

80112- EE12284

Bogotá, D.C. Febrero 21 de 2013.

Señor
FREDY URREGO
Calle 147 A N° 48-85
Ciudad.

Ref.: Entidades territoriales advertencia.

1. ANTECEDENTES.

Conocemos la solicitud radicada con el número 2013ER0002257 del diez (10) de enero de 2013, en donde nos pregunta, en razón del ejercicio de la función de advertencia, la viabilidad de realizar contratos de prestación de servicios para el año 2013, teniendo en cuenta la sentencia C-614 de 2009 de la Corte Constitucional.

2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

2.1. Mencionemos de manera inicial que las funciones constitucionales atribuidas a la Contraloría General de la República en el artículo 267 señalan la existencia de un control posterior al ejercicio de la gestión fiscal. Por lo tanto, no tenemos facultades para intervenir en las actividades de la administración sino con posterioridad a sus actuaciones. En este sentido no podemos dar respuesta de manera particular y concreta a cada uno de sus interrogantes ya que implica asumir una posición jurídica previa sobre el ejercicio de funciones presentes o futuras que corresponden exclusivamente a la administración y no a esta contraloría.

No obstante lo anterior, haremos algunas reflexiones generales sobre el tema, con miras a clarificar los alcances de la función de advertencia proferida el pasado 26 de marzo de 2012.

2.2. Por disposición del artículo 5° numeral 7° del Decreto Ley 267 de 2000 y el artículo 8° de la Ley 42 de 1993, la Contraloría General de la República tiene la facultad de emitir funciones de advertencia sobre las facultades de la administración en este caso sobre los riesgos derivados de la contratación de prestación de servicios para el desarrollo de funciones permanentes de la administración pública.

El artículo 6° de la Constitución Política ordena que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes, así como por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. El artículo 125 de la Carta Fundamental clasifica los empleos de los órganos y entidades del Estado como de carrera administrativa, a excepción de los de elección popular, libre nombramiento y remoción y trabajadores oficiales, además de los que determine la ley.

De otra parte el artículo 1° del Decreto 3074 de 1968 al modificar el artículo 2° del Decreto 2400 de 1968 dispuso que “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. (...) 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”

Complementando lo anterior el Decreto 1950 de 1973 señaló que

Artículo 7°.- Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.

2.3. Mediante sentencia C-614 de 2009 la Corte constitucional estableció:

La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento 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 se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.¹

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

El contrato de prestación de servicios es una medida excepcional que en ningún caso puede utilizarse para realizar funciones propias de la respectiva entidad, sin importar el nombre como estas se designen o el mecanismo que se utilice. Por ello la Corte Constitucional agrega:

A pesar de la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública, en la actualidad se ha implantado como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: la suscripción de “nóminas paralelas” o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados out sourcing, por lo que la realidad fáctica se muestra en un contexto distinto al que la norma acusada describe, pues se ubica en una posición irregular y abiertamente contraria a la Constitución, desviación práctica que desborda el control de constitucionalidad abstracto y su corrección corresponde a los jueces contencioso administrativos, o, excepcionalmente, al juez constitucional por vía de la acción de tutela; práctica ilegal que evidencia una manifiesta inconstitucionalidad que la Corte Constitucional no puede pasar inadvertida, pues afecta un tema estructural en la Carta de 1991, cual es el de la carrera administrativa como instrumento esencial para que el mérito sea la única regla de acceso y permanencia en la función pública, por lo que se insta a los órganos de control a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada y, en caso de incumplimiento, imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto, y se conmina a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio de la Protección Social a que adelanten estudios completos e integrales de la actual situación de la contratación pública de prestación de servicios, en aras de impedir la aplicación abusiva de figuras constitucionalmente válidas.²

Ahora bien, como se desprende de la sentencia de constitucionalidad, no es la Contraloría General de la República la que ordena o postula esos principios; son normas de carácter legal que desarrollan la Constitución Política y es la Corte Constitucional la que en sentencia de efectos *erga omnes* conmina a este órgano de control fiscal, así como a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio de la Protección Social a “impedir la aplicación abusiva” de la contratación estatal en actividades típicamente laborales.

² Ibídem.

De acuerdo al artículo 3° de la Ley 610 de 2000 el manejo de la planta de personal de una entidad del Estado es gestión fiscal, ya que implica la administración o manejo de recursos públicos y esta debe darse con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

Es por ello que la Contraloría General de la República ha advertido a algunos sujetos de vigilancia y control fiscal, que dicha actividad es contraria a lo dispuesto en la sentencia de constitucionalidad ya citada. Lo anterior no debe entenderse de forma exclusiva para el año 2013, sino para todas las actividades administrativas anteriores en donde este órgano de control tiene facultades para hacer las respectivas observaciones, recaudar los hallazgos y establecer las responsabilidades que se desprendan de ese ejercicio de gestión fiscal.

Se hace procedente señalar que en virtud de ser la Oficina Jurídica una dependencia asesora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto Ley 267 de 2000, los conceptos tienen el carácter que les atribuye el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), es decir, carecen de fuerza vinculante.

Por último, le informamos que puede conocer y consultar los conceptos que, con relación a éste y otros temas, ha proferido la Oficina Jurídica, visitando el enlace *normatividad - conceptos* de nuestro portal institucional: <http://www.contraloriagen.gov.co>

Cordialmente,

ALBA DE LA CRUZ BERRIO BAQUERO
Directora Oficina Jurídica

Sustanció: Wilson González.
Radicado: 2012ER0002257