilizados

[...]

Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes: 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 y a los que se refiere el literal (a) del numeral 2 del artículo [2](#) de la Ley 1150 de 2007

Por su parte la doctrina ha indicado que se trata de bienes y servicios de características técnicas uniformes cuando: “como lo hemos explicado en otras oportunidades, ello evoca que sean fácilmente describibles por características mínimas comunes a los de su tipo, excluyendo elementos no esenciales, tales como los de diseño o cualquier otro que no altere la funcionalidad del bien o servicio. Ello debe ser así, en la medida en la cual se busca que la Administración logre que compitan bienes y servicios de igual calidad ofrecidos por proponentes capaces de satisfacer el requerimiento de la entidad contratante”[i]

Así mismo, recalca el de común utilización, vale decir:

“aquellos que se ofrecen en el mercado con un estándar para quienes los demanda, o lo que es igual, que la oferta de los mismos en el mercado ocurriese en condiciones equivalentes para todo interesado en adquirirlo”

Parafraseando a Jorge Enrique Santos, cuando se habla de “características técnicas uniformes” se quiere dar a entender que se trata de un bien o servicio que presta la misma utilidad para la Administración y satisface idéntica necesidad de la misma forma, independiente de la marca o nombre comercial del bien o servicio ofertado o de su forma de presentación; entonces el elemento fundamental son las características intrínsecas del bien o servicio y no quien lo ofrece o su apariencia física, y “común utilización” se encuentra ligado a que se trate de un bien o servicio que sea ofrecido y demandado regularmente en el mercado respectivo, de tal manera que cualquiera sea la entidad o un particular puede acceder a él para satisfacer sus necesidades comunes y obtener el mismo bien o servicio”[ii]

Ahora bien, de acuerdo con la práctica de las entidades en materia de contratación, así como los lineamientos dados por Colombia Compra, el servicio de Cafetería es un servicio técnico uniforme de manera que puede ser adquirido por los medios previstos en la normativa para la contratación de este tipo de bienes y servicios a saber:

Para la adquisición de este tipo de bienes, la Ley [1150](#) de 2007, tal como se cita a continuación dispuso de algunos procedimientos para contratar bienes o servicios uniformes, Ley [1150](#) de 2007

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.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

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

Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento

así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos;

Es decir que este tipo de bienes y servicios se puede contratar a través de los procedimientos de subasta inversa, acuerdo marco o bolsa de productos.

Así las cosas, en caso que la consultante desee incorporar estos parámetros de calidad dentro del proceso de adquisición de bienes y servicios de aseo y cafetería para los funcionarios de la entidad, deberán incluir dentro de las fichas técnicas del servicio a adquirir la necesidad de dar cumplimiento al documento en estudio.

En caso del servicio de cafetería vale la pena indicar que Colombia Compra Eficiente, celebró un Acuerdo Marco para la adquisición del mismo, al cual el SENA se encuentra obligado a acudir, de acuerdo con lo establecido en la Directiva Presidencial [01](#) de 2016, el cual estableció como obligatorio para todas las entidades a las cuales se dirige la directiva; es decir las entidades de la rama ejecutiva de orden nacional de la Rama Ejecutiva. Nos permitimos citar el lineamiento que indica:

“[...]2. Reducción de gastos generales.

a. Hacer uso de los acuerdos marco de precios diseñados por Colombia Compra Eficiente (www.colombiacompra.gov.co) [...]” (negritas fuera de texto original)

ARREDAMIENTO Y CONCESIÓN DE ESPACIOS DE CAFETERIA

Situación distinta nos encontramos si el consultante refiere su pregunta a los contratos de arrendamiento de espacios para cafetería dentro de las sedes de la entidad, para lo cual es necesario advertir lo siguiente:

El contrato de arrendamiento se entiende como un contrato no regulado en el Estatuto General de Contratación de la Administración pública y en consecuencia es necesario acudir a lo dispuesto en la normativa del derecho civil, tal como bien se desarrolló en el concepto emitido por esta coordinación el pasado 1 de marzo de 2016, en el cual se indicó:

El artículo [13](#) de la Ley 80 de 1993, establece que los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo [20](#) se regirán por las disposiciones civiles y comerciales, pertinentes salvo, en las materias particulares reguladas en esta Ley; y no encontrándose dentro de tal regulación el contrato de arrendamiento, se le aplican las normas de los Códigos Civil y de Comercio.

Es así que el contrato de arrendamiento está definido por el Código Civil en el Art. [1973](#) así: El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se oblirecíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.”

De la precitada definición se deduce que son elementos esenciales del contrato de arrendamiento de bienes los siguientes: - La concesión del goce o uso de un bien - El precio que se paga por el uso o goce del bien - El consentimiento de las partes. Del contrato de arrendamiento surge para el arrendador la obligación de entregar el bien y permitir el uso y goce del mismo al arrendatario; para éste surge la obligación de pagar el precio correspondiente al canon por la tenencia del bien, conservarlo conforme al destino del mismo y restituirlo en la oportunidad convenida (arts.

[1982](#)ss y [1996](#)ss C.C)

Al respecto, la sentencia del Consejo de Estado Radicación número: 2500232600019950070401 (21.699)del 30 de abril de 2012, sobre los elementos esenciales y características del contrato de arrendamiento, señalo:

En las voces del artículo [1973](#) del Código Civil "[el] arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa [arrendador], o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado [arrendatario]".

De esta definición legal, la jurisprudencia ha señalado los siguientes elementos esenciales y características del contrato de arrendamiento:

"- La concesión del goce o uso de un bien -. El precio que se paga por el uso o goce del bien.-El consentimiento de las partes. Del contrato de arrendamiento surge para el arrendador la obligación de entregar el bien y permitir el uso y goce del mismo al arrendatario; para éste surge la obligación de pagar el precio correspondiente al canon por la tenencia del bien, conservarlo conforme al destino del mismo y restituirlo en la oportunidad convenida. Son características del contrato de arrendamiento ser un negocio jurídico bilateral, porque se celebra entre dos sujetos de derecho; oneroso, porque el precio es uno de sus elementos esenciales en cuya ausencia el contrato se torna en comodato; conmutativo, porque es fuente de obligaciones a cargo los dos sujetos contractuales, y de tracto sucesivo, porque es de ejecución periódica, continuada, distribuida en el tiempo ´en el cual las fases individuales de las prestaciones se pueden realizar con vencimiento fijo`..."

Para la doctrina "...el arrendamiento es el contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a proporcionarle a la otra el uso y goce de una cosa, durante cierto tiempo, y ésta a pagar, como contraprestación, un precio determinado..."19-Subraya la Sala-, figura en la cual se tipifican, sin duda, los contratos que se analizan, según se desprende del clausulado relacionado con el objeto y las obligaciones que fueron arriba expuestas.

De ahí que es obligación del arrendador entregar el bien al arrendatario, mantenerlo en estado de servir para el fin a que ha sido arrendado y librarlo de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada (art. [1982](#) del C.C.); y dentro de las obligaciones que emanan del contrato para el arrendatario, se encuentran las de usar la cosa según los términos o el espíritu del contrato (art. [1996](#) del C.C.); velar por la conservación de la cosa arrendada (art. art. [1997](#) ibídem); realizar las reparaciones locativas (art. [1998](#) ejusdem); pagar el precio o renta convenido (arts. [2000](#) y ss. ídem); y restituir la cosa a la terminación del contrato (art. [2005](#) y ss. C.C.).(Cursiva fuera de texto).

De igual manera, la sentencia precitada sobre la prohibición de arrendar bienes por parte de las entidades públicas, en el punto 6.2 de las consideraciones de la sala nos dice

"... La naturaleza jurídica del inmueble objeto del contrato de arrendamiento... Como puede apreciarse, dependiendo de la naturaleza jurídica del inmueble objeto del contrato materia de este proceso, se predica respecto del mismo unas características que inciden en la posibilidad de negociación o entrega a cualquier título en el tráfico jurídico; si es un bien de uso público, no es jurídicamente viable que sea entregado para el uso y goce exclusivo de un particular, so pena de transgredir el orden jurídico imperativo al transferir u otorgar derechos con esa proyección y connotación sobre un bien de disfrute colectivo; **en cambio, si su naturaleza es fiscal es posible**

sobre el mismo un acto de disposición jurídica con el aludido alcance (vender, arrendar, permutar, etc.), siempre y cuando se cumplan las normas legales que regulan esa actividad. (negrilla fuera de texto). // La Sala concluye que el inmueble que constituye el objeto del arrendamiento, en el caso concreto, es un bien de uso público, toda vez que, por tratarse de una porción de terreno afectado a un parque público, esto el Simón Bolívar, está definido como tal en la normatividad vigente; su uso y goce, por consiguiente, pertenecen a la comunidad en general y está sometido a reglas constitucionales, legales y reglamentarias para su uso y administración”.

De conformidad con lo expuesto, no es que esté prohibida la celebración de contratos de arrendamiento de sus bienes por parte de las entidades públicas, **lo importante es aclarar que se trate de bienes fiscales y no de uso público**

Así las cosas, bajo esta modalidad contractual, el SENA da el uso y goce de un espacio que comprenda bien fiscal a un particular, el cual se ve obligado a desarrollar allí actividades de cafetería, es decir la venta de productos de cafetería a los usuarios, empleados, visitantes, contratistas, entre otros.

Indistintamente de la modalidad de selección por medio de la cual se llega a este acuerdo contractual, es importante identificar que la autonomía de voluntad en la estructuración del acuerdo por parte de la entidad se ve limitada, en la medida en que en estos documentos debe incorporar los lineamientos de calidad y manejo de alimentos establecidos en la reglamentación interna de la entidad.

Por lo anterior, la Resolución 770 de 2001 estableció en el artículo [38](#), la creación de un comité de cafetería encargado de velar por el funcionamiento y óptima calidad del servicio, de manera que a la hora de expedir el documento puesto en nuestro conocimiento será necesario que el mismo sea dirigido, entre otros a este comité con el fin que el mismo pueda hacer seguimiento a los estándares de calidad establecidos allí:

ARTÍCULO [37](#). En las Regionales, Seccionales y Centros, se organizará un comité de cafetería y servicios, encargado de velar por el funcionamiento, óptima calidad del servicio y fijación de precios, así como de emitir concepto en cuanto a solicitudes de las respectivas autorizaciones, sanciones a imponer a las personas autorizadas, revocación de las autorizaciones expedidas y en fin todos los casos que requieran de su intervención.

PARÁGRAFO. Corresponde a los Subdirectores Administrativos y Financieros de las Regionales, a los Directores Seccionales y a los Jefes de Centro, según el caso, determinar la organización del respectivo comité, previendo su integración, funcionamiento y atribuciones, así como el valor a cobrar por la autorización de uso.

Respecto a este particular, nos permitimos remitir al Concepto [7027](#) de 2016, en donde esta coordinación desarrolla el artículo [37](#) anteriormente citado, y la normativa particular al respecto.

Ahora bien permito recordar lo dispuesto en la Circular Jurídica No. 00[006](#) de 2013, para que a futuro sea tenida en cuenta, y cuyo acápite pertinente dice:

“(…) // 5. Emitir y establecer directrices jurídicas para la aplicación de las normas por parte de la entidad”, me permito informar que a partir de la fecha la asesoría y solicitudes de conceptos a la Dirección Jurídica, deberán ser radicados en el aplicativo Onbase y canalizados a través de la Secretaría General, Directores de Área, Jefes de Oficina, Directores Regionales, Subdirectores de Centro y Coordinadores de Grupo

b) CONSULTA

En cuanto a su consulta, procedemos a resolver de acuerdo con las anteriores consideraciones en el siguiente sentido:

1.- ¿Qué características debe tener el anterior documento para ajustarlo como insumo técnico, a fin de cumplir con el propósito final requerido?

Para los contratos de prestación de servicio de aseo y cafetería es necesario que el documento en consulta sea integrado a la ficha técnica el servicio, así sea mediante referencia y posteriormente a los contratos con el fin que el mismo sea exigido por el supervisor del contrato.

En cuanto al arrendamiento de espacio del SENA con el fin de que particulares establezcan venta de productos de cafetería y restaurante, el documento debe contener claras directrices sobre los requisitos de ejecución el eventual contrato de arrendamiento, el cual debe ser incorporado dentro del clausulado del contrato, incluso por remisión, y poner en conocimiento de los posibles contratistas, con el fin de que el mismo tenga estricto cumplimiento.

Este documento también deberá ser puesto en conocimiento de los comités de aseo y cafetería de cada una de las regionales, seccionales y centros para que éstos realicen su debido seguimiento y exigencia de cumplimiento.

2.- ¿Este tipo de documentos deben guardar una línea base, respecto a los diferentes componentes a tratar?

Este documento no puede contener disposiciones contradictorias entre los componentes que lo hagan inaplicables, así como tampoco puede contradecir normas de orden superior, caso en el cual se implicaría el documento y procedería a regir dichas normas.

Se recomienda tener especial detalle en su estructuración con el fin de evitar contradicciones con normas sanitarias o de calidad en alimentación, como la norma ISO 22000, entre otras que sean pertinentes.

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.

Cordialmente,

Carlos Emilio Burbano

Coordinador Grupo Conceptos y Producción Normativa

Dirección Jurídica SENA

NOTAS AL FINAL:

1. Davila Vinueza, L. Régimen jurídico de la Contratación Estatal. Legis, 2016. Pp 465
2. Benavides y Santofimio, Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma del Estatuto de contratación. Pp. 267 y 268. Citado en. Davila Vinueza, L. Régimen jurídico de la Contratación Estatal. Legis, 2016. Pp 466



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)

