



Concepto 057921 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000057921

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000057921

Fecha: 09/02/2023 09:03:44 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: CONTRATACIÓN ESTATAL. Reglamentación. EMPLEO. Clasificación. Radicado: 20239000001602 del 2 de enero de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita se emita un concepto en respuesta a la siguiente pregunta:

¿Un municipio de sexta categoría puede realizar la contratación de personas para realizar actividades de consejería, de limpieza, de secretaria de oficina a través de contratos a término fijo al no estar en el manual de funciones del respectivo municipio?

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

El artículo 122 de la Constitución Política, consagra: *No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.* En consecuencia, cada empleo, en el manual de funciones y competencias laborales, debe tener definidas las funciones que debe desempeñar, a las cuales debe dedicar la totalidad del tiempo reglamentario, tal como lo prevé la Ley 1952 de 2019¹, artículo 38, numerales 1 y 12.

Bajo este presupuesto, y dado que su consulta no es clara, en el sentido de si la contratación es como trabajador oficial o bien a través de contratos regidos por la Ley 80 de 1993. Nos pronunciaremos acerca de la procedencia para vincular personal de aseo, vigilancia y secretariado mediante contrato.

Sobre el alcance de las funciones de carácter permanente y las actividades de apoyo a la gestión en la administración pública, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en Sentencia núm. 11001-03-06-000-2010-00052-00(2003) del 19 de agosto de 2010, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, considera:

“En su interpretación gramatical (7)², los vocablos “administración” y “funcionamiento” definen actividades de distinta naturaleza dentro de una organización, las cuales en la práctica administrativa se identifican respectivamente como “de apoyo” y “misionales”.

Entonces, las entidades estatales, en virtud de la definición del contrato de prestación de servicios, están autorizadas de manera general para celebrarlo a fin de atender requerimientos de personal, tanto en el desarrollo de su objeto como en las tareas administrativas de soporte que éste requiere; pero siempre con sujeción a las restricciones establecidas en la norma que lo define. La jurisprudencia del Consejo de Estado es abundante al respecto; por ejemplo:

“La Sala considera que el sentido genuino de la expresión “...actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad” es la de servir de marco para las actividades que desarrollará el contratista, pero no la de hacer viable cualquier contratación referida con tales actividades. En este caso puntual, asume una interpretación restrictiva por cuanto la expresión transcrita debe guardar relación con el literal d) del numeral 1 del artículo 24 de la ley 80 de 1993 y con el decreto 2170 de 2002. Este último, a pesar de ser reglamentario de la ley, aporta

elementos que vistos en conjunto con la ley 80 de 1993 y la ley 489 de 1998 limitan la interpretación. De acuerdo con lo anterior, las entidades estatales estarán facultadas para celebrar contratos de prestación de servicios con personas jurídicas bajo las siguientes limitaciones, provenientes del mismo estatuto de contratación: que sean servicios profesionales o trabajos artísticos que sólo puedan ser encomendados a determinadas personas jurídicas; o que comprendan el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas; o que brinden apoyo a la gestión de la entidad cuando no hubiere personal suficiente para el servicio que se va a contratar, o cuando se trate de fines específicos; para todos los objetos señalados, que el contrato tenga una duración temporal, restringida a lo estrictamente necesario. Es decir, la naturaleza del contrato de prestación de servicios, vista desde la óptica de la contratación estatal y de los orígenes e historia de la figura contractual, no permite una interpretación e integración de contenido y efectos que llegue hasta la asunción de funciones administrativas propias de la entidad estatal por parte del contratista, ni a la representación de la misma frente a terceros, sin haberse dado cumplimiento a las prescripciones legales de índole imperativo, en este caso la ley 489 de 1998.”(8)³

Por su parte la jurisprudencia constitucional ha señalado que en este tipo de contrato “el grado de autonomía de la administración se ve ostensiblemente limitado”, y que “su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido”, de modo que si dicho objeto se convierte “en ordinario y permanente”, la entidad debe adelantar los trámites necesarios para crear los empleos respectivos en su planta de personal y apropiar los recursos para sus emolumentos, en cumplimiento del artículo 122 constitucional.(9)⁴

Más adelante, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, amplía la sentencia anterior, número interno: 2003^a, fecha: 24 de mayo de 2011, manifiesta:

“En consecuencia, la elaboración de las plantas de personal requiere, tal como lo ordena la ley, el estudio de las necesidades reales del organismo o entidad; y también debe considerar, para excluirlas, aquellas actividades que están reguladas y controladas de acuerdo con leyes especiales, como ocurre con el servicio de vigilancia o de celaduría; o que son prestadas por personas jurídicas organizadas y reconocidas conforme a la ley y que resultan más favorables que si prestaran directamente por la entidad u organismo estatal, como los servicios de aseo; o que se requieren con alguna periodicidad o eventualmente, como el mantenimiento preventivo o correctivo de máquinas, vehículos y demás recursos físicos.

De manera que, en el marco del Estatuto Contractual de la Administración Pública, el contrato de prestación de servicios es el instrumento jurídico para que las entidades y organismos estatales resuelven esas específicas necesidades de administración, teniendo presente que la modalidad de servicios personales con personas naturales, sólo es legalmente posible cuando el personal de planta es insuficiente o se necesitan conocimientos especiales”.

(...)

En relación con los aspectos prácticos, recuerda que en cumplimiento de los artículos 267 a 272 de la Constitución, las contralorías son órganos de carácter técnico que ejercen control fiscal; sus plantas “se diseñan para el cumplimiento de la labor misional en razón de su carácter técnico, lo cual genera en la mayoría de casos falencias en materia de cumplimiento de labores de apoyo”, por lo cual en unos casos las asumen las entidades estatales y en otros, como vigilancia, aseo, mantenimiento, se contratan porque su creación exigiría numerosos cargos “con lo cual se desvirtúa el carácter técnico del órgano de control y sometería a la entidad estatal a la llamada elefantitos administrativa, sin que pueda cumplir la misión para la cual ha sido creada...”.

Finaliza expresando que “...el concepto elimina de tajo toda posibilidad excepcional de contratación de actividades de apoyo que no son ejercidas por personal de planta, eliminando la posibilidad de prestar la función pública a través de terceros, como la había reconocido jurisprudencialmente la misma corporación y la Corte Constitucional, lo cual puede generar graves dificultades en el cumplimiento de la labor misional de la entidad”.

Acorde con la jurisprudencia en cita, aquellas actividades reguladas y controladas de acuerdo con leyes especiales, como ocurre con el servicio de vigilancia o de aseo, o que son prestadas por personas jurídicas organizadas y reconocidas conforme a la ley y, que resultan más favorables si se prestaran por la entidad u organismo estatal, toda vez que constituyen actividades de apoyo y no de carácter misional.

De esta forma, 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. Por ende, es procedente contratar los servicios de vigilancia y aseo con empresas dedicadas a estas actividades, por estar enmarcadas dentro de las actividades de apoyo, en atención a las leyes sobre contratación administrativa⁵. Para este fin, la entidad debe adelantar el proceso de selección mediante licitación pública, evento en el cual el contrato debe suscribirse con la persona jurídica que sea calificada para prestar esta clase de servicios, sin que, por este hecho, exista la intermediación laboral. Bajo este entendido, es importante resaltar que la contratación por orden de prestación de servicios no se recomienda, en tanto, tal situación puede configurar efectos negativos para la administración, consistente en futuros reclamos solicitando el pago de salarios y prestaciones. Así, tenga en cuenta que la supervisión del contrato que se suscribe revise, entre otros, el pago de los derechos de ley a quienes prestan sus servicios.

De otra parte, respecto a la contratación de las labores secretariales, el Decreto Ley 785 de 2005⁶, en su artículo 20, en los empleos del nivel asistencial del orden territorial, clasifica los siguientes cargos:

ARTÍCULO 20. Nivel Asistencial. El Nivel Asistencial está integrado por la siguiente nomenclatura y clasificación específica de empleos:

Cód. Denominación del empleo

(...) (...)

440 Secretario

420 Secretario Bilingüe

425 Secretario Ejecutivo

438 Secretario Ejecutivo del Despacho del Alcalde

430 Secretario Ejecutivo del Despacho del Gobernador

(...) (...)

De acuerdo con el artículo 1° del Decreto Ley 785 de 2005, el decreto establece el sistema de nomenclatura, clasificación de empleos, de funciones y de requisitos generales de los cargos de las entidades territoriales. Entonces, se entiende que el empleo de secretaria debe crearse en la planta de personal, e incluir su perfil y requisitos del cargo en el manual de funciones y competencias laborales de acuerdo a los mínimos y máximos previstos en el artículo 13, numeral 13.2.5 de acuerdo a las necesidades de la administración.

RESPUESTA A LA PREGUNTA OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

- Las tareas de apoyo a la gestión de la entidad, como los servicios de aseo y vigilancia, pueden prestarse por personas jurídicas organizadas y reconocidas conforme a la ley, de manera que su prestación resulte más favorable que si lo hiciera la entidad u organismo estatal.

Para la contratación de servicios de vigilancia puede tener en cuenta la Circular Externa núm. 128 del 23 de junio de 2009, expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, mediante la cual se prevé las condiciones generales que debe cumplir una empresa o cooperativa de vigilancia y seguridad privada para prestar el servicio en términos de calidad y eficiencia.

- El empleo de secretaria al estar clasificado en el Decreto Ley 785 de 2005 debe crearse en la planta de personal, y proveerse mediante concurso de méritos, encargo con empleados de carrera y a falta de haber quien ocupe dicho cargo, efectuar el nombramiento provisional.

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 botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Armando López Cortés

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 «Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario».

2 (7) DRAE. Administración: "2. tr. Dirigir una institución. 3. tr. Ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes". "Funcionamiento", "1. intr. Dicho de una persona, de una máquina, etc.: Ejecutarlas funciones que le son propias."

3 (8) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 41001-23-31-000-2004-00369-01(AP), sentencia de mayo 17 de 2007; Rad. 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832), sentencia de noviembre 30 de 2006 / Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de noviembre 4 del 2004, Rad. No.1.592.

4 (9) Corte Constitucional, sentencia C-154-97 (marzo 19), Ref.: Exp. D-1430, Norma acusada: Núm. 3 -parcial-, Art. 32, Ley 80/93: "...Dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar, es necesario precisar que como función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de las finalidades estatales mencionadas. Por consiguiente, el grado de autonomía que tiene la autoridad administrativa se ve ostensiblemente limitado frente a las reglas del derecho público, en materia de contratación.(...) 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: (...) 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.(...)"

5 Ley 80 de 1993 y demás normas que modifican o adicionan.

6 «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».

Fecha y hora de creación: 2024-07-03 23:32:24