



Función Pública

Concepto 80951 de 2010 Departamento Administrativo de la Función Pública

20106000080951

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20106000080951

Fecha: 15/10/2010 08:42:42 a.m.

Bogotá D.C.

REF.: VARIOS. Diferencias entre contratos estatales y vinculaciones laborales con el Estado. Rad. 20102060107672.

En atención a la comunicación de la referencia, le informo que según lo preceptuado en el concepto No 2472 de marzo 18 de 1998, emitido por la Presidencia de la República, se estableció que *en materia de contratación administrativa no existe una entidad que de manera exclusiva tenga a su cargo brindar asesoría sobre el tema y, en consecuencia, todas y cada una de las entidades estatales, dentro del ámbito de sus competencias legales y de sus específicas funciones, tienen el deber de conocer y decidir lo que sobre la materia les corresponda*; por consiguiente, este Departamento Administrativo no es competente para conceptuar sobre contratación administrativa o privada.

No obstante lo anterior, me permito precisar lo siguiente a manera de orientación:

1. Con respecto a la inquietud referente a la procedencia de vincular mediante órdenes de servicios a personal que cumplan horario de oficina y a quienes se les reconozcan prestaciones sociales laborales como prima, cesantías, vacaciones, me permito precisar que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dispone:

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

3°. 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)

El numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, señala:

“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;(…).”

A su vez, el Decreto 2474 de 2008, señala:

“Artículo 82. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad.(…).”

Como puede observarse de las normas anteriormente señaladas, 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.

La Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, en relación con el contrato de prestación de servicios preceptuó:

“La contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes, únicamente, opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden. Si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la justicia del trabajo, si se trata de un trabajador oficial o ante la jurisdicción contencioso administrativa, con respecto al empleado público.

Para el cabal cumplimiento de los fines esenciales del Estado, la función pública al servicio de los intereses generales ejerce sus actividades a

través de personas vinculadas al mismo en calidad de servidores públicos, quienes bajo la modalidad de empleados públicos o de trabajadores oficiales prestan sus servicios en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento (C.P., arts. 122 y 123). Es así como, la regulación que el Legislador ordinario haga de la función pública deberá contener las reglas mínimas y la forma con base en las cuales aquella tendrá que desarrollarse (C.P., art.150-23), así como el régimen de responsabilidades que de allí se derive y la manera de hacerlo efectivo (C.P., art.124), circunstancias todas que consagran una garantía para el ciudadano, como expresión del Estado Social de Derecho.

(...)

Esta Corporación amerita precisar que en el evento de que la Administración, con su actuación, incurra en una deformación de la esencia y contenido natural de ese contrato, para dar paso al nacimiento disfrazado de una relación laboral en una especie de transformación sin sustento jurídico con interpretaciones y aplicaciones erradas, necesariamente enmarcará su actividad dentro del ámbito de las acciones estatales inconstitucionales e ilegales y estará sujeta a la responsabilidad que de ahí se deduzca". (Se subraya y se resalta).

En ese sentido, 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 revistas en la planta de personal.

Por ello, es importante señalar que los elementos del contrato de prestación de servicios y el contrato laboral son diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto por los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

Así lo ha señalado la Ley y la Corte Constitucional mediante sentencia [C-614](#) de 2009 del 2 de septiembre de 2009, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual expresó:

"Diferencias en el tratamiento constitucional para la relación laboral ordinaria y para la vinculación contractual con el Estado.

En este sentido, es evidente que el Constituyente no estableció el mismo trato jurídico para la relación laboral y para la vinculación contractual por prestación de servicios con el Estado, pues mientras que la primera tiene amplia protección superior la segunda no sólo no tiene ninguna referencia constitucional porque corresponde a una de las múltiples formas del contrato estatal, sino que no puede ser asimilada a la relación laboral porque tiene alcance y finalidades distintas. Así las cosas, desde la perspectiva constitucional no es posible erigir para la relación laboral con el Estado y para el contrato de prestación de servicios consecuencias jurídicas idénticas y las mismas condiciones de acceso a la función pública.

En desarrollo de lo dispuesto en la Constitución, el legislador definió el contrato laboral como "aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración (...). En múltiples oportunidades, la Corte Constitucional ha resaltado las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral. Así, por ejemplo, en la sentencia que analizó la constitucionalidad del concepto legal de contrato de prestación de servicios, la Corte recordó sus características para efectos de distinguirlo del contrato laboral, así:

...El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, 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.

-

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

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. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, 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 (...)"

De acuerdo con la Corte Constitucional, existirá una relación contractual cuando: i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas 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 realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

De acuerdo con las normas y jurisprudencia citadas, se considera que la contratación por prestación de servicios, solamente es procedente cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere, o los conocimientos especializados que se demanden.

Por lo tanto, en criterio de esta Dirección no es viable vincular mediante órdenes de servicios a personal que cumplan horario de oficina, ni es viable el reconocimiento de prestaciones sociales laborales como prima, cesantías, vacaciones, teniendo en cuenta las consideraciones precedentes.

2. Con respecto a su inquietud referente a si se puede seguir pagando prestaciones sociales a los contratistas, le manifiesto que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, en ningún caso los contratos de prestación de servicios que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

3. Frente a las inquietudes referentes a cuál es la modalidad de contrato que debe realizar si se hace necesario la prestación de servicios para el funcionamiento de la Administración, y qué se puede hacer mientras se amplía la planta de personal si se requieren las personas para que la Administración funcione, se reitera que, de acuerdo a lo consagrado en el numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, puede acudir a la modalidad de selección de contratación directa 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.

No obstante, debe hacerse claridad en que, a diferencia de las relaciones laborales, el contratista tiene un objeto contractual que está plenamente definido, sus actuaciones son autónomas e independientes desde el punto de vista técnico y científico y la vigencia del contrato es temporal.

Según el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

4. Frente a la inquietud de cual sería el procedimiento a realizar para efectos de ampliación de la planta de personal y vincular a la nómina al personal que se requiera, en criterio de esta Dirección se considera que si las funciones que desarrollará el personal a contratar son de carácter permanente, la Entidad debe adelantar los estudios técnicos pertinentes para modificar la planta de personal y crear los empleos que se requieran para cumplir su objeto acorde con la ley.

Frente a este punto, el Consejo de Estado mediante concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación No 951 de febrero 7 de 1997, Consejero Ponente Dr. Javier Henao Hadrón, respecto al contrato de prestación de servicios señaló:

“Así, los contratos de prestación de servicios están diseñados exclusivamente como instrumento especial de colaboración para el cumplimiento de actividades transitorias, de carácter técnico o científico, relacionadas con la administración y, por ende no están previstos para ejercer mediante ellos funciones ordinarias de naturaleza publica ni para sustituir la planta de personal.”

“De manera que para ejercicio de funciones de carácter permanente, el vinculo laboral con el Estado es de derecho publico (relación legal reglamentaria) o surge del contrato de trabajo; la primera forma es la utilizada para vincular a los empleados o funcionarios, y la segunda a los trabajadores oficiales. El campo de acción que queda para el ejercicio de las actividades de carácter transitorio “que no pueden realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”, es el propio del contrato de prestación de servicios”. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Por esta razón, para el ejercicio de funciones de carácter permanente deben crearse los empleos correspondientes, y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 25 del C.C.A

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN

Directora Jurídica

Mónica Herrera/CPHL GCJ 601 Rad. 2010 206 010767 2

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 09:53:16