



**Función Pública**

## Concepto 088371 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000088371\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000088371

Fecha: 23/02/2022 01:16:59 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO (ESE). Provisión de empleos. Radicado: 20229000031862 del 18 de enero de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto en respuesta a la siguiente pregunta:

*Si financieramente por beneficios extralegales es imposible la contratación directa y de planta por parte de las Empresas Sociales del Estado, ¿cuál es la alternativa que se ajuste más a la legalidad? ¿Las temporales?, ¿Los contratos sindicales?; ¿Operadores externos?, ¿Cooperativas de trabajo asociado? ¿Cuál?*

### FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

A fin de atender su consulta, es preciso analizar la Ley 80 de 1993, las Sentencias C-614 de 2009 y C-171 de 2012 emitidas por la Corte Constitucional, la Circular Externa 100-003 de 2013, el Decreto Ley 3074 de 1968 y el Decreto 1083 de 2015.

En primer lugar, la Ley 80 de 1993 sobre la celebración de contratos por orden de prestación de servicios, expresa:

ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. 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, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

#### 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.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-614 de 2009, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, respecto a la facultad de las entidades públicas para continuar suscribiendo contratos de prestación de servicios, sostuvo:

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.

En posterior oportunidad, la misma Corporación en Sentencia [C-171](#) de 2012, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, precisa:

Por consiguiente, la Sala evidencia en este caso, la necesidad de incorporar al entendimiento de la norma acusada, la única interpretación constitucional posible de la misma, de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia de este Alto Tribunal, según la cual, 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.

De acuerdo a la jurisprudencia en cita, la Corte Constitucional reitera su posición tendiente a prohibir la suscripción de contratos por orden de prestación de servicios para el ejercicio de funciones permanentes de la administración. Y, condiciona la potestad de contratación otorgada a las Empresas Sociales del Estado (ESE) para operar mediante terceros cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad que puedan ser suplidas con el personal de planta y/o por requerir conocimientos especializados.

En cumplimiento de lo anterior, la Circular Externa [100-003](#) de 2013, dirigida a las Empresas Sociales del Estado de nivel Nacional y Territorial, anexa a este concepto, el Ministerio del Trabajo y el Ministerio de Salud junto a este Departamento Administrativo, instan a las ESE para vincular el recurso humano que requiera a través de empleos temporales, mientras el Legislador expide el régimen laboral para los servidores públicos de estas instituciones.

Al respecto, el Decreto [1083](#) de 2015 en la parte 2, capítulo 2 en sus artículos [2.2.1.2.1](#) y siguientes se fijan los mecanismos para la conformación de las plantas de empleos de carácter temporal en las ESE, así como, la suscripción de los Acuerdos de Formalización Laboral en los términos descritos en el artículo [13](#) de la Ley [1610](#) de 2013.

En este entendido, es claro el compromiso del Estado Colombiano con miras a formalizar las relaciones laborales de los servidores públicos en las entidades y organismos públicos en todos los niveles de la Administración Pública buscando la formalización de las relaciones laborales, inicialmente, como lo ha planteado el Gobierno Nacional, mediante la creación y vinculación en las plantas de carácter temporal por quienes ejercen funciones públicas.

Ahora bien, respecto de la forma de vinculación de quienes ejercen funciones públicas, el Decreto Ley [3074](#) de 1968 en el artículo [2](#), establece:

ARTICULO 1. Modifícase y adiciónase 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 acuerdo con la disposición anterior, para el ejercicio de funciones de carácter permanente se deben crear los empleos requeridos en la planta de personal respectiva, para lo cual compete a la entidad iniciar las gestiones para crear los cargos que considere necesarios en el eficiente cumplimiento de los servicios a su cargo.

#### RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, de manera general, los empleos en las entidades y organismos públicos son considerados como de carrera administrativa, la excepción la constituyen los empleos de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que establezca la ley, como es el caso de los empleos de carácter temporal (Ley 909 de 2004, art. 21) permitidos mientras el Legislador regula el régimen laboral para los servidores públicos de estas instituciones, según los parámetros previamente indicados.

Finalmente, en caso de requerir mayor información relacionada con las disposiciones en materia de contratación pública, se le sugiere dirija sus inquietudes a Colombia Compra Eficiente.

#### NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://www.funcionpublica.gov.co/eva), en el botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en la web <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa expedida por el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el COVID-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

#### NOTAS DE PIE DE PÁGINA

«Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública»

«Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 2400 de 1968»

«Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública»

«Por la cual se regulan algunos aspectos sobre las inspecciones del trabajo y los acuerdos de formalización laboral»

---

*Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:25:17*