



Concepto 205171 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000205171

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000205171

Fecha: 10/06/2021 06:42:06 a.m.

Bogotá

Ref.: FUNCIONES - CONTRATISTA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. ¿Existe impedimento para que un contratista de una entidad territorial que se desempeña como asesor en una Dirección de una Secretaría Municipal, tenga en sus funciones ordenar y dar directrices a servidores públicos de planta? Radicado 20219000464082 del 04 de junio de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta si existe impedimento para que un contratista de una entidad territorial que se desempeña como asesor en una Dirección de una Secretaría Municipal, tenga en sus funciones ordenar y dar directrices a servidores públicos de planta, me permito informarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar en relación con su interrogante respecto de la vinculación de un contratista de prestación de servicios, que la misma se rige por lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, así:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad” y dentro de éstos se relaciona el “contrato de prestación de servicios.

(...)

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 conocimientos especializados.

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

De otra parte, el Decreto 2209 de 1998, por el cual se modifican parcialmente los Decretos 1737 y 1738 del 21 de agosto de 1998, señala:

“ARTICULO 1. El artículo 3° del Decreto 1737 de 1998 quedará así:

“ARTÍCULO 3. Los contratos de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas, sólo se podrán celebrar cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratarán.

Se entiende que no existe personal de planta en el respectivo organismo, entidad, ente público o persona jurídica, es imposible atender la actividad con personal de planta, porque de acuerdo con los manuales específicos, no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del 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, la inexistencia de personal suficiente deberá acreditarse por el jefe del respectivo organismo.

Tampoco se podrán celebrar estos contratos cuando existan relaciones contractuales vigentes con objeto igual al del contrato que se pretende suscribir, salvo autorización expresa del jefe del respectivo órgano, ente o entidad contratante. Esta autorización estará precedida de la sustentación sobre las especiales características y necesidades técnicas de las contrataciones a realizar”.

Como puede observarse, la norma es clara al señalar que los contratistas de prestación de servicios deben cumplir funciones que no puedan realizarse con personal de planta, bien porque el personal es insuficiente o porque se trata de actividades transitorias, toda vez que no son servidores públicos sino particulares contratistas, no pueden ser considerados ni empleados públicos ni trabajadores oficiales y su relación está regulada por el contrato y por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993.

De igual forma, el Consejo de Estado mediante Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 10 de mayo 10 de 2001, Rad. No. 1.344, C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, refirió:

“La vinculación jurídica derivada del contrato de prestación de servicios es diferente de la que emana de la relación laboral de origen contractual con los trabajadores oficiales. En efecto, el de prestación se refiere a actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad; el contratista es autónomo para ejecutar el contrato; no se causan prestaciones sociales y no responde disciplinariamente -Sentencia C-280/96-, mientras que el trabajador oficial, en su orden, labora en la construcción y sostenimiento de obras públicas o está vinculado a una empresa industrial o comercial del Estado; está, por esencia, subordinado a la administración; las prestaciones sociales le son consustanciales y responde disciplinariamente”.

De conformidad con las normas y la jurisprudencia anteriores, los contratos de prestación de servicios, sólo se podrán celebrar cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratarán, o requieran de conocimientos especializados. De igual forma no se podrán celebrar contratos de prestación de servicios cuando existan relaciones contractuales vigentes con objeto igual al del contrato que se pretende suscribir, salvo autorización expresa del jefe del respectivo órgano o entidad contratante. Esta autorización estará precedida de la sustentación sobre las especiales características y necesidades técnicas de las contrataciones a realizar.

Conforme lo expresa la Corte Constitucional en sentencia C-614 de 2009, 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.

Ahora bien, respecto del ejercicio de funciones de carácter permanente, tenemos que el Decreto 3074 De 1968 “Por el cual se adiciona el Decreto número 2400 de 1968” establece:

“ARTÍCULO 1. Modifícase y adiciónese 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.”

De lo anteriormente expuesto, se concluye que particulares que colaboran con el Estado mediante un contrato de prestación de servicios o cualquier otro, tipificado en la ley 80 de 1993 o producto de la autonomía de la voluntad, no están subsumidos en el contexto de la función pública, ni son servidores públicos.

De acuerdo con lo anterior, el contrato de prestación de servicios no supone las mismas condiciones de una relación laboral, por lo que no hay una relación de subordinación y, por lo tanto, el contratista de prestación de servicios debe dar cumplimiento al objeto contractual en los términos establecidos en el respectivo contrato.

Con fundamento en lo anotado, se considera 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 contrato en cuanto objeto, plazo, valor y forma de pago, actividades, informes a entregar, productos o entregables, obligaciones a cargo de cada una de las partes, entre otros, conforme a lo cual se establece que el contrato se ejecuta en función del objeto contractual, el cual en todo caso no puede corresponder al ejercicio de actividades de carácter permanente, y si tienen este carácter deben ser transitorias, dado que para atender estas labores se encuentran los funcionarios que hacen parte de la planta de personal de la entidad. Por los motivos expresados, los funcionarios de planta que a su vez hacen parte de la estructura organizacional de la entidad, distribuidos en sus diferentes áreas y dependencias deben atender en el ejercicio de sus funciones a los niveles de jerarquía y responsabilidad, según corresponda con el organigrama de la entidad.

En este orden de ideas y respondiendo puntualmente su interrogante, conforme con lo expresado, no le corresponde a los contratistas de prestación de servicios ejercer control o vigilancia sobre los servidores de planta de la entidad, labor que deberá ejercerse atendiendo a los niveles de jerarquía internos de la entidad; a contrario sensu, la actividad ejecutada por los contratistas de prestación de servicios, si debe ser objeto de supervisión con fundamento en lo dispuesto en el artículo 26 numeral 1o y el artículo 51 de la Ley 80 de 1993, y artículos 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011.

Por último, 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 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/JFCA

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".
2. "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública".

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:56:45