



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 2003A de 2011 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil once (2011).-

Rad. No. : 11001-03-06-000-2010-00052-00

Número interno: 2003A

Referencia: CONTRALORÍAS DEPARTAMENTALES. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN. CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PÚBLICA

La señora directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, doctora Elizabeth Rodríguez Taylor, ha solicitado a esta Sala la ampliación del concepto emitido el 19 de agosto del 2010¹, relativo al alcance de la prohibición contenida en el artículo 15 de la [ley 330 de 1996](#), en materia de contratos de prestación de servicios de las contralorías departamentales.

Expresa que el organismo a su cargo comparte la tesis expuesta en el mencionado concepto “cuando indica que la norma se refiere tanto a las actividades misionales como a las administrativas o de apoyo”; que las misionales “no pueden ser contratadas por las contralorías departamentales, como quiera que ellas necesariamente se encuentran incluidas en las funciones asignadas al personal de planta de una entidad cuya misión es el ejercicio del control fiscal”, y que respecto de las actividades administrativas “también ha sido claro el concepto en indicar que la prohibición hace referencia a la contratación de aquellas que efectivamente se encuentren asignadas al personal de planta”.

No obstante, explica que las contralorías departamentales están interesadas en precisar y ampliar dicho concepto respecto de algunos servicios que requieren contratar, como por ejemplo, la acreditación de servicios de gestión de calidad, los servicios de aseo que no están a cargo del personal de planta, los servicios de vigilancia y seguridad privada que están regulados y sólo pueden contratarse con personas jurídicas autorizadas, los servicios de capacitación, las actividades para el bienestar de los empleados, los servicios de correo, los de mantenimiento de vehículos, aire acondicionado, computadores, ascensores, y otros de naturaleza semejante.

La pregunta es la siguiente:

“¿Qué sucede con la contratación de actividades administrativas o de apoyo, que no se encuentren a cargo de los empleados de planta de las contralorías departamentales y que requieren ser contratadas con exclusividad de un proveedor, o, cuando existe imposibilidad absoluta de asumirlo con personal de planta?”

El 15 de marzo del año en curso, la Sala recibió en audiencia a la doctora Rodríguez Taylor y a algunos integrantes del Consejo Nacional de Contralores, quienes expusieron sus preocupaciones en torno a la contratación de actividades de apoyo que no tienen previstas en sus plantas de personal porque están tercerizadas o reguladas o no pueden financiarse con cargo a las nóminas.

El 16 de los mismos mes y año, por solicitud de la señora Directora de la Función Pública, para adicionar la consulta elevada por el organismo a su cargo y para que “sea tenido en cuenta al momento de emitir el respectivo concepto”, se incorporó al expediente el oficio suscrito por el señor Contralor General de Antioquia, en el cual analiza las normas legales y los aspectos prácticos que, en su sentir, no tuvo en cuenta esta Sala cuando emitió el concepto de agosto del 2010.

Con relación a los temas de ley, expresa que la Sala *se limitó a un análisis comparativo* de los artículos 32 de la [ley 80 de 1993](#) y 15 de la [ley 330 de 1996](#); no hizo un *análisis armónico y sistemático de toda la normatividad sobre el contrato de prestación de servicios*; tampoco se refirió a que en virtud de los artículos 1º y 2º de la [ley 80 de 1993](#), las contralorías departamentales son entidades estatales para efectos de su aplicación, ni a que la definición del contrato de prestación de servicios en el numeral 3º del artículo 32 de la ley 80, es *meramente enunciativa*, y a que la ley 1150 de 2007 y el [decreto 2474 de 2008](#), regulan el mismo contrato como causal de contratación directa.

corresponda a las funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal, estableció una excepción restrictiva respecto de la regla general contenida en el artículo 32 de la [ley 80 de 1993](#) sobre la celebración de contratos de prestación de servicios por parte de las entidades estatales.

Partiendo de la expresada conclusión, la Sala analizará la diferencia entre los conceptos “prestación de servicios” y “prestación de servicios personales” y ampliará las razones que fundamentan la conclusión a que llegó en el concepto anterior.

1. Los conceptos de “prestación de servicios” y “prestación de servicios personales”.

Cuando el artículo 32, numeral 3º, de la [ley 80 de 1993](#) define el contrato de prestación de servicios, establece como condición para su celebración con *personas naturales*, que el personal de planta sea insuficiente o que se requieran conocimientos especializados.²

La expresión “persona natural”, remite, necesaria y lógicamente, a la división de las personas que consagra el Código Civil³, conforme al cual, las personas son “naturales” y “jurídicas”, agregando que “son personas todos los individuos de la especie humana...”.

La definición legal coincide con la acepción gramatical de “persona”⁴. Así mismo, en términos gramaticales, el vocablo “personal” es lo “perteneiente o relativo a la persona”, de manera que hace referencia igualmente a la persona natural.

Con base en las acepciones legales y gramaticales indicadas la expresión “prestación de servicios” es un concepto genérico, predicable de las personas naturales y de las personas jurídicas, y la locución “servicios personales”, denotaría un concepto específico referido exclusivamente a los prestados por las personas naturales.

No obstante, dichos servicios personales pueden contratarse través de una persona jurídica, como consecuencia de las necesidades de las entidades estatales o de las condiciones que ofrece el mercado de bienes y servicios.

Por ejemplo, los servicios profesionales son prestados por personas naturales que actúan de manera independiente, pero también son ofrecidos por las personas jurídicas que se obligan a prestarlos a través de las personas naturales vinculadas a ellas. Entonces, para la entidad estatal puede ser suficiente contratar a la persona natural para resolver o atender una situación específica en razón del conocimiento y la experiencia que busca en el contratista, o bien puede serle necesario o conveniente contratar con la persona jurídica que le ofrezca los conocimientos y experiencia de su personal. En uno y otro caso, los servicios que la entidad contrata y recibe son personales, sin perjuicio de la condición de persona natural o jurídica del contratista.

Tratándose de “actividades operativas, logísticas o asistenciales”, lo común es encontrar personas jurídicas constituidas para realizarlas, también a través de su personal, bien porque respondan a regulaciones de la ley, a particularidades del mercado, del bien o del servicio, o porque se trata de tareas en las cuales no es predominante o no es significativo el trabajo intelectual. Aquí se está contratando una organización y no el servicio prestado propiamente por la persona natural.

En consecuencia, a la luz del Estatuto Contractual de la Administración Pública, *el contrato de prestación de servicios personales* puede ser celebrado por las entidades estatales con personas naturales y con personas jurídicas.

En la [ley 80 de 1993](#), conforme lo establece expresamente el artículo 32, numeral 3º, la contratación de servicios personales con personas naturales está restringida en la medida en que se autoriza “solamente” cuando el personal de planta es insuficiente o cuando se requieren conocimientos especializados.

La referencia legal al “personal de planta” como condición para la procedencia o no de contratar con personas naturales, remite a las disposiciones sobre el empleo público y a los siguientes breves comentarios:

La Constitución de 1991, artículo 122⁵, ordena que todo empleo debe tener funciones detalladas en la ley o el reglamento y que los remunerados deben estar contemplados en “la respectiva planta”.

Con antelación a este mandato constitucional, el [decreto ley 2400 de 1968](#)⁶, artículo 2º, definió el “empleo” como “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”; y dispuso en su inciso final:

*“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.”*⁷

Obsérvese que al tenor de la norma transcrita, aplicable a la organización y al funcionamiento de la administración pública, el carácter permanente de una determinada función tiene dos efectos: el deber de crear el empleo y la prohibición de contratar dicha función.

Por su parte, la [ley 909 de 2004](#)⁸ define así el empleo público:

“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
Concepto Sala de Consulta C.E. 2003A de 2011 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

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.

“(…)”

La misma ley 909 en cita, artículo 17, se refiere a la planta de personal en cada órgano y entidad pública, conformada con “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”; e impone a las unidades de personal y a los organismos y entidades el deber de mantener actualizadas sus plantas “para el cumplimiento eficiente de las funciones”, teniendo en cuenta “las medidas de racionalización del gasto.”⁹

Así pues, las nociones de empleo y planta de personal se estructuran en torno a las funciones del organismo o entidad, de manera que éstos puedan vincular el personal que sea necesario para garantizar el cumplimiento eficiente de dichas funciones y la satisfacción de las exigencias de los planes de desarrollo y de los fines del Estado.

Como se trata de atender la función pública, el carácter permanente de ésta supone que las plantas de personal se conformen con empleos igualmente permanentes¹⁰, a los cuales se vinculan personas naturales, lo que a su vez significa que, en principio, las funciones de los empleos no pueden ser objeto del contrato de prestación de servicios personales con personas naturales.

A ello responde el condicionamiento establecido en el artículo 32, numeral 3º, de la [ley 80 de 1993](#), cuando exige, para la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales, que las actividades de que trate el objeto contractual “no puedan realizarse con personal de planta”.

La jurisprudencia constitucional y de esta Corporación es abundante y reiterativa en el sentido de señalar que la condición en comento tiene como finalidad la prohibición de configurar las “nóminas paralelas”, que no sólo contravienen las disposiciones del [decreto ley 2400 de 1968](#) y la [ley 80 de 1993](#), sino que además pueden desconocer los derechos laborales y prestacionales de los contratistas personas naturales y ser fuente de detrimento del patrimonio público, cuando llegan a configurar el contrato realidad.¹¹

En consecuencia, la elaboración de las plantas de personal requiere, tal como lo ordena la ley, el estudio de las necesidades reales del organismo o entidad; y también, debe considerar, para excluirlas, aquellas actividades que están reguladas y controladas de acuerdo con leyes especiales, como ocurre con el servicio de vigilancia o de celaduría; o que son prestadas por personas jurídicas organizadas y reconocidas conforme a la ley, y que resultan más favorables que si se prestaran directamente por la entidad u organismo estatal, como los servicios de aseo; o que se requieren con alguna periodicidad o eventualmente, como el mantenimiento preventivo o correctivo de máquinas, vehículos y demás recursos físicos.

De manera que en el marco del Estatuto Contractual de la Administración Pública, el contrato de prestación de servicios es el instrumento jurídico para que las entidades y organismos estatales resuelvan esas específicas necesidades de administración, teniendo presente que la modalidad de servicios personales con personas naturales, sólo es legalmente posible cuando el personal de planta es insuficiente o se necesitan conocimientos especiales.

Conforme se explicó en el concepto cuya ampliación se ha solicitado, la norma general del estatuto contractual se restringe en la [ley 330 de 1996](#), para las contralorías departamentales. Ello no significa modificación ni derogatoria de ninguna de las disposiciones del estatuto contractual, y tampoco impide la contratación de prestación de servicios cuando el objeto del contrato no corresponda a las funciones de los empleos que integren la planta de personal del respectivo ente de control departamental, como pasa explicarse.

2. La especialidad del artículo 15 de la [ley 330 de 1996](#)

El artículo 15 de la [ley 330 de 1996](#), estatuye:

“PROHIBICIONES. Las Contralorías Departamentales no podrán contratar la prestación de servicios personales para el cumplimiento de funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de las plantas de personal. Igualmente, no podrán destinar recurso alguno para atender actividades que no tengan relación directa con el control fiscal. La violación de lo dispuesto en este artículo es causal de mala conducta.”

Siguiendo su texto, la norma dispone que las contralorías departamentales:

- a) No pueden contratar “servicios personales” cuando el objeto del contrato corresponda a las funciones de los empleos que integran su planta de personal;
- b) Pueden contratar servicios personales, para atender actividades que no están contempladas en las funciones de los empleos de sus plantas de personal;
- c) Pueden contratar bajo el tipo de prestación de servicios, otros que no sean personales, siempre y cuando “tengan relación directa con el control fiscal”, pues de lo contrario estarían incurriendo en la prohibición acerca del destino de sus recursos que el mismo artículo 15 consagra.

Desagregando así la norma objeto de la consulta, se destaca que la diferencia con la definición del artículo 32, numeral 3º, de la [ley 80](#), consiste

en que las demás entidades estatales pueden contratar las funciones que tienen a su cargo y que están asignadas a los empleos que integran sus plantas de personal, y sólo se les restringe la contratación de personas naturales si el personal de planta es suficiente.

En el concepto del 19 de agosto del 2010, la Sala explicó que la [ley 80 de 1993](#) es una norma general pero no exclusiva ni única en materia de contratación pública y que, por lo mismo, siendo la [ley 330 de 1996](#) posterior y además especial para las contralorías departamentales, la prohibición del artículo 15 de esta ley 330, es prevalente y configura una excepción al artículo 32, numeral 3º, de la ley 80.

Agrega ahora la Sala la siguiente consideración:

El artículo 32, numeral 3º, de la [ley 80](#) y el artículo 15 de la [ley 330 de 1996](#) se refieren a una misma materia: el contrato de prestación de servicios personales.

Como la diferencia está en que las contralorías departamentales no pueden celebrar ese contrato si su objeto es alguna de las funciones de los empleos de sus plantas de personal, mientras que para las demás entidades estatales sus funciones sí pueden ser objeto de dichos contratos, claramente hay una restricción o limitación en la competencia de las contralorías departamentales en materia de contratación de servicios personales.

Elo significa que por razón de la materia, la ley 330 no modificó, derogó ni subrogó disposición alguna de la ley 80; introdujo una excepción a la contratación de servicios personales, propia y exclusiva para las contralorías departamentales, determinada por las funciones de los empleos de sus plantas.

Como es una excepción restrictiva a la capacidad contractual de las contralorías departamentales, que no modifica la definición ni las clases de contratos de prestación de servicios del estatuto contractual, no cabe hablar tampoco de derogatoria expresa o tácita de este estatuto, y, por ende, tampoco resulta aplicable, al argumento que se analiza, el último inciso del artículo 32 de la ley 1150 del 2007, que se refiere a la derogatoria a futuro de las reglas del estatuto contractual.

Para concluir, la Sala sintetiza:

a) Por mandato del artículo 15 de la [ley 330 de 1996](#), las contralorías departamentales no pueden contratar servicios personales, es decir, no pueden celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales ni jurídicas, para ninguna de las actividades y funciones asignadas a los empleos de sus plantas de personal.

b) Con aplicación del Estatuto Contractual y sus reglamentos, las contralorías departamentales están habilitadas para celebrar los contratos de prestación de servicios profesionales y los de apoyo a la gestión con personas jurídicas y con personas naturales, para atender las demás actividades que su administración y funcionamiento requieran siempre que ellas tengan relación directa con el control fiscal.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

A la pregunta inicial:

“¿Qué sucede con la contratación de actividades administrativas o de apoyo, que no se encuentren a cargo de los empleados de planta de las contralorías departamentales y que requieren ser contratadas por exclusividad de un proveedor, o, cuando existe imposibilidad absoluta de asumirlo con personal de planta?”

Respecto de la primera hipótesis contenida en la pregunta, esto es, “la contratación de actividades administrativas o de apoyo, que no se encuentren a cargo de los empleados de planta de las contralorías departamentales y que requieren ser contratadas por exclusividad de un proveedor”, es procedente la celebración de contratos de prestación de servicios conforme a la definición y a las reglas contenidas en las [leyes 80 de 1993](#) y [1150 de 2007](#) y sus decretos reglamentarios, independientemente de que se trate de actividades administrativas o de apoyo, siempre que ellas tengan relación directa con el control fiscal.

En cuanto a la segunda hipótesis, la “imposibilidad absoluta de asumirlo con personal de planta”, las contralorías departamentales no pueden celebrar contratos de prestación de servicios, si el objeto corresponde a las funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal y es su deber crear los empleos necesarios.

A las preguntas adicionales:

“1. ¿El artículo 15 de la [ley 330 de 1996](#), cuando prohíbe la contratación de prestación de servicios en las Contralorías Departamentales, deroga las normas que tienen por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales, entre las cuales incluye obviamente a las Contralorías Departamentales, es decir, según el concepto por efectos del artículo 15 de la ley 330, no pueden los órganos de control aplicar el artículo 1º de la [ley 80 de 1993](#), tampoco se encuentran entre las denominadas entidades estatales y adicionalmente para ellas no aplica la [ley 1150 de 2007](#) y su [decreto reglamentario 2474 de 2008](#)?”

La Sala ratifica el concepto del 19 de agosto de 2010, radicación 2003, en el sentido de que el artículo 15 de la [ley 330 de 1996](#), es una norma especial que no modifica ni deroga la [ley 80 de 1993](#), pues se limita a establecer una excepción para las contralorías departamentales, respecto de la regla general en materia de contratos de prestación de servicios, para la contratación de servicios personales.

"2. Si de conformidad con el artículo 32 de la [ley 1150 de 2007](#), las normas del Estatuto General de Contratación Pública se preferirán a cualquiera otra sobre la materia, con excepción de aquellas de naturaleza estatutaria u orgánica, se pregunta si [La ley 330](#) es de naturaleza estatutaria u orgánica y su artículo 15, se aplica preferentemente sobre las normas de contratación?

La [ley 330 de 1996](#) no es orgánica ni estatutaria. Su artículo 15 solamente introduce una limitación a la competencia de las contralorías departamentales en materia de contratos de prestación de servicios personales.

"3. Si el artículo 15 de la [ley 330 de 1996](#), no derogó en forma expresa el artículo primero y segundo numeral 1º, literal b de la [ley 80 de 1993](#); el 1º y 2º numeral 4º literal h de la [ley 1150 de 2007](#), ¿qué fenómeno jurídico se presenta en el momento?

El artículo 15 de la [ley 330 de 1996](#) es una norma de excepción a la autorización general contenida en las disposiciones citadas en la pregunta. El fenómeno jurídico que se presenta es el relativo a la especialidad de una de ellas respecto de la generalidad de la otra.

"4. Si el personal de planta que presta servicios en actividades de apoyo como las descritas no alcanza a colmar la aspiración del servicio público, ¿el órgano técnico podrá contratar las mismas para conservar su carácter?"

La Sala se remite a las respuestas dadas a la pregunta inicial.

Transcribese a la señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA

PRESIDENTE DE LA SALA

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

CONSEJERO

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

CONSEJERO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

CONSEJERO

JENNY GALINDO HUERTAS

SECRETARIA DE LA SALA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 19 de agosto del 2010, radicación No. 11001-03-06-000-2010-00113-00 2003, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo

² Ley 80 de 1993, "Por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública", Art. 32. "DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones... así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: ... 3º. 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 persona de planta o requieran conocimientos especializados."

³ C. Civil, Libro Primero, Título I, Capítulo I, DIVISION DE LAS PERSONAS, Art. 73. Las personas son naturales o jurídicas. /... // Art. 74. Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.

⁴ Cfr. DRAE

⁵ Constitución Política, Art. 122, inciso primero: "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente."

⁶ Decreto ley 2400 de 1968 (Sept. 19) "Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones", Art. 2., Mod. por art. 1, D. L. 3074 de 1968).

⁷ Este inciso final fue declarado exequible en la sentencia C-614 de 2009 (Sept. 2, Ref. Exp. D-7615), que analizó las diferencias entre los vínculos laboral y de prestación de servicios, con el Estado, y destacó que “la prohibición de vincular, mediante contratos de prestación de servicios, a personas que desempeñen funciones permanentes en la administración pública es una regla que se deriva directamente de los artículos 122 y 125 de la Constitución...”.

⁸ Ley 909 de 2004 (septiembre 23), “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, D. O. No. 45.680, Sept. 23/04.

⁹ Ley 909 de 2004, Art. 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... b) Identificación de las firmas de cubrir las necesidades cuantitativas y cualitativas de personal...c) Estimación de todos los costos de personal...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...”.

¹⁰ El carácter permanente de los empleos es la regla general; pero la ley 909 del 2004, en su artículo 21 autoriza los empleos temporales y así mismo la administración tiene la facultad de modificar las plantas de personal en aras del mejoramiento del servicio.

¹¹ Cfr. especialmente la sentencia C-614-09, que recoge buena parte de la jurisprudencia sobre el tema.

Fecha y hora de creación: 2024-10-19 22:42:26