



Función Pública

Concepto 043221 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000043221

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000043221

Fecha: 08/02/2021 12:41:54 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: EMPLEOS. Provisión. ¿Quien haya suscrito contratos de prestación de servicios en años consecutivos adquiere el derecho para ser vinculado como empleado público en la planta de personal de la entidad pública? RAD.: 2021-206-005940-2 de fecha 4 de febrero de 2021.

En atención al escrito de la referencia, remitido a este Departamento Administrativo por parte de la Comisión Nacional del Servicio civil, mediante el cual consulta si quien haya suscrito contratos de prestación de servicios en años consecutivos adquiere el derecho para ser vinculado como empleado público en la planta de personal de la entidad pública en proceso de rediseño institucional, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

1.- Con el fin de dar respuesta a su consulta, se considera necesario indicar que, respecto de la forma como se debe realizar el ingreso en los empleos públicos, la Constitución Política establece:

"ARTÍCULO 125. 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.

(...)" (Subrayas fuera del Texto).

Por su parte, 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 frente al tema lo siguiente:

“ARTÍCULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley”. (Subrayado fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que la Constitución Política establece que el ingreso y el ascenso en los cargos de carrera administrativa se debe realizar mediante procesos de mérito; este se considera un óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y constituye uno de los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991, en especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el Artículo 53 de la Constitución Política.

En este orden de ideas, las personas, incluidos obviamente quienes hayan suscrito contratos de prestación de servicios que cumplan con los requisitos de ley, podrán ser designados en empleos clasificados como de carrera administrativa, previa superación del concurso de méritos y la correspondiente superación del respectivo período de prueba.

2.- De otra parte, es necesario precisar que frente a los derechos de los empleados públicos en caso de una reestructuración administrativa la Ley 909 de 2004, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 44. Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización...”

Así las cosas, solamente los empleados que ostenten derechos de carrera administrativa, cuentan con estabilidad laboral que les permite en una eventual supresión del empleo como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de la planta de personal; a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización.

3.- En relación con el contrato de prestación de servicios el Artículo 32 de la ley 80 de 1993¹, dispone:

“ARTICULO 32. “DE LOS CONTRATOS ESTATALES. -

(...)

3o. 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 conocimientos especializados.

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

De acuerdo con la anterior norma, los contratos 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.

En ese sentido, se considera que al contrato de prestación de servicios la Administración acude con el fin de satisfacer necesidades especiales que no pueden cumplirse con empleados de la planta de personal.

Respecto de la procedencia de suscribir contratos estatales, el Decreto Ley 2400 de 1968, señala:

“ARTICULO 2. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 3074 de 1968. El nuevo texto es el siguiente: 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.”(Subraya fuera de texto)

De acuerdo con la norma, en el caso de funciones permanentes de la administración, no se considera procedente que se desarrollen mediante contratos de prestación de servicios.

La misma Corte Constitucional mediante Sentencia C-614 de 2009, abordó el problema jurídico consistente en determinar si la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, contemplada en el Artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, es contraria a los Artículos 2º, 25 y 53 de la Constitución. En esta oportunidad expresó la Corte:

“...esa prohibición legal constituye una medida de protección a la relación laboral, pues no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal. En efecto, la norma impugnada conserva como regla general de acceso a la función pública el empleo, pues simplemente reitera que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional y se justifica constitucionalmente si es 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 requieran conocimientos especializados.”(Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, el contrato de prestación de servicios es una modalidad de vinculación con el Estado de tipo excepcional que se justifica constitucionalmente si es concebido 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.

Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo previsto en el numeral 3) del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, arriba transcrito, quien suscriba un contrato de prestación de servicios con una entidad pública no es un servidor público, sino que es un contratista por lo que su relación se enmarca estrictamente en lo contractual.

De acuerdo con lo expuesto, y atendiendo particularmente su interrogante, le indico que una vez revisadas las normas de administración de personal en el sector público, principalmente el Decreto Ley 2400 de 1968 y el Decreto 1083 de 2015, y de lo previsto en el Artículo 44 de la Ley

909 de 2004, se colige que no existe una que le otorgue el derecho a un contratista para que en caso de vacancia temporal o definitiva en un empleo de carrera administrativa sea nombrado en calidad de provisional, aun en el caso de haber suscrito diversos contratos en varios años.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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: Harold Herreño

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

GCJ-601 - 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: 2024-12-11 18:47:02