Función Pública

Directiva 001 de 2021 Procuraduria General de la Nacion

Los datos publicados tienen propósitos exclusivamente informativos. El Departamento Administrativo de la Función Pública no se hace responsable de la vigencia de la presente norma. Nos encontramos en un proceso permanente de actualización de los contenidos.

DIRECTIVA 001 DE 2021

(Enero 4)

DE: PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

PARA: REPRESENTANTES LEGALES Y ORDENADORES DEL GASTO DE LAS ENTIDADES DE LOS SECTORES CENTRAL Y DESCENTRALIZADO DE LA RAMA EJECUTIVA NACIONAL Y TERRITORIAL, RAMA JUDICIAL, RAMA LEGISLATIVA, ORGANISMOS AUTÓNOMOS, ORGANISMOS DE CONTROL Y DE LA ORGANIZACIÓN ELECTORAL

ASUNTO: USO ADECUADO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

FECHA: 04 DE ENERO DE 2021

El Procurador General de la Nación, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, en especial de las señaladas en el numeral 1° del artículo 277 de la Constitución Política y los numerales 7 y 36 del artículo 7° del Decreto Ley 262 de 2000, expide la presente Directiva con el fin de promover el cumplimiento de las disposiciones normativas que rigen la contratación de prestación de servicios y proteger el ordenamiento jurídico, el interés general y el patrimonio público, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

De conformidad con la información suministrada por el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente, a 31 de octubre de 2020, las entidades públicas contaban con 392.468 contratistas prestadores de servicios profesionales, de los cuales cerca del 30% estaban vinculados con entidades del orden nacional y 70% con entidades del orden territorial.

Mientras que en la misma fecha se reporta un total de servidores públicos en las entidades estatales de 1.274.103, discriminados así[1]:

- Rama Ejecutiva del Orden Nacional: 885.134

- Rama Ejecutiva del Orden Territorial: 248.117

- Rama Judicial: 58.344

- Entes Autónomos: 53.877

- Órganos de Control: 22.151

- Organización Electoral: 3.736

- Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición: 1.871

- Rama Legislativa: 873

El numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", indica que: i) son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, ii) sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando su objeto no pueda desarrollarlo con personal de planta o requieran conocimientos especializados, iii) en ningún caso generan relación laboral ni prestaciones sociales y, iv) se celebrarán por el término estrictamente indispensable. Debe mencionarse que esta figura es una de las modalidades de contratación directa, según lo dispuesto en el literal h) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007[2].

Estas normas han reiterado lo dispuesto desde 1968 por el Decreto Ley 2400[3] (artículo 2°), modificado por el artículo 1° del Decreto Ley 3074 de 1968 que, entre otras cosas, determinó que para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearían los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrían celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.

A pesar de la normatividad legal, el excesivo número de los contratos de prestación de servicios se debe, entre otros factores, a la desactualización de las plantas de personal de las entidades, y al inadecuado uso de la modalidad de contratación directa, que no por serlo está eximida del cumplimiento de los principios de la gestión pública y de la contratación estatal.

Sobre la actualización de las plantas de personal, el Decreto 1083 de 2015[4] señala las acciones que deben tener en cuenta las entidades y organismos de la Administración Pública para mantener actualizadas sus plantas de personal como mínimo cada dos años, entre las cuales cabe mencionar: "(...) c. Analizar los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos que se requieran para el cumplimiento de las funciones. (...) e. Revisar los objetos de los contratos de prestación de servicios, cuando a ello hubiere lugar, garantizando que se ajusten a los parámetros señalados en la Ley 80 de 1993, a la jurisprudencia de las Altas Cortes y en especial a las sentencias C-614 de 2009 y C-171 de 2012 de la Corte Constitucional (…). PARÁGRAFO 1. Si efectuados los análisis anteriores se determina que hay faltantes en la planta de personal, la entidad adelantará el respectivo estudio técnico que soporte la ampliación de la planta de personal, revisando las posibles fuentes de financiación y presentarla a las autoridades competentes a nivel nacional o territorial para su estudio. (...)". [5]

Por su parte la Directiva Presidencial 09 del 9 de noviembre del 2018 orienta a las entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional a procurar la eliminación gradual y progresiva de los contratos de prestación de servicios profesionales, ejecutando planes para implementar las reestructuraciones necesarias que garanticen que su uso solo se deba a una labor no permanente, que no pueda adelantarse con personal de planta o que requiera conocimientos especializados.

El Decreto 1800 de 2019 creó la Mesa "Por el empleo público, la actualización/ampliación de las plantas de empleo, la reducción de los contratos de prestación de servicios y garantizar el trabajo digno y decente", cuyo objeto es "identificar las entidades y organismos de la Rama Ejecutiva del orden nacional que presentan un número significativo de contratos de prestación de servicios con el fin de adoptar un cronograma con tareas, responsabilidades y fechas precisas, para que en el término de tres (3) años, en forma progresiva, se continúe dando cumplimiento a los acuerdos colectivos sindicales en materia de actualización/ampliación de plantas de empleo" [6].

Ahora bien, según lo normado en el artículo 51 de la Ley 1955 del 2019[7] "(...) las modificaciones a los gastos de personal de las entidades públicas nacionales no podrán afectar programas y servicios esenciales a cargo de la respectiva entidad. Así mismo, deberán guardar consistencia con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, el Marco de Gasto de Mediano Plazo del respectivo sector, y garantizar el cumplimiento de la regla fiscal establecida en la Ley 1473 de 2011. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público verificará el cumplimiento de estas condiciones y otorgará la viabilidad presupuestal (...)". Importante mencionar que esta misma Ley derogó expresamente el artículo 92 de la Ley 617 del 2000, que señalaba que el crecimiento anual de los gastos de personal de las entidades públicas nacionales no podía superar en promedio el 90% de la meta de inflación esperada para cada año.

De otra parte, la Corte Constitucional , en Sentencia C- 614 del 2009 , señaló que el ejercicio de funciones permanentes en la Administración Pública debe hacerse con personal de planta y que todo vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa , debido a que desdibuja el concepto de contrato estatal, vulnera derechos laborales y el artículo 125 de la Constitución Política que exige el mérito para el ingreso y permanencia al empleo público.

La Corporación aclaró las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y la relación laboral y consideró que ésta existirá cuando: i) se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado. Contrario sensu, la relación contractual se configura en el evento que: i) se acuerde la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda adelantarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

Así mismo, mediante Sentencia C-171 de 2012 , la Corte Constitucional estipuló que para determinar cuándo se estaba o no en presencia del cumplimiento de una función permanente bastaba con verificar los siguientes criterios: (i) las funciones se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (art. 121 CP), (ii) las labores son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal y se cumplen los tres elementos de la relación laboral, (iii) las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, ya sea cumpliendo un horario de trabajo o haciendo frecuentemente una labor, (iv) la tarea acordada corresponde a actividades que pueden ser desarrolladas con el personal de planta, no son nuevas ni especializadas y, (v) existen contratos sucesivos para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración.

A su vez, el Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación sostiene que "De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia , para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable

que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión".[8]

Teniendo en cuenta esta situación, entre otras problemáticas de la gestión del Talento Humano, la Procuraduría General de la Nación a través de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, el 18 de enero del 2019, instaló la Mesa de Meritocracia en el Empleo Público, que abordó en las sesiones de trabajo el elevado número de contratos de prestación de servicios en el Estado colombiano, por lo que las entidades convocadas, concertaron el compromiso de determinar la pertinencia del uso de este tipo de contratos y a su vez fomentar la reducción y control de los que no resultan necesarios, procurando hacer un uso adecuado de esta modalidad en el sector público.

Es entonces claro que, el uso de la modalidad del contrato de prestación de servicios resulta adecuada si se celebra en total observancia a la normativa que la regula, en el marco de la jurisprudencia de las Altas Cortes, pero también es cierto que, a pesar de las múltiples medidas adoptadas en materia de gestión y normativas, persiste el uso de esta modalidad para cumplir funciones de carácter permanente.

Es pertinente recordar que el numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, tipifica como falta gravísima del servidor público, "celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales".

La Corte Constitucional conminó a la Procuraduría General de la Nación a impedir la aplicación abusiva de figuras constitucionalmente válidas, y a promover la aplicación de la regla prevista en el artículo 2° del Decreto Ley 2400 de 1968, modificada por el artículo 1° del Decreto Ley 3074 de 1968[9].

La Procuraduría General de la Nación, tiene el deber legal y constitucional de proteger los recursos públicos, defender los intereses de la sociedad y vigilar el cumplimiento de la Constitución y la ley, por tanto, debe promover la aplicación de las reglas previstas, también reconoce que los contratos de prestación de servicios, están consagrados legalmente para soportar las actividades no permanentes de las entidades públicas, sin embargo, no debe dársele un uso inadecuado.

En virtud de lo anterior, el Procurador General de la Nación,

DISPONE:

1. Exhortar al Gobierno Nacional, a través de los Ministerios de Trabajo y Hacienda y Crédito Público y del Departamento Administrativo de la Función Pública, a evaluar la pertinencia de reglamentar el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, incluyendo criterios para el transparente y correcto uso de la contratación directa de prestación de servicios, respetando los principios de la contratación pública y la meritocracia exigida constitucionalmente para la vinculación con el Estado y a tomar las medidas que considere contundentes para lograr que efectivamente las entidades cuenten con las plantas necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

2. Exhortar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a efectuar estudios para verificar el cumplimiento de lo normado en el artículo 51 de la Ley 1955 del 2019, en especial para medir su impacto sobre las plantas de personal de la Rama Ejecutiva del nivel nacional.

3. Exhortar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a continuar adelantando, en la órbita de la función preventiva judicial, actividades para evitar el contrato realidad con las entidades de la rama ejecutiva del nivel nacional y hacer pedagogía y brindar apoyo a las entidades territoriales.

4. Exhortar a los representantes legales de las entidades de los sectores central y descentralizado de la Rama Ejecutiva nacional y territorial, Rama Judicial, Rama Legislativa, Organismos Autónomos, Organismos de Control y de la Organización Electoral a adelantar análisis y estudios internos sobre los contratos de prestación de servicios con el fin de determinar su pertinencia, el adecuado cumplimiento de las normas y las providencias judiciales aplicables, teniendo en cuenta, entre otros aspectos:

a. El número de contratistas de prestación de servicios con relación al total de servidores de planta de personal (con vacantes definitivas y parciales).

b. Los objetos establecidos en los contratos de prestación de servicios a la luz de los manuales de funciones de las entidades, para determinar su pertinencia.

c. El número de contratistas recurrentes.

d. Los motivos que justifican la necesidad y pertinencia.

e. La fuente de financiación de los contratos de prestación de servicios suscritos por la entidad.

f. Plantas temporales.

g. Funciones sobrevinientes de la entidad y su relación con la vinculación de contratistas de prestación de servicios.

h. Número de demandas contra la entidad en que se pretenda el reconocimiento del contrato realidad.

i. Comportamiento de los gastos de planta de personal de la entidad.

j. Hallazgos de los organismos de control y auditorías internas.

El Ministerio Público reitera su compromiso en lograr que en Colombia las relaciones laborales se desarrollen dentro de los postulados de protección que exige el derecho fundamental al trabajo y la meritocracia en el ingreso y permanencia en el empleo público.

Las Procuradurías regionales, distritales y provinciales , así como las personerías municipales y las oficinas de Control Interno desarrollarán , dentro de la órbita de sus competencias , las acciones pertinentes para verificar el cumplimiento de lo aquí dispuesto.

La presente Directiva, expedida con ocasión de la función preventiva ejercida por la Procuraduría General de la Nación, deberá ser publicada en las páginas web e intranet institucionales, en garantía de los principios de publicidad y transparencia y, el derecho al acceso de la información pública.

PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

FERNANDO CARRILLO FLÓREZ

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Proyectó: Rodrigo Guerrero Robayo

Revisó: María Emilia García Loaiza

Aprobó: Liliana Caballero Durán - Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública

Julieta Riveras - Jefe de la Oficina Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Departamento Administrativo de la Función Pública. (2021). Servidores Públicos en el Estado. Obtenido de Departamento Administrativo de la Función Pública. Fecha de Consulta: 06 de enero de 2021. URL: https://www.funcionpublica.gov.co/web/sie/servidores-públicos-en-el-estado

2 "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos."

3 "Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.”

4 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública."

5 Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, Artículo 2.2.1.4.1. Actualización de plantas de empleo.

6 Adiciona el Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015

7 Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022

8 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección B. Magistrado Ponente: César Palomino Cortés. Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 68001-23-31-000-2010-00799-01. Número interno: 2778-2013. Actor: Pablo Emilio Torres Garrido. Demandado: E.S.E Centro de Salud Santa Bárbara - Municipio de Santa Bárbara - Santander. Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Decreto 01 de 1984.

9 La citada Sentencia C - 614 del 2009

Fecha y hora de creación: 2024-07-27 07:26:04