



Función Pública

Concepto 328171 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000328171

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000328171

Fecha: 07/09/2021 02:11:02 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Contrato de prestación de servicios. Contratos colectivos con asociaciones sindicales. RADICACION. 20219000606782 de fecha 01 de septiembre de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta si las Empresas Sociales del Estado pueden celebrar contratos colectivos sindicales con asociaciones sindicales para la ejecución de actividades misionales, cuando no cuenten con el recurso humano suficiente y requerido dentro de su planta de personal para ejecutarlos, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Respecto del contrato de prestación de servicios, es oportuno resaltar que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, dispone:

"ARTICULO 32. "DE LOS CONTRATOS ESTATALES

(...)

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 acuerdo con la anterior norma, 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 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.

Teniendo en cuenta lo anterior, se precisa que la suscripción de órdenes de prestación de servicios en las entidades públicas que requieran desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento 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.

Con relación a la celebración de contratos para para el ejercicio de funciones de carácter permanente, la Corte Constitucional en la 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...”

Con base en el texto transcrito, se infiere que el contrato estatal de prestación de servicios únicamente puede ser utilizado para la ejecución de labores temporales y no procede para adelantar funciones propias y permanentes de la entidad, por lo que no resulta procedente la designación de personal en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores asociados, empresas de servicios temporales o los denominados out sourcing, para el desempeño de funciones permanentes de la administración.

La misma Corporación mediante Sentencia [C-171](#) de 2012 del 7 de marzo de 2012, estableció con relación a la potestad de contratación otorgada a las empresas sociales del estado para operar mediante terceros:

“...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.

Finalmente, esta Corporación encuentra necesario advertir nuevamente a las autoridades administrativas y empleadores del sector público, así como también a las empresas privadas y empleadores del sector privado, la necesidad de que respeten el vínculo laboral para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de las entidades contratantes, de manera que se garantice el contrato laboral y se protejan los derechos laborales de los trabajadores. A este efecto, la Sala recuerda que el desconocimiento del vínculo laboral y de los derechos laborales de los trabajadores acarrea graves consecuencias administrativas y penales. Por lo anterior, la Corte reitera en esta nueva oportunidad, la exhortación que se le hiciera en la sentencia [C-614](#) de 2009 a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio de la Protección Social, y la hace extensiva especialmente al hoy creado Ministerio de Trabajo “Min trabajo”, con el fin de que estas entidades administrativas y organismos de control, especialmente el Min trabajo, entidad que tiene como finalidad principal la garantía y protección de los derechos laborales de los trabajadores colombianos, adelanten, en el marco de sus facultades constitucionales y legales, las funciones de vigilancia y control de su competencia, desarrollen las actuaciones necesarias y adopten las decisiones pertinentes, con el fin de impedir la aplicación abusiva de figuras constitucionalmente válidas, como el contrato de prestación de servicios, cuando mediante su utilización se desconozca el contrato laboral, los derechos de los trabajadores y se promuevan procesos de deslaboralización y tercerización, tanto en el sector público como en el privado, lo cual es abiertamente inconstitucional.”

En este sentido, se observa que las entidades públicas y privadas deben proteger las distintas modalidades de trabajo, dando una mayor protección al empleo derivado del vínculo laboral, considerando la validez de realizar contratos de prestación de servicios, siempre y cuando no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad, o cuando estas funciones no puedan ser realizadas por el personal de planta o cuando se requieran conocimientos especializados y reitera que no es procedente la designación de personal en forma directa o mediante las

cooperativas de trabajadores asociados, empresas de servicios temporales o los denominados out sourcing, para el desempeño de funciones permanentes.

Por consiguiente, si la entidad requiere en forma permanente de profesionales con conocimientos especializados, deberá procurar la creación de los empleos o cargos públicos correspondientes, para de esta forma contar con una planta de personal propia, respetando de esta forma la vinculación laboral para desempeñar funciones permanentes y propias del objeto de las Empresas Sociales del Estado.

En el evento de que la Entidad requiera modificar la planta de personal, debe tener en cuenta los mecanismos establecidos sobre el particular para las Empresas Sociales del Estado, señalados en el Decreto 1083 de 2015.

En consecuencia, la norma determina la viabilidad de la celebración de un contrato de prestación de servicios con una persona natural el cual dependerá del estudio de necesidad que realice la entidad, con el fin de determinar el ejercicio de actividades transitorias o temporales de acuerdo con el manual de funciones específico, o cuando no exista 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.

En conclusión, esta Dirección Jurídica considera viable la celebración de contratos de prestación de servicios en una entidad que busque el ejercicio de actividades transitorias o temporales de acuerdo con el manual de funciones específico, o cuando no exista 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. Sin embargo, si la entidad requiere en forma permanente de profesionales con conocimientos especializados, deberá procurar la creación de los empleos o cargos públicos correspondientes, para de esta forma contar con una planta de personal propia, respetando de esta forma la vinculación laboral para desempeñar funciones permanentes y propias del objeto de las Empresas Sociales del Estado.

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

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:08:35