



Concepto 102691 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000102691

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000102691

Fecha: 18/03/2020 02:47:40 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Naturaleza Jurídica. Radicado: 20202060050732 del 06 de febrero de 2020.

De acuerdo a la comunicación de referencia, en la cual consulta sobre si un contratista adquiere calidad de servidor público en el momento que el contratante le confiere funciones públicas, me permito indicarle lo siguiente:

En relación a los empleos pertenecientes a los órganos y entidades del Estado, el artículo 125 de la Constitución Política dispuso lo siguiente:

“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.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. (...)”

De tal modo que, los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa, excepto los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales que es mediante contrato de trabajo y por último los demás que determine la ley.

Para los empleos de carrera administrativa, su provisión sea por primera vez o en ascenso, se harán previo cumplimiento previo de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar que calidades deben ostentar los aspirantes y los méritos.

El retiro del servicio de los empleados de carrera se surtirá por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o en la ley.

Es pertinente abordar el artículo 5º de la Ley 909 de 2004, en relación a la clasificación de los empleos de los organismos o entidades de la Rama Ejecutiva, que consagra lo siguiente:

-
"ARTÍCULO 5o. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación. (...).

Conforme a la norma anteriormente indicada, los trabajadores oficiales se encuentran exceptuados de la aplicación de las normas sobre carrera administrativa y, por lo tanto, los cargos desempeñados por éstos no requieren ser reportados para concurso público de méritos y no se convierten en carrera administrativa, en razón a que no se encuentran dentro del campo de aplicación de la ley 909 de 2004.

Los empleos de elección popular y de periodo se encuentran regulados conforme a lo dispuesto en la Constitución Política y la ley.

Ahora bien, el Decreto 1083 de 2015¹ sobre el nombramiento y posesión de los denominados empleados públicos que se prestan su servicio en las entidades que hacen parte de la Rama Ejecutiva, en su artículo 2.2.30.1.1 dispone lo siguiente frente a la formalidad para el nombramiento:

"Tipos de vinculación a la administración pública. Los empleados públicos están vinculados a la administración pública nacional por una relación legal y reglamentaria y los trabajadores oficiales por un contrato de trabajo.

En todos los casos en que el empleado se halle vinculado a la entidad empleadora por una relación legal y reglamentaria, se denomina empleado público. En caso contrario, tendrá la calidad de trabajador oficial, vinculado por una relación de carácter contractual laboral."

De la norma citada, se colige que aquellos servidores que están vinculados a la administración mediante una relación legal y reglamentaria, es decir, por un decreto o resolución de nombramiento y se denominarán empleados públicos.

Así mismo en el artículo 2.2.5.1.4 ibidem en relación a los requisitos para el nombramiento y ejercer el empleo, dispuso lo siguiente:

Requisitos para el nombramiento y ejercer el empleo. Para ejercer un empleo de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, se requiere:

1. Reunir los requisitos y competencias que la Constitución, la ley, los reglamentos y los manuales de funciones y de competencias laborales exijan para el desempeño del cargo.

2. No encontrarse inhabilitado para desempeñar empleos públicos de conformidad con la Constitución y la ley.

3. No estar gozando de pensión o tener edad de retiro forzoso, con excepción de los casos señalados en la ley.

4. *No encontrarse en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.*
5. *Tener definida la situación militar, en los casos a que haya lugar.*
6. *Tener certificado médico de aptitud física y mental y practicarse el examen médico de ingreso, ordenado por la entidad empleadora.*
7. *Ser nombrado y tomar posesión.*

Quiere decir que, para los denominados empleados públicos antes de entrar en el ejercicio de un empleo determinado, tendrán que sustentar previamente los requisitos indicados, que, dentro de estos, tiene que reunir los requisitos y competencias establecidas en la constitución, la ley, reglamentos internos y manuales de funciones y de competencias laborales que exijan para el desempeño del empleo.

Además, no debe estar inmerso en inhabilidades para desempeñar empleados de carácter público, no estar disfrutando de pensión o tener setenta años que es la edad para el retiro forzoso, excepto los que señale la ley, también, no estar declarado en interdicción para el ejercicio de la función pública, contar con certificación médica que verifique su capacidad física y mental para ejercer las funciones encomendadas y, por último, tener definida su situación militar en los casos a que haya lugar.

Lo anterior frente a la relación legal y reglamentaria de los empleados públicos, para los contratos de trabajo que se suscriben con la administración pública, se dispuso lo siguiente:

ARTÍCULO 2.2.30.1.2. Contrato de trabajo con las entidades públicas.

1. *El contrato de los trabajadores oficiales con las entidades públicas, correspondientes, deberá constar por escrito.*

En dicho contrato se hará constar la fecha desde la cual viene prestando sus servicios el trabajador.

2. *El mencionado contrato se escribirá por triplicado, con la siguiente destinación: un ejemplar para el empleador, otro para el trabajador y uno con destino a la institución de previsión social a la cual quede afiliado el trabajador oficial.*

Como se mencionó anteriormente, los trabajadores oficiales se encuentran exceptuados de la aplicación de las normas sobre carrera administrativa, y, por lo tanto, su vinculación con la administración es mediante la suscripción de un contrato de trabajo que deberá constar por escrito por triplicado; un ejemplar para el empleador, otro con destino a la institución de previsión social a la cual se encuentra vinculado y la última será para el trabajador.

Así las cosas y para su consulta en concreto, en relación a los contratos de prestación de servicios con entidades u organismos del orden nacional o territorial en la administración pública, en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 "*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*", dispuso sobre las personas que suscriben contratos de prestación de servicio con entidades u organismos pertenecientes a la administración pública, lo siguiente:

- 3o. *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.

Por lo tanto, los contratos de prestación de servicios o de apoyo a la gestión que se celebren con entidades estatales para desarrollar actividades que tienen relación con la administración y funcionamiento de la misma, podrán celebrarse con personas naturales siempre y cuando dichas actividades no puedan realizarse con el personal de planta o requieran de ciertos conocimientos especializados.

Por su parte, el artículo 2° numeral 4 literal h) de la Ley 1150 de 2007 dispuso como modalidad de selección la contratación directa para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión que solo podrá encomendarse a determinadas personas naturales, en ese mismo sentido, la Ley 1082 de 2015 en el artículo 2.2.1.2.1.4.9 preceptuó que las entidades pueden contratar mediante la suscripción de contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión con personas naturales o jurídicas capacitadas y que cumplan con los requisitos respectivos.

En conclusión, los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión se encomiendan a las personas naturales cuando las actividades que van a ejercer no pueden realizarse con el personal de planta que requieran ciertos conocimientos especializados, usted expone dentro de los hechos de su consulta que el objeto del contrato que suscribió el contratista contenía ciertas obligaciones generales y específicas que en el desarrollo del mismo se le encomendaron funciones públicas, circunstancia que fue considerada mediante sentencia proferida por la Corte Constitucional², a saber: “En este sentido, es evidente que el Constituyente no estableció el mismo trato jurídico para la relación laboral y para la vinculación contractual por prestación de servicios con el Estado, pues mientras que la primera tiene amplia protección superior la segunda no sólo no tiene ninguna referencia constitucional porque corresponde a una de las múltiples formas del contrato estatal, sino que no puede ser asimilada a la relación laboral porque tiene alcance y finalidades distintas. Así las cosas, desde la perspectiva constitucional no es posible erigir para la relación laboral con el Estado y para el contrato de prestación de servicios consecuencias jurídicas idénticas y las mismas condiciones de acceso a la función pública.

En desarrollo de lo dispuesto en la Constitución, el legislador definió el contrato laboral como “aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”. Esto significa que la relación laboral con el Estado, que surge de la relación legal y reglamentaria o del contrato de trabajo, no importa el nombre que las partes le den porque prevalece el criterio material respecto del criterio formal del contrato, tiene tres elementos que lo identifican: i) la prestación de servicios u oficios de manera personal, ii) la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, iii) la contraprestación a los dos anteriores que se denomina salario. Por su parte, el contrato de prestación de servicios fue diseñado por el legislador como un contrato estatal que celebran “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.” (Subraya fuera de texto)

Lo Corte es precisa al establecer las diferencias que acompañan las distintas formas de vincularse con el estado, entendiendo que tienen un alcance y finalidades distintas; el contrato de prestación de servicios, por ejemplo, es contemplado en la normatividad como un contrato estatal que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionada con la administración o funcionamiento de la entidad, que el personal de planta no pueda realizarlas.

Es por esto que, los contratos de prestación de servicios están destinados como bien lo indica su nombre, para prestar el servicio o apoyar en la gestión en actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad respectiva, sin desnaturalizarse el contrato de prestación de servicio.

Por consiguiente, en criterio de esta Dirección Jurídica, aquel particular que suscribe un contrato de prestación de servicios regulado por la Ley 80 de 1993 o producto de la autonomía de la voluntad, no está subsumido en el contexto de la función pública, ni es, por tanto, empleado público ya que su vinculación no fue legal y reglamentaria.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Valeria B.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública."
2. Corte Constitucional, Sala Plena, C - 614 de 2009, 02 de septiembre de 2009, [MP Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 09:54:14