



Función Pública

Concepto 065481 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000065481

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000065481

Fecha: 07/02/2022 04:32:13 p.m.

Bogotá D.C.

REF: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. Características. EMPLEO. Naturaleza. Provisión. Vinculación de quien ejerce como enlace de víctimas del conflicto de una entidad territorial. RAD.: 20219000767902 del 29 de diciembre de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta acerca del tipo de vinculación que debe tener el enlace de víctimas del conflicto con una entidad territorial de sexta categoría, en donde no hay centro regional de la unidad de Víctimas, en el sentido de señalar si debe pertenecer a la planta de personal de la entidad o si puede ser contratado por prestación de servicios, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Frente al particular, 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 lo siguiente:

“ARTÍCULO 19. El empleo público.

1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

2. El diseño de cada empleo debe contener:

a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;

b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;

c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales.”

Atendiendo las disposiciones contenidas en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004, esta Dirección Jurídica ha sido consistente en manifestar que el

empleo público es el núcleo básico de la función pública, e implica un conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a su titular con las competencias requeridas para llevarlas a cabo, a efectos de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado; para lo cual los empleos se agrupan por niveles, correspondiendo igualmente una serie de responsabilidades y obligaciones de acuerdo a su nivel jerárquico, que como contraprestación el empleado recibirá una asignación básica mensual fijada previamente de acuerdo con las escalas de remuneración establecidas por el Gobierno Nacional.

Así las cosas, el empleo debe ser entendido como la denominación, el código y el grado que se asignan para su identificación, así como el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo.

Por consiguiente, la entidad en su interior debe establecer el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales, en donde se identifiquen los perfiles requeridos y las funciones propias de cada empleo que se encuentre en la planta de personal, para el cumplimiento de los objetivos institucionales. Este es el soporte técnico que justifica y da sentido a la existencia de los cargos de la entidad.

Por otra parte, respecto de la forma de vinculación de quienes ejercen funciones de carácter permanente, es necesario tener en cuenta que el Decreto Ley 3074 de 1968 “Por el cual se adiciona el Decreto número 2400 de 1968” en el artículo 2 señala:

“ARTÍCULO 1. Modifícase y adicionase 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.” (Subrayado nuestro)

De acuerdo con la anterior disposición, es viable indicar que para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos requeridos en la planta de personal respectiva, para lo cual la entidad deberá iniciar las gestiones pertinentes que deriven en la creación de los cargos que demanda para el eficiente cumplimiento de los servicios a su cargo.

A su vez, el artículo 17 de la Ley 909 de 2004, establece:

“ARTÍCULO 17. Planes y plantas de empleos.

1. Todas las unidades de personal o quienes hagan sus veces de los organismos o entidades a las cuales se les aplica la presente ley, deberán elaborar y actualizar anualmente planes de previsión de recursos humanos que tengan el siguiente alcance:

a) Cálculo de los empleos necesarios, de acuerdo con los requisitos y perfiles profesionales establecidos en los manuales específicos de funciones, con el fin de atender a las necesidades presentes y futuras derivadas del ejercicio de sus competencias;

b) Identificación de las formas de cubrir las necesidades cuantitativas y cualitativas de personal para el período anual, considerando las medidas de ingreso, ascenso, capacitación y formación;

c) Estimación de todos los costos de personal derivados de las medidas anteriores y el aseguramiento de su financiación con el presupuesto

asignado.

2. Todas las entidades y organismos a quienes se les aplica la presente ley, deberán mantener actualizadas las plantas globales de empleo necesarias para el cumplimiento eficiente de las funciones a su cargo, para lo cual tendrán en cuenta las medidas de racionalización del gasto. El Departamento Administrativo de la Función Pública podrá solicitar la información que requiera al respecto para la formulación de las políticas sobre la administración del recurso humano.”

En consecuencia, las unidades de personal o quienes hagan sus veces de los organismos o entidades a las cuales se les aplica la ley en cita, deberán elaborar y actualizar anualmente planes de previsión de recursos humanos, para lo cual deberán calcular los empleos necesarios para atender las necesidades presentes y futuras que se deriven del ejercicio de sus competencias.

Por otro lado, se tiene que el artículo 32 de la ley 80 de 1993 señala que 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.

Por consiguiente, el contrato de prestación de servicios es una de las formas excepcionales y temporales a través de la cual los particulares pueden desempeñar funciones públicas, y su fin es satisfacer necesidades especiales de la administración que no pueden estar previstas en la planta de personal.

Respecto de los contratos de prestación de servicios, la Corte Constitucional mediante 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 y su corrección corresponde a los jueces contencioso administrativos, o, excepcionalmente, al juez constitucional por vía de la acción de tutela; práctica ilegal que evidencia una manifiesta inconstitucionalidad que la Corte Constitucional no puede pasar inadvertida, pues afecta un tema estructural en la Carta de 1991, cual es el de la carrera administrativa como instrumento esencial para que el mérito sea la única regla de acceso y permanencia en la función pública, por lo que se insta a los órganos de control a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada y, en caso de incumplimiento, imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto, y se conmina a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio de la Protección Social a que adelanten estudios completos e integrales de la actual situación de la contratación pública de prestación de servicios, en aras de impedir la aplicación abusiva de figuras constitucionalmente válidas.”

Así mismo, al analizar el sentido de la expresión “*actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad*” a que hace referencia el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en sentencia dictada dentro del expediente número: 11001-03-06-000-2010-00052-00(2003) del 19 de agosto de 2010, con ponencia del Magistrado Enrique José Arboleda Perdomo, expresó:

“De acuerdo con su definición legal, el contrato de prestación de servicios permite a las entidades estatales atender sus necesidades de “administración o funcionamiento”, cuando el personal vinculado a su planta de personal no es suficiente o no tiene los conocimientos especializados que la actividad demande.

En su interpretación gramatical (7), los vocablos “administración” y “funcionamiento” definen actividades de distinta naturaleza dentro de una organización, las cuales en la práctica administrativa se identifican respectivamente como “de apoyo” y “misionales”. Entonces, las entidades estatales, en virtud de la definición del contrato de prestación de servicios, están autorizadas de manera general para celebrarlo a fin de atender requerimientos de personal, tanto en el desarrollo de su objeto como en las tareas administrativas de soporte que éste requiere; pero siempre con sujeción a las restricciones establecidas en la norma que lo define. La jurisprudencia del Consejo de Estado es abundante al respecto; por ejemplo:

“La Sala considera que el sentido genuino de la expresión “...actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad” es la de servir de marco para las actividades que desarrollará el contratista, pero no la de hacer viable cualquier contratación referida con tales actividades. En este caso puntual, asume una interpretación restrictiva por cuanto la expresión transcrita debe guardar relación con el literal d) del numeral 1 del artículo 24 de la ley 80 de 1993 y con el decreto 2170 de 2002. Este último, a pesar de ser reglamentario de la ley, aporta elementos que vistos en conjunto con la ley 80 de 1993 y la ley 489 de 1998 limitan la interpretación. De acuerdo con lo anterior, las entidades estatales estarán facultadas para celebrar contratos de prestación de servicios con personas jurídicas bajo las siguientes limitaciones, provenientes del mismo estatuto de contratación: que sean servicios profesionales o trabajos artísticos que sólo puedan ser encomendados a determinadas personas jurídicas; o que comprendan el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas; o que brinden apoyo a la gestión de la entidad cuando no hubiere personal suficiente para el servicio que se va a contratar, o cuando se trate de fines específicos; para todos los objetos señalados, que el contrato tenga una duración temporal, restringida a lo estrictamente necesario. Es decir, la naturaleza del contrato de prestación de servicios, vista desde la óptica de la contratación estatal y de los orígenes e historia de la figura contractual, no permite una interpretación e integración de contenido y efectos que llegue hasta la asunción de funciones administrativas propias de la entidad estatal por parte del contratista, ni a la representación de la misma frente a terceros, sin haberse dado cumplimiento a las prescripciones legales de índole imperativo, en este caso la ley 489 de 1998.”(8)

Por su parte la jurisprudencia constitucional ha señalado que en este tipo de contrato “el grado de autonomía de la administración se ve ostensiblemente limitado”, y que “su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido”, de modo que si dicho objeto se convierte “en ordinario y permanente”, la entidad debe adelantar los trámites necesarios para crear los empleos respectivos en su planta de personal y apropiar los recursos para sus emolumentos, en cumplimiento del artículo 122 constitucional.(9)”

Conforme con lo anterior, los vocablos “administración” y “funcionamiento” definen actividades de distinta naturaleza dentro de una organización, las cuales en la práctica administrativa se identifican respectivamente como “de apoyo” y “misionales”. Por tanto, las entidades estatales, en virtud de la definición del contrato de prestación de servicios, están autorizadas de manera general para celebrarlo a fin de atender requerimientos de personal, tanto en el desarrollo de su objeto como en las tareas administrativas de soporte que éste requiere con sujeción a las normas vigentes.

Así mismo, se reitera que esta Dirección Jurídica, a través de los conceptos jurídicos que emite, ha reiterado 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, de conformidad con la prohibición señalada en el artículo 32, numeral 3, de la Ley 80 de 1993 y del artículo 48, numeral 29, de la Ley 734 de 2002 y ha insistido en la necesidad de contar con personal de planta para el ejercicio de funciones misionales, así como el control efectivo que al interior de las entidades debe hacerse a los contratos de prestación de servicios que suscriban para desarrollar funciones de apoyo.

Es necesario precisar que a las entidades no se les restringe la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicio siempre y cuando éstos se enmarcan dentro de los lineamientos establecidos en el Estatuto General de la Contratación Pública. De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-614 de 2009, previamente citada, 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.

De conformidad con lo expuesto, es viable concluir que la suscripción de órdenes de prestación de servicios en las entidades públicas que requieran desarrollar actividades relacionadas con el quehacer 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.

En consecuencia y dando respuesta a su inquietud, esta Dirección Jurídica infiere que el ejercicio de las funciones de carácter permanente en las entidades públicas, debe corresponder al personal de planta. Al margen de lo anterior, no debe olvidarse que la viabilidad de la celebración de un contrato de prestación de servicios con una persona natural, 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.

Así las cosas, en el caso específico al que se refiere su consulta, la entidad deberá establecer si las funciones deben ser cumplidas por un empleado público por tratarse de tareas de carácter misional o si procede suscribir un contrato de prestación de servicios, con base en los argumentos que se han dejado señalados a lo largo de este concepto.

Finalmente, en lo que respecta a su inquietud acerca de la fuente de recursos para el pago de honorarios de un contratista por prestación de servicios, se precisa que de conformidad con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo carece de competencia para pronunciarse sobre el particular, por lo que se sugiere elevar la consulta respectiva ante el Ministerio de Hacienda.

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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:05:39