

CONCEPTO 57084 DE 2018

(octubre 1)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
DE: Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa
ASUNTO: Regulación cuota de aprendices para asociaciones, resguardos y cabildos indígenas

En atención a su comunicación electrónica No. 8-2018-052220 del 11 de septiembre de 2018, mediante la cual solicita Regulación de las asociaciones, resguardos y cabildos indígenas en contratación de aprendices

En su comunicación solicita el concepto en los siguientes términos:

Que mediante Resolución No. xxxxx del xx de agosto del xx se regule la ASOCIACIÓN xxxxxxxx, identificados con el número xxxxx, representada legalmente xxxxxxxx, con una cuota xxxxxaprendices a nivel nacional, de conformidad a las normas aplicadas y la información suministrada por la empresa.

Acto administrativo mediante el cual se fija una cuota de aprendices, fue notificado mediante aviso xxxxx según consta en el certificado de entrega de la empresa de correspondencia xxxxxxxy a su vez ejecutoriada xxxxxxx.

Que mediante escrito radicado en el SENA, bajo el número xxxxxx x la representante legal de la xxxxxxxx, solicita Revocatoria Directa de los actos administrativos emitidos en contra de la entidad, solicitud dentro del término establecido para ello, manifestando su inconformidad y exponiendo los siguientes argumentos:

3. “(...) la naturaleza jurídica de la asociación de cabildos indígenas del norte del cauca, se encuentra enmarcada en la constitución política en sus artículos [329](#) y transitorio 56, donde nace el decreto 1088 de 1993; y en su artículo segundo es explícita la naturaleza jurídica, donde hace la salvedad de que las asociaciones de cabildos indígenas, serán entidades de derecho público de carácter especial; y el artículo tercero da la claridad que, tiene por objeto el desarrollo integral de las comunidades indígenas.

4. La ASOCIACIÓN XXXXXX, no se encuentran obligada cumplir dicha cuota, toda vez que nuestra organización es una entidad de derecho público de carácter especial; y a la luz del artículo [32](#) de la ley 789 de 2002 menciona taxativamente las empresas obligadas, como industriales y comerciales del estado y las de economía mixta del orden nacional, departamental, distrital y municipal.

5. finalmente argumenta que la organización se encuentra dentro de las entidades públicas, así lo dice la ley; máxime cuando el inciso segundo del artículo [32](#) de la ley 789 de 2002 hace la salvedad que, las demás entidades públicas no estarán obligadas a dicha cuota.”(...).

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

Para establecer que sujetos están obligados a tener contrato de aprendizaje, debemos inicialmente determinar el concepto de empresa, en este sentido el Decreto 410 de 1971 “Por el cual se expide el Código de Comercio” señala:

ARTÍCULO 25. EMPRESA - CONCEPTO. Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.

En consecuencia toda actividad de esa organización se da con unos objetivos cuyo fin es obtener beneficios.

En este orden tenemos que la regla general para la contratación de aprendices está señalada por el artículo [32](#) de la Ley 789 de 2002 que expresamente indica cuales son las empresas obligadas a vincular aprendices así:

“**ARTÍCULO [32](#). EMPRESAS OBLIGADAS A LA VINCULACIÓN DE APRENDICES.** Las empresas privadas, desarrolladas por personas naturales o jurídicas, que realicen cualquier tipo de actividad económica diferente de la construcción, que ocupen un número de trabajadores no inferior a quince (15), se encuentran obligadas a vincular aprendices para los oficios u ocupaciones que requieran formación académica o profesional metódica y completa en la actividad económica que desempeñan.

Las empresas industriales y comerciales del Estado y las de Economía mixta del orden Nacional, departamental, distrital y municipal, estarán obligadas a la vinculación de aprendices en los términos de esta ley. Las demás entidades públicas no estarán sometidas a la cuota de aprendizaje, salvo en los casos que determine el Gobierno Nacional.

El empresario obligado a cumplir con la cuota de aprendizaje podrá tener practicantes universitarios bajo la modalidad de relación de aprendizaje, en el desarrollo de actividades propias de la empresa, siempre y cuando estos no superen el 25% del total de aprendices.

PARÁGRAFO. Empresas de menos de diez (10) trabajadores podrán voluntariamente tener un aprendiz de formación del SENA.

Así pues, con fundamento en la anterior disposición legal, el contrato de aprendizaje, se reglamentó mediante el Decreto [933](#) de 2003, el cual a su vez, fue adicionado por el Decreto [2585](#) del 12 de septiembre de 2003, definiendo los sujetos pasivos de la obligación de contratar aprendices, así:

“Artículo [1](#) Empleadores obligados a vincular aprendices. Se encuentran obligados a vincular aprendices a todos los empleadores de carácter privado que desarrollen cualquier tipo de actividad económica diferente de la construcción y que ocupen un número de trabajadores no

inferior a quince (15)...” (Negrilla fuera de texto)

De otra parte, con fundamento en los artículos [11](#) del Decreto 933 de 2003 y [1o](#) del Decreto 2585 de 2003, incorporados en los artículos [2.2.6.3.11](#) y [2.2.6.3.24](#) del Decreto 1072 de 2015, respectivamente, esta dependencia mediante concepto jurídico con radicado 8-2015-048808 del 7 de octubre de 2015 precisó los empleadores que están obligados a contratar aprendices, lo que no están obligados a contratar aprendices, los exceptuados y los que están habilitados para contratar voluntariamente cuotas de aprendices, en los siguientes términos:

“De acuerdo con estas disposiciones podemos establecer cuáles son los empleadores obligados a vincular aprendices, los no obligados a contratar aprendices, los exceptuados de vincular aprendices y los que están habilitados para aumentar voluntariamente el número de aprendices.

1. Empleadores obligados a contratar aprendices:

a) Todos los empleadores de carácter privado que desarrollen cualquier tipo de actividad económica diferente de la construcción que ocupen un número de trabajadores no inferior a quince (15).

b) Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden nacional, departamental, distrital y municipal.

c) Las Sociedades de Economía Mixta del orden nacional, departamental, distrital y municipal.

2. Empleadores no obligados a vincular aprendices:

a) Los empleadores de carácter privado que desarrollen cualquier tipo de actividad económica diferente de la construcción y que ocupen menos de quince (15) trabajadores.

b) Las entidades públicas no sometidas a la cuota de aprendizaje (Presidencia de la República, Vicepresidencia de la República, Consejos Superiores de la Administración, Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, Establecimientos Públicos)^[1], salvo en los casos que determine el gobierno nacional.

3. Empleadores exceptuados de vincular aprendices.

a) Las personas jurídicas y naturales dedicadas a la industria de la construcción^[2].

b) Los hogares infantiles del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF^[3].

c) Las empresas que se encuentren en proceso concordatario o se hayan acogido a la Ley 550 de 1999 (actual régimen de insolvencia regulado por la Ley 1116 de 2006 y reglamentado por los Decretos 1910 de 2009 y 1749 de 2011)^[4].

De acuerdo con esta precisión podemos evidenciar que los empleadores exceptuados de contratar aprendices son todos aquellos que taxativamente están excluidos de vincular aprendices en cualquier modalidad.

4. Empleadores habilitados para contratar voluntariamente aprendices

- Los empleadores no exceptuados de contratar aprendices^[5].

En este grupo estarían incluidos tanto los empleadores obligados (no exceptuados) que ocupen

un número de trabajadores no inferior a quince (15), como aquellos empleadores que a pesar de no estar exceptuados ocupan menos de quince (15) trabajadores.

Esto es así por cuanto el párrafo 1o del artículo [11](#) del Decreto 933 de 2003, con la modificación introducida por el artículo primero del Decreto [1779](#) de 2009, e incorporado en el artículo [2.2.6.3.11](#) del Decreto 1072 de 2015, se refiere a los empleadores no exceptuados, vale decir, todos aquellos obligados, quienes podrán “aumentar” voluntariamente el número de aprendices frente a los que ya tengan asignados; pero también están los empleadores no exceptuados que ocupen menos de quince (15) trabajadores, y, en todo caso, aquellos empleadores no exceptuados que ocupen menos de diez (10) trabajadores, esto último en virtud de lo dispuesto en el párrafo del artículo 32 de la Ley 789 de 2012.

Cabe agregar que la posibilidad que tienen los empleadores no exceptuados de aumentar voluntariamente el número de aprendices está condicionada a que no hayan reducido el número de empleados vinculados a la empresa en los tres meses anteriores a la fecha en que se solicite al SENA la aplicación del beneficio, ni reduzcan la nómina durante la vigencia de los contratos de aprendizaje, tal como lo establece el párrafo 1o del artículo [11](#) del Decreto 933 de 2003, con la modificación introducida por artículo [primero](#) del Decreto 1779 de 2009, que fue incorporado en el artículo [2.2.6.3.11](#) del Decreto 1072 de 2015.

En este orden de ideas podemos acotar que los empleadores no exceptuados que en un momento dado podrían estar obligados a vincular aprendices, pero debido a que en la actualidad ocupan menos de quince (15) trabajadores, cuentan con la habilitación legal de contratar voluntariamente aprendices.

Cabe agregar que las entidades públicas, diferentes de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta, no están facultadas para contratar aprendices de manera obligatoria ni voluntaria, salvo en los casos que llegue a determinar el gobierno nacional.

Naturaleza jurídica de los Cabildos Indígenas y de las Asociaciones Tradicionales de Autoridades Indígenas

El artículo [329](#) de la Constitución Política establece que la conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, indicándolo así:

ARTICULO [329](#). La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

PARAGRAFO. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.

El Decreto 2164 de 1995 define al cabildo indígena

(...)

Cabildo Indígena. Es una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización socio política tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad.

A su vez el Decreto 1088 de 1993 señala en sus artículos 1o, 2o y 3o lo siguiente:

Artículo 1. Aplicabilidad. Los Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, en representación de sus respectivos territorios indígenas, podrán conformar asociaciones de conformidad con el presente Decreto.

Artículo 2. Naturaleza Jurídica. Las asociaciones de que trata el presente Decreto, son entidades de Derecho Público de Carácter Especial, con Personería Jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

Artículo 3. Objeto. Las asociaciones que regula este Decreto, tienen por objeto, el desarrollo integral de las comunidades indígenas.

Para el cumplimiento de su objeto podrán desarrollar las siguientes acciones:

a) Adelantar actividades de carácter industrial y comercial bien sea en forma directa, o mediante convenios celebrados con personas naturales o jurídicas.

b) Fomentar en sus comunidades proyectos de salud, educación y vivienda en coordinación con las respectivas autoridades nacionales, regionales o locales y con sujeción a las normas legales pertinentes.

El artículo [2.14.7.1.2](#) del Decreto [1071](#) de 2015¹¹, que incorporó las definiciones que traía el artículo 2o del Decreto 2164 de 1995, incluyó el concepto de cabildo indígena, así:

ARTÍCULO 2.14.7.1.2. Definiciones. Para los fines exclusivos del presente título, establécense las siguientes definiciones:

(...)

5. Cabildo Indígena. Es una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización socio política tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad. (...)"

La Corte Constitución en Sentencia T-425/14 se pronunció sobre la conformación de las asociaciones de autoridades tradicionales indígenas, señalando:

“(...) el Decreto 1088 de 1993, crearon las asociaciones de autoridades tradicionales indígenas y/o cabildos, de conformidad con sus costumbres, en la cual varias parcialidades indígenas que “ejercen su autoridad respectiva en cada localidad de un mismo o varios resguardos, pueden juntarse para ser sujetos de derecho en forma conjunta, relacionarse con mayor capacidad con el

resto del aparato institucional del Estado y darse su gobierno interno indígena sobre el territorio. Con arreglo a la naturaleza jurídica de estas figuras de asociación, sus dirigentes son nombrados bajo la investidura de un Gobernador Mayor o un Presidente de Asociación. Como tales están capacitados para celebrar convenios de carácter interadministrativo con las instituciones gubernamentales, pues son actos efectuados entre entidades de naturaleza pública, que por ello conforman piezas en la jerarquía político administrativa de la jurisdicción del Estado”

De esta manera, es claro en relación con la naturaleza jurídica de los Cabildos Indígenas y de las Asociaciones Tradicionales de Autoridades Indígenas que se trata de entidades públicas especiales, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

En el mismo sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado al referirse a la naturaleza jurídica de los Cabildos Indígenas ha señalado:

“El cabildo indígena es una entidad atípica, que cumple las funciones previstas en la Constitución y en las leyes.

El cabildo indígena es una de las "autoridades de los pueblos indígenas" a que alude el art. [246](#) de la C.P. Respecto de las entidades de carácter especial ha dicho la Corte Constitucional:

"Si bien por razones técnicas y sistemáticas toda organización administrativa debería concebirse sobre la base de tipos definidos de entidades, la dinámica y las cada vez más crecientes y diversas necesidades del Estado no hacen posible la aplicación de esquemas de organización estrictamente rígidos; en ciertas circunstancias surge la necesidad de crear entidades con características especiales que no corresponden a ningún tipo tradicional" - Sentencia C-508/97.

En consecuencia de lo anterior, los Cabildos Indígenas y las Asociaciones Tradicionales de Autoridades Indígenas son entidades de derecho público de carácter especial; de manera que las obligaciones de contratar aprendices que tienen los empleadores del sector privado, a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta, no se deben extender a las demás entidades de derecho público, como es el caso de los Cabildos Indígenas.

En la situación objeto de análisis se debe aplicar la interpretación gramatical contemplada en el Código Civil Colombiano que señala:

“ARTICULO [27](#). INTERPRETACION GRAMATICAL. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.”

Así las cosas el llamado o referencia normativa citada se hace por cuanto las normas transcritas son expresas y concretas respecto de quienes son los obligados a cumplir con la cuota de aprendices, de tal manera que no se debe extender a otras entidades públicas, salvo en el plan nacional de presupuesto o en los planes del sector al que pertenece el Cabildo Indígena se hayan destinado partidas presupuestales para la contratación de aprendices.

Sea del caso advertir que la normatividad especial que gobierna nuestros pueblos indígenas y tribales no es óbice, para que eventualmente puedan los miembros de dicha comunidad crear empresa a la luz de las normas establecidas dentro del régimen general civil y comercial, advirtiendo que en caso de tal decisión se acogen de manera integral a dicha reglamentación.

RESPUESTA JURÍDICA

De acuerdo con lo anterior, se procede a dar respuesta a cada uno de los interrogantes planteados, de la siguiente manera:

Pregunta 1. ¿Las asociaciones, resguardos y cabildos indígenas son entidades de derecho público de carácter especial?

Respuesta. El Decreto 1088 de 1993 en su artículo 2o precisa que las asociaciones, resguardos y cabildos indígenas son “entidades de Derecho Público de carácter especial”, por ende, no son empleadores del sector privado, como tampoco ostentan la categoría de Empresas Industriales y Comerciales del Estado ni Sociedades de Economía Mixta.

Pregunta 2. ¿Qué diferencia existe entre las entidades de derecho público de carácter especial y lo que la Ley 789 en su artículo [32](#) denomina “las demás entidades públicas”?

Respuesta. Sobre este tema (Entidades de derecho público de carácter especial) ha señalado la H. Corte Constitucional en Sentencia C-508/97

“(…) sin embargo, que existen también las que han sido llamadas “entidades de carácter especial. Si bien por razones técnicas y sistemáticas toda la organización administrativa debería concebirse sobre la base de tipos definidos de entidades, la dinámica y las cada vez más crecientes y diversas necesidades del Estado no hacen posible la aplicación de esquemas de organización estrictamente rígidos; en ciertas circunstancias surge la necesidad de crear entidades con características especiales que no corresponden a ningún tipo tradicional. Ello en manera alguna contradice la Constitución, ya que ella misma ha previsto la existencia de entidades especiales como por ejemplo el Banco de la República o las corporaciones autónomas regionales; y la ley, en repetidas ocasiones, ha creado entidades con régimen especial.”

Los elementos estructurales que se desprenden de la definición son los siguientes:

1. El Estado, en virtud de la diversidad de la Nación colombiana, les reconoce representación legal, social y política a las formas tradicionales de organización indígena, con fundamento esencialmente en el espacio físico vital - tierras elemento que históricamente se ha reconocido desde la época de la Conquista y de la Colonia.
2. La referencia que hace el precepto a una "entidad pública especial" debe armonizarse con las funciones atribuidas a los Cabildos en la Ley 89 de 1890, las cuales no tienen el carácter de públicas, ni forman parte de la estructura orgánica de la administración pública, pues tales atribuciones se remiten a regular asuntos estrictamente internos de las comunidades indígenas; tal calificación persigue sustraerlas de la esfera de lo privado para colocarlas en la de lo público, con las prerrogativas que ello implica, especialmente el reconocimiento pleno por el Estado y los particulares, de las autoridades indígenas y de sus atribuciones de autogobierno.
3. Mediante el proceso democrático de elección se asegura la representación de las comunidades indígenas exclusivamente en cabeza de sus miembros, manera de preservar su identidad cultural, mantener la cohesión social del grupo y legitimar sus autoridades.
4. A la par que ejercen conforme a sus usos y costumbres la autoridad interna tradicional - garantizada constitucionalmente-, cumplen las funciones señaladas en la ley.

Ahora bien, el artículo [32](#) de la Ley 789 de 2002 se refiere taxativamente a los empleadores del

sector privado, a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta del orden Nacional, departamental, distrital y municipal, que están obligadas a contratar aprendices.

Pregunta 3. ¿Las asociaciones, resguardos y cabildos indígenas, son objeto de regulación?

Respuesta. Las asociaciones, resguardos y cabildos indígenas son “entidades de derecho público de carácter especial” que no están obligadas a contratar aprendices; por ende, no son objeto de regulación de cuotas de aprendizaje, salvo que en el plan nacional de desarrollo o en el plan sectorial de desarrollo se hayan destinado recursos presupuestales para la contratación de aprendices.

Pregunta 4. ¿De ser objeto de regulación, cuál es la norma, concepto jurídico o directriz a seguir?

Respuesta. De conformidad con el análisis anterior no es factible la regulación de cuota de aprendices, salvo que en la ley del plan nacional de desarrollo o en el respectivo plan sectorial se haya dispuesto la asignación de partidas presupuestales para la respectiva contratación de aprendices, eventos en los cuales se debe revisar su viabilidad de fiscalización.

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. De igual forma, este concepto deberá interpretarse en forma integral y armónica, con respeto al principio de supremacía constitucional y al imperio de la ley (C. 054 de 2016); así como, en concordancia con la vigencia normativa y jurisprudencial al momento de su uso y emisión.

Cordialmente,

Carlos Emilio Burbano Barrera

Coordinador

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Ver artículo [38](#) de la Ley 489 de 1998 “Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público”
2. Exceptuado por lo dispuesto en la Ley 789 de 2002 art. [32](#), el Decreto 1072 de 2015 art. [2.2.6.3.24](#) y Decreto 2375 de 1974 “ARTICULO [6o](#). Exonérase a la industria de la construcción de la obligación que, conforme a las disposiciones vigentes, tiene de contratar aprendices. // En su lugar, créase el Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción a cargo de los empleadores de ese ramo de la actividad económica, quienes deberán contribuir mensualmente al mismo con una suma igual a una vez el salario mínimo por cada cuarenta (40) trabajadores que laboren bajo sus órdenes. // El Fondo será administrado por el Servicio Nacional de Aprendizaje con la asesoría de la Cámara Colombiana de la Construcción y con cargo a él se atenderá el pago de la proporción salarial que corresponda a los aprendices que reciben formación profesional en los diversos oficios de la industria de la construcción”.
3. Exceptuados según lo dispuesto en el párrafo 3o del artículo [11](#) del Decreto 933 de 2003, incorporado en el artículo [2.2.6.3.11](#) Decreto 1072 de 2015.
4. Exceptuadas según lo dispuesto en el párrafo del artículo [1o](#) del Decreto 2585 de 2003,

incorporado en el artículo [2.2.6.3.24](#) del Decreto 1072 de 2015.

5. Según lo dispuesto en el párrafo 1o del artículo [11](#) del Decreto 933 de 2003, con la modificación introducida por el artículo primero del Decreto [1779](#) de 2009, e incorporado en el artículo [2.2.6.3.11](#) del Decreto 1072 de 2015.

6. Decreto [1071](#) de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural”



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 31 de diciembre de 2023 - (Diario Oficial No. 52.604 - 9 de diciembre de 2023)

