



Concepto 068021 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000068021

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000068021

Fecha: 15/02/2023 05:23:39 p.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.: 20232060005952 del 4 de enero de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual formula varias inquietudes acerca de la aplicación de la Circular Conjunta No. 100-005 de 2022, en el caso de la Nueva Licorera de Boyacá, constituida como Empresa Industrial y Comercial del Estado, teniendo en cuenta que se encuentra dentro de las excepciones que en materia contractual definió el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Inicialmente es necesario señalar que la Ley 80 de 1993¹ 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 2007², 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:

(...)

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 2015³ 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.

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

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 Unificación⁴ 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 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 están siendo cumplidos 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 área, 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 a la 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.

En este sentido, dando respuesta a sus tres primeros interrogantes, se considera que las entidades públicas de la Rama Ejecutiva que estén sometidas al régimen general de contratación de la administración pública, deben acoger y poner en práctica los lineamientos de la Circular Conjunta No. 005 de 2022, en los términos expuestos en el presente concepto.

En consecuencia y refiriéndonos a su última pregunta, se considera que, en el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado, deberá aplicarse lo dispuesto por el artículo 14 de la ley 1150 de 2007⁵, según el cual, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las sociedades entre entidades públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), deben someterse al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, con excepción de los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.

Por lo tanto, si la Nueva Licorera de Boyacá, constituida como Empresa Industrial y Comercial del Estado se encuentra dentro de la excepción prevista en precedencia, deberá aplicar en materia de contratación las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad económica y comercial, en los términos estrictos de la norma precitada.

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

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

²Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

³Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público.

⁴Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección B. Magistrado Ponente: César Palomino Cortés. Sentencia emitida el 26 de julio de 2018. Rad. No.: 68001-23-31-000-2010-00799-01. Número interno: 2778-2013.

⁵Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

Fecha y hora de creación: 2024-11-23 21:30:45