

CONCEPTO 32186 DE 2033

(mayo 9)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Radicado: 01-9-2022-032186

PARA: XXXXXXXXXXXX Subdirector Centro de Teleinformática y Producción Industrial – Regional Cauca - 199221
DE: XXXXXXXXXXXX Coordinadora Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa - Dirección Jurídica - 1-0014
ASUNTO: Concepto prohibición servidores públicos para celebrar contratos con entidades estatales – prohibición doble asignación del tesoro público – celebración dos o más contratos con entidades públicas

Mediante comunicación del 25 de abril de 2022 por conducto del Grupo de Gestión Contractual de la Dirección Jurídica se ha remitido su comunicación electrónica radicada con el número 19-9-2022-002482 solicita concepto jurídico sobre instructores que tienen suscrito contrato de prestación de servicios con el SENA, quienes a su vez cuentan con una vinculación de docente ocasional de medio tiempo parcial de medio tiempo para el calendario académico de 2022 con universidades públicas.

Manifiesta en su comunicación que la vinculación que ostentan los instructores del SENA, docente ocasional de medio tiempo y tiempo completo, no corresponde a una de las asignaciones exceptuadas por la Ley [4](#) de 1992.

Anota que el primer vínculo fue suscrito con el SENA, seguidamente fue contratado por la Universidad. Adicionalmente, aclara que este tipo de vinculaciones por resolución no aparecen asociadas en ninguna de las plataformas de información públicas, lo que dificulta la verificación de las condiciones contractuales.

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

SERVIDORES PÚBLICOS

En la Constitución Política vigente la noción de servidor público aparece en diferentes preceptos superiores (artículos [6](#), [122](#), [123](#), [124](#), [125](#), [126](#), [127](#) y [129](#)), de donde surge la idea de la asignación y cumplimiento de funciones estatales por una persona natural, a través de un vínculo jurídico que implica subordinación laboral.

Según el artículo [123](#), "son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por

servicios".

El artículo [125](#) a su turno establece: "Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley"

Así pues, dentro del género "servidor público", conforme con la Constitución, se encuentran diferentes especies como son: los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Ahora bien, la Ley [909](#) de 23 de septiembre de 2004 por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, en su artículo [10](#) señala: "Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad".

2. INHABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS PARA CELEBRAR CONTRATOS CON ENTIDADES ESTATALES

La Constitución Política establece en su artículo [127](#):

"ARTÍCULO [127](#). Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 2 de 2004. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales (...)"

A su turno, la Ley [80](#) de 1993 "por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", establece:

"ARTÍCULO [80](#). DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

[10](#). Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: (...)

f) Los servidores públicos. (...)" (Negrillas y subrayado fuera de texto)

[30](#). PROHIBICION DE RECIBIR MÁS DE UNA ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO

El artículo [128](#) de la Constitución dispone:

"ARTÍCULO [128](#). Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas."

La Ley [4](#) de 1992 "por medio de la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la

fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones” en su artículo [19](#) prevé:

“ARTÍCULO [19](#).- Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:

- a. Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;
- b. Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c. Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d. Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
- e. Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud.
- f. Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas.
- g. Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados...” (Negrillas y subrayado fuera de texto)

[40](#). PROCESOS DE SELECCIÓN - CELEBRACIÓN CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Conforme con lo previsto en la Ley [1150](#) de 2007, el Decreto [1082](#) de 2015 y el Manual de Contratación, el SENA puede adelantar los procesos de contratación a través de las diferentes modalidades, 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.

Para efectos de determinar la modalidad de contratación, como bien lo señala el Manual de Contratación del SENA, es preciso justificar su escogencia, teniendo en cuenta: la necesidad a satisfacer, el objeto a contratar, alcance y tipo de contrato, el valor o cuantía del contrato y el plazo, entre otros aspectos, lo cual debe estar acompañado de los estudios previos, estudios del sector, apropiación presupuestal y las condiciones de la contratación que se piensa adelantar.

De acuerdo con lo antes expuesto y con sujeción al principio de planeación⁽¹⁾ y a las necesidades de la entidad estatal, la contratación deberá hacerse a través de las modalidades de selección previstas en la Ley [1150](#) de 2007 y en el Decreto 1082 de 2015 a que antes se hizo mención.

En el SENA mediante Circular [160](#) de 2021⁽²⁾ expedida por el Director General del SENA se impartieron directrices y lineamientos para el proceso de contratación de servicios personales en el SENA para la vigencia 2022 y que para el caso de la contratación de instructores se indicó:

“4. CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE INSTRUCTOR.

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta el artículo [9](#) - numeral 17 del Decreto 249 de 2004, el artículo 22 - numeral 14 del mismo Decreto (modificado por el artículo [4](#) del Decreto 2520 de 2013), y la Resolución No. [1979](#) de 2012, la contratación de instructores se debe realizar

utilizando el Banco de Instructores que se gestiona a través de la aplicación web de la Agencia Pública de Empleo - APE...”.

Ahora bien, sobre los contratos de prestación de servicios el artículo [32](#) de la Ley 80 de 1993, consagra 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” y dentro de éstos se relaciona el “contrato de prestación de servicios”.

El numeral 3° del precitado artículo [32](#) de la Ley 80 de 1993 establece:

“3°. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializado.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”. (Subrayado fuera del texto).

El literal h) del numeral 4 del artículo [20](#) de la Ley 1150 de 2007 dispone:

“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:

(...)

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

(...)

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; (...).” (Ver artículo [2.2.1.2.1.4.9](#). del Decreto 1082 de 2015)

En este contexto, frente a la posibilidad de que una persona natural pueda celebrar uno o más contratos de prestación servicios con la misma entidad estatal o con otras entidades públicas, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto radicación No. [1344](#) de 2001 (10 de mayo 10), consejero ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, expresó:

“(…) los artículos [128](#) de la Constitución Política y [19](#) de la ley 4a de 1992, no son aplicables al particular que celebra contratos con una entidad estatal. No sobra advertir, que no existe norma que establezca incompatibilidad al respecto por lo que, conforme al artículo [60](#) constitucional, al particular contratista sólo le es exigible la responsabilidad ante las autoridades por infringir la Constitución y la ley, en los términos que ellas señalen, circunstancia que impide, por lo demás, toda aplicación analógica o extensiva de las prohibiciones establecidas para los servidores públicos Por lo demás, el artículo 8° ibídem regula lo relativo a las inhabilidades e incompatibilidades para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales.

Estas mismas razones explican la inexistencia de incompatibilidad para que una misma persona natural celebre más de un contrato de prestación de servicios.” (Negrillas y subrayado fuera de texto)

En el mismo sentido, el Departamento Administrativo de la Función Pública en Concepto 49881 de 2015 (26 de marzo) señaló:

“(…) De acuerdo a lo expresado por el Consejo de Estado y lo establecido en la Ley [80](#) de 1993, el Estatuto Anticorrupción Ley [1474](#) de 2011 y demás disposiciones en materia de inhabilidades en materia de contratación, no existe norma que limite la celebración de contratos de prestación de servicios a una misma persona natural durante un mismo lapso o que las inhabilite para suscribir más de un contrato de prestación de servicios con una misma entidad o varias entidades públicas, siempre y cuando la persona sea idónea de tal forma que cumpla con el perfil, competencias, y requisitos de formación académica y experiencia que permitan la ejecución exitosa del objeto contractual…

“Atendiendo a la normativa y las sentencias citadas no se encuentra impedimento o prohibición que inhabilite a una persona particular con el fin de suscribir uno (1) o varios contratos u órdenes de prestación de servicios con una entidad o varias entidades del Estado, durante un mismo lapso de tiempo (sic) siempre y cuando se acredite la idoneidad para la ejecución exitosa de los contratos”. (Ver también Concepto 217331 de 2016 (10 de octubre) del Departamento Administrativo de la Función Pública)

ANÁLISIS

Antes de abordar el análisis del asunto objeto de consulta, debemos indicar que, acorde con la información suministrada, no se logra establecer si los instructores se encuentran vinculados con las universidades públicas mediante contratos de prestación de servicios o tienen vinculación como servidores públicos. No obstante, procederemos a hacer algunas consideraciones en torno al caso planteado:

(i) De conformidad con lo previsto en los artículos [123](#) y [125](#) de la Constitución tienen la calidad de servidores públicos: los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales.

A tono con lo anterior, la Ley 1909 de 2004 prevé que hacen parte de la función pública los empleos públicos: de carrera, de libre nombramiento y remoción, de período fijo y los empleos temporales.

Ahora bien, el artículo [127](#) de la Constitución y la Ley [80](#) de 1993 (artículo 8) establecen que los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos.

Los servidores públicos, por tanto, son inhábiles para participar en licitaciones o procesos de selección y para celebrar contratos con las entidades estatales, por sí o por interpuesta persona.

(ii) El artículo [128](#) de la Constitución Política en armonía con el artículo [19](#) de la Ley 4 de 1992 consagra la prohibición para que los servidores públicos reciban más de una asignación del Tesoro Público, prohibición que está íntimamente relacionada con el ejercicio de cargos en el sector público que implique el pago de sueldos, prestaciones sociales y cualquier otro

emolumento o remuneración provenientes del tesoro público, salvo las excepciones legales, entre las cuales se encuentra precisamente el ejercicio de la docencia.

De manera que los servidores públicos, entre los cuales se encuentran los empleados públicos que ejercen la docencia, podrán vincularse a otra entidad pública y percibir otra asignación del erario para el ejercicio de la docencia, mediante el sistema de hora cátedra, siempre que dicha actividad se realice fuera de la jornada laboral, o que cuando se realice dentro de la jornada laboral, se compense dicho tiempo, pues dicha actividad se encuentra dentro de las excepciones previstas en el artículo [19](#) de la Ley 4 de 1992.

En el caso que nos ocupa, la situación planteada es ajena al SENA y sólo le compete a la entidad pública donde se encuentren vinculados las personas referidas en su comunicación, en el evento que dicha vinculación se haya producido en virtud de una relación legal y reglamentaria (empleado público) o mediante contrato de trabajo (trabajador oficial).

(iii) Tal como atrás quedo expuesto, en el estatuto de contratación estatal que actualmente integran las leyes [80](#) de 1993 y [1150](#) de 2007 y el Decreto Reglamentario [1082](#) de 2015, así como en la Ley 1474 de 2011, no existe norma que consagre prohibición, inhabilidad o impedimento para que una persona pueda celebrar varios contratos con una misma entidad estatal.

Así pues, a nuestro juicio, no se encuentra impedimento o prohibición para que un particular suscriba uno (1) o varios contratos de prestación de servicios con la misma entidad estatal o con otras entidades del Estado, durante un mismo lapso siempre y cuando se acredite su idoneidad y esté en capacidad de cumplir y ejecutar en forma oportuna, eficiente y a cabalidad los objetos previstos en cada uno de los contratos.

Ahora bien, mediante la Directiva Presidencial [01](#) de 2022 (17 de enero) se impartieron precisas instrucciones a las entidades estatales para que antes de la suscripción de cualquier contrato de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión se deberá verificar si el contratista, esto es, la persona natural o jurídica, tiene suscrito con cualquier entidad del Estado otro u otros contratos de la misma naturaleza, para lo cual deberá apoyarse en las plataformas tecnológicas disponibles, tales como SECOP y el Portal Anticorrupción de Colombia (PACO): (<https://colombiacompra.gov.co/secop/secop>) y (<https://portal.paco.gov.co/>)

Lo anterior con la finalidad de verificar la capacidad e idoneidad del contratista para ejecutar múltiples contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión e identificar la ocurrencia de posibles conflictos de interés.

A tono con lo anterior, la mencionada Directiva Presidencial reitera la obligación de las entidades públicas de garantizar el registro en el Sistema de Información de Gestión del Empleo Público (SIGEP) de la totalidad de los contratistas a vincularse y el diligenciamiento integral de la información solicitada. Así mismo, las entidades deben publicar en el SECOP la información oficial de la contratación que se realice con recursos públicos.

En desarrollo del principio de debida diligencia frente a la ejecución de los contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión, las entidades deben hacer seguimiento continuo, consultando y analizando la información registrada y declarada en las plataformas tecnológicas del Estado disponibles, incluyendo las modificaciones ocurridas durante el tiempo de ejecución, para identificar potenciales conflictos de interés y hacer la gestión riesgos en la toma de decisiones.

En cumplimiento de la Directiva Presidencial No. 001 de 2022, en el SENA se introdujeron modificaciones en el formato (GTH – F- 062 V 09) para la presentación del informe mensual de actividades donde el contratista afirma bajo la gravedad del juramento si ha suscrito otro u otros contratos con entidades del Estado que se encuentra(n) en ejecución, con el fin de identificar potenciales conflictos de interés y hacer la gestión del riesgos para la toma de decisiones dentro del principio de la debida diligencia frente a la ejecución de los contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión. Así mismo, para generar la planilla de la cuenta de cobro mensual por parte de los contratistas en la plataforma SI Contratistas, también debe registrarse dicha información.

Finalmente, cuando la entidad identifique irregularidades en el proceso contractual, deberá reportar la información correspondiente a las autoridades competentes.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo expuesto en su comunicación y teniendo en cuenta lo antes señalado, consideramos que debe examinarse si las personas con quienes se celebraron contratos de prestación de servicios como Instructor tienen vinculación con universidades públicas bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, caso en el cual no habría impedimento o prohibición para que coincidan en el tiempo el contrato suscrito con el SENA y el contrato que hubiesen celebrado con otra entidad pública.

De igual manera, si en el caso planteado se establece que las personas a que se refiere su comunicación tienen la calidad de servidores públicos bien como empleados públicos o trabajadores oficiales en otras entidades públicas y a su vez celebraron contratos de prestación de servicios con el SENA, se deberá proceder a la terminación anticipada de los mismos o cederlos con la autorización previa del ordenador del gasto y competente para celebrar contratos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 90 de la Ley 80 de 1993 que consagra lo relativo a las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes:

“ARTÍCULO 90. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución...”

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,

GLORIA ACOSTA CONTRERAS

Coordinadora Grupo de Conceptos Jurídicos y

Producción Normativa - Dirección Jurídica

Dirección General

<NOTAS DE PÍE DE PAGÍNA>

1. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- Sentencia de 29 de agosto de 2007- radicación 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854) Consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez:

“ (...) La jurisprudencia de la Sala ha sostenido repetidamente, y así lo reitera ahora, que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato;... (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria...”.

2. Ver también Circulares [174](#) de 2021, [236](#) de 2021



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)

