



CIRCULAR CONJUNTA EXTERNA

100

Bogotá D.C., 05 de agosto de 2011

PARA ENTIDADES PÚBLICAS DEL ORDEN NACIONAL Y TERRITORIAL
CONTRALORÍAS DEPARTAMENTALES, DITRITALES Y
MUNICIPALES.

DE CONTRALORA GENERAL DE LA REPÚBLICA
Y AUDITOR GENERAL DE LA REPÚBLICA

ASUNTO PROHIBICIÓN "NÓMINAS PARALELAS".

La Contralora General de la República en uso de las facultades establecidas en el Artículo 268 de la Constitución Nacional y reglamentadas por el Decreto – Ley 267 de 2000, y el Auditor General de la República en desarrollo de las atribuciones que le confiere el Artículo 17 del Decreto – Ley 272 de 2000 se permiten exhortar a las entidades públicas del orden nacional y territorial a dar estricto cumplimiento a los criterios esbozados en la Sentencia C- 614 de dos (2) de septiembre de dos mil nueve 2009, proferida por la H. Corte Constitucional, mediante la cual se conmina a las autoridades de vigilancia y control a exigir la aplicación material de las normas que amparan la relación laboral y evitar la suscripción reiterada de contratos de prestación de servicios para cumplir funciones permanentes en las entidades públicas.

1. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

1.1. Función Pública: Empleo Público

Constitucionalmente, en la regulación sobre organización del Estado (Título V) y de la función pública (Cap.2º) se consagra la regla general según la cual la función pública se ejecuta mediante empleo público, como forma esencial y funcional (art.122). Se preceptúa el concepto de empleo público como conjunto de funciones detalladas en ley o reglamento, o principio del carácter regulado de la función pública (arts. 121, 122,123, inc.2º y 209).

El empleo público, está especialmente protegido y regulado por la Constitución Política (art. 25), de acuerdo con los principios mínimos fundamentales de igualdad de oportunidades; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; situación mas favorable al trabajador en caso de duda, en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas



por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario (art.53).

1.2. La Excepción al Empleo Público

La Constitución autoriza que en forma excepcional los particulares temporalmente desempeñen funciones públicas (art. 123, inc. 3° y art. 210).

1.3. Contrato de Prestación de Servicios

La ley laboral, por vía de regla general de empleo público, preceptúa que para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes (Decreto Ley 2400 de 1968, Artículo 2°, inciso final). A renglón seguido, por vía prohibitiva, dispone que en ningún caso podrá celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones de carácter permanente (Ibíd.). Esta preceptiva concuerda con la norma constitucional, en cuanto autoriza que los particulares temporalmente desempeñen funciones públicas.

Consecuentes con lo anterior, el legislador ha restringido la vinculación de trabajadores del Estado a través de contratos de prestación de servicios a unas situaciones muy particulares, con el ánimo de evitar, a través de estos, una sustitución de la relación laboral de los servidores públicos, los cuales gozan de una protección constitucional. Así, la Ley 80 de 1993, en su Artículo 32, inciso 3°, establece que:

"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 tales actividades no pueden 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". (la subraya es nuestra).

La Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de esta norma, mediante Sentencia C-154 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara, explicó las características propias del contrato de prestación de servicios entre particulares y el Estado y señaló sus principales características que los diferencian de la relación laboral:

1. Se suscriben para la realización de actividades temporales inherentes al funcionamiento de la entidad y para el desarrollo de labores administrativas.
2. El elemento esencial del contrato es la autonomía e independencia. "Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas".
3. Se suscriben excepcionalmente, "en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no pueden realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados".
4. La vigencia de los contratos es "temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido".
5. Si las actividades realizadas por contratistas demandan "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 previsto sus emolumentos en el presupuesto correspondiente".

De igual forma, el Decreto Ley 2400 de 1968, en su Artículo 2° estableció que para las funciones públicas de carácter permanente se crearán los empleos y en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para tales funciones. Es necesario resaltar la importancia de esta norma, que consiste en que además de establecer la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para funciones permanentes, obliga a la creación de los cargos a través de los cuales debe hacerse dicha vinculación.

Si se requiere del concurso de un determinado número de personas para atender labores transitorias que no puedan ser desempeñadas por insuficiencia de personal, debe contemplarse la posibilidad de crear una planta de empleos temporales, si se dan las condiciones excepcionales establecidas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, previa aprobación por parte de la entidad administrativa con facultad legal para determinar la estructura orgánica, así como la creación, fusión y supresión de los empleos, lo mismo que la fijación de la remuneración de su personal.

Posteriormente, los Decretos 855 de 1994, 165 de 1997, 252 de 1997, 1737 de 1998, 26, 1737 y 2209 de 1998, 2170 de 2002, 66 y 2474 de 2008, al igual que la Ley 1150 de 2007, han venido complementando los procedimientos a los que las entidades públicas deben sujetarse al momento de establecer este tipo de vínculos.

2. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 614 de 2009

La Corte Constitucional al resolver la impugnación formulada contra la expresión "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", contenida en el inciso 4° del artículo 2° del Decreto Ley 2400 de 1968, emitió un pronunciamiento contundente respecto a la manera como se ha desnaturalizado la figura de los contratos de prestación de servicios, los cuales encubren verdaderas relaciones laborales, razón por la cual la Corte extiende el control constitucional abstracto de la ley al control sobre su eficacia, determinando la existencia de una manifiesta inconstitucionalidad en los procesos de deslaboralización del trabajo que se ha venido efectuando en contravía de la disposición demandada, al expresar:

"...En múltiples oportunidades¹, la Corte Constitucional ha resaltado las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral. (...)

¹ Al respecto, pueden consultarse las sentencias C-960 de 2007, C-282 de 2007, C-386 de 2000, C-397 de 2006, C-154 de 1997, C-236 de 1997, T-214 de 2005, C-124 de 2004, T-1109 de 2005



Y, también en varias ocasiones² esta Corporación ha llamado la atención sobre las graves consecuencias que, para la supremacía constitucional y la vigencia del orden justo, representa la distorsión del contrato de prestación de servicios y su confusión con las vinculaciones laborales. Al respecto, expresó:

"...la ley regula detalladamente el contrato de prestación de servicios y toma medidas para darle una identidad propia, diferenciándolo del contrato de trabajo. Tal determinismo resulta explicable por las graves implicaciones que tiene para el Estado la distorsión de ese contrato y la generación irregular, a través de él, de relaciones laborales.

En primer lugar, la generación de relaciones laborales con ocasión de la suscripción de contratos de prestación de servicios involucra el desconocimiento del régimen de contratación estatal pues éstos sólo se trastocan en relaciones de esa índole si se les imprime carácter intemporal o si se incluyen cláusulas que subordinan al contratista a la administración, situaciones que son completamente ajenas a ese régimen contractual.

En segundo lugar, con ese proceder se desconocen múltiples disposiciones constitucionales referentes a la función pública pues de acuerdo con ellas no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (Artículo 122); los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento (Artículo 123); el ingreso a los cargos de carrera se hará previo cumplimiento de estrictos requisitos y condiciones para determinar los méritos y calificaciones de los aspirantes (Art. 125) y la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (124).

En tercer lugar, se vulnera el régimen laboral porque se propicia la vinculación de servidores públicos con desconocimiento del régimen de ingreso a la función pública y se fomenta la proliferación de distintos tratamientos salariales y prestacionales con la consecuente vulneración de los derechos de los trabajadores.

En cuarto lugar, se desconoce el régimen presupuestal pues se prevén cargos remunerados sin que estén contemplados en la respectiva planta de personal y sin que se hayan previsto los emolumentos necesarios en el presupuesto correspondiente.

Finalmente, se causa un grave detrimento patrimonial al Estado pues como consecuencia de esas relaciones laborales, irregularmente generadas, se promueven demandas en su contra que le significan el pago de sumas cuantiosas"³

(...)

La Corte al analizar la constitucionalidad de la norma acusada consideró que "para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios porque para ese efecto deben crearse los empleos requeridos" se encuentra reitera en la Ley 790 de 2002 en la cual se establece que "En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos

² Véanse las sentencias C-154 de 1997, C-056 de 1993, C-094 de 2003, C-037 de 2003, T-214 de 2005

³ Sentencia C-094 de 2003.



o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos”.

Además manifestó que tales disposiciones constituyen una “medida de protección a la relación laboral” al impedir que se “oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal”.

De igual manera se precisó que estos contratos de prestación de servicios sólo pueden ser utilizados para atender funciones ocasionales que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.

(...)

Una vez hechas las precisiones señaladas, instó a los órganos de control a “que tienen el deber legal y constitucional de proteger los recursos públicos, defender los intereses de la sociedad y vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes (artículos 267, 268 y 277 superiores), a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada y, en caso de incumplimiento, deben imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto...”.

La Sentencia C- 016 de 2009, con el fin de identificar aquellos cargos de función permanente que no pueden ser previstos a través de contratos de prestación de servicios, estableció algunos criterios que, sumados a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, los cuales caracterizan la existencia de un contrato de trabajo, pueden ayudar a clarificar en qué cargos es que debe haber un vínculo a través de contrato de trabajo entre el Estado y los particulares, y en cuales no:

- “...1) Criterio funcional: la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público. (...)*
- 2) 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 el contrato laboral y no a la contratación pública. (...)*
- 3) 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. (...)*
- 4) 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. (...)*
- 5) Criterio de la continuidad: Si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones de giro ordinario de la*



administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral". (...)

Es de anotar que en numerosas sentencias proferidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado se han dilucidado casos donde a través de la figura de contratos de prestación de servicios con el Estado se ha disimulado la existencia de relaciones de trabajo subordinadas, amparándose las relaciones laborales y la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre la forma: Sentencia del 21 de agosto de 2003, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, rad. 0370-2003; Sentencia del 7 de abril de 2005, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, exp. 4312, Subsección B; Sentencia del 6 de septiembre de 2008, Subsección A, M.P. Gustavo Eduardo Gómez, expediente 2152-06; Sentencia del 3 de julio de 2003, Subsección B, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado, expediente 4798-02, y la sentencia del 17 de abril de 2008, Subsección A, M.P. Jaime Moreno García, exp. 2778-05.

3. PRECISIONES ADICIONALES

Es imperativo precisar que el artículo 17 de la Ley 790 de 2002, señala que las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública.

También se hace necesario recordar que el artículo 48, numeral 29 de la Ley 734 de 2002 "Código Disciplinario Único" dispone como falta gravísima del servidor público celebrar contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales. Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C - 094/2003.

Por último, debe tenerse en cuenta que el artículo 255 de la Ley 1450 de 2011 "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2011", estableció que para las entidades del orden nacional no es aplicable durante dos (2) años las restricciones de crecimiento de los gastos de personal previstas en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000.

4. EXHORTACIONES

A pesar de la normatividad vigente y el desarrollo jurisprudencial de la misma, se ha evidenciado la existencia reiterada de contratos de prestación de servicios para cumplir funciones de carácter permanente que podrían constituir las denominadas "nóminas paralelas" en las entidades del sector público, razón por la cual, resulta imperioso exigir la aplicación material de las normas que amparan la relación laboral.

En consecuencia, la Contralora General de la República y el Auditor General de la República, se permiten exhortar a las entidades públicas de orden nacional y territorial, a dar estricto cumplimiento a los criterios esbozados en la Sentencia C - 614 de 2009, de la H. Corte Constitucional, a efectos que las autoridades administrativas no utilicen la figura del contrato de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de las entidades contratantes.



CONTRALORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA

AUDITORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA

Así mismo, se advierte que dichos contratos suscritos para atender funciones permanentes, o que hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad y en los cuales se desconoce su carácter temporal, o se incluyen cláusulas que subordinan al contratista, desconocen los principios constitucionales y las disposiciones legales analizadas en la presente circular y generan graves riesgos para las entidades que acuden a estas figuras.

Consecuente con lo expuesto se insta a los nominadores para que revalúen los términos en los que se esté llevando a cabo la circulación de personal para ejercer funciones permanentes y misionales en la respectiva entidad y en caso de observar que se ha utilizado la figura del contrato de prestación de servicio para tales efectos, proceda de manera inmediata a ejecutar los estudios previos requeridos con el fin de tramitar el procedimiento referente a la ampliación de la planta global, bien sea de manera temporal o permanente según sea el caso.

Así mismo la Auditoría General exhorta a las Contralorías Territoriales para que incorporen una línea de auditoría correspondiente al tema de contratación orientada a verificar la existencia de las denominadas nóminas paralelas y a proponer los planes de mejoramiento orientados a dar cumplimiento a la citada Sentencia.

La Auditoría General establecerá un observatorio para efectuar seguimiento al comportamiento de las entidades públicas y de las contralorías, respecto de la contratación de prestación de servicios para funciones permanentes, y, efectuará las recomendaciones y advertencias a que haya lugar.

El observatorio realizará un monitoreo cada seis (6) meses con el fin de conocer el cumplimiento de la Sentencia emanada de la Honorable Corte Constitucional. Para estos efectos la Contraloría General y las Contralorías Territoriales requerirán a las entidades la relación de los contratos de prestación de servicios con personas naturales. Esta información se suministrará de acuerdo a las instrucciones que para tales efectos establezca la Auditoría General de la República.

SANDRA MORELLI RICO
Contralora General de la República

JAIME RAÚL ARDILA BARRERA
Auditor General de la República

Proyectaron: FCV-RAIM
Revisó: LAV.