



**Departamento Administrativo de la Función Pública**

**Concepto 221211**

**Fecha: 22/06/2021**

Bogotá D.C.

**REF. EMPLEOS. Vinculación.** Pertinencia para que las Empresas Sociales del Estado ESE suscriban contratos laborales para que cumplan funciones de empleados públicos en caso de intervención del Ministerio de Salud. **RAD. 20219000481222** del 19 de junio de 2021.

En atención al escrito de la referencia, mediante el cual consulta si es procedente la suscripción de contratos de prestación de servicios para cumplir funciones misionales y si se considera pertinente que las Empresas Sociales del Estado ESE suscriban contratos laborales para que cumplan funciones de empleados públicos en caso de intervención del Ministerio de Salud, me permito manifestarle lo siguiente:

1.- En relación con la primera parte de su escrito, en lo relacionado con la pertinencia para que las entidades públicas suscriban contratos de prestación de servicios para cumplir funciones misionales, el Decreto Ley 2400 de 1968, determina lo siguiente:

**“ARTÍCULO 2.** Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 3074 de 1968. **El nuevo texto es el siguiente:** Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

(...)

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.”(Subraya fuera de texto)

De acuerdo con la norma, en el caso de funciones permanentes de la administración, no se considera procedente que se desarrollen mediante contratos de prestación de servicios.

En cuanto al contrato de prestación de servicios, el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993<sup>1</sup> dispone que, los contratos de prestación de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad 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.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-614 de 2009, abordó el problema jurídico consistente en determinar si la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, contemplada en el Artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, es contraria a los

Artículos 2º, 25 y 53 de la Constitución, concluyendo que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de vinculación con el Estado de tipo excepcional que se justifica constitucionalmente si es concebida como un instrumento para atender funciones ocasionales, que son aquellas que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o que, siendo parte de ellas, no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados; vinculación que en ningún caso debe conllevar subordinación.

En consecuencia, la viabilidad de la celebración de un contrato de prestación de servicios con una persona natural y sus obligaciones contractuales depende del estudio de necesidad que realice la entidad, con el fin de determinar el ejercicio de actividades transitorias o temporales porque de acuerdo con el manual de funciones específico no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar el 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, dicho análisis, junto con las actividades que deba realizar el contratista es propio de la entidad contratante.

Finalmente, le indico que, dentro de las facultades otorgadas a este Departamento, principalmente las contenidas en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 430 de 2016, esta entidad no cuenta con la potestad legal para determinar la validez de los actos administrativos, ni para determinar las actividades que pueden desarrollar los contratistas de prestación de servicios, la justificación en cada caso deberá efectuarla, como ya se indicó, la respectiva entidad u organismo público.

2.- A su segundo interrogante, relacionado con la posibilidad de suscribir contratos laborales con el personal que cumple funciones de empleados públicos, teniendo en cuenta que la entidad (ESE) se encuentra intervenida por el Ministerio de Salud y de Protección Social, le indico lo siguiente:

Con el fin de dar respuesta a su consulta, se procede a establecer las diferencias entre los trabajadores oficiales y los empleados públicos, para que en el caso en particular pueda determinar su régimen de vinculación.

Frente al particular, el Artículo 123 de la Constitución Política de Colombia establece:

**“ARTÍCULO 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”.

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado, pueden clasificarse como miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado.

Con respecto a las categorías de empleados públicos y trabajadores oficiales, el Artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, señala:

**“ARTÍCULO 5. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES.** Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

De acuerdo con lo previsto en la norma transcrita, se tiene que son considerados como empleados públicos quienes prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos, no obstante, quienes presten sus servicios a estas entidades en labores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son considerados como trabajadores oficiales.

De otra parte, quienes prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

En ese sentido, para determinar la naturaleza de un trabajador de una entidad u organismo público, es posible acudir a dos criterios a saber:

Por un lado, un criterio orgánico; es decir, de organización, según la cual de manera general quienes presten sus servicios a Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos, por su parte, quienes presten sus servicios a las empresas industriales y comerciales del estado son considerados como trabajadores oficiales.

El segundo criterio, es el funcional; es decir, el que tiene que ver con las funciones que desempeña, según este criterio, independiente de la entidad a la que preste sus servicios, quien realice actividades de construcción o de sostenimiento de obras públicas son considerados como trabajadores oficiales.

Para mayor ilustración, a continuación, se enunciarán las principales diferencias existentes entre un Empleado Público y un Trabajador Oficial:

- El empleado público se rige por una relación legal y reglamentaria, y se concreta con un acto de nombramiento y la suscripción de un acta de posesión, en tanto que un trabajador oficial suscribe un contrato de trabajo;

-

- Los empleados públicos desarrollan funciones que son propias del Estado, de carácter administrativo, de jurisdicción o de autoridad, las cuales se encuentran detalladas en la Ley o el reglamento, mientras que los trabajadores oficiales desarrollan actividades o labores de construcción y sostenimiento de obras públicas (D.L. 3135/68)

-

- El régimen jurídico que se aplica a los empleados públicos es de derecho público y las controversias que se susciten con la Administración deben ventilarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en tanto que el régimen jurídico que se aplica a los trabajadores oficiales es en principio de derecho común, y los conflictos laborales son de competencia de los jueces laborales.

Ahora bien, el Decreto Ley 785 de 2005 contiene la denominación de los empleos de las entidades del nivel territorial; así como los criterios, requisitos y funciones generales para el ejercicio de un empleo público; criterios, requisitos y funciones que las autoridades administrativas deben desarrollar y plasmar en sus manuales de funciones y requisitos, en consecuencia, es viable manifestar que las funciones de un empleo público se encuentran consignados en el manual de funciones y requisitos que tenga adoptado la entidad, los cuales deberán ser congruentes con lo dispuesto en el citado Decreto Ley 785 de 2005, para el caso de entidades del nivel territorial.

Así las cosas, y atendiendo puntualmente la segunda parte de su escrito, en criterio de esta Dirección Jurídica existe gran diferencia al vincular a un empleado público (acto de nombramiento y posesión) y a un trabajador oficial (contrato laboral), por consiguiente, no se considera procedente que en la planta de personal de una ESE se vincule mediante contrato laboral a quien desarrollará funciones de empleado público.

3.- De otra parte, y como quiera que según su escrito la entidad se encuentra intervenida por el Ministerio de Salud y de Protección Social, se considera procedente que la entidad cumpla con las condiciones y restricciones que señale el ministerio y cualquier duda frente al particular las aclare directamente con la mencionada entidad.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a

los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid – 19, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](https://eva.es/gestor-normativo) y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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 CORTES**

**Director Jurídico**

Proyectó: Harold Herreño

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

GCJ-601 - 11602.8.4

## **NOTAS DE PIE DE PÁGINA**

1. “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”

***Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.***