



*Premio Lucha Contra La Corrupción
"Luis Carlos Galán Sarmiento año 2007"*

CIRCULAR No.12

PARA: SECRETARIOS DE DESPACHO; DIRECTORES DE DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS; GERENTES Y DIRECTORES DE UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES, ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS, EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO, SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA, EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO, EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS; ALCALDES LOCALES; JEFES DE LAS OFICINAS JURÍDICAS, DE CONTRATACIÓN Y DE CONTROL INTERNO.

DE: VEEDORA DISTRITAL

ASUNTO: CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

FECHA: Bogotá D.C., 1 de octubre de 2012

Corresponde a la Veeduría Distrital, velar porque la gestión contractual que adelanten las entidades distritales se ejecute dentro del marco normativo y los principios que rigen tanto la contratación estatal como el ejercicio de la función pública, así como en aras de salvaguardar el patrimonio del Distrito y velar por su adecuada ejecución.

En ejercicio de sus funciones y de sus objetivos misionales, la Veeduría Distrital ha adelantado actuaciones frente a la gestión contractual, de las entidades distritales, evidenciando riesgos en materia patrimonial, fiscal y disciplinaria, que podrían materializarse en contra de los intereses del Distrito, con ocasión de la celebración de contratos de prestación de servicios que tengan por objeto la ejecución de obligaciones destinadas a atender funciones de carácter permanente de las Entidades y que dichos contratos configuren en la realidad, una relación laboral propiamente dicha.



De esta manera y con base en la información remitida a la Veeduría Distrital por parte de las entidades distritales, se pudo establecer que a septiembre 30 de 2011, se suscribieron un total de 28.504 contratos, de los cuales 19.936 corresponden a contratos de prestación de servicios profesionales, es decir el 70% del total de la contratación del Distrito corresponde a esta modalidad, contratos cuyos valores sumados ascienden a \$524.565 millones de pesos.

Así mismo, se encontró que en la mayoría de las entidades distritales, los contratistas de prestación de servicios exceden en un alto porcentaje a los funcionarios de planta. Tal es el caso de la Secretaría Distrital de Ambiente que para comienzos de este año contaba con 470 contratistas de prestación de servicios, frente a 142 funcionarios de planta, lo cual equivale al 330% o de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, que cuenta con 333 contratistas, en relación con 81 funcionarios, que equivale al 411%.

Teniendo en cuenta las consecuencias que puede traer la declaratoria de la configuración de una relación laboral, es importante conocer los criterios que la jurisprudencia colombiana ha desarrollado para definir el concepto de funciones de carácter permanente de la administración y que fueron compilados en la Sentencia C- 614 de 2009 de la Corte Constitucional, de la siguiente manera:

"(...) La breve descripción de la jurisprudencia que se realizó en precedencia permite inferir dos conclusiones relevantes para el caso objeto de estudio:

La primera, los jueces ordinarios y constitucionales han sido enfáticos en sostener que la realidad prima sobre la forma, de ahí que no puede suscribirse un contrato de prestación de servicios para ejecutar una relación laboral.

(...) La segunda, la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal.

(...) La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación

de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios, a saber:

i) Criterio funcional: (...) si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral.

(...) ii) Criterio de igualdad: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia citada del 6 de septiembre de 2008).

iii) Criterio temporal o de la habitualidad: Si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia ya citada del 3 de julio de 2003). Dicho en otros términos, si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y de esa manera, se encuentra que no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008).

iv) Criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a "actividades nuevas" y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002 a que se ha hecho referencia). Por el contrario, si la gestión contratada equivale al "giro normal de los negocios" de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual.



Premio Lucha Contra La Corrupción
"Luis Carlos Galán Sarmiento año 2007"

(...) v) Criterio de la continuidad: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.

(...) En síntesis, una de las condiciones que permite diferenciar un contrato laboral de un contrato de prestación de servicios es el ejercicio de la labor contratada, pues sólo si no hace parte de las funciones propias de la entidad, o haciendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios. De lo contrario, la administración debe recurrir a la ampliación de la planta de personal para celebrar contratos laborales. (...)"

En relación con la providencia anteriormente mencionada, la Contraloría General de la República, en marzo 26 de 2012, en cumplimiento de su función de advertencia, expresó que:

"(...) mediante el precitado pronunciamiento de la Sala Plena de la Corte Constitucional se reitera a las autoridades administrativas que el vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa (...)"

Adicionalmente, dicha contratación suele efectuarse utilizando gastos del componente de inversión de los presupuestos de las entidades en lugar de crear los empleos correspondientes y financiarlos como gastos de funcionamiento que garanticen la continuidad del servicio, el vínculo por méritos y la transparencia en cifras oficiales.

(...) Teniendo en cuenta lo anterior, la Contraloría General de la República se permite advertir a las autoridades del sector público que están en la etapa de estructuración del presupuesto para la vigencia de 2013 (...) para que conforme a lo previsto en la Constitución y en las leyes indicadas ajusten los gastos de funcionamiento a la medida real y adecuada de sus necesidades y cumplimiento misional y hagan los trámites tendientes a la creación de las plantas de personal para las funciones de carácter permanente.



VEEDURIA
DISTRITAL

*Premio Lucha Contra La Corrupción
"Luis Carlos Galán Sarmiento año 2007"*

Lo anterior evidentemente deberá conllevar la recomposición del presupuesto para incluir como gasto de funcionamiento los gastos recurrentes necesarios para la formalización de los empleos (...). Lo anterior sin perjuicio de la creación de los empleos de carácter temporal de que trata el artículo 21 de la ley 909 de 2004. (...)"

Los lineamientos contenidos en la jurisprudencia citada y en el pronunciamiento de la Contraloría General de la República, deberán ser acatados por las entidades distritales, para que en un ejercicio de autorregulación, revisen y ajusten sus gastos de funcionamiento e inversión y elaboren los estudios técnicos y económicos, destinados a adecuar las plantas de personal a sus necesidades reales.

Finalmente, es preciso recordar que en virtud del principio de responsabilidad, las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

La Veeduría Distrital, ejercerá el control, vigilancia y seguimiento de la directriz señalada en la presente Circular.

Adriana

ADRIANA CÓRDOBA ALVARADO
Veedora Distrital