Función Pública

Concepto 066721 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000066721

Fecha: 15/02/2023 09:06:11 a.m.

Bogotá D.C.

REF: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. Características. Aplicación de la Circular Conjunta No. 100-005 de 2022 en el nivel territorial. RAD.: 20232060005002 del 4 de enero de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual solicita se informe si la Circular Conjunta No. 100-005 de 2022, es de obligatorio cumplimiento para los municipios y departamentos del país, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Inicialmente es necesario señalar que la Ley 80 de 1993 dispone en relación con los contratos estatales:

"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:

(...)

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 nuestro).

Así mismo, los contratos para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, se encuentran descritos en el artículo 2, numeral 4, literal h de la Ley 1150 de 2007, el cual dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 2. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

(...)

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

(...)

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

Por su parte, el Decreto 1068 de 2015 respecto de las condiciones para contratar por prestación de servicios en las entidades públicas, establece:

"ARTÍCULO 2.8.4.4.5. Condiciones para contratar la prestación de servicios. Los contratos de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas, sólo se podrán celebrar cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratarán.

Se entiende que no existe personal de planta en el respectivo organismo, entidad, ente público o persona jurídica, es imposible atender la actividad con personal de planta, porque de acuerdo con los manuales específicos, no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del 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, la inexistencia de personal suficiente deberá acreditarse por el jefe del respectivo organismo.

ARTÍCULO 2.8.4.4.6. Prohibición de contratar prestación de servicios de forma continua. Está prohibido el pacto de remuneración para pago de servicios personales calificados con personas naturales, o jurídicas, encaminados a la prestación de servicios en forma continua para atender asuntos propios de la respectiva entidad, por valor mensual superior a la remuneración total mensual establecida para el jefe de la entidad.

Parágrafo 1. Se entiende por remuneración total mensual del jefe de la entidad, la que corresponda a este en cada uno de dichos períodos, sin que en ningún caso puedan tenerse en consideración los factores prestacionales.

Parágrafo 2. Los servicios a que hace referencia el presente artículo corresponden exclusivamente a aquellos comprendidos en el concepto de "remuneración servicios técnicos" desarrollado en el decreto de liquidación del presupuesto general de la Nación, con independencia del presupuesto con cargo al cual se realice su pago.

Parágrafo 3. De manera excepcional, para aquellos eventos en los que se requiera contratar servicios altamente calificados, podrán pactarse honorarios superiores a la remuneración total mensual establecida para el jefe de la entidad, los cuales no podrán exceder del valor total mensual de remuneración del jefe de la entidad incluidos los factores prestacionales y las contribuciones inherentes a la nómina, relacionadas con seguridad social y parafiscales a cargo del empleador. En estos eventos el Representante Legal de la entidad

deberá certificar el cumplimiento de los siguientes aspectos: 1. Justificar la necesidad del servicio personal altamente calificado. 2. Indicar las características y calidades específicas, altamente calificadas, que reúne el contratista para la ejecución del contrato, y 3. Determinar las características de los productos y/o servicios que se espera obtener.

Parágrafo 4. Se entiende por servicios altamente calificados aquellos requeridos en situaciones de alto nivel de especialidad, complejidad y detalle. (Subrayado nuestro)

De acuerdo con lo anterior, se encuentra expresamente prohibido por la ley el pacto de remuneración para pago de servicios personales calificados con personas naturales o jurídicas, encaminados a la prestación de servicios en forma continua para atender asuntos propios de la respectiva entidad.

Así mismo, es importante destacar que los cuatro (4) meses previstos en la Circular Conjunta No. 100-005-2022 son para que los órganos, organismos y entidades del sector central y descentralizado de la rama ejecutiva puedan llevar a cabo su contratación de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. Lo anterior, hace parte del compromiso del Gobierno Nacional y de sus entidades, para dar cumplimiento a lo fallos judiciales, y pronunciamientos de las altas cortes, prevención frente al daño antijurídico y promoción de la meritocracia como principio constitucional para el ingreso al servicio público.

Es así como entre otras, la Corte Constitucional, en Sentencia C-614 del 2009, señaló que el ejercicio de funciones permanentes en la Administración Pública debe hacerse con personal de planta y que todo vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa, debido a que desdibuja el concepto de contrato estatal, vulnera derechos laborales y el artículo 125 de la Constitución Política que exige el mérito para el ingreso y permanencia al empleo público.

La Corporación aclaró las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y la relación laboral y consideró que ésta existirá cuando: i) se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado. Contrario sensu, la relación contractual se

configura en el evento que: i) se acuerde la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda adelantarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

Así mismo, mediante Sentencia C-171 de 2012, la Corte Constitucional estipuló que para determinar cuándo se estaba o no en presencia del cumplimiento de una función permanente bastaba con verificar los siguientes criterios: (i) las funciones se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (art. 121 CP), (ii) las labores son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal y se cumplen los tres elementos de la relación laboral, (iii) las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, ya sea cumpliendo un horario de trabajo o haciendo frecuentemente una labor, (iv) la tarea acordada corresponde a actividades que pueden ser desarrolladas con el personal de planta, no son nuevas ni especializadas y, (v) existen contratos sucesivos para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración.

A su vez, el Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación[4] sostiene que "*De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión*".

De acuerdo con los anteriores fallos judiciales, con la medida tomada a través de la Circular Conjunta No. 005 de 2022, se estaría dando cumplimiento efectivo de la ley contractual y de las sentencias judiciales citadas y de la Corte Constitucional (S CÃ¢Â¿Â¿614 de 2009 y S C-171 de 2012) y del Consejo de Estado (SUJ-025-2021-CE-S2-CE), fallos que ya cumplen más de una década de expedidos y que fueron producto de la negociación colectiva de solicitudes de las organizaciones sindicales de los empleados públicos para la mesa *"por el empleo público, la actualización/ampliación de las plantas de empleo, la reducción de los contratos de prestación de servicios y garantizar el trabajo digno y decente"*, creada el 07 de octubre de 2019, y suscrita el 24 de mayo de 2019 entre el gobierno nacional y las organizaciones sindicales de empleados públicos. Es menester, por tanto, dar cumplimiento a las sentencias judiciales en razón a que su desconocimiento podría desembocar en un estado de caos inconstitucional.

De acuerdo con lo anterior, es pertinente destacar que la obligación del Gobierno Nacional en cumplimiento de las sentencias de las altas cortes y con el fin de proteger las finanzas del Estado y en aras de dignificar el empleo público y los derechos de los empleados, este Departamento Administrativo con su entidad adscrita la Escuela Superior de Administración Pública, emitieron la Circular conjunta No. 100-005-2022, considerando que se pueden lograr los objetivos en los cuatro meses propuestos en la circular, los cuales podrán ser prorrogados en la medida que de manera puntual lo requieran las entidades.

De otra parte, es importante señalar que las órdenes de prestación de servicios, las cuales tienen incidencia directa con el adecuado funcionamiento de la entidad son las que deben ser reemplazadas por plantas temporales para poder cumplir con el objeto y la misión para la que fue creada la entidad. Es de anotar que para el cumplimiento de las funciones toda entidad pública debe contar con la planta de personal la que corresponde a aquella mediante la cual se establecen formalmente los cargos para cada una de las dependencias presentes en la organización interna de la institución y que no se puede adelantar a través de este tipo de contrato.

En este caso, el objeto y la misión de la entidad está siendo cumplido a través de órdenes de prestación de servicios, por lo tanto, es necesario normalizar y formalizar los empleos.

Así las cosas, al ser la planta de personal global una relación detallada de los empleos requeridos para el cumplimiento de las funciones de una entidad, es necesario identificar las necesidades, su ubicación en el áreas, unidades o dependencias que hacen parte de la organización interna de la institución.

Con este modelo el jefe o director general de la entidad correspondiente, hará el estudio de las necesidades de los empleos y determinará cuáles de las ordenes de prestación de servicios se ubicarán en la planta de personal, de acuerdo con los perfiles requeridos para el ejercicio de las funciones, la organización interna, las necesidades del servicio y los planes, programas y proyectos trazados por la entidad.

En la Circular Conjunta No. 005 de 2022, se impartieron lineamientos para que los órganos, organismos y entidades de la rama ejecutiva, tanto nacional como territorial, adoptaran medidas que permitieran la materialización de nuestro común propósito, de manera coordinada y progresiva, de tal suerte que (i) se actualizarán los estudios de cargas laborales, toda vez que, en tratándose de contratistas de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión recurrentes y cumpliendo obligaciones de carácter misional y/o administrativo, tal ejercicio ya

debió realizarse, pues estos son los contratos que no se enmarcan en los postulados de la ley de contratación estatal (Ley 80 de 1993); (ii) en consecuencia, las plantas temporales resultan de suplir los anteriores contratos por empleos equivalentes, instrumento este que permite formalizar y dignificar el empleo público; (iii) por tanto, la anterior conversión, no compromete recursos presupuestales adicionales ya que se trata de utilizar los mismos recursos contractuales en el pago de nómina con todas las prestaciones sociales; (iv) tampoco requiere la Contratación de estudios técnicos adicionales, ya que nuestro Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, por su carácter técnico y por ser cabeza del sector en materia de las Administraciones Públicas Ã¢Â¿Â¿función pública, función administrativa y gestión pública-, cuenta con el personal altamente calificado para el acompañamiento respectivo, valiéndose además de su entidad adscrita, la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP-, con el fin de garantizar la clara orientación técnica y científica en el territorio; (v) Los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión de la Ley 80 de 1993, se podrán celebrar hasta el 31 de diciembre de 2023 o hasta la fecha que el órgano, organismo o entidad lo requiera, no así los que no se ajusten a dicho parámetro legal, pues estos se deben celebrar por un término de cuatro (4) meses, tiempo este durante el cual se crearán las plantas temporales que suplan las necesidades misionales y administrativas causantes de la precariedad del empleo público; (vi) otra de las modalidades de formalización laboral, es la adecuada provisión de los cargos vacantes en las plantas de personal, por lo que esta será el primer ejercicio efectivo que realizarán los destinatarios de la Circular conjunta. No aplica la Circular 005 de 2022 para ningún otro tipo de contratación regulado por la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que la han modificado o adicionado.

De otra parte, se considera que 4 meses es el tiempo prudente para que órganos, organismos y entidades realicen los respectivos análisis y para actualizar y ajustar sus plantas de personal, con base en las necesidades que vienen cubriendo a través de contratos precarios y procedan a formalizar sus empleos, inicialmente con plantas temporales, paso este esencial para proceder, con más tiempo y durante la vigencia de la temporalidad, a reestructurar sus ecosistemas administrativos, con base en un modelo que permita la implementación de la bioadministración y proteja todas las expresiones de vida.

Ahora bien, en lo que se refiere a su interrogante particular, se observa que el artículo 115 de la Constitución Política estipula:

"ARTÍCULO 115. El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa. El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno. Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables. Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva." (Subrayado nuestro)

De acuerdo con lo expresado en la norma superior, las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva.

La autonomía territorial surge a partir del principio que reconoce la Constitución a las entidades territoriales para la gestión de sus intereses en sus artículos 1 y 287, de la facultad que el ordenamiento constitucional asigna a las asambleas departamentales y a los concejos municipales para determinar la estructura de la administración dentro de su jurisdicción, sin embargo, ésta no es absoluta por cuanto ésta está circunscrita a los límites que para el efecto fije la propia Constitución y la ley.

El primer límite lo constituye la definición de Colombia como una República Unitaria (artículo 1 de la Constitución), en donde los distintos órganos del poder público mantienen su poder vinculante en todo el territorio.

Sobre este particular, la sentencia C-246 de 2019, con relación a la autonomía territorial, expresó lo siguiente:

"Manifestó también que la autonomía territorial se encuentra limitada, pues de lo contrario haría "nugatorias las competencias constitucionales de las autoridades nacionales". Explicó que la autonomía es variable, pues la Constitución reconoce que ella es menor o mayor según el asunto del que se trate. Indicó que, según lo explicado por la jurisprudencia constitucional, el núcleo esencial de la autonomía solo se afecta si se desconoce una competencia que de forma específica fue asignada por la Constitución a las entidades territoriales o si se impone una restricción que carezca de justificación"

Por consiguiente, puede inferirse que la autonomía territorial se encuentra limitada, pues de lo contrario se desconocerían las competencias constitucionales de las autoridades nacionales.

Se observa también que el artículo 287 de la Constitución Política, realiza un reparto constitucional de competencias e indica de forma expresa que la autonomía de las entidades territoriales se encuentra limitada por la Constitución y por la ley. Esto se explica teniendo en cuenta que Colombia es un Estado unitario, según lo prevé en artículo 1 de la Constitución, de manera que el reconocimiento de la autonomía territorial no

se opone a la existencia de legislación uniforme en lo que tiene que ver con asuntos que son de interés general para la nación, pues la naturaleza del Estado unitario presume la centralización política, que exige unidad en todos los ramos de la legislación y en las decisiones de política que tengan vigencia para todo el territorio.

Del principio unitario también se desprende la posibilidad de intervenciones puntuales, que desplacen, incluso, a las entidades territoriales en asuntos que de ordinario se desenvuelven en la órbita de sus competencias, pero en relación con los cuales existe un interés nacional superior.

Teniendo en cuenta entonces que la autonomía territorial no es absoluta, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha propuesto criterios que permiten demarcar el ámbito protegido por esta garantía, con el fin de identificar situaciones en las que esta puede resultar desconocida o amenazada. En particular, la sentencia C-100 de 2003 sostuvo lo siguiente:

"*Para la Corte, la vulneración de tal núcleo esencial o contenido autonómico constitucionalmente asegurado puede expresarse de dos formas: en primer lugar, cuando se trata de una medida que desconoce una regla constitucional específica de protección de las entidades territoriales -por ejemplo las reglas que prevén la elección popular de alcaldes y gobernadores o aquellas que asignan competencias específicas a las autoridades territoriales-; en segundo lugar, cuando se impone una restricción carente de justificación constitucional. Conforme a ello, el núcleo esencial de la autonomía se encuentra conformado por la prohibición de desconocer reglas constitucionales específicas de protección de las entidades territoriales - cuyo seguimiento es imperativo en tanto expresan una decisión clara y definitiva del poder constituyente- y por la prohibición de imponer limitaciones constitucionalmente injustificadas*".

En este sentido se considera que el gobierno nacional está facultado para señalar lineamientos generales en relación con temas de interés nacional, como lo es la contratación pública, los cuales rigen para las entidades de la Rama Ejecutiva, dentro de las cuales se encuentran, entre otras, las del nivel territorial.

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 https://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: Maia Borja G.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-05-21 14:48:40