



Función Pública

Concepto 160931 de 2015 Departamento Administrativo de la Función Pública

20156000160931

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000160931

Fecha: 22/09/2015 10:42:31 a.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEOS.- ¿Es viable la suscripción de contratos de prestación de servicios? ¿Cuál es la forma de provisión de los empleos? RAD.- 2015206015043-2 del 14 de Agosto de 2015.

En atención a su escrito de la referencia, remitido a este Departamento por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

PLANTEAMIENTO JURÍDICO

¿Es viable la suscripción de contratos de prestación de servicios? ¿Cuál es la forma de provisión de los empleos?

FUENTES FORMALES Y ANÁLISIS

Con el fin de atender su planteamiento jurídico, es preciso tener en cuenta las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, el Decreto 1083 de 2015, el artículo 125 de la Constitución Política, la Ley 909 de 2004, la Circular 100-003-2013; así como Sentencias de la Corte Constitucional pertinentes al tema objeto de su consulta.

Respecto del contrato de prestación de servicios el artículo 32 de la ley 80 de 1993¹, dispone:

“ARTÍCULO 32. “DE LOS CONTRATOS ESTATALES (...)

3º. 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.”
(Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con la anterior norma, 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.

Ahora bien, 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.

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. En esta oportunidad expresó la Corte:

“...esa prohibición legal constituye una medida de protección a la relación laboral, pues no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal. En efecto, la norma impugnada conserva como regla general de acceso a la función pública el empleo, pues simplemente reitera que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional y se justifica constitucionalmente si es 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 requieran conocimientos especializados. (Subrayado fuera de texto)

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.

La misma corporación, mediante Sentencia C-614 de 2009, con ponencia del magistrado Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, respecto de los contratos de prestación de servicios 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."

La misma corporación, mediante sentencia C-171/12, Magistrado Ponente, Luis Ernesto Vargas Silva, indicó:

"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." (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con las anteriores sentencias, la Corte Constitucional reitera su posición tendiente a prohibir que para funciones permanentes de la administración se sigan suscribiendo contratos de prestación de servicios y condiciona la potestad de contratación otorgada a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, en el sentido que 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.

En cumplimiento de lo anterior, se expidió la Circular Externa 100-003-2013, dirigida a las Empresas Sociales del Estado de nivel Nacional y Territorial (la cual anexo para su conocimiento), mediante la cual los Ministerios del Trabajo, de Salud y Protección Social y este Departamento Administrativo instan a las Empresas Sociales del Estado para que mientras se expide el régimen laboral para los servidores públicos de estas instituciones por parte del Legislador, se vincule el recurso humano requerido a través de empleos temporales.

Adicionalmente, mediante los artículos 2.2.1.2.1 y siguientes del Decreto 1083 de 2015, el Gobierno Nacional fijó los mecanismos para la conformación de las plantas de empleos de carácter temporal en las Empresas Sociales del Estado y la suscripción de los Acuerdos de Formalización Laboral en desarrollo de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1610 de 2013.

De acuerdo con lo anterior 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.

De acuerdo con el anterior contexto, el compromiso de las entidades y organismos públicos y de quienes ejercen funciones públicas es el propender por formalizar las relaciones laborales, inicialmente, como lo ha planteado el Gobierno Nacional mediante la creación plantas de carácter temporal y la vinculación en las mismas de quienes ejercen funciones públicas.

Frente al particular, no se puede olvidar que la Constitución Política respecto de la provisión de los cargos, establece:

"ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre

nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

(...)”. (Subrayado y Negrita fuera del Texto).

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que los empleos en los organismos y entidades públicas son de carrera, la excepción la constituyen los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Ahora bien, el ingreso y el ascenso en los cargos de carrera administrativa se debe realizar mediante procesos de mérito; este se considera un óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y constituye uno de los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991, en especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución.

En este orden de ideas, quienes cumplan con los requisitos de ley y los requisitos establecidos en el manual específico de funciones y requisitos que tenga adoptado la entidad, podrán ser designados en empleos clasificados como de carrera administrativa, previa superación del concurso de méritos y la correspondiente superación del respectivo período de prueba.

Ahora bien, en cuanto a la forma de proveer empleos de carrera administrativa que presenten vacancia temporal o definitiva, es necesario precisar que de acuerdo con lo señalado en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, su última evaluación del desempeño sea sobresaliente, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el año anterior y se encuentren desempeñando el empleo inmediatamente inferior al que se va a proveer.

En consecuencia, corresponde a la entidad determinar con fundamento en el procedimiento señalado en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, el empleado con derechos de carrera que mejor derecho tenga para ser nombrado en encargo.

Es importante resaltar que el inciso segundo del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, señala expresamente que si el empleado que se encuentra desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, no reúne las condiciones y requisitos previstos en la norma, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

En el evento que en la planta de personal de la entidad no cuente con empleados con derechos de carrera que cumplan con el perfil y los requisitos para el ejercicio del empleo, deberá certificarse dicha circunstancia y la entidad podrá nombrar provisionalmente a una persona en dicho cargo, siempre que cumpla con los requisitos para el ejercicio del empleo.

CONCLUSIONES

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, 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.

Se precisa que mediante la Circular Externa [100-003-2013](#), dirigida a las Empresas Sociales del Estado de nivel Nacional y Territorial, los Ministerios del Trabajo, de Salud y Protección Social y este Departamento Administrativo instan a las Empresas Sociales del Estado para que mientras se expide el régimen laboral para los servidores públicos de estas instituciones por parte del Legislador, se vincule el recurso humano requerido a través de empleos temporales.

En este contexto, el compromiso de las entidades y organismos públicos y de quienes ejercen funciones públicas es el propender por formalizar las relaciones laborales, inicialmente, como lo ha planteado el Gobierno Nacional mediante la creación plantas de carácter temporal y la vinculación en las mismas de quienes ejercen funciones públicas.

Por otra parte, se colige que los empleos en los organismos y entidades públicas son de carrera, la excepción la constituyen los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. El ingreso y el ascenso en los cargos de carrera administrativa se debe realizar mediante procesos de mérito; este se considera un óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y constituye uno de los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991, en especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución.

Ahora bien, en el caso que empleos de carrera administrativa presenten vacancia temporal o definitiva, de acuerdo con lo señalado en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, su última evaluación del desempeño sea sobresaliente, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el año anterior y se encuentren desempeñando el empleo inmediatamente inferior al que se va a proveer.

En el caso que el empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, no reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Se precisa que el nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargado.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ "por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"

Harold Herreño/ JFCA/GCJ-601

Anexo copia de la Circular 100-003-2013 en un folio

600.4.8

Fecha y hora de creación: 2025-01-04 18:35:18