

0431047

26

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar dar NUR 100-1-10393 17/03/2004 11 51
Tramite 435-CUNPLEPTO
S-18064 Actividad 07 RESPUESTA Folios 11 Anexos 110
Código 110 OFICINA JURIDICA
Destino: CONTRALORIA MUNICIPAL DE SOACHA

Bogotá D.C., 16 de marzo de 2004

110.023.2004



Doctora
MERY CECILIA MORENO AMAYA
Contralora Municipal de Soacha
Carrera 7ª No. 16-43
Soacha - Cundinamarca

Ref.- NUR 100-1-19393 de 24 de febrero de 2004

Solicitud de concepto: Procedimiento para realizar adiciones a las partidas inicialmente reconocidas a las contralorías y que tienen por objeto atender el pago de indemnizaciones laborales.

Apreciada Doctora:

Por medio de la presente, y en desarrollo de la función de conceptualización asignada a esta dependencia, me permito efectuar las siguientes reflexiones en relación con las inquietudes planteadas a esta entidad, en el oficio de la referencia.

1.- LA CONSULTA.-

En su comunicación de fecha 24 de febrero manifiesta que debido a las limitantes que se presentan dentro de la planta de personal de la Contraloría Municipal de Soacha, en oportunidades anteriores se han suscrito contratos de prestación de servicios para "[...] lograr un control fiscal serio, justo y transparente."; esta situación que ha sido objeto de observación por parte de la AGR, que ha recomendado reestructurar la planta de personal presentando el proyecto de acuerdo respectivo a fin de evitar la configuración de una nómina paralela.

Así mismo se afirma en el escrito, que el Alcalde municipal ha presentado un proyecto de acuerdo con el objeto de trasladar a la Contraloría Municipal el monto que le permita asumir el pago de las indemnizaciones del personal de carrera administrativa cuyos cargos deban suprimirse.

Partiendo de estas premisas, se ha preguntado a esta Oficina:

"¿Es viable dicho traslado presupuestal?"

¿En caso afirmativo entraría a hacer parte del tope asignado por la Ley 617/00 para Gastos de las Contralorías?"

De no existir viabilidad del traslado presupuestal, con qué mecanismo contaría la Contraloría para la indemnización de dichos funcionarios? Aclarando que dentro del presupuesto aprobado para la vigencia 2.004 no existe disponibilidad para el efecto."



2.- FUNDAMENTOS.-

Para efecto de absolver las inquietudes planteadas por usted, se considera necesario formular las siguientes precisiones conceptuales:

- 2.1.- De conformidad con lo establecido en el artículo 157 de la ley 136 de 1994 "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y funcionamiento de los municipios" reconoce a los contralores distritales y municipales iniciativa exclusiva para la determinación de las plantas de personal de los organismos fiscalizadores.

En ejercicio de la referida atribución corresponde a ese Despacho la presentación del proyecto de reestructuración de la planta de la Contraloría Municipal de Soacha, previa la realización de estudio técnico que permita justificar la supresión y creación de cargos, así como identificar los gastos que demandará el pago de las indemnizaciones al personal de carrera cuyos cargos sean suprimidos. Lo anterior con el objeto de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 41 de la Ley 443 de 1998 "Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se expiden otras disposiciones", aplicable a las contralorías distritales y municipales por disposición expresa del parágrafo 2º del artículo 3º. La norma en mención establece en lo pertinente:

"Artículo 41. Reforma de plantas de personal. Con el fin de garantizar la preservación de los derechos de los empleados de carrera, las reformas de planta de personal de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, que impliquen supresión de empleos de carrera, deberán motivarse expresamente; fundarse en necesidades del servicio o en razones

de modernización de la Administración y basarse en estudios técnicos que así lo demuestran, elaborados por las respectivas entidades, la Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia, o profesionales en Administración Pública u otras profesiones idóneas, debidamente acreditados, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.[. .]-
Resaltado por fuera del texto-



Es necesario advertir que en el estudio que se realice será necesario tener en cuenta los límites de gasto establecidos en la Ley 617 de 2000, pues las sumas requeridas para atender el funcionamiento de la entidad con la nueva planta de personal no podrá superar los porcentajes de participación que sobre los ingresos corrientes de libre destinación del municipio de Soacha le han sido autorizados.

Este proyecto de Acuerdo deberá ser sometido a estudio del Concejo de esa municipalidad, para lo cual no es requisito indispensable que se cuente con la previa disponibilidad de recursos, pues bien puede la referida Corporación condicionar la ejecución del acuerdo a la obtención de los recursos requeridos, sin que ello afecte la legalidad del acto.

Obviamente el procedimiento que ustedes están contemplando resulta más conveniente puesto que garantizará la obtención de los recursos con antelación a la aprobación del acuerdo de reestructuración, facilitando su ejecución una vez entre en vigencia.

- 2.2.- Informa en su consulta que el Alcalde de esa localidad ha presentado proyecto de Acuerdo con el objeto de trasladar al presupuesto de esa contraloría la suma que permitirá atender el pago de las indemnizaciones laborales a que haya lugar, en el evento en que la nueva planta de personal sea aprobada por el Concejo Municipal y ello conlleve a la supresión efectiva de cargos de planta de personal perteneciente a la carrera administrativa.

Sobre este particular se ha preguntado a esta entidad si es viable realizar el referido traslado presupuestal y, en caso de ser aprobado, si dicho valor entraría a ser parte del tope asignado por la Ley 617 de 2000 para gastos de las contralorías territoriales.

Sea lo primero advertir que de acuerdo con lo establecido el artículo 151 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República expedir la ley orgánica conforme a la cual se debe



preparar, aprobar y ejecutar el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones. Estas disposiciones no sólo constituyen el marco normativo al cual se debe sujetar la actividad del Gobierno y del Congreso en la aprobación de los presupuestos anuales, sino adicionalmente la actividad de las autoridades locales de las entidades territoriales, quienes cuentan con la facultad de adaptar las normas orgánicas de presupuesto a sus propias estructuras.

En desarrollo de esta facultad se han expedido varias normas con fuerza de ley que se encuentran compiladas en el Decreto 111 de 1996 que en sus artículos 76 y, 79 a 81 establece:

"[. . .] Artículo 79. Cuando durante la ejecución del Presupuesto General de la Nación se hiciera indispensable aumentar el monto de las apropiaciones, para complementar las insuficientes, ampliar los servicios existentes o establecer nuevos servicios autorizados por la ley, se pueden abrir créditos adicionales por el Congreso o por el Gobierno, con arreglo a las disposiciones de los Artículos siguientes (Ley 38 de 1989, art. 65).

Artículo 80. El Gobierno Nacional presentará al Congreso Nacional, proyectos de ley sobre traslados y créditos adicionales al presupuesto, cuando sea indispensable aumentar la cuantía de las apropiaciones autorizadas inicialmente o no comprendidas en el presupuesto por concepto de Gastos de Funcionamiento, Servicio de la Deuda Pública e Inversión (Ley 38 de 1989, art. 66, Ley 179 de 1994, art. 55, incisos 13 y 17).

Artículo 81. Ni el Congreso ni el Gobierno podrán abrir créditos adicionales al presupuesto, sin que en la ley o decreto respectivo se establezca de manera clara y precisa el recurso que ha de servir de base para su apertura y con el cual se incrementa el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital, a menos que se trate de créditos abiertos mediante contracréditos a la ley de apropiaciones (Ley 38 de 1989, art. 67)." -Se resalta por fuera del texto original-

Partiendo de la consideración que previsiones similares a las transcritas se deben aplicar en el ámbito territorial, se tiene que siempre que se requiera realizar modificaciones sobre apropiaciones presupuestales decretadas, adicionándolas o reduciéndolas, será necesario tramitar ante la respectiva corporación de elección popular su aprobación e identificar de manera precisa los recursos que servirán para financiar el nuevo gasto contemplado.

De lo indicado en su consulta se infiere que el proyecto de Acuerdo presentado por el Alcalde municipal tiene por objeto adicionar la



apropiación reconocida a favor de la Contraloría en el presupuesto adoptado para la presente vigencia. Se pretende con ello asignar a ese organismo de control fiscal los recursos necesarios para atender el pago de las indemnizaciones a que tengan derecho los funcionarios de carrera con ocasión al proceso de reestructuración al cual será sometida la contraloría municipal.

Esta Oficina no advierte irregularidad alguna en el procedimiento descrito, pues se entiende que dentro del presupuesto aprobado para la presente vigencia no se incluyó partida que permita atender el pago de las indemnizaciones generadas por el proceso de reestructuración.¹

Lo anterior significa que para efectos de contar con los recursos requeridos será necesario modificar la apropiación asignada a la Contraloría municipal, adicionándola con las sumas que permitirán satisfacer el pago de las posibles indemnizaciones.

Por tratarse de una modificación sobre el presupuesto aprobado que conduce a la adición de la apropiación reconocida a la Contraloría municipal se requiere que tal propuesta sea formulada por el Alcalde, autoridad que tiene iniciativa exclusiva en esta materia y que deberá acreditar ante el Concejo municipal, los recursos con los cuales se cuenta para atender su ejecución.

- 2.3.- En relación con el segundo interrogante, es preciso tener en cuenta que por disposición del artículo 71 de la Ley 617 de 2000 sobre saneamiento fiscal en las entidades territoriales, *“Los pagos por conceptos de indemnizaciones de personal en procesos de reducción de planta no se tendrá en cuenta en los gastos de funcionamiento para efectos de la aplicación de la presente ley.”*- subrayado por fuera del texto-

Del texto literal de la norma se deduce que sólo en los eventos en que un proceso de reestructuración de lugar a la reducción de la planta de personal de una entidad u organismo, el valor reconocido para atender el pago de las indemnizaciones de personal no hará parte de los gastos de funcionamiento para efectos de la aplicación de los límites de gasto establecidos en la Ley 617.

¹ Si esa entidad está a la espera de obtener la correspondiente disponibilidad presupuestal, es porque no cuenta con recursos que le permitan atender el pago de tales obligaciones.

Si la reestructuración no conlleva reducción de la planta, la suma destinada para atender el pago de las indemnizaciones se considerará como parte de los gastos de funcionamiento.

Lo anterior permite responder a sus inquietudes precisando que sólo en el evento en que el proceso de reestructuración que se va a adelantar en ese organismo conlleve a la reducción de su planta de personal, los gastos reconocidos para el pago de las indemnizaciones laborales no será computado dentro de los gastos de funcionamiento.

Si la reestructuración de la Contraloría Municipal de Soacha no conlleva reducción de su planta de personal, la suma para pago de indemnizaciones laborales si se computará como parte de sus gastos de funcionamiento para los efectos de la aplicación de la Ley 617.

3.- Conclusiones.-

Con fundamento en las consideraciones expuestas en este escrito es necesario dar respuesta a sus interrogantes en los siguientes términos:

- 3.1.- Debido a que el presupuesto asignado a la Contraloría Municipal de Soacha no permite atender el pago de indemnizaciones como consecuencia del proceso de reestructuración de su planta de personal, es necesario adicionar el valor inicialmente reconocido. Debido a que la adición conlleva una modificación al presupuesto, corresponderá al Alcalde presentar el correspondiente proyecto de acuerdo, así como acreditar la existencia de recursos con que cuenta el ente territorial para atender el pago de esas obligaciones.
- 3.2.- Si el proceso de reestructuración al cual será sometida la planta de la Contraloría Municipal de Soacha conduce a reducirla, las sumas reconocidas para atender el pago de las indemnizaciones de los funcionarios pertenecientes a la carrera administrativa cuyos cargos sean suprimidos no harán parte del cómputo de gastos de funcionamiento que permite establecer si el organismo fiscalizador se encuentra dentro de los límites de gasto establecidos por la Ley 617.

Si la planta de personal no se ve reducida como conclusión del proceso de reestructuración, el valor reconocido para el pago de las indemnizaciones laboral hará parte de los gastos de funcionamiento para efectos de la aplicación de la ley de saneamiento fiscal.





Finalmente, considera necesario este Despacho realizar algunas precisiones conceptuales en relación con la figura de los contratos de prestación de servicios y la posibilidad de acudir a ellos para suplir deficiencias que se presentan en las plantas de personal de las entidades estatales, toda vez que los argumentos expuestos pueden servir de base para la elaboración de la exposición de motivos del proyecto de Acuerdo de reestructuración. Sobre este particular se precisa:

De conformidad con lo establecido en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el contrato de prestación de servicios esencialmente tiene por objeto suplir necesidades de las entidades públicas en la ejecución de sus funciones administrativas y pueden ser suscritos con personas naturales o personas jurídicas.

Para la suscripción de contratos de prestación de servicios con personas naturales, el inciso segundo del artículo mencionado 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 efecto, establece el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993:

"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 relación con lo dispuesto en este artículo, 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. Establece 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:

"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".

No obstante lo anterior, es importante tener en cuenta que la facultad otorgada a las entidades públicas para suscribir esta clase de contratos no las habilita para acudir a ellos 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 laboral² como ha ocurrido en gran parte de entidades y organismos del Estado.

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 se aspire a que la conformación de las plantas de personal se realice tomando en consideración el número de cargos efectivamente requeridos y el perfil de quienes habrán de desempeñar los empleos, pues de ello depende que las autoridades puedan cumplir de manera eficiente la función pública encomendada.

Lo anterior explica que en las normas de austeridad en el gasto se prevea que solo es posible suscribir contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando las entidades no cuentan con personal de planta que pueda desarrollar la función (lo cual se verifica revisando los manuales específicos de funciones) o, cuando a pesar de existir personal en la planta, éste resulta insuficiente para atender las funciones encomendadas al organismo.

² 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.



Se trata de situaciones totalmente coyunturales que en la gran mayoría de los casos pueden ser superadas, sobretodo si la justificación para acudir al contrato de prestación de servicios está dada por la insuficiencia de personal en las entidades públicas, pues en esos casos será deber de los representantes legales de los organismos 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.

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.

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.³-
Resaltado por fuera del texto-

Se entiende que con apoyo en consideraciones similares esta entidad ha formulado observaciones sobre la necesidad de que ese organismo de control fiscal obtenga la reestructuración de su planta de personal, pues es claro que funciones como la sustanciación de procesos de responsabilidad fiscal, sancionatorios fiscales y de jurisdicción coactiva, así como el registro contable de las operaciones financieras realizadas por la Contraloría de Soacha, son actividades permanentes del organismo para cuyo desarrollo

³ 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.

se debe contar con personal de planta que tenga el perfil y estudios superiores requeridos para el adecuado desarrollo de la función.

Sólo resta puntualizar que este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo y con base en la información que ha sido suministrada por usted a este Despacho.

Confiando en que la inquietud planteada haya sido absuelta, me suscribo de usted,

Atentamente,



AMPARO QUINTERO ARTURO
Jefe Oficina Jurídica