



Función Pública

Concepto 044881 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000044881

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000044881

Fecha: 09/02/2021 12:08:55 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Características. Radicado No. 20219000062022 de fecha 05 de febrero de 2021.

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública. En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual presenta una situación relacionada con las obligaciones desarrolladas por una persona contratada para realizar los servicios profesionales de Asesoría Administrativa y financiera en un hospital; atendiendo lo anterior, se da respuesta a los interrogantes en el mismo orden que se consulta.

En primer lugar, es importante señalar que a este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia definir situaciones particulares de las entidades, sus empleados o colaboradores, aun así nos referiremos de manera general sobre los contratos de prestación de servicios.

¿Es viable que una persona contratada para atender actividades de Asesoría administrativa y financiera, pueda dar órdenes al personal, enviar notificaciones estableciendo cronogramas de trabajo al personal, de la cual no ejerce coordinación, subordinación, y además no figura dentro del alcance de su objeto contractual realizarlo?

De manera previa, debemos mencionar que de acuerdo con la Resolución 5185 de 2013, "por medio de la cual se fijan los lineamientos para que las Empresas Sociales del Estado adopten el estatuto de contratación que regirá su actividad contractual", del Ministerio de Salud y Protección Social, el régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado es el régimen privado, de conformidad con el numeral 6° del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, teniendo en cuenta el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007¹, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso.

La citada Resolución 5185 de 2013, establece al respecto:

ARTÍCULO 5°. Modalidades y mecanismos de selección. Las Empresas Sociales del Estado deben definir en su estatuto de contratación las modalidades y mecanismos de selección que estimen pertinentes, pudiendo tener en cuenta, entre otras, las siguientes como modalidades y mecanismos:

(...)

5.2. Contratación directa. Es el procedimiento en el cual se celebra directamente el contrato. Se debe definir en el estatuto de contratación, las circunstancias en las cuales se puede realizar la contratación directa en consideración a la naturaleza del contrato o a la cuantía.

ARTÍCULO 17. Manuales de contratación. Las Empresas Sociales del Estado expedirán el manual de contratación mediante el cual se determinan los temas administrativos del manejo de la contratación, los procesos y procedimientos, así como las áreas o personas que intervienen en las distintas fases de la contratación y en la vigilancia y ejecución del negocio jurídico, así como los responsables de atender las dudas sobre la aplicación del estatuto y el manual de contratación de la entidad.

No obstante, con relación a los contratistas del estado es necesario mencionar que la Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, en relación con el contrato de prestación de servicios preceptuó:

“La contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes, únicamente, opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden. Si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la justicia del trabajo, si se trata de un trabajador oficial o ante la jurisdicción contencioso administrativa, con respecto al empleado público.

Para el cabal cumplimiento de los fines esenciales del Estado, la función pública al servicio de los intereses generales ejerce sus actividades a través de personas vinculadas al mismo en calidad de servidores públicos, quienes bajo la modalidad de empleados públicos o de trabajadores oficiales prestan sus servicios en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento (C.P., arts. 122 y 123). Es así como, la regulación que el Legislador ordinario haga de la función pública deberá contener las reglas mínimas y la forma con base en las cuales aquella tendrá que desarrollarse (C.P., art.150-23), así como el régimen de responsabilidades que de allí se derive y la manera de hacerlo efectivo (C.P., art.124), circunstancias todas que consagran una garantía para el ciudadano, como expresión del Estado Social de Derecho.

(...)

Esta Corporación amerita precisar que en el evento de que la Administración, con su actuación, incurra en una deformación de la esencia y contenido natural de ese contrato, para dar paso al nacimiento disfrazado de una relación laboral en una especie de transformación sin sustento jurídico con interpretaciones y aplicaciones erradas, necesariamente enmarcará su actividad dentro del ámbito de las acciones estatales inconstitucionales e ilegales y estará sujeta a la responsabilidad que de ahí se deduzca”.

De lo anterior se indica que las personas vinculadas mediante contrato de prestación de servicios son particulares contratados, por un 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, este tipo de contrato no supone iguales condiciones a las que se derivan de una relación legal y reglamentaria con la administración (empleado público) o de un contrato laboral (trabajador oficial) 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 mismo.

Así las cosas, el contratista al no tener la condición de empleado público, no podrá ejercer las funciones propias de estos, cabe recordar que esta Dirección Jurídica ha sostenido 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; por lo que sus actividades y obligaciones se deberán supeditar solo a lo pactado en el respectivo contrato de prestación de servicios.

¿Cuál es el alcance que puede tener una persona contratada para realizar actividades que dentro del objeto contractual son meramente de "Asesoría Administrativa y Financiera"?

Como se mencionó inicialmente, este Departamento Administrativo no tiene competencia para establecer el alcance de un objeto contractual celebrado por otra entidad, sin embargo, para determinar el mismo, se deberá acudir al respectivo Contrato de Prestación de Servicios, el cual deberá establecer una justificación, su objeto, alcance u obligaciones específicas por parte del contratista, entre otras cláusulas que permitan delimitar el actuar del respectivo contratista; así como a los demás instrumentos internos que tenga la institución.

Es posible y viable que en función de esa actividad pueda involucrarse en procesos que son netamente de otra oficina Ej.: recepcionar hojas de vida y realizar chequeos de requisitos para vinculación de personal. Además, pedir cotizaciones, revisar actividades de contratistas pasando por alto la función de los supervisores de los contratos, dando órdenes a personal, y haciendo requerimientos a los mismos en forma verbal

Se reitera que para determinar las obligaciones contractuales o alcance a las mismas se deberá acudir al respectivo contrato. No obstante, se recomienda acudir al supervisor del contratista para que una vez expuesta la situación, determine si el actual del mismo está acorde a lo pactado.

Finalmente, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011²

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: César Pulido.

Aprobó. José Fernando Ceballos.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones

generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

2. Artículo sustituido por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:09:55