



Circular

3-2023-000070

14/04/2023 4:12:30 p. m.

Bogotá D.C.

PARA: DIRECTORES REGIONALES, SUBDIRECTORES DE CENTRO CON FUNCIONES DE DIRECTOR REGIONAL, JEFES DE OFICINA, SUPERVISORES DE CONTRATO.

Asunto: Cumplimiento de la Política de Prevención del Daño Antijurídico para los años 2022 y 2023 (PPDA)- Recomendaciones sobre la adecuada supervisión de los contratos de prestación de servicios para evitar la configuración del contrato realidad.

La Dirección Jurídica, de conformidad con las funciones asignadas mediante el Decreto 249 de 2004 (artículo 16), “Por el cual se modifica la estructura del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.”, y con el propósito de dar cumplimiento a la Política de Prevención del Daño Antijurídico vigente - en adelante - PPDA, cuyo objeto principal es prevenir la configuración del contrato realidad en el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, se permite emitir las siguientes recomendaciones para la adecuada supervisión de los contratos de prestación de servicios de personas naturales.

Que mediante la Circular Externa No. 5 de 2019, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en adelante - ANDJE- impartió los “Lineamientos para la formulación, implementación y seguimiento de las políticas de prevención del daño antijurídico” aplicables a las Entidades del Orden Nacional, como el SENA.

Que el SENA, en concordancia con los lineamientos mencionados, adoptó su actual Política de Prevención del Daño Antijurídico, para las vigencias 2022 y 2023, a través de la Resolución 1-00698 del 09 de mayo de 2022; enfocando los esfuerzos de prevención en eliminar la configuración de los elementos constitutivos de la relación laboral a partir de los contratos de prestación de servicios, lo que resulta en la causa litigiosa de configuración del contrato realidad.

Que en la Resolución 1-00698 del 09 de mayo de 2022 se identifica la “Inadecuada supervisión de los contratos de prestación de servicios” como una de las subcausas que dan lugar a la configuración del contrato realidad. Por lo anterior, la implementación de la Política de Prevención del Daño Antijurídico es de carácter transversal a todas las dependencias y regionales de la entidad, pues involucra los esfuerzos de toda la entidad para su ejecución, especialmente de parte de los funcionarios a cargo de la contratación y supervisión de los contratos por prestación de servicios de personas naturales.

Que el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo – CST- establece que los elementos esenciales para que se repunte un contrato de trabajo son: i) la prestación personal del servicio, ii) la

Dirección General
Calle 57 8-69, Bogotá D.C. – Torre central piso 2
PBX 57 601 5461500


@SENAComunica
www.sena.edu.co



continuada subordinación de quien presta el servicio (trabajador) frente a quien lo emplea (Empleador), y iii) un salario como retribución por el servicio prestado.

Que el contrato por prestación de servicios, tanto público como privado, es un acuerdo legal en virtud del cual una parte, llamada contratista, se compromete con otra, llamada contratante, a prestar un servicio a cambio de una contraprestación económica. Así las cosas, el factor diferencial entre el contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios se presenta con respecto al elemento de subordinación. Bajo esta línea, la parte contratista cuenta con absoluta autonomía, técnica y administrativa, para la ejecución de la actividad encomendada. Adicionalmente, por disposición legal, esta modalidad contractual debe contar con una vigencia finita y determinada, especialmente en los contratos estatales, en razón al principio de planeación y anualidad presupuestal.

Por lo expuesto, se debe verificar, controlar y supervisar que, la formalidad (vínculo contractual) en la práctica sea ejecutada conforme a los presupuestos del objeto y actividades contractuales. De lo contrario se configura el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, cuando su ejecución deja de ser contractual para enmarcarse en una relación laboral.

Que, en armonía con lo antes señalado, y para cumplir los objetivos de la PPDA 2022-2023, la Dirección Jurídica se permite socializar las siguientes recomendaciones sobre la adecuada supervisión de los contratos, para evitar el daño antijurídico, por configuración de contrato realidad, así:

1. Sobre los elementos de prestación personal del servicio y el salario como retribución por el servicio prestado

Si bien ambas modalidades contractuales, entiéndase contrato laboral y contrato de prestación de servicios, implican la prestación de un servicio a cambio de una retribución económica (salario u honorarios), el primero exige forzosamente que este servicio sea prestado personalmente por el trabajador, para que se dé la respectiva remuneración. Por el contrario, la contraprestación del contrato de prestación de servicios se enfoca más en la ejecución del objeto del contrato por sobre la ejecución personal del mismo.

Así las cosas, para evitar la confusión de las modalidades contractuales antes relacionadas, se hacen las siguientes recomendaciones para una adecuada supervisión del contrato:

1. El contratista podrá ceder el contrato, total o parcialmente, de forma temporal o definitivamente, siempre y cuando informe a la entidad de tal decisión, y la misma lo autorice. En cualquier caso, se recuerda que el contrato estatal es de carácter solemne, por lo que su perfeccionamiento, modificación y finalización se deben ajustar a las disposiciones legales para el respectivo contrato.
2. Para efectuar el pago de los honorarios, tanto el supervisor del contrato como el ordenador del gasto, deben exigir al contratista la entrega de un informe detallado del cumplimiento de

Dirección General
Calle 57 8-69, Bogotá D.C. – Torre central piso 2
PBX 57 601 5461500





las obligaciones contractuales, conforme a lo establecido en el contrato de prestación de servicios.

2. Sobre el elemento de continuada subordinación

Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 del CST, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, es la que faculta a este último para exigirle al primero el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento y durante toda la relación laboral, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo.

Así las cosas, para excluir este elemento de la relación contractual se recomiendan las siguientes actividades para una adecuada supervisión:

1. El supervisor del contrato podrá hacer seguimiento al cumplimiento del contrato mediante la fijación de metas o entregables claros y específicos, los cuales irán ligados a las obligaciones contractuales. Tal especificidad podrá lograrse mediante la definición del tiempo, modo y lugar para el cumplimiento de cada actividad contractual, así como el contenido de esta.
2. En virtud del principio de coordinación, se podrán fijar reuniones, capacitaciones e inducciones a las que deberá asistir el contratista, en aras de lograr un adecuado cumplimiento de los objetivos contractuales.¹
3. El incumplimiento recurrente de las obligaciones contractuales da lugar a que el supervisor del contrato requiera al contratista mediante documento físico o correo electrónico, indicando el numeral o la causal que estaría generando el posible incumplimiento del contrato. Asimismo, el supervisor podrá advertir que dicho incumplimiento puede ser objeto de un proceso administrativo sancionatorio, regulado en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 (Multas, sanciones, y declaratorias de incumplimiento). Es importante tener en cuenta que, dichos requerimientos, en ningún caso, pueden interpretarse como llamados de atención que configuren subordinación.

Las anteriores recomendaciones son aplicables indistintamente a todos los contratos por prestación de servicios con personas naturales, tanto de apoyo administrativo como instructores. Sin embargo, para estos últimos se deben tener en cuenta las siguientes aclaraciones respecto al ejercicio de la supervisión:

1. El supervisor del contrato podrá exigir el uso de elementos de protección individual (EPI) asociados a la prevención de riesgos laborales (artículo 2.2.4.2.2.15 Decreto 1072 de 2015), para todas aquellas actividades contractuales que conlleven riesgos en su prestación (Ej.

¹ Sobre el principio de coordinación ha indicado el Consejo de Estado lo siguiente: “Se aclara que el principio de coordinación, ínsito en los contratos de prestación de servicios, consiste en la sincronización de las actividades que ejerce el contratista con las directrices que imparte el contratante para la ejecución eficiente y eficaz del contrato, por lo que es indispensable que exista una concertación contractual, en la que aquel cumple su contrato con independencia, sin embargo, en armonía con las condiciones necesarias impuestas por su contraparte, respecto de las cuales esta ejerce control, seguimiento y vigilancia al pacto suscrito.” (Sentencia 2014-90305 de 2020)



- Instructores en programas de análisis de muestras químicas). Lo anterior, en ningún momento significa que el SENA esté dando una dotación laboral al contratista instructor.
2. En el caso de los instructores contratistas, es importante indicarles que, no tienen una jornada de trabajo específica, y que, en virtud del principio de coordinación entre las partes, los horarios que deben cumplir hacen parte de su objeto y obligaciones contractuales, ligados a las fichas de formación. En resumen, la exigencia de adaptarse a un horario responde a la necesidad de cumplimiento del programa a instruir.
 3. En desarrollo del principio de coordinación, y en atención a la naturaleza de las actividades a ejecutar (Ej. Carrera técnica en Cocina), se podrá fijar la prestación del servicio en un lugar determinado. Lo anterior, propendiendo por el cabal cumplimiento de las fichas de formación, que requieren, para su adecuada e idónea implementación, el aprendizaje en ambientes físicos de prueba.

Tener en cuenta que, las anteriores recomendaciones complementan y se ajustan al “Lineamiento para prevenir la configuración del contrato realidad” emitido por la ANDJE a través de su Circular Externa 03 del 1 marzo de 2022.

Finalmente, la Dirección Jurídica y el Grupo de Procesos Judiciales y Conciliaciones, recuerdan a todos los funcionarios relacionados con la contratación y supervisión de contratos por prestación de servicios de personas naturales que, es deber de todos apropiarse del contenido aquí expuesto, y participar en la adecuada y exitosa implementación de la Política de Prevención del Daño Antijurídico adoptada por la entidad.

Cordialmente,

Firmado digitalmente por
GIGIOLY KATERINE
GRIMALDOS ROBAYO
Fecha: 2023.04.13 20:18:08
-05'00'

GIGIOLY KATERINE GRIMALDOS ROBAYO
Directora Jurídica

Proyectó: Gabriela Patricia Parra Roa – Abogada Grupo de Procesos Judiciales y conciliaciones
ACMA Revisó: Andrea Cristina Martínez Álvarez, Coordinadora Grupo de Procesos Judiciales y Conciliaciones, Dirección Jurídica

Dirección General
Calle 57 8-69, Bogotá D.C. – Torre central piso 2
PBX 57 601 5461500



@SENAComunica

www.sena.edu.co