

CONCEPTO 7676 DE 2020

(junio 2)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

PARA: XXXXX Coordinador Grupo Administración de Salarios, Secretaría General del Sena
DE: XXXXX Coordinador Grupo de Conceptos jurídicos y Producción Normativa, 10014
ASUNTO: Concepto responsabilidad legal de personal de planta y contratistas

En atención a su comunicación con radicado 8-2020-031914 del 18/05/2020, mediante la cual solicita se emita concepto con el fin de precisar si jurídicamente el personal de planta y los contratistas “tienen las mismas responsabilidades legales frente al desarrollo de sus funciones. (...) con el fin de poder determinar la viabilidad de asignar usuarios del aplicativo Kactus a personal contratado por prestación de servicios a nivel nacional, para desarrollar los procesos de nómina, seguridad social y prestaciones sociales, garantizando así su responsabilidad legal en la entida; al respecto, de manera comedida le informo.

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS:

Es pertinente aclarar 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 solo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

SOPORTES NORMATIVOS:

Constitución Política de Colombia

Ley [80](#) de 1993

Ley [734](#) de 2002

Jurisprudencia CE y CC.

ANÁLISIS JURÍDICO:

Con el fin de precisar el asunto objeto de consulta, se abordará en su orden lo atinente a los servidores públicos y a los contratistas por prestación de servicios, precisando su forma de vinculación y responsabilidades.

I. Servidores Públicos, forma de vinculación y responsabilidades

La Constitución consagra en el artículo [209](#)[1], los principios que rigen el actuar de la administración pública mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones, los cuales son inherentes a las funciones públicas, entendidas como el conjunto de

principios, instituciones, reglas y procedimientos que regulan la relación entre el servidor público y la administración, contempladas en la misma Constitución, la ley o reglamento; de ahí que a dichos servidores se les denomina funcionarios públicos, debido a que cumplen funciones públicas.

En relación con la noción de función pública, la Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-563 de octubre 7 de 1998, MP: Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz, señala: “(...) En sentido amplio, la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes (art. [113](#)) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

En un sentido restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que está investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la Ley o el reglamento (...).”

Igualmente, la Constitución en el artículo [125](#) instituye el sistema de carrera como regla general de vinculación de personal para el ejercicio de empleos públicos de los órganos y entidades del Estado, y exceptúa, “los de libre nombramiento y remoción, los de elección popular y a los trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley, en este último caso, siempre que se acredite por parte del legislador un principio de razón suficiente para apartarse del cumplimiento de la regla general”.

Es así que el funcionario desarrollan actuaciones que son propias del Estado, de carácter administrativo, de jurisdicción o de autoridad, es decir, está investido regularmente de una función que desarrolla dentro del radio de su competencia, y está en la capacidad para entender las consecuencias de su actuar en el cumplimiento de las funciones que le son atribuidas por la Constitución, la ley o el reglamento. En este sentido, bien sea por acción u omisión, deberá responder por el daño causado, incluso con sus propios bienes, como lo señala la misma Constitución en el artículo [90](#)[2]; además, está sometido a un severo régimen de inhabilidades e incompatibilidades, así como a estrictas reglas de conducta que garanticen la moralidad pública y el ejercicio de las funciones a ellos atribuidas, orientado siempre a la defensa del interés general y al cumplimiento de los fines del Estado.

Dicho lo anterior, es necesario tener presente que los empleados públicos desarrollan funciones que son propias del Estado, de carácter administrativo, de jurisdicción o de autoridad, es decir, está investido regularmente de una función que cumplen dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la Ley o el reglamento, motivo por el cual las entidades estatales están obligadas a vigilar el cumplimiento de sus fines, y cuando celebran acuerdo con los particulares, están obligadas a velar por la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger, tanto los derechos de la propia Entidad como de los contratistas y terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Lo anterior, lleva a determinar el rigor de la ley y el mayor grado de responsabilidad de los servidores públicos que están al servicio del Estado y de la comunidad y es su deber ejercer las funciones públicas o administrativas en la forma prevista en la Constitución, la ley o el reglamento (artículos [122](#) incisos 1 y 2, art. [123](#)); y así lo consagra el artículo [6](#)° al disponer que “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las

leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en el artículo [90](#) de la Constitución, y cuando quiera que el Estado sea condenado frente a terceros a reparar el daño causado, el mismo Estado mediante la acción de repetición podrán obligar a los servidores a resarcir el perjuicio patrimonial por razones de pérdida o detrimento de los recursos públicos. En este sentido los servidores públicos podrán ser responsables fiscal, disciplinaria y/o penalmente como consecuencias del daño al patrimonio público, y en todo caso, bajo estas distintas modalidades deben asumir, directamente o a través de sus garantes, la reparación de los daños que se generan con ocasión o en ejercicio de la función pública.

II. Contrato de prestación de Servicios y su responsabilidad legal.

En relación con los contratos de prestación de servicios, la Ley [80](#) de 1993, dispone:

“Artículo [32](#). De los contratos estatales. 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 como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

“3. Contrato de Prestación de Servicios. <Apartes subrayados **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES**> 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 conocimientos especializados. // En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”. (Subrayas fuera del texto original).

La Corte Constitucional en Sentencia C-094 de 2003, de manera textual señala “el contrato de prestación de servicios es una modalidad de contrato estatal que se suscribe con personas naturales o jurídicas con el objeto de realizar actividades desarrolladas con la administración o funcionamiento de una entidad pública pero, tratándose de personas naturales, solo puede suscribirse en el evento que tales actividades no puedan ser cumplidas por los servidores públicos que laboran en esa entidad o en caso que para su cumplimiento se requieran conocimientos especializados con los que no cuentan tales servidores. Se trata de un acto reglado, cuya suscripción debe responder a la necesidad de la administración y a la imposibilidad de satisfacer esa necesidad con el personal que labora en la entidad pública respectiva, pues si esto es posible o si en tal personal concurre la formación especializada que se requiere para atender tal necesidad, no hay lugar a su suscripción”.

Sin embargo, se debe tener en cuenta lo que se preceptúa la Ley 1150 de 2007 en el artículo [2](#), numeral 4, literal h:

“Artículo 2. 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;(...)».(resaltado es nuestro).

Del contenido de las normas y jurisprudencia citadas, es claro que el contrato de prestación de servicios es un contrato estatal que tiene como objeto una obligación de hacer, referidas a actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad; que se caracteriza por la autonomía e independencia del contratista, que tiene una vigencia temporal, y que no genera prestaciones sociales, cuyo fundamento legal está contemplado en la Ley 80 de 1993, artículo [32](#), inciso primero y numeral 3[3].

El Consejo de Estado, respecto del artículo [3°](#) de la Ley 80 de 1993 ha señalado lo siguiente:

“... Los contratos que tienen por objeto la “prestación de servicios profesionales” como los que versan o asumen en su objeto el “apoyo a la gestión”, son componentes específicos del género “prestación de servicios” regulado en el artículo [32](#) No. 3° de la Ley 80 de 1993 y que por lo tanto cualquier referencia a alguno de estos objetos negociales, en cualquier norma de contratación pública que se haga tal como ocurre de manera concreta en el literal h) del numeral 4°, del artículo [2°](#) de la ley 1150 de 2007, debe reconducirse a esta preceptiva legal.

La realidad material de las expresiones legales “...para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión...” engloba necesariamente una misma sustancia jurídica: la del contrato de prestación de servicios definido en el artículo [32](#) No 3 de la ley 80 de 1993 y que no es otro que aquel que tiene por objeto apoyar la gestión de la entidad requirente en relación con su funcionamiento o el desarrollo de actividades relacionadas con la administración de la misma, que en esencia no implican en manera alguna el ejercicio de funciones públicas administrativas”[4]

Ahora bien, atendiendo que la contratación de personas naturales en el SENA se hace actualmente por prestación de servicios y apoyo a la gestión, su responsabilidad, de conformidad con el artículo [52](#)[5] de la Ley 80 de 1993, está enmarcada por el incumplimiento del objeto y obligaciones contractuales y de las acciones y omisiones antijurídicas en que estos puedan haber incurrido en la celebración y ejecución de los correspondientes contratos, razón por la cual sus conductas tiene una connotación y sanción diferente a la de los servidores públicos.

La Ley 80 de 1993 en su artículo [40](#) establece: “Artículo [40](#). Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza. (...)” (Subrayas fuera del texto original).

En virtud de lo preceptuado en esta disposición, el contrato de prestación de servicios se rige por las normas civiles, comerciales y las dispuestas en el estatuto de contratación estatal y su decreto reglamentario (Ley [80](#) de 1993, Ley [1150](#) de 2007 y Decreto [1083](#) de 2015), razón por la cual el numeral 3o del artículo [32](#) de la Ley 80 de 1993 precisa que el contrato de prestación de servicios “en ningún caso genera relación laboral ni prestaciones sociales” y debe celebrarse por el término estrictamente indispensable.

Con fundamento en lo expresado se puede concluir que las personas vinculadas mediante contratos de prestación de servicios son sujetos particulares, sin relación de subordinación con la administración, cuya vinculación con la administración no les confiere investidura pública, máxime cuando el propósito de la Entidad al celebrar un contrato de prestación de servicios no es el transferir funciones públicas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos asignado legalmente a la administración.

La asignación de funciones en cargos que implican confianza y manejo, según la solicitud expuesta por el consultante, no podría ser asignadas al personal “contratistas” ya que son actividades que implican estar bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño, y de ejercicio de autoridad, por cuanto desbordan las propias de los servidores públicos vinculados de manera legal y reglamentaria, respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales[6], lo cual conllevaría a que se agigante el riesgo antijurídico, por causa del llamado “contrato realidad” por la existencia de los elementos constitutivos, como son la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, siendo hoy la principal causa de los procesos judiciales contra el SENA de parte de contratistas.

De los presupuestos de la definición legal y de los elementos analizados, se concluye que los particulares que colaboran con el Estado mediante un contrato de prestación de servicios o cualquier otro, tipificado en la Ley [80](#) de 1993 o en normas civiles o comerciales, no están subsumidos en el contexto de la función pública, por ende, no son servidores públicos, y, por lo mismo, no reciben "asignación" en los términos establecidos, lo que hace imposible aplicarles el régimen de estos.

Por último, es necesario tener presente que la ley ha previsto la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, cuya inobservancia implica sanciones para el servidor público que contrate por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal, calificándola dicha conducta como falta gravísima (Ley 734, artículo [48](#), numeral 29).[1]

CONCLUSIÓN:

Las personas vinculadas mediante contratos de prestación de servicios son sujetos particulares, sin relación de subordinación con la administración, cuya vinculación con la administración no les confiere investidura pública, máxime cuando el propósito de la Entidad al celebrar un contrato de prestación de servicios no es el transferir funciones públicas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos asignado legalmente a la administración.

La asignación de funciones en cargos que implican confianza y manejo, según la solicitud expuesta por el consultante, no podría ser asignadas al personal “contratistas” ya que son actividades que implican estar bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño, y de ejercicio de autoridad, ya que desbordan las propias de los servidores públicos vinculados de manera legal y reglamentaria, respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales[6], lo cual conllevaría a que se agigante el riesgo antijurídico, por causa del llamado “contrato realidad” por la existencia de los elementos constitutivos, como son la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, siendo hoy la principal causa de los procesos judiciales contra el SENA de parte de contratistas.

En virtud de lo expuesto se recomienda asignar estas funciones en los servidores públicos con vinculación legal y reglamentaria, en especial del nivel profesional, dentro del ámbito de sus competencias y en ausencia de ellas, mediante acto administrativo que así lo disponga.

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.

Cordial saludo,

Antonio José Trujillo Illera

Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y

Producción Normativa - Dirección Jurídica

Dirección General



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)

