



Concepto 095261 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000095261

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000095261

Fecha: 17/03/2021 06:30:15 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. Características – Empleos temporales - ESE. Radicado: 20219000077782 del 12 de febrero de 2021.

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

“Desde el nivel nacional se ha realizado esfuerzo para ayudar a las entidades territoriales y descentralizadas en el fortalecimiento, tarea que ha venido el DAFFP. Es claro que todas estas entidades tienen una problemática común que es la contratación por modalidad de prestación de servicios aun sabiendo que es personal que realiza actividades misionales y operativas que requieren continuidad para dar cumplimiento a las competencias asignadas. La problemática es aún mayor en las ESE, ya que el personal que debe cumplir con unos turnos es contratado a través de esta modalidad teniendo que su personal de planta es reducido y que sometidos a procesos de restructuración. Como solución a esta problemática se estipula la figura de la creación de plantas temporales, como una solución mediática a dicha problemática, que se ha convertido en un riesgo jurídico por la materialización de contratos en realidad. Pero aun sabiendo que esta figura no es aplicable a una entidad de salud ya que este tipo de personal no es temporal si no que es misional y pariente para dar cumplimiento a la oferta de servicios, se insta las ESE a su creación. Sin embargo, al realizar revisión de la Ley 100 en el art 195, numeral 6 expresa: En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto General de Contratación de la administración pública. Así cosas solicito se aclare es en el marco de este Artículo las ESE tienen vía libre para suscribir contratos de trabajo según la regulación del derecho privado, ya que siendo así, el personal de salud se podrá vincular bajo esta modalidad, sin necesidad de acogerse a la figura de creación de planta temporal, la cual no se ajusta a las necesidades reales de las ESE y que la vinculación por contrato de trabajo sería la más idónea para la solución del problema”. (copiado del original con modificaciones de forma)

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

Sobre el particular es preciso señalar que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016. Este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado. Su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano. Mediante la formulación, implementación,

seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

Por lo tanto, es importante precisar que las competencias relativas a establecer las directrices jurídicas para la aplicación de las normas. Guardan directa relación con la interpretación general de aquellas expresiones que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación. Sin que tales atribuciones comporten, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de las diferentes entidades, ni tiene competencia para emitir concepto sobre los actos administrativos o determinaciones proferidas por las mismas.

Así las cosas, y en respuesta a su comunicación, nos referiremos con relación a la normativa vigente sobre la materia, así:

Respecto de la forma de provisión de empleos en las entidades y organismos públicos, la Constitución Política, señala:

«

ARTICULO 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.

[...].» (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, es claro que por regla 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; es decir, que la naturaleza de los empleos en las entidades y organismos públicos no es taxativa; sino que pueden ser creados por la ley.

Respecto del acceso a los empleos considerados como de carrera administrativa, es preciso señalar que de acuerdo con el Artículo 27 de la Ley 909 de 2004, el ingreso se produce previa superación de un concurso de méritos y el período de prueba respectivo; 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 de competencias laborales 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.

De otro lado, la Corte Constitucional 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 comina 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 resolutiva 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, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1083 de 2015¹, en cuyos Artículos 2.2.1.2.1. y sig., fijan 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 conformidad 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.

Ahora bien, respecto de la forma de vinculación de quienes ejercen funciones públicas de carácter permanente, es necesario tener en cuenta que el Decreto 3074 de 1968 "Por el cual se adiciona el Decreto número 2400 de 1968" en el Artículo 2 señala:

"ARTICULO 1. Modifíquese 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." (Subrayas fuera de texto)

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.

En ese mismo sentido, el mismo Decreto 1083 de 2015, establece:

"ARTÍCULO 2.2.5.1.7 PROHIBICIÓN DE CELEBRAR CONTRATOS DE PRESTACIÓN SERVICIOS PARA DESEMPEÑAR FUNCIONES PERMANENTES. Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes.

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato de prestación de servicios ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad, salvo las excepciones legales." (Subrayas fuera de texto)

Por último, es pertinente mencionar que las entidades territoriales deben tener en cuenta la circular 008 del 7 de mayo de 213, expedida por el Procuraduría General del Nación en cuyo asunto se señala: «Cumplimiento de normas constitucionales, leyes 1233/08, 1429/10, y sentencias de constitucionalidad C-614/2009, C-171/2012 sobre deslaborización y tercerización laboral».

CONCLUSION

De acuerdo con lo expuesto, es viable concluir que 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 (Artículo 21 de la Ley 909 de 2004).

Por otra parte, mientras se expide el régimen laboral para los servidores públicos de estas instituciones por parte del Legislador, este Departamento, junto con el Ministerio del Trabajo, el Ministerio de Salud y Protección Social en atención a los importantes esfuerzos que ha realizado el Estado Colombiano con miras a la formalización de las relaciones laborales, han instado a las empresas sociales del estado para que se vincule el recurso humano requerido a través de empleos temporales.

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

De acuerdo con lo expuesto, es viable concluir que 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 (Artículo 21 de la Ley 909 de 2004).

Por otra parte, mientras se expide el régimen laboral para los servidores públicos de estas instituciones por parte del Legislador, este Departamento, junto con el Ministerio del Trabajo, el Ministerio de Salud y Protección Social en atención a los importantes esfuerzos que ha realizado el Estado Colombiano con miras a la formalización de las relaciones laborales, han instado a las empresas sociales del estado para que se vincule el recurso humano requerido a través de empleos temporales.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo – 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 en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido 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: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PPIE DE PÁGINA

¹ "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario Sector de Función Pública."

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:35:04