

CONCEPTO 17341 DE 2024

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SUPERINTENDENCIA DE SALUD

PARA: Jesús Hernando Villacorte Santacruz - jhvillacortes@sena.edu.co Profesional
G02 Centro Sur Colombiano de Logística Internacional

DE: Martha Bibiana Lozano Medina – 10014 – Coordinadora Grupo de Conceptos
Jurídicos y Producción Normativa mvlozano@sena.edu.co

ASUNTO: RESPUESTA SOLICITUD CONCEPTO JURIDICO

En respuesta a su comunicación electrónica del día 16 de febrero de 2024, mediante la cual describe unos hechos relacionados con su situación laboral particular y solicita concepto jurídico a las siguientes inquietudes con el propósito de normalizar los procesos del área de Gestión de Bienestar al Aprendiz y Relacionamiento con el Egresado:

“(…) 1. ¿Es legal que a una contratista se le den facultades o se le deleguen funciones como coordinadora o líder de un grupo hacia el personal de planta como lo es mi caso y llegar a la subordinación frente a la contratista o extralimitándose en sus funciones y que ejerza autoridad, lo que hace que me sienta supervisado, cuando el contratista es quien tiene que ser supervisado, tener un seguimiento y control?

2. ¿Son válidas las actuaciones que ha realizado la contratista hasta el momento, sin yo ser notificado oficialmente?

3. Al no ser notificado puedo seguir con mis funciones y propósitos como líder de Gestión de Bienestar al Aprendiz y Relacionamiento con el Egresado.

4. Esto puede conllevar a un proceso disciplinario por extralimitaciones de funciones hechos u omisiones de parte de la contratista?

5. Por esta situación No he podido realizar los compromisos para la evaluación de desempeño de esta vigencia que están próximos a vencerse, debo utilizar los compromisos que los he realizado anteriormente?

6 Me pueden abrir un proceso disciplinario al no cumplir con las órdenes dadas por una contratista hasta no tener los conceptos jurídicos legales?

7. Que recurso, conducto regular o proceso puedo acudir para seguir con mi cargo como líder de Gestión de Bienestar al Aprendiz y Relacionamiento con el Egresado y no se me imponga una coordinadora o líder contratista.”.

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.

1. ¿Es legal que a una contratista se le den facultades o se le deleguen funciones como coordinadora o líder de un grupo hacia el personal de planta como lo es mi caso y llegar a la subordinación frente a la contratista o extralimitándose en sus funciones y que ejerza autoridad, lo que hace que me sienta supervisado, cuando el contratista es quien tiene que ser supervisado, tener un seguimiento y control?

No corresponde a esta Dirección Jurídica señalar la legalidad o ilegalidad de las actuaciones de la contratista, por lo que, en caso de considerar que existe una violación al régimen legal, deberá ponerse en conocimiento de los organismos de control correspondientes.

En ese sentido, la Dirección Jurídica, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

No obstante, a modo de información general respecto de la situación planteada, le informo:

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

(Ver Sentencia Consejo de Estado 2014-90305 de 2020)

(Ver Sentencia Consejo de Estado 2011-00400 de 2020)

(Ver sentencia Consejo de Estado 2013-01143 de 2021)

(NOTA: Las expresiones subrayadas fueron declaradas EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154 de 1997, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.)

(NOTA: Ver la Ley [190](#) de 1995; Ver el Decreto Nacional 2681 de 1993, Ver el art. 141, Decreto Nacional [2150](#) de 1995; Ver el Concepto de la Sec. General 1045 de 1995; Ver los Fallos del Consejo de Estado IJ-0039 de 2003 y 4096 de 2006.)

(Ver concepto del Consejo de Estado 2003A de 2011)”.

La Dirección Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública, en el Concepto 20186000327771 del 2 de enero del 2018 que se fundamenta en el pronunciamiento proferido en el concepto 20126000172991 del 2 de noviembre del 2012, en respuesta a la procedencia que un contratista de prestación de servicios se desempeñe como coordinador de un grupo interno de trabajo, se refirió al asunto en los siguientes términos:

“(…) En este orden de ideas, no es viable que contratistas cumplan funciones de coordinación o ejerzan autoridad entre los empleados de la entidad. Por tanto, se concluye que la coordinación de grupos internos de trabajo debe estar en cabeza de empleados públicos, entendidos como aquellos que tienen una relación legal o reglamentaria con la administración, existiendo en

consecuencia un acto administrativo de nombramiento y un acto de posesión. En Criterio de esta Dirección, no resulta procedente que se otorgue autoridad o jerarquía a un contratista sobre los miembros de un grupo de trabajo de la planta de personal de la entidad, en atención a que se trata de un particular que no tiene la condición de servidor público quien, al no formar parte de la planta de personal de la entidad, no puede ser parte de la estructura ni de su organización jerárquica. (...)

Es decir, el ejercicio de las funciones de carácter permanente en las entidades públicas no pueden ser desarrolladas a través de contratos de prestación de servicio, de conformidad con la prohibición señalada en el artículo [32](#), numeral 3, de la Ley 80 de 1993 y del artículo [54](#), numeral 1, de la Ley 1952 de 2019, por ende, existe la necesidad de contar con personal de planta para el ejercicio de funciones misionales, así como el control efectivo que al interior de las entidades debe hacerse a los contratos de prestación de servicios que suscriban para desarrollar funciones de apoyo.

En consecuencia, no será procedente que se le asigne al contratista funciones de un empleo de la planta, cuyas las mismas sean de carácter permanente, ya que los contratistas de prestación de servicios rigen su relación con la entidad a través del contrato, el cual dispone las condiciones de ejecución del mismo en cuanto objeto, plazo, valor y forma de pago. Es decir, el contratista deberá ejecutar las obligaciones de acuerdo a lo estipulado en su objeto contractual.

2. ¿Son válidas las actuaciones que ha realizado la contratista hasta el momento, sin yo ser notificado oficialmente?

No corresponde a esta Dirección Jurídica señalar la validez de las actuaciones de la contratista. En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

En ese sentido, la Dirección Jurídica, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

3. ¿Al no ser notificado puedo seguir con mis funciones y propósitos como líder de Gestión de Bienestar al Aprendiz y Relacionamiento con el Egresado?

La Dirección Jurídica, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

No obstante, a modo de información general respecto de la situación planteada, le informo:

Es necesario indicar que el Artículo [122](#) de la Constitución Política, en relación con el concepto de asignación de funciones, establece:

“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento. y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. “(Subrayado fuera de texto).

A su vez, la Ley [909](#) de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, señala lo siguiente:

«ARTÍCULO [19](#).- El empleo público.

El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

El diseño de cada empleo debe contener:

La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;

El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;

c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales.»

Atendiendo el artículo [19](#) de la Ley 909 de 2004, se puede manifestar que el empleo público es el núcleo básico de la función pública, e implica un conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a su titular con las competencias requeridas para llevarlas a cabo, a efectos de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado; para lo cual los empleos se agrupan por niveles, correspondiendo igualmente una serie de responsabilidades y obligaciones de acuerdo a su nivel jerárquico, que como contraprestación el empleado recibirá una asignación básica mensual fijada previamente de acuerdo con las escalas de remuneración establecidas por el Gobierno Nacional.

Así las cosas, el empleo debe ser entendido como la denominación, el código y el grado que se asignan para su identificación, así como el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo.

Además, la entidad tiene el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales, en donde se identifican los perfiles requeridos y las funciones propias de cada empleo que se encuentre en la planta de personal, para el cumplimiento de los objetivos institucionales.

4. ¿Esto puede conllevar a un proceso disciplinario por extralimitaciones de funciones hechos u omisiones de parte de la contratista?

La Dirección Jurídica, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

No obstante, a modo de información general respecto de la situación planteada, le informo:

De forma general, es importante señalar que son las funciones el supuesto básico para la determinación de responsabilidad a los servidores públicos. Así por ejemplo, el artículo 6 de la Constitución Política dispone que los servidores públicos son responsables por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, por otro lado, el artículo [121](#) de la Carta dispone que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley, y finalmente, el artículo [123](#) establece que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

“Artículo [123](#) Constitución Política: Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

De otra parte, la Constitución Política establece que los empleados públicos deben ser nombrados por la Administración para ingresar al servicio (art. [126](#) C.P), que se encuentran comprometidos en el ejercicio de la función en situaciones legales y reglamentarias, que deben posesionarse del cargo y prestar juramento de defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben (art. [122](#) C.P). Además, la regla general para el ingreso al servicio por los empleados públicos es el concurso, y su régimen de permanencia, acenso y retiro es la carrera administrativa (art. [125](#)). Para determinar el carácter de empleado público se acude a los criterios de la relación jurídica (relación estatutaria), al orgánico que atiende al organismo donde se encuentra ubicado, y al funcional, que mira la actividad que desempeñando.

Respecto de la responsabilidad de un servidor público, la Constitución Política señala:

“ARTÍCULO [6](#). 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 cuanto al cumplimiento de las funciones o la extralimitación en el ejercicio de las propias o ajenas al cargo, la Ley [1952](#) de 2019 establece:

“ARTÍCULO [26](#). LA FALTA DISCIPLINARIA. Constituye falta disciplinaria y, por lo tanto, da lugar a la imposición de la sanción disciplinaria correspondiente la incursión en cualquiera de las conductas previstas en este código que conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en esta ley.

(...)

De acuerdo con la anterior disposición, a todo servidor público le está prohibido extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, las leyes y los estatutos o reglamentos de la entidad, caso en el cual podría ser sujeto de una investigación disciplinaria y una eventual falta disciplinaria.

Además, el incumplimiento de los deberes por parte de un empleado público, puede constituir una falta disciplinaria, la competencia para determinar si el incumplimiento de las funciones constituye una falta disciplinaria es de la oficina de control interno disciplinario o del grupo de control interno disciplinario.

5. ¿Por esta situación No he podido realizar los compromisos para la evaluación de desempeño de esta vigencia que están próximos a vencerse, debo utilizar los compromisos que los he realizado anteriormente?

En ese sentido, la Dirección Jurídica, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

No obstante, a modo de información general respecto de la situación planteada, le informo:

La Ley [909](#) de 2004, “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, señala:

“ARTÍCULO [19](#). El empleo público.

1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

2. El diseño de cada empleo debe contener:

a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;

b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;

c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales.”

Es importante revisar cómo debe hacerse la evaluación de desempeño. Sobre el particular, la Ley [909](#) de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, establece:

“ARTÍCULO [38](#). EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO. El desempeño laboral de los empleados de carrera administrativa deberá ser evaluado y calificado con base en parámetros previamente establecidos que permitan fundamentar un juicio objetivo sobre su conducta laboral y sus aportes al cumplimiento de las metas institucionales. A tal efecto, los instrumentos para la evaluación y calificación del desempeño de los empleados se diseñarán en función de las metas institucionales.

El resultado de la evaluación será la calificación correspondiente al período anual, establecido en las disposiciones reglamentarias, que deberán incluir dos (2) evaluaciones parciales al año. No obstante, si durante este período el jefe del organismo recibe información debidamente soportada de que el desempeño laboral de un empleado es deficiente podrá ordenar, por escrito, que se le evalúen y califiquen sus servicios en forma inmediata”.

Por su parte, el Decreto [1083](#) de 2015, reglamentario del sector Función Pública establece:

“ARTÍCULO [2.2.8.1.1](#) DEFINICIÓN. La evaluación del desempeño laboral es una herramienta de gestión que, con base en juicios objetivos sobre la conducta, las competencias laborales y los aportes al cumplimiento de las metas institucionales de los empleados de carrera y en período de prueba en el desempeño de sus respectivos cargos, busca valorar el mérito como principio sobre el cual se fundamenten su permanencia y desarrollo en el servicio.

(...) ARTÍCULO [2.2.8.1.7](#). RESPONSABLES DE EVALUAR. En el sistema tipo de calificación que diseñe la Comisión Nacional del Servicio Civil, se determinará el o los empleados responsables de evaluar el desempeño de los empleados de carrera, dentro de los cuales, en todo caso, habrá un empleado de libre nombramiento y remoción”

6. ¿ Me pueden abrir un proceso disciplinario al no cumplir con las órdenes dadas por una contratista hasta no tener los conceptos jurídicos legales?

A modo de información general respecto de la situación planteada, le informo: El Artículo [6](#) de la Carta Política prevé la cláusula general de responsabilidad de los ciudadanos y, la específica y excluyente de los servidores públicos, los cuales deben responder ante las autoridades por infringir la Constitución, la ley, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, norma que en consonancia con el Artículo [122](#) ibidem, armoniza su contenido al determinar que no existirá cargo o empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y todo servidor público, deberá ejercer su cargo jurando cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Así las cosas, para determinar la responsabilidad de cualquier servidor público, es indispensable precisar el ámbito de sus deberes funcionales, de tal suerte que, se pueda establecer cuándo se está ante una omisión o una extralimitación.

De acuerdo con lo señalado, la omisión de funciones de los servidores públicos puede dar lugar a responsabilidad disciplinaria, en razón a que el cumplimiento de las funciones de un empleo deberá estar encaminados al servicio del Estado y la comunidad, por ello, debe revisarse las actuaciones de un servidor público en consonancia con las funciones detalladas en la ley o reglamento para cada caso.

7. ¿Qué recurso, conducto regular o proceso puedo acudir para seguir con mi cargo como líder de Gestión de Bienestar al Aprendiz y Relacionamiento con el Egresado y no se me imponga una coordinadora o líder contratista?”.

Las personas vinculadas mediante contrato de prestación de servicios son particulares contratados por el tiempo estrictamente necesario para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, cuando estas funciones no pueden ser realizadas con personal de planta o requieran de conocimientos especializados.

Adicionalmente, éste tipo de contrato no supone iguales condiciones a las que se derivan de una relación legal y reglamentaria con la administración (empleado público) por cuanto, no hay subordinación. La relación contractual tiene como características la autonomía e independencia del contratista, por consiguiente los contratistas no son servidores públicos sino particulares que prestan una función pública, su relación está regulada además de las disposiciones contenidas en la Ley, por las estipulaciones realizadas dentro del contrato.

De esta manera, corresponderá a la entidad, de acuerdo con los lineamientos señalados y en ejercicio de su autonomía administrativa, establecer las actividades que van a ser desarrolladas por sus contratistas.

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

MARTHA BIBIANA LOZANO MEDINA

Coordinadora

Grupo Coordinación Nacional de Producción Normativa y Conceptos Jurídicos

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)

