



Concepto 114861 de 2014 Departamento Administrativo de la Función Pública

20146000114861

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000114861

Fecha: 26/08/2014 12:06:49 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: VARIOS. ¿Es Viable que el personal de carrera administrativa se encuentre subordinado a personas contratadas por prestación de servicios y que las actuaciones de los funcionarios de carrera deban ser controladas, supervisadas o coordinadas por el personal de prestación de servicios.?. Radicación No. 201490000105052 del 15 de julio de 2014.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si es viable que el personal de carrera administrativa se encuentre subordinado a los contratistas de prestación de servicios y que las actuaciones de los funcionarios de carrera deban ser controladas, supervisadas o coordinadas por el personal de prestación de servicios, me permito manifestarle lo siguiente:

En atención a la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios, es oportuno resaltar que el artículo 32 de la ley 80 de 1993, consagra que

"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" y dentro de éstos se relaciona el "contrato de prestación de servicios"

El numeral 3 del mencionado artículo 32 establece que

"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". (Resaltado fuera del texto).

El Decreto 2209 de 1998, por el cual se modifican parcialmente los Decretos 1737 y 1738 del 21 de agosto de 1998, señala:

"ARTICULO 1°. El artículo 3°. del Decreto 1737 de 1998 quedará así:

"ARTÍCULO 3°. 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.

Tampoco se podrán celebrar estos contratos cuando existan relaciones contractuales vigentes con objeto igual al del contrato que se pretende suscribir, salvo autorización expresa del jefe del respectivo órgano, ente o entidad contratante. Esta autorización estará precedida de la sustentación sobre las especiales características y necesidades técnicas de las contrataciones a realizar". (Subrayas fuera del texto).

La Corte Constitucional en Sentencia [C-154](#) de 1997, Magistrado Ponente Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, respecto al contrato de prestación de servicios preceptuó:

"El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características: a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo."

En este sentido, las altas Cortes se han pronunciado en un sin número de casos, los cuales sirven de criterio auxiliar del derecho, para determinar que a través de un contrato de prestación de servicios no se genera relación laboral alguna, dado que a través del mismo no se configuran los elementos esenciales de éste y además tampoco nace a la vida jurídica el derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales y en razón a ello, solo existe la obligación del pago de los honorarios establecidos en el mismo.

De conformidad con las normas y la jurisprudencia anteriores, los contratos de prestación de servicios, sólo se podrán celebrar cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratarán, o requieran de conocimientos especializados. De igual forma no se podrán celebrar contratos de prestación de servicios cuando existan relaciones contractuales vigentes con objeto igual al del contrato que se pretende suscribir, salvo autorización expresa del jefe del respectivo órgano o entidad contratante. Esta autorización estará precedida de la sustentación sobre las especiales características y necesidades técnicas de las contrataciones a realizar

Conforme lo expresa la Corte Constitucional en sentencia [C-614](#) de 2009, 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.

Respecto de estos contratos de prestación de servicios con el Estado, me permito manifestarle que constituye prioridad del actual Gobierno Nacional promover la formalización laboral para lo cual las entidades públicas deben observar las normas, los convenios, los principios y los postulados que orientan el trabajo decente, lo cual les impone el deber de evitar la celebración de contratos de prestación de servicios que, en la práctica, puedan dar lugar a la configuración de contratos de trabajo realidad.

Ahora bien, respecto del ejercicio de funciones de carácter permanente, me permito indicarle lo siguiente

1. Decreto [3074](#) De 1968 "Por el cual se adiciona el Decreto número 2400 de 1968"

"ARTÍCULO 1°. Modifícase y adiciónese 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.”

2 El Decreto 1950 de 1973 “Por el cual se reglamentan los decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil.” Establece:

“ARTICULO 7°. 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 mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto.

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad.” (Subrayado y negrita nuestro)

El texto subrayado del artículo 1°. del Decreto 3074 de 1968 fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-614 de 2009, en la cual 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 2 del Decreto 2400 de 1968, es contraria a los artículos 2, 25 y 53 de la Constitución. En esta oportunidad expreso 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.

De esta forma, el texto normativo impugnado constituye un claro desarrollo de las normas constitucionales que protegen los derechos laborales de los servidores públicos porque: i) impone la relación laboral, y sus plenas garantías, para el ejercicio de las funciones permanentes en la administración, ii) consagra al empleo público como la forma general y natural de ejercer funciones públicas y, iii) prohíbe la desviación de poder en la contratación pública.

De igual manera, la norma acusada 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. Así mismo, la creación de empleos en la planta de personal de la administración exige convocar, en igualdad de condiciones, a todos los aspirantes y, de todos ellos, escoger con moralidad y transparencia, al servidor con mayores calidades y méritos. (Subrayado fuera de texto)

Normas con las cuales se reglamenta de una manera clara que los contratos que se suscriben a través de esta modalidad NO pueden tener como objeto funciones de carácter permanente de la entidad como en efecto lo debe certificar el Jefe de cada entidad antes de la suscripción del contrato, según se indica en el artículo 3 del Decreto 1737 de 1998, modificado por el artículo 1. del Decreto 2209 de 1998”.

De igual forma, se debe tener en cuenta los criterios que definen el concepto de función permanente y que se encuentran en la sentencia C-614 de 2009 anteriormente mencionada.

De acuerdo con lo expuesto, le corresponde a la entidad determinar si las actividades a desarrollar son de carácter permanente, caso en el cual con fundamento en el artículo 46 de la ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, Gerencia Pública y se dictan otras disposiciones.” modificado por el artículo 228 del Decreto Ley 019 de 2012 y los artículos 95 a 97 del Decreto 1227 de 2005 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998.”, la entidad deberá adelantar una reforma a la planta de personal con el fin de crear el o los empleos requeridos de manera permanente para lo cual es preciso adelantar el plan de acción de que trata la Circular 008 de 2012 del Ministerio de Trabajo, si no es viable asignar o encargar de dichas funciones a un funcionario de planta.

Con fundamento en lo anotado, se considera que los contratistas de prestación de servicios rigen su relación con la entidad a través del contrato, el cual dispone las condiciones de ejecución del contrato en cuanto objeto, plazo, valor y forma de pago, actividades, informes a entregar, productos o entregables, obligaciones a cargo de cada una de las partes, entre otros, conforme a lo cual se establece que el contrato se ejecuta en función del objeto contractual, el cual en todo caso no puede corresponder al ejercicio de actividades de carácter permanente, y si tienen este carácter deben ser transitorias, dado que para atender estas labores se encuentran los funcionarios que hacen parte de la planta de personal de la entidad. Por los motivos expresados, los funcionarios de planta que a su vez hacen parte de la estructura organizacional de la entidad, distribuidos en sus diferentes áreas y dependencias deben atender en el ejercicio de sus funciones a los niveles de jerarquía y responsabilidad, según corresponda con el organigrama de la entidad.

Los contratistas de prestación de servicios, por su parte, deben ser supervisados en la ejecución de sus contratos por el personal de planta de la entidad, actividad que encuentra su soporte jurídico en las siguientes disposiciones:

La función de los supervisores o empleados designados por los directivos o jefes inmediatos para ejercer la supervisión del contrato no contaba con una regulación específica en la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ni en sus decretos reglamentarios, y sólo hasta la expedición de la Ley 1474 de 2011¹ en su artículo 83 se define la función de supervisión en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 83. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

(...)

PARÁGRAFO 1o. En adición a la obligación de contar con interventoría, teniendo en cuenta la capacidad de la entidad para asumir o no la respectiva supervisión en los contratos de obra a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los estudios previos de los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, se pronunciarán sobre la necesidad de contar con interventoría.

PARÁGRAFO 2o. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.

En este sentido, les corresponde a los supervisores en representación de la entidad velar por el cumplimiento estricto de las obligaciones financieras, económicas, técnicas y legales derivadas del contrato a cargo del contratista, para lo cual deberá tener en cuenta, en lo pertinente, lo establecido en el manual de contratación de la entidad. Lo anterior en razón, igualmente a que la actividad de supervisión es parte primordial del control y vigilancia de la actividad del contratista con el fin de lograr el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el contrato, y un mecanismo para proteger los intereses de la entidad, verificar el estado financiero y contable del contrato, supervisar y ejecutar las actividades administrativas necesarias para el manejo y ejecución del mismo y determinar el cumplimiento de las especificaciones técnicas emanadas del objeto contratado.

En los términos del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, la supervisión la realizará directamente la entidad estatal a través de sus funcionarios cuando no requiera conocimientos especializados. No obstante, cuando lo amerite el respectivo caso, podrá contratar personal de apoyo, para que le brinde el soporte requerido al Supervisor del contrato a través de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con el objeto de realizar adecuadamente su labor de supervisión que en todo caso estará a cargo del Supervisor respectivo.

De igual forma, la actividad de supervisión encuentra fundamento en las siguientes normas del Estatuto contractual:

Artículo 26 numeral 1. y el artículo 51 que a la letra disponen:

“ARTÍCULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio:

1 . Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

ARTÍCULO 51. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PUBLICOS. El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley.”

Conforme a lo expresado, no le corresponde a los contratistas de prestación de servicios ejercer control o vigilancia sobre los servidores de planta de la entidad, labor que deberá ejercerse atendiendo a los niveles de jerarquía internos de la entidad; a contrario sensu, la actividad ejecutada por los contratistas de prestación de servicios, si debe ser objeto de supervisión con fundamento en lo dispuesto en el artículo 26 numeral 1o y el artículo 51 de la Ley 80 de 1993, y artículos 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011. .

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

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Director Jurídico (E)

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

RMM/JFCA

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-08-02 15:53:15