



Función Pública

Concepto 365381 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000365381

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000365381

Fecha: 05/10/2021 04:14:37 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEOS. Provisión. Forma de provisión del secretario de la personería hasta tanto se culmine concurso de méritos. Radicado: N° 20219000593302 del 24 de agosto de 2021.

Acuso recibo a su comunicación, mediante el cual consulta, en un municipio el empleo de secretario de personero se encuentra en proceso de concurso de méritos para su provisión definitiva, mientras se realiza el concurso, cómo se debe realizar la provisión a través de nombramiento en provisionalidad o por medio de contrato de prestación de servicios.

Al respecto me permito manifestar lo siguiente:

Respecto a la naturaleza del empleado de secretario de la Personería, la Carta Política en su artículo 125 establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

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:

ARTÍCULO 3. *Campo de aplicación de la presente ley.*

1. *Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:*

(...)

b) *A quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades:*

(...)

- *En las personerías*

(...)

Así mismo, el Decreto Ley [785](#) de 2005 respecto del empleo de secretario, expone:

ARTÍCULO 21. De las equivalencias de empleos. Para efectos de lo aquí ordenado, fíjense las siguientes equivalencias de los empleos de que trata el Decreto [1569](#) de 1998, así:

<i>Situación anterior</i>	<i>Situación nueva</i>
---------------------------	------------------------

<i>Nivel Administrativo, Auxiliar y Operativo</i>	<i>Nivel Asistencial</i>
---	--------------------------

(...)

<i>540 Secretario</i>	<i>440 Secretario</i>
-----------------------	-----------------------

(...)

Conforme a la normativa anterior, la clasificación de los empleos está dada por la ley, de acuerdo con lo previsto en el artículo [125](#) de la Constitución Política; es así como, el cargo de secretario de la personería es un empleo de carrera administrativa del Nivel asistencial con código 440.

De acuerdo con el artículo [23](#) de la Ley [909](#) de 2004, los empleos de carrera administrativa se proveen previo concurso de mérito, mediante nombramiento en período de prueba o nombramiento en ascenso, Los empleados públicos tienen una vinculación legal y reglamentaria la cual se formaliza a través del acto de nombramiento y la posesión.

Por lo anterior, en criterio de esta Dirección Jurídica, el secretario de la personería por ser un empleo de carrera administrativa debe proveerse a través de concurso de méritos, de lo contrario se debe proveer a través de un encargo como lo señala la ley [909](#) de 2004 modificada por la ley [1960](#) de 2019, y en el evento que no existan dentro de la planta de personal empleados de carrera que puedan ser encargados por no reunir los requisitos, será procedente efectuar nombramientos provisionales, de manera excepcional.

Por otro lado, de acuerdo con los contratos de prestación de servicios, se rigen por lo dispuesto en la Ley [80](#) de 1993, que dispone en el numeral tercero del artículo [32](#), lo siguiente:

“(…)

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.”

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 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.

Igualmente, la Decreto - ley 2400 de 1968 dispone:

“ARTÍCULO 2. 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 anterior la norma es clara en señalar que las funciones de carácter permanente de las entidades públicas no podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de las mismas.

En cuanto al contrato de prestación de servicios, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone 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.

La 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, concluyendo 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.

En consecuencia, la viabilidad de la celebración de un contrato de prestación de servicios con una persona natural y sus obligaciones contractuales 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, dicho análisis, junto con las actividades que deba realizar el contratista es propio de la entidad contratante.

Finalmente, le indico que, dentro de las facultades otorgadas a este Departamento, principalmente las contenidas en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 430 de 2016, esta entidad no cuenta con la potestad legal para determinar la validez de los actos administrativos, ni para determinar las actividades que pueden desarrollar los contratistas de prestación de servicios, la justificación en cada caso deberá efectuarla, como ya se indicó, la respectiva entidad u organismo público.

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 CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Adriana Sánchez

Revisó: Harold Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:57:07