



Función Pública

Concepto 005511 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000005511

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000005511

Fecha: 07/01/2021 05:47:03 p.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Provisión. Provisión de empleo mediante contrato de prestación de servicios. RAD.: 20202060612582 del 22 de diciembre de 2020.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si es permitido contratar personal por prestación de servicios, para que desarrolle la función de gestión del talento humano en las entidades públicas del Estado, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Sobre el particular, se tiene que el Artículo 32 de la ley 80 de 1993¹ señala que los contratos de prestación de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, guardando concordancia con lo establecido en el Artículo 123 de la Constitución Política en cuanto autoriza que los particulares temporalmente desempeñen funciones públicas.

Así las cosas, el contrato de prestación de servicios es una de las formas excepcionales y temporales a través de la cual los particulares pueden desempeñar funciones públicas, y su fin es satisfacer necesidades especiales de la administración que no pueden estar previstas en la planta de personal.

Respecto de los contratos de prestación de servicios, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-614 de 2009, indicó:

“La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones

contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.”

(...)

A pesar de la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública, en la actualidad se ha implantado como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: la suscripción de “nóminas paralelas” o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados out sourcing, por lo que la realidad fáctica se muestra en un contexto distinto al que la norma acusada describe, pues se ubica en una posición irregular y abiertamente contraria a la Constitución, desviación práctica que desborda el control de constitucionalidad abstracto y su corrección corresponde a los jueces contencioso administrativos, o, excepcionalmente, al juez constitucional por vía de la acción de tutela; práctica ilegal que evidencia una manifiesta inconstitucionalidad que la Corte Constitucional no puede pasar inadvertida, pues afecta un tema estructural en la Carta de 1991, cual es el de la carrera administrativa como instrumento esencial para que el mérito sea la única regla de acceso y permanencia en la función pública, por lo que se insta a los órganos de control a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada y, en caso de incumplimiento, imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto, y se conmina a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio de la Protección Social a que adelanten estudios completos e integrales de la actual situación de la contratación pública de prestación de servicios, en aras de impedir la aplicación abusiva de figuras constitucionalmente válidas.”

La misma corporación, mediante sentencia [C-171](#) de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, señaló:

“Por consiguiente, la Sala evidencia en este caso, la necesidad de incorporar al entendimiento de la norma acusada, la única interpretación constitucional posible de la misma, de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia de este Alto Tribunal, según la cual, la potestad de contratación otorgada por el precepto demandado a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados. Por lo tanto, la Corte declarará en la parte resolutive de esta sentencia, la exequibilidad condicionada del Artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, en el sentido anunciado.” (Subraya fuera de texto)

Se infiere entonces que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de vinculación con el Estado de tipo excepcional que se justifica constitucionalmente si es concebida como un instrumento para atender funciones ocasionales, que son aquellas que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o que, siendo parte de ellas, no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados; vinculación que en ningún caso debe conllevar subordinación. Como puede observarse, para la Corte los contratos estatales se justifican constitucionalmente si son concebidos como instrumentos para atender actividades y tareas de apoyo a la gestión o colaboración para que la entidad cumpla sus funciones.

De conformidad con lo expuesto, es viable concluir que la suscripción de órdenes de prestación de servicios en las entidades públicas que requieran desarrollar actividades relacionadas con el quehacer de las mismas, procede siempre que se cumplan las condiciones que se han plasmado en el presente concepto a saber, cuando es concebida como un instrumento para atender funciones ocasionales, que son aquellas que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o que, siendo parte de ellas, no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados; se celebrarán por el término estrictamente indispensable y que la persona a contratar demuestre idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área o tema de que se trate.

En consecuencia y dando respuesta a su inquietud, la viabilidad de la celebración de un contrato de prestación de servicios con una persona natural depende del estudio de necesidad que realice la entidad, con el fin de determinar el ejercicio de actividades transitorias o temporales porque de acuerdo con el manual de funciones específico no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar el servicio, o cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio, o cuando aun existiendo personal en la planta, éste no sea suficiente.

Por otra parte, respecto de la forma de vinculación de quienes ejercen funciones de carácter permanente, es necesario tener en cuenta que el Decreto Ley 3074 de 1968 "Por el cual se adiciona el Decreto número 2400 de 1968" en el Artículo 2 señala:

"ARTÍCULO 1. Modifícase y adicionase el Decreto número 2400 de 1968, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 2. quedará así: Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

(...) Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones." (Subrayado nuestro)

De acuerdo con la anterior disposición, es viable indicar que para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos requeridos en la planta de personal respectiva, para lo cual la entidad deberá iniciar las gestiones pertinentes que deriven en la creación de los cargos que demanda para el eficiente cumplimiento de los servicios a su cargo.

A su vez, el Artículo 17 de la Ley 909 de 2004, establece:

"ARTÍCULO 17. Planes y plantas de empleos.

1. Todas las unidades de personal o quienes hagan sus veces de los organismos o entidades a las cuales se les aplica la presente ley, deberán elaborar y actualizar anualmente planes de previsión de recursos humanos que tengan el siguiente alcance:

a) Cálculo de los empleos necesarios, de acuerdo con los requisitos y perfiles profesionales establecidos en los manuales específicos de funciones, con el fin de atender a las necesidades presentes y futuras derivadas del ejercicio de sus competencias;

b) Identificación de las formas de cubrir las necesidades cuantitativas y cualitativas de personal para el período anual, considerando las medidas de ingreso, ascenso, capacitación y formación;

c) Estimación de todos los costos de personal derivados de las medidas anteriores y el aseguramiento de su financiación con el presupuesto asignado.

2. Todas las entidades y organismos a quienes se les aplica la presente ley, deberán mantener actualizadas las plantas globales de empleo necesarias para el cumplimiento eficiente de las funciones a su cargo, para lo cual tendrán en cuenta las medidas de racionalización del gasto. El Departamento Administrativo de la Función Pública podrá solicitar la información que requiera al respecto para la formulación de las políticas sobre la administración del recurso humano."

En consecuencia, las unidades de personal o quienes hagan sus veces de los organismos o entidades a las cuales se les aplica la ley en cita, deberán elaborar y actualizar anualmente planes de previsión de recursos humanos, para lo cual deberán calcular los empleos necesarios para atender las necesidades presentes y futuras que se deriven del ejercicio de sus competencias.

Ahora bien, al analizar el sentido de la expresión “*actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad*” a que hace referencia el numeral 3 del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en sentencia con Radicación numero: 11001-03-06-000-2010-00052-00(2003) del 19 de agosto de 2010, Consejero ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, expresó:

“De acuerdo con su definición legal, el contrato de prestación de servicios permite a las entidades estatales atender sus necesidades de “administración o funcionamiento”, cuando el personal vinculado a su planta de personal no es suficiente o no tiene los conocimientos especializados que la actividad demande.

En su interpretación gramatical (7), los vocablos “administración” y “funcionamiento” definen actividades de distinta naturaleza dentro de una organización, las cuales en la práctica administrativa se identifican respectivamente como “de apoyo” y “misionales”. Entonces, las entidades estatales, en virtud de la definición del contrato de prestación de servicios, están autorizadas de manera general para celebrarlo a fin de atender requerimientos de personal, tanto en el desarrollo de su objeto como en las tareas administrativas de soporte que éste requiere; pero siempre con sujeción a las restricciones establecidas en la norma que lo define. La jurisprudencia del Consejo de Estado es abundante al respecto; por ejemplo:

“La Sala considera que el sentido genuino de la expresión “...actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad” es la de servir de marco para las actividades que desarrollará el contratista, pero no la de hacer viable cualquier contratación referida con tales actividades. En este caso puntual, asume una interpretación restrictiva por cuanto la expresión transcrita debe guardar relación con el literal d) del numeral 1 del Artículo 24 de la ley 80 de 1993 y con el decreto 2170 de 2002. Este último, a pesar de ser reglamentario de la ley, aporta elementos que vistos en conjunto con la ley 80 de 1993 y la ley 489 de 1998 limitan la interpretación. De acuerdo con lo anterior, las entidades estatales estarán facultadas para celebrar contratos de prestación de servicios con personas jurídicas bajo las siguientes limitaciones, provenientes del mismo estatuto de contratación: que sean servicios profesionales o trabajos artísticos que sólo puedan ser encomendados a determinadas personas jurídicas; o que comprendan el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas; o que brinden apoyo a la gestión de la entidad cuando no hubiere personal suficiente para el servicio que se va a contratar, o cuando se trate de fines específicos; para todos los objetos señalados, que el contrato tenga una duración temporal, restringida a lo estrictamente necesario. Es decir, la naturaleza del contrato de prestación de servicios, vista desde la óptica de la contratación estatal y de los orígenes e historia de la figura contractual, no permite una interpretación e integración de contenido y efectos que llegue hasta la asunción de funciones administrativas propias de la entidad estatal por parte del contratista, ni a la representación de la misma frente a terceros, sin haberse dado cumplimiento a las prescripciones legales de índole imperativo, en este caso la ley 489 de 1998.”(8)

Por su parte la jurisprudencia constitucional ha señalado que en este tipo de contrato “el grado de autonomía de la administración se ve ostensiblemente limitado”, y que “su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido”, de modo que si dicho objeto se convierte “en ordinario y permanente”, la entidad debe adelantar los trámites necesarios para crear los empleos respectivos en su planta de personal y apropiar los recursos para sus emolumentos, en cumplimiento del Artículo 122 constitucional.(9)”

Conforme con lo anterior, los vocablos “administración” y “funcionamiento” definen actividades de distinta naturaleza dentro de una organización, las cuales en la práctica administrativa se identifican respectivamente como “de apoyo” y “misionales”. Por tanto, las entidades estatales, en virtud de la definición del contrato de prestación de servicios, están autorizadas de manera general para celebrarlo a fin de atender requerimientos de personal, tanto en el desarrollo de su objeto como en las tareas administrativas de soporte que éste requiere con sujeción a las normas vigentes.

Así mismo, se reitera que esta Dirección Jurídica, a través de los conceptos jurídicos que emite, ha reiterado en numerosas oportunidades que 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 48, numeral 29, de la Ley 734 de 2002 y ha insistido en 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.

Es necesario precisar que a las entidades no se les restringe la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicio siempre y cuando éstos se enmarcan dentro de los lineamientos establecidos en el Estatuto General de la Contratación Pública. De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-614 de 2009, previamente citada, los contratos estatales se justifican constitucionalmente si son concebidos como instrumentos para atender actividades y tareas de apoyo a la gestión o colaboración para que la entidad cumpla sus funciones, por lo que

en criterio de esta Dirección Jurídica, no es viable afirmar que la función de gestión del talento humano es exclusiva de personal en carrera administrativa de las instituciones públicas.

A modo de ejemplo, se recuerda que de manera general las entidades públicas cuentan con una unidad de personal o de gestión del talento humano, la cual está coordinada por un empleado de la planta de personal de la entidad, cargo que por la naturaleza de sus funciones está clasificado como de libre nombramiento y remoción, de conformidad con lo estipulado en el Artículo 5 de la Ley 909 de 2004; así como también pueden estar vinculados a dicha unidad empleado de carrera administrativa.

Por lo anterior, se considera que, al momento de analizar la viabilidad de efectuar contrataciones por prestación de servicios, las entidades deberán establecer si el objeto contractual es de carácter permanente o transitorio, y revisar que no haga parte del giro ordinario de las labores encomendadas o misionales, o que siendo parte de ellas no puedan ser ejecutadas con empelados de planta o se requieran conocimientos especializados.

Finalmente, se informa que adjunto a este concepto, se remiten para los fines pertinentes la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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 CORTÉS

Director Jurídico

Anexos: Ley 909 de 2004 y Decreto 1083 de 2015.

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó y aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:55:09