



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20223000390061
Fecha: 01/11/2022 03:20:34 p.m.

Doctor
RICARDO ALFONSO ALBORNOZ BARRERO
Secretario General Comisión Séptima
H. Cámara de Representantes
comision.septima@camara.gov.co
Ciudad

Referencia Concepto Proyecto de Ley No. 178 de 2022 Cámara ***“Por medio del cual se dignifican las condiciones de los contratos de prestación de servicios en persona natural y se dictan otras disposiciones”***. Radicado Interno No. 20222060532532 del 11/10/2022

Respetado doctor Albornoz, reciba un cordial saludo de Función Pública.

En atención a lo solicitado, este Departamento Administrativo se permite emitir el siguiente concepto al Proyecto de Ley No. 178 de 2022 Cámara ***“Por medio del cual se dignifican las condiciones de los contratos de prestación de servicios en persona natural y se dictan otras disposiciones”***.

Objeto de proyecto: La presente ley tiene por objeto establecer un marco jurídico sobre las condiciones mínimas en materia de celebración de contratos de prestación de servicios entre entidades públicas con personas naturales.

En primera instancia, es importante precisar que el Decreto 430 de 2016, establece que este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas



públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación. Así las cosas, carece de competencia para pronunciarse sobre temas relacionados con la contratación pública y en concordancia con lo señalado en el Decreto 4170 de 2011, será la Agencia Nacional de Contratación Pública – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, quien de conformidad con sus funciones deberá realizar un estudio técnico de fondo sobre la conveniencia e inconveniencia del proyecto de Ley.

Sin perjuicio de lo anterior, desde ese Departamento Administrativo, hacemos las siguientes observaciones de carácter general:

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 (...) 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”.

En el mismo sentido, el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, señala lo siguiente:

“Artículo 2o. 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;(...)”.

Como se puede observar, de las normas anteriormente citadas, 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 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.



Igualmente, es importante precisar que el contrato de prestación de servicios es una forma excepcional de la administración pública de acceder a servicios en unas determinadas condiciones, que si bien es una figura contemplada en nuestro ordenamiento jurídico en el que, quien celebra este tipo de contrato sólo adquiere una relación contractual de naturaleza civil, con efectos jurídicos inter partes, por lo que no puede ser considerado servidor público, pues claramente la Constitución Política de Colombia en sus artículos 123 y 125, establece que:

«ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.»

«ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. [...]»

Así mismo quedo plasmado en la Ley 909 de 2004 en su artículo 1 que expresa:

“La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública.

Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.



De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;*
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;*
- c) Empleos de período fijo;*
- d) Empleos temporales”.*

En este sentido, la regla general de acceso a la función pública es a través de los concursos de méritos que adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil, ente de naturaleza constitucional, autónomo e independiente de las ramas del Poder Público, de carácter permanente del nivel nacional, dotada de autonomía administrativa, personalidad jurídica y patrimonio propio.

Teniendo en cuenta lo anterior, un particular contratista no se le considera como servidor público, ni trabajador del Estado. Su relación contractual está regulada actualmente por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993 y las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan. Lo cual está justificado en virtud de que el contratista tiene una condición de excepcionalidad, independencia y autonomía que no tiene el empleado público.

En consecuencia, los contratos de prestación de servicios, se entienden como una forma de prestar servicios al Estado con sustento en la ley; es importante precisar que el uso de esta figura por parte de las entidades públicas se genera ante la necesidad de talento humano para el cumplimiento de los objetivos misionales, cuando su planta de personal resulta insuficiente o cuando se requiere de conocimientos especializados para el desarrollo de un tema específico, por lo que, estas condiciones son claves y como tal la entidad contratante está en el deber de reconocer la idoneidad de la persona que ejecuta el contrato, conforme cómo lo establece la Ley 80 de 1993.

Otro aspecto clave es la temporalidad de estos contratos, toda vez que su duración dependerá del tiempo estricto que conlleva la ejecución de las obligaciones contractuales definidas para la entrega del producto acordado. Sobre esto la jurisprudencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado precisó la siguiente regla con referencia a las relaciones laborales: *“La primera regla define que el concepto de “término estrictamente indispensable”, al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que*



*estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia*¹.

Así mismo, es pertinente precisar que la intención que tiene la entidad estatal con la suscripción de contratos de prestación de servicios es obtener una ejecución práctica del objeto contractual, y de esta manera materializar las metas propuestas.

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente 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 deduzca².”

¹ Consejo de Estado. Sentencia de unificación de 09 de septiembre de 2021. Rad 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

² Corte Constitucional en Sentencia C154 de 19 de marzo de 1997. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.



De lo anterior se puede inferir que las personas que se encuentren vinculadas a una entidad mediante contrato de prestación de servicios son particulares que excepcionalmente y por autorización de la ley, cumplen funciones públicas.

Es importante tener en cuenta que este tipo de contrato no admite condiciones de igualdad que puedan derivar de una relación laboral legal y reglamentaria que pueda tener un empleado público o características propias de la relación laboral de un trabajador oficial toda vez que en este tipo de contratos no hay subordinación. En este caso, la relación contractual tiene algunas particularidades como lo son la autonomía e independencia del contratista, por esta razón es válido afirmar que no son servidores públicos sino particulares que prestan una función pública, como se afirmó anteriormente.

En cuanto al artículo 3 del presente proyecto de ley, el cual señala que para los efectos de esa ley para la definición de contratos de prestación de servicio se entenderá la que se encuentra establecida en el artículo 32, numeral 2 de la Ley 80 de 1993, toda vez que esta definición ya está en esa referencia normativa.

En el "Artículo 4. Pago de honorarios", numeral 4, señala que el pago deberá darse dentro de los 3 días siguientes a la radicación de la cuenta de cobro y de la aceptación del contratante. Al respecto, se considera importante revisar el término sugerido toda vez que, en la práctica, la cuenta de cobro debe surtir varias etapas antes de realizar el pago. El término no podría ser suficiente para surtirlas todas. En todo caso, este Departamento compartirá lo que la Agencia Colombia Compra deba indicar al respecto, siempre y cuando no afecte la Constitución Política y la ley vigente.

En cuanto al "Artículo 6. Certificación de funciones" el cual estipula el deber de la entidad contratante de entregar el certificado de "funciones" al contratista. Se considera que no se debe emplear el término de funciones en este artículo. Lo anterior, teniendo en cuenta que 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 pública ni para sustituir la planta de personal."

"De manera que, para ejercicio de funciones de carácter permanente, el vínculo laboral con el Estado es de derecho público (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.

Así las cosas, como quiera que los contratistas no ejercen funciones, sino que cumplen un objeto contractual y unas obligaciones específicas, se sugiere cambiar la palabra "funciones".

Con relación al "Artículo 7. Ahorro programado", se pretende agregar una carga económica al empleador para que adicionalmente al valor del contrato, destine un recurso adicional para aportar un ahorro el cual deberá consignarse en el fondo de cesantías del contratista. Al respecto, dicho artículo resulta inconveniente ya que va en contra de la ley, debido a que el mismo artículo 32, numeral 3 de la Ley 80, establece que "En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable."

En ese mismo sentido, el Consejo de Estado mediante concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil el 10 de mayo de 2001, Radicación No. 1.344, C.P. 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." (Resaltado nuestro).

De acuerdo con lo expuesto, los contratistas de prestación de servicios según lo preceptuado en las disposiciones legales y en lo expresado por el Consejo de Estado no están subsumidos en el contexto de la función pública, es decir que, no tienen la calidad de servidores públicos razón por la cual, no perciben los salarios y las prestaciones sociales establecidas para los empleados públicos y los trabajadores oficiales.

Por consiguiente, y teniendo en cuenta que lo que se pretende es realizar un aporte al fondo de cesantías, en criterio de este Departamento Administrativo, por tratarse de contratistas de prestación de servicios los mismos, no tienen derecho al reconocimiento y pago de elementos prestacionales, y solamente tendrán derecho a los emolumentos pactados dentro del respectivo contrato.

Ahora bien, es oportuno señalar que el contratista de prestación de servicios por su propio juicio y de forma voluntaria puede hacer aportes por concepto de cesantías en el fondo que elija.

Igualmente, el proyecto en su artículo 8 hace referencia a la obligación de brindar jornadas de bienestar y capacitación a los contratistas. Con relación a este tema, el Departamento Administrativo de la Función Pública en materia de capacitación y formación de los empleados públicos expidió la Circular Externa No. 100 - 010 del 2014, por medio de la cual se impartieron nuevas orientaciones al respecto, que señala: *"Las personas vinculadas mediante contrato de prestación de servicios, dado que no tienen la calidad de servidores públicos, no son beneficiarios de programas de capacitación o de educación formal. No obstante, podrán asistir a las actividades que imparta directamente la entidad, que tenga como finalidad la difusión de temas transversales de interés para el desempeño institucional"*.

Adicionalmente, en concepto de radicado 20206000275271 el 25 de junio de 2020, este Departamento Administrativo indicó: *"De acuerdo con lo expuesto, y como quiera que los contratistas no son considerados servidores públicos, se colige que no es procedente que quien se vincule mediante contrato de prestación de servicios acceda a los programas de capacitación que adelante la entidad"*.



De acuerdo en lo anterior se resalta que, la naturaleza del contrato de prestación de servicio es temporal y su asignación de tiempo está definido en el objeto del mismo, guardando estrecha relación con su ejecución, por lo que puede ser posible que someter, o brindar una capacitación a quien este cumplimiento con este tipo de contratos para poder atenderla se hace indispensable abandonar la ejecución del mismo, lo que estaría violando los términos en los cuales fue suscrita la obligación contractual.

Adicionalmente, no es procedente igualar la asignación de oficios y beneficios de un empleo de planta, cuyas funciones sean de carácter permanente, a la figura de los contratistas que rigen su relación con la entidad a través del contrato, el cual dispone las condiciones de ejecución del mismo: objeto, plazo, valor y forma de pago. Es decir, el contratista deberá ejecutar las obligaciones de acuerdo con lo estipulado en su objeto contractual.

Así mismo, el "*Artículo 10. Informe de Plantas de Personal*" versa sobre el deber de las entidades públicas de realizar un análisis interno sobre contratos de prestación de servicios ejecutados, en el que se determinen entre otras observaciones, "*reportar si ha tenido plantas temporales*" y "*reportar los empleos que se encuentran en vacancia definitiva y transitoria y los de nombramiento en provisionalidad*". Luego se indica que la información será publicada en la página web del DAFP, de la CNSC y del PACO.

En este artículo se habla de plantas de personal lo cual no tiene que ver con las situaciones de los contratistas, toda vez que dichos contratos no están vinculados a la planta de personal.

Ahora bien, no se establece o no queda claro a dónde o ante quién se tiene que realizar los reportes a los que se refiere el artículo. Se sugiere que sea cada entidad la que reporte su respectiva información en su propia página web.

En cuanto al "*Artículo 11. Actualización de Plantas De Personal*" ya existe en el ordenamiento jurídico actual, una disposición sobre la materia. (Artículo 2.2.1.4.1. Actualización de plantas de empleo - Decreto 1083 de 2015)

Por tal razón, se deberá revisar si estos dos artículos (10 y 11) infringen el principio de unidad de materia. El principio de unidad de materia está consagrado en el artículo 158 de la Constitución, cuando prescribe que "*todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella*".

En cuanto a los demás artículos esbozados dentro del proyecto de ley en mención, es preciso indicar la importancia en los estudios de carácter funcional, técnico, y presupuestal, que las



entidades deben realizar permitiéndoles obtener la información debida para la actualización de plantas de personal en los órganos, organismos y entidades públicas.

Lo anterior, toda vez que el Gobierno Nacional viene impulsando la estrategia de formalización del empleo público en Entidades del Estado, ya sea a través de la ampliación de plantas de personal cuando las condiciones económicas así lo permitan o la implementación de plantas temporales con criterios de equidad y vocación de permanencia, proyecto que será parte del Plan Nacional de Desarrollo del Gobierno del señor Presidente Gustavo Petro.

Finalmente, desde este Departamento Administrativo se considera que el presente proyecto de ley no es viable, toda vez que, se debe tener en cuenta que los contratos de prestación de servicios son una modalidad utilizada por las entidades estatales con la finalidad de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, no obstante, por esta relación no tienen la calidad de empleados públicos.

Atentamente,

CÉSAR AUGUSTO MANRIQUE SOACHA
Director Departamento Administrativo de la Función Pública

Elaboró: Laura Fuentes Obando
Revisó: Yvonne Villarreal
Vo.Bo.: Francisco Camargo - Director Empleo Público / Armando López - Director Jurídico