



Función Pública

Concepto 137211 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública

20166000137211

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20166000137211

Fecha: 24/06/2016 08:47:44 a.m.

Bogotá D. C.,

Ref.: EMPLEOS. Intermediación laboral. Rad. 20169000136602 del 12 de mayo de 2016

En atención al oficio de la referencia, en el cual se solicita información respecto a tercerización de servicios y reforma de planta de una E.S.E, me permito manifestarle lo siguiente:

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. En relación con las atribuciones del concejo y el alcalde municipal, la Constitución Política

dispone:

EL artículo 313. Corresponde a los Concejos.

1. (...)

3. Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo.

6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas (...)"

ARTÍCULO 315. Son atribuciones del alcalde:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas, y los acuerdos del concejo.

(...)

4. Suprimir o fusionar entidades y dependencias municipales, de conformidad con los acuerdos respectivos.

(...)

6. Sancionar y promulgar los acuerdos que hubiere aprobado el Concejo y objetar los que considere inconvenientes o contrarios al ordenamiento jurídico.

7. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado.

Por su parte 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, señala en su artículo 5º sobre la clasificación de los empleos que por regla general, los empleos de los organismos y entidades regulados por la citada ley son de carrera y exceptúa los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los que ejercen funciones en las comunidades indígenas, conforme con su legislación y los de trabajadores oficiales.

Respecto a la clasificación del empleo en el nivel territorial debe tenerse en cuenta, el Decreto 785 de 2005 “por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004”

De lo anterior se colige que al Concejo Municipal le corresponde determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; y crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas

En cuanto a modificaciones de una planta de personal debe estar sujeta a las pautas referidas en el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, el cual expresa:

“ARTÍCULO 46. Reformas de plantas de personal. Las reformas de planta de empleos de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, por la ESAP, o por firmas especializadas en la materia; estudios que deberán garantizar el mejoramiento organizacional...” (Subrayas fuera de texto)

Igualmente, el Decreto 1083 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, determina:

ARTÍCULO 2.2.12.1 Reformas de las plantas de empleos. Las reformas de las plantas de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren.

PARÁGRAFO. Toda modificación a las plantas de empleos, de las estructuras y de los estatutos de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional deberán contar con el concepto técnico favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.

(Decreto 1227 de 2005, art. 95)

ARTÍCULO 2.2.12.2 Motivación de la modificación de una planta de empleos. Se entiende que la modificación de una planta de empleos está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión, entre otras causas, de:

- 1. Fusión, supresión o escisión de entidades.*
- 2. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.*
- 3. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.*
- 4. Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones.*
- 5. Mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios.*
- 6. Redistribución de funciones y cargas de trabajo.*
- 7. Introducción de cambios tecnológicos.*
- 8. Culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o a las funciones de la entidad.*
- 9. Racionalización del gasto público.*
- 10. Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas.*

PARÁGRAFO 1º. Las modificaciones de las plantas a las cuales se refiere este artículo deben realizarse dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general.

(...)

ARTÍCULO 2.2.12.3 Estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos. Los estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos deberán basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, como mínimo, los siguientes aspectos:

- 1. Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo.*

2. Evaluación de la prestación de los servicios.

3. Evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos.

(Decreto 1227 de 2005, art. 97)

TÍTULO 13 “Artículo 95. Las reformas de las plantas de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren.

“ARTÍCULO 96. Se entiende que la modificación de una planta de empleos está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión. (Subrayas fuera de texto)

“ARTÍCULO 97. Los estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos deberán basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, como mínimo, los siguientes aspectos:

“97.1. Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo.

“97.2. Evaluación de la prestación de los servicios.

“97.3. Evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos”.

Lo anterior indica que toda modificación de planta de personal debe estar precedida de los estudios técnicos que justifiquen dicha modificación, para lo cual se sugiere consultar, en la página Web de esta entidad -www.funcionpublica.gov.co - publicaciones-, la Guía de Modernización de Entidades Públicas, en la cual podrá encontrar el procedimiento a seguir para modificar una planta de personal, así como los modelos de los actos administrativos necesarios para ese efecto.

Ahora bien en cuanto a la formalización del trabajo, tenemos que, desde el año 2007, a partir de la expedición del Decreto No. 1466 del 30 de abril de ese año, el Departamento Administrativo de la Función Pública ha hecho parte de la Comisión Intersectorial para Promover la Formalización del Trabajo Decente en el Sector Público, creada con el fin de hacer recomendaciones al Gobierno Nacional en aspectos como la contratación de personal a través de empresas de servicios temporales y cooperativas de trabajo asociado y realizar el seguimiento de su implementación.

Esta Comisión, ha emitido directrices como la Circular No. 001 de enero 2 de 2008, de la cual adjunto copia en dos (2) folios para su conocimiento y fines pertinentes, en la cual se fijaron los lineamientos para el cumplimiento estricto de normas legales en materia de contratación de empresas de servicios temporales (EST) y cooperativas de Trabajo Asociado (CTA) y se impartieron instrucciones como la siguiente:

“4. Cuando la entidad requiera desarrollar actividades que no puedan ser cumplidas con personal de planta, desarrollar programas o proyectos de duración determinada, suplir necesidades de personal por sobre carga de trabajo, o desarrollar labores de consultoría y asesoría de duración total no superior a 12 meses, se debe estudiar, de manera preferente, la posibilidad de suplir esta necesidad con la creación de empleos temporales en los términos señalados en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004.”

"(...)"

"6. En todos los casos, las entidades deben observar las normas, los convenios, los principios y los postulados que orientan el trabajo decente, lo cual impone, de una parte, el deber de evitar la celebración de contratos que en la práctica puedan dar lugar a la configuración del contrato de trabajo realidad y, de otra, el deber de denunciar las prácticas irregulares en materia de contratación con violación a las normas del trabajo decente."

La Comisión ha sesionado periódicamente y mediante Decreto No. 3399 del 8 de septiembre de 2009 se incluyó la participación de un delegado por cada una de las Federaciones del sector Público, designados por las Centrales Obreras.

Ahora bien, frente al cumplimiento por parte del Gobierno Nacional de lo ordenado en la sentencia C-614 de 2009 de la Corte Constitucional, respecto de las nóminas de las entidades de la administración pública frente a la tercerización laboral, le manifiesto que el Departamento Administrativo de la Función Pública, a través de la Dirección de Control Interno y Racionalización de Trámites ha adelantado reuniones con los Jefes de Control Interno de entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, en temas como la Administración del Riesgo, Identificación, seguimiento y evaluación de los indicadores de gestión, Implementación del MECI, Autocontrol, Autovaloración del control y fundamentos del control interno, entre otros, en los cuales se ha abordado el tema de los contratos de prestación de servicios.

Es importante aclarar que el propósito de las reuniones es resaltar como parte de su contenido, el rol del jefe de control interno o quien haga sus veces en cada una de las diferentes temáticas teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 1537 de 2001, "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 87 de 1993 en cuanto a elementos técnicos y administrativos que fortalezcan el sistema de control interno de las entidades y organismos del Estado"¹.

Adicionalmente, este Departamento ha manifestado a las Entidades su posición frente a la obligaciones de las entidades de la administración pública de garantizar la protección de los derechos laborales de los servidores públicos, impidiendo la celebración de contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, prohibición que se encuentra contemplada en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968.

Finalmente le manifiesto que la Dirección Jurídica, a través de los conceptos jurídicos que emite, ha reiterado en numerosas oportunidades que el ejercicio de las funciones de carácter permanente en las entidades públicas no pueden desarrollarse a través de contratos de prestación de servicio, de conformidad con la prohibición señalada en el artículo 32, numeral 3, de la Ley 80 de 1993 y del artículo 48, numeral 29, de la Ley 734 de 2002 y ha insistido en la necesidad de contar con personal de planta para el ejercicio de funciones misionales, así como el control efectivo que al interior de las entidades debe hacerse a los contratos de prestación de servicios que suscriban para desarrollar funciones de apoyo.

Es necesario precisar que a las Entidades no se les restringe la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicio siempre y cuando éstos se enmarcan dentro de los lineamientos establecidos en el Estatuto General de la Contratación Pública. De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-614 de 2009², los contratos estatales se justifican constitucionalmente si son concebidos como instrumentos para atender actividades y tareas de apoyo a la gestión o colaboración para que la entidad cumpla sus funciones.

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”.

De otra parte, el Consejo de Estado mediante Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de Mayo 10 de 2001, Radicación No. 1.344, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, señaló:

“La vinculación jurídica derivada del contrato de prestación de servicios es diferente de la que emana de la relación laboral de origen contractual con los trabajadores oficiales. En efecto, el de prestación se refiere a actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad; el contratista es autónomo para ejecutar el contrato; no se causan prestaciones sociales y no responde disciplinariamente -Sentencia C-280/96-, mientras que el trabajador oficial, en su orden, labora en la construcción y sostenimiento de obras públicas o está vinculado a una empresa industrial o comercial del Estado; está, por esencia, subordinado a la administración; las prestaciones sociales le son consustanciales y responde disciplinariamente.

Es así como los trabajadores oficiales perciben por sus servicios un salario, que constituye asignación, la retribución de los contratistas de prestación de servicios son los honorarios, que no tienen tal carácter. Así, la fuente del reconocimiento es bien distinta: en el primero, la vinculación laboral administrativa y, en el segundo, el negocio jurídico, fundado en la autonomía de la voluntad.

De los presupuestos de la definición legal y de los elementos analizados, se concluye que particulares que colaboran con el Estado mediante un contrato de prestación de servicios o cualquier otro, tipificado en la ley 80 de 1993 o producto de la autonomía de la voluntad, no están subsumidos en el contexto de la función pública, ni son, por tanto, servidores públicos y, por lo mismo, no reciben “asignación” en los términos establecidos, lo que hace imposible aplicarles el régimen de estos.”

Por lo anterior, se considera que al momento de analizar la viabilidad de efectuar contrataciones por prestación de servicios, las entidades deberán establecer si el objeto contractual es de carácter permanente o transitorio, y revisar que no haga parte del giro ordinario de las labores encomendadas o misionales, o que siendo parte de ellas no puedan ser ejecutadas con empedados de planta de acuerdo con estudios de cargas de trabajo, o se requieran conocimientos especializados.

Para este efecto, 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.

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

Cordialmente,

MONICA LILIANA HERRERA MEDINA

Asesora Jurídica con funciones de la Dirección Jurídica.

NOTAS DE PIUE DE PÀGINA

1. ARTÍCULO 3º. DE LAS OFICINAS DE CONTROL INTERNO. En desarrollo de las funciones señaladas en el artículo 9 de la Ley 87 de 1993, el rol que deben desempeñar las oficinas de control interno, o quien haga sus veces, dentro de las organizaciones públicas, se enmarcan en cinco tópicos, a saber: valoración de riesgos, acompañar y asesorar, realizar evaluación y seguimiento, fomentar la cultura de control, y relación con entes externos.

2. Mediante esta sentencia, la Corte constitucional resolvió la Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968.

Mercedes Avellaneda / JFC

600.4.8

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 15:44:18