



MEMORANDO INTERNO

Bogotá, D.C.,

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
 Al contactar cite N.U.R. **110-3-21667**, 30/06/2004 16:20
 Trámite: 435 - CONCEPTO
 I-19446 Actividad: 01 INICIO, Folios: 7, Anexos: NO
 Origen: 110 OFICINA JURIDICA
 Destino: 210 AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

OJ110

PARA: Dra. Martha Sánchez Ríos
AUDITORA DELEGADA

DE: Amparo Quintero Arturo
DIRECTORA DE LA OFICINA JURÍDICA

Asunto: Concepto sobre celebración de contratos de prestación de servicios.

Apreciada doctora Martha:

Con el ánimo de colaborar en el esclarecimiento de las múltiples inquietudes que el tema en referencia suscita, esta oficina en ejercicio de la función que le ha sido asignada expide el siguiente concepto.

Por regla general el Estado ejerce sus funciones a través de servidores públicos, quienes bajo la modalidad de empleados públicos o trabajadores oficiales prestan sus servicios en la forma establecida en la Constitución, la ley o el reglamento. De allí que en la conformación de las plantas de personal debe tomarse en consideración las funciones que la entidad desempeña, el número de cargos efectivamente requeridos para el cabal cumplimiento de las mismas y el perfil de quienes habrán de desempeñarlos.

Sin embargo el legislador previó la ocurrencia de eventos en que las entidades no pueden cumplir estas funciones con empleados de planta hecho y estableció para estos casos la posibilidad de suplir estas deficiencias mediante la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales o personas jurídicas.

En efecto, el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece:

"3o. Contrato de prestación de servicios

1

 30-6-04
 4:30 P.M.

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.

Cabe resaltar que para la suscripción de contratos de prestación de servicios con personas naturales, el inciso segundo del citado artículo **exige que la entidad no cuente con personal dentro de su planta** que pueda realizar la labor contratada o que se trate de actividades tan especializadas, que sea necesario acudir a la figura contractual.

En relación con el aspecto destacado, el Gobierno Nacional ha establecido parámetros claros que permiten deducir si en una entidad se cuenta o no con personal de planta para cumplir con la función que se pretende asignar al contratista de prestación de servicios. Sobre el particular es claro el artículo 1º del Decreto 2209 de 29 de octubre de 1998 "Por el cual se modifican parcialmente los Decretos 1737 y 1738 del 21 de agosto de 1998", sobre austeridad en el gasto público, cuando establece:

"Artículo 1o. [. . .] 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".

Puede decirse, entonces, que el contrato de prestación de servicios es aquel a través del cual las entidades del estado vinculan una persona natural en forma excepcional, para ejecutar actividades o funciones relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar actividades especializadas que no puede asumir el personal de planta. Si bien en estos casos se materializa una relación entre la entidad estatal que contrata y la persona natural, ésta relación no admite el elemento de subordinación de parte del contratista, quien actúa sujeto a los términos del contrato y de la ley contractual pero en forma autónoma e independiente.

Ahora bien, las características de las labores que a los contratistas se encomiendan, que tienen una relación directa con el servicio público, exigen de la administración un minucioso control sobre sus calidades y condiciones, similar al que debe adelantar cuando selecciona a las personas que vinculará como servidores públicos.

No debe olvidarse en todo caso que como contratista, el particular que ha suscrito un contrato de prestación de servicios, está sometido a una serie de deberes y obligaciones en relación con el cumplimiento de los fines de la contratación estatal y que las labores que a él se encomiendan tienen una relación directa con el servicio público lo que justifica y exige el estricto control por parte del Estado de sus calidades.

De otra parte, es importante tener en cuenta que la facultad otorgada a las entidades públicas para suscribir esta clase de contratos no las habilita para utilizarlos con el objeto de suplir en forma permanente deficiencias de personal que se presentan en sus plantas, mucho menos para desvirtuar su naturaleza y convertir el

vínculo contractual en una relación laboral¹ como ha ocurrido en gran parte de entidades y organismos del Estado.

En este orden de ideas, solamente se puede acudir a esta figura contractual en situaciones excepcionales y temporales que pueden ser superadas con la celebración del contrato. De lo contrario, si la insuficiencia de personal hace que la imposibilidad de dar cumplimiento a las funciones de la entidad sea permanente, el representante legal del organismos debe acudir ante la instancia de decisión competente para que la planta sea objeto de modificación y de ésta forma se garantice la vinculación de los empleados requeridos en los términos establecidos en la Constitución Política (bien como empleados públicos o trabajadores oficiales, según el caso).

Lo anterior se afirma en consideración a que el ejercicio de funciones permanentes de las entidades públicas por parte de contratistas puede conducir a que se desvirtúen las características del contrato suscrito y el vínculo existente se convierta en una relación laboral, si el trabajo contratado deja de desarrollarse con completa autonomía y se obliga al contratista a cumplir horario de trabajo.

La Corte Constitucional ya ha indicado que en esos eventos será procedente reconocer todas las prestaciones generadas por la relación laboral a favor del contratista, pero que una situación como la descrita no constituye una actuación regular dentro de la administración pública, toda vez que las formas de vinculación al servicio del Estado se encuentran definidas en la Constitución Política y ésta sólo puede producirse en calidad de empleado público o de trabajador oficial. Sobre el particular ha precisado la Corte:

"[. . .] 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.

¹ Sobre el particular se puede consultar la sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997 en la que actuó como Magistrado Ponente el Dr. Hernando Herrera Vergara.

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.

[. . .] 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.²-Resaltado por fuera del texto-

Con el fin de evitar la celebración de contratos de prestación de servicios en condiciones diferentes a las previstas por la Ley, el nuevo código disciplinario incluyó, en su artículo 48, como falta gravísima en que puede incurrir un servidor público la siguiente:

"29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997. Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara. Igualmente en la sentencia C-056 de 22 de febrero de 1993, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales."

La facultad de celebrar contratos de prestación de servicios aplica a los órganos de control por su condición de entidades públicas. No obstante, existe una prohibición legal para las contralorías departamentales contenida en el artículo de la Ley 330 de 1996, el cual dispone:

"Prohibiciones. Las Contralorías Departamentales no podrán contratar la prestación de servicios personales para el cumplimiento de funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal. Igualmente, no podrán destinar recurso alguno para atender actividades que no tengan relación directa con el control fiscal. La violación de lo dispuesto en este artículo será causal de mala conducta."

Finalmente y en consideración a que a los organismos de control corresponde la evaluación de la gestión desarrollada con cargo a los recursos públicos y a que para el ejercicio de esta función cuentan con completa autonomía, es conveniente citar lo expresado por esta oficina en concepto dirigido al presidente del Concejo Municipal de Leticia en relación con las actividades que los particulares realizan en desarrollo de un contrato de prestación de servicios celebrado con estos entes:

"Lo anterior significa que las actuaciones y decisiones que se adopten por los organismos de control deben producirse libremente, esto es, sin ningún tipo de injerencia de personas ajenas a las contralorías, ahora bien, las personas vinculada por contratos de prestación de servicio no le son ajenas como quiera que existe un nexo contractual, el que define el objeto y las obligaciones a su cargo. Su desempeño se debe circunscribir a funciones que permitan el impulso del proceso y en consecuencia no podrían adoptar decisiones que por su naturaleza le corresponden al responsable del control fiscal quienes se encuentran investidos de autoridad motivo por el a la cual a ellos no es posible oponer reserva documental alguna."

Las actuaciones de quienes suscriben contratos de prestación de servicios tienen plena validez siempre y cuando se enmarquen dentro del objeto contratado, como quiera que el ente de control no puede cumplir estas funciones con empleados de planta hecho que obliga a acudir a la contratación, situación que previó el

Legislador cuando reguló este tipo de contratos, los cuales, como se infiere del artículo 48 del Código Disciplinario Único, pueden tener por objeto la prestación de funciones públicas o administrativas.³

Este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,


AMPARO QUINTERO ARTURO

³ AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Oficina Jurídica, concepto de 20 de mayo de 2004.