

2. Despacho del Viceministro General
1.1. Oficina Asesora de Jurídica

Honorable Congresista
JAIRO HUMBERTO CRISTO CORREA
Comisión Séptima Constitucional Permanente
Cámara de Representantes
CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Carrera 7 No. 8 – 68
Ciudad



Radicado: 2-2021-068766

Bogotá D.C., 28 de diciembre de 2021 13:27

Radicado entrada
No. Expediente 59023/2021/OFI

Asunto: Comentarios a la ponencia para primer debate al Proyecto de Ley No. 295 de 2021 Cámara “Por medio del cual se reducen los contratistas de prestación de servicios profesionales y/o apoyo a la gestión y se amplían los empleos temporales de los organismos y entidades públicas de todas las ramas del poder público y se dictan otras disposiciones.”

Radicados: 1-2021-086411 y 1-2021-090826

Respetado Presidente:

En virtud de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 819 de 2003¹ y en respuesta a la solicitud de concepto de impacto fiscal del Secretario de la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes, Dr. Orlando Aníbal Guerra de la Rosa y del Representante a la Cámara Mauricio Andrés Toro Orjuela, de manera atenta se presentan los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la ponencia para primer debate al Proyecto de Ley del asunto en los siguientes términos:

El proyecto de Ley, de iniciativa parlamentaria, de acuerdo con lo contemplado en su artículo 1, tiene por objeto “limitar el número de contratistas de prestación de servicios profesionales y/o apoyo a la gestión en los organismos y entidades públicas de todas las ramas del poder público en el orden nacional y territorial, con el fin de promover vinculaciones legales y reglamentarias, mediante empleos de carácter temporal.” Esta limitación sería del 20% respecto del total de los cargos definidos en la planta global de cada entidad.

¹ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.

Para el efecto se busca la modificación del numeral 1 del artículo 21 de la Ley 909 de 2004², con el propósito de crear empleos de carácter temporal o transitorio en las plantas de personal, sin que dicha disposición sea potestativa sino imperativa.

La modificación propuesta es la siguiente:

Norma actual	Propuesta de ley
Numeral 1 del artículo 21 de la Ley 909 de 2004	Artículo 3. Modifíquese el numeral 1 del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, el cual quedará así:
ARTÍCULO 21. EMPLEOS DE CARÁCTER TEMPORAL. 1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:	1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán deberán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

Elaboró: Oficina Asesora de Jurídica - Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Al respecto, sea lo primero mencionar que, si bien el articulado propuesto no lo presenta explícitamente, de la exposición de motivos se podría inferir que lo pretendido con el proyecto es que en aquellas entidades donde el número de contratistas actual supere la limitante del 20%, se creen plantas de empleo temporal o transitorio para que se vinculen a ellas los demás contratistas que excedan la citada limitante. Lo anterior, generaría costos adicionales para las finanzas públicas del orden nacional y territorial, pues el costo de cambiar la vinculación a través de contrato de prestación de servicios profesionales para pasar a término indefinido, en aras de no disminuir los ingresos mensuales de los beneficiarios, implicaría para las entidades como empleadoras la asunción de mayores costos en razón a la liquidación de prestaciones como seguridad social, primas de servicio, cesantías, vacaciones y demás.

Sobre lo pretendido en la iniciativa, es menester mencionar, que precisamente, la Ley 909 de 2004 introdujo al ordenamiento jurídico la figura de los *Empleos temporales*, dentro de las novedades estructurales como una modalidad de los empleos públicos temporales, por lo que dicha figura ya se encuentra en la normativa vigente. Actualmente, resulta potestativo de cada entidad el determinar el tipo de contrato requerido, sin que esto implique necesariamente que todos los contratos de prestación de servicios deban ser efectuados a través de la modalidad de empleos temporales dado que esta determinación debe considerar la naturaleza del servicio requerido.

Es conveniente recordar que el capítulo 1 del título 1 de la parte 2 del Decreto 1083 de 2015³, reglamento los empleos de carácter temporal, así:

“ARTÍCULO 2.2.1.1.1 Definición. *Se entiende por empleos temporales los creados en las plantas de cargos para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, por el tiempo determinado en el estudio técnico y en el acto de nombramiento.*

Los empleos temporales deberán sujetarse a la nomenclatura y clasificación de cargos vigentes para cada entidad y a las disposiciones relacionadas con la elaboración del plan de empleos, diseño y reforma de plantas de que trata la Ley 909 de 2004.

En la respectiva planta se deberán identificar los empleos que tengan la naturaleza de temporales. El estudio técnico deberá contar con el concepto previo favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.

² Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

³ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

XzRu OMm V6w/ nafi f/L+ 7214 xPA=

Validar documento firmado digitalmente en: <http://sedelectronica.minhacienda.gov.co>

(...)

ARTÍCULO 2.2.1.1.4 *Nombramiento en el empleo temporal. El nombramiento deberá efectuarse mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente.*

El término de duración del nombramiento en el empleo de carácter temporal deberá sujetarse a la disponibilidad presupuestal.

PARÁGRAFO. *A quienes ejerzan empleos de carácter temporal no podrá efectuárseles ningún movimiento dentro de la planta de personal que implique el ejercicio de funciones distintas a las que dieron lugar a la creación de los mismos de acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004.*

ARTÍCULO 2.2.5.3.5 *Provisión de empleos temporales. Para la provisión de los empleos temporales de que trata la Ley 909 de 2004, los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil teniendo en cuenta las listas que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles y que correspondan a un empleo de la misma denominación, código y asignación básica del empleo a proveer.*

En caso de ausencia de lista de elegibles, los empleos temporales se deberán proveer mediante la figura del encargo con empleados de carrera de la respectiva entidad que cumplan con los requisitos y competencias exigidos para su desempeño. Para tal fin, la entidad podrá adelantar un proceso de evaluación de las capacidades y competencia de los candidatos y otros factores directamente relacionados con la función a desarrollar.”

En ese sentido, el Departamento Administrativo de la Función Pública en Concepto 422441 de 2020⁴, hizo referencia a los empleos de planta temporal, indicando que en principio para la provisión de los empleos de la planta temporal, la entidad deberá recurrir a las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil, teniendo en cuenta las listas que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles y que correspondan a un empleo de la misma denominación, código y asignación básica del empleo a proveer, de manera excepcional, se podrán proveer por medio del encargo de empleados de carrera administrativa.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C- 614 de 2009⁵, estableció los criterios que delimitan y definen la relación laboral y el del contrato por prestación de servicios, así:

“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. Son estos: i) Criterio funcional, esto es, 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; 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, o sea que 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 no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral; 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; pero si la gestión contratada equivale al

⁴ Radicado No.: 20206000422441 de fecha 28 de agosto de 2020.

⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 614 de 2009 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

giro normal de los negocios de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual; 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, esto es, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.” (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien y con el fin de estimar el costo fiscal de esta propuesta, se toman como referencia la información reportada por las entidades - únicamente de la Rama Ejecutiva - al Sistema Integrado de Información Financiera (SIIF), al cierre de la vigencia 2020, del que se desprende que se ejecutaron alrededor de **\$3.6 billones** por concepto de contratos de prestación de servicios con personas naturales, de manera que en un escenario extremo donde dichos contratistas pasaran a formar parte de plantas de personal, asumiendo en promedio de incremento en su costo del 50%, al pasar a una vinculación laboral, se tendría que la medida podría llegar a representar costos de hasta **\$1.8 billones** para las finanzas públicas; no obstante, el anterior cálculo no incluiría el efecto sobre las demás entidades del orden nacional y territorial. Frente a las entidades territoriales, se observa que la iniciativa puede generar impacto fiscal para sus finanzas; sin embargo, actualmente no se posee información que permita calcularlo o estimarlo.

Sin perjuicio de lo anterior, ha de tenerse en cuenta que, en todo caso, la decisión de vincular a los contratistas en la modalidad de prestación de servicios a planta es una decisión que corresponde al ámbito de la administración de cada entidad distrital, municipal, o departamental, en razón a la autonomía que cada una posee.

Ahora bien, es preciso señalar que en atención a lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 1955 de 2019⁶, 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, y 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 2011⁷ modificada por el artículo 60 de la Ley 2155 de 2021⁸, para lo cual este Ministerio verificará el cumplimiento de estas condiciones y otorgará la viabilidad presupuestal.

Aunado a lo anterior, el artículo 14 de la Ley 2063 de 2020⁹, retomado en el proyecto de Ley de PGN, aprobado para la vigencia 2022, consagra que cualquier modificación a las plantas de personal requerirá la aprobación del Departamento Administrativo de la Función Pública, previo concepto o viabilidad presupuestal de esta Cartera. Y en todo caso, de acuerdo con el artículo 2 del Decreto 371 de 2021¹⁰ y las Directivas Presidenciales al respecto, solo están permitidas las modificaciones de plantas de personal de las entidades que hacen parte del Presupuesto General de la Nación y que pertenecen a la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, únicamente cuando dicha reforma sea a costo cero o genere ahorros en los gastos de la entidad, salvo cuando sean consideradas como prioritarias para el cumplimiento de las metas de Gobierno.

Incluso, con el ánimo de consolidar la política de austeridad, el artículo 19 de la Ley 2155 de 2021, votado como orgánico dentro del curso legislativo, establece que durante los siguientes 10 años contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, el Gobierno nacional anualmente reglamentará mediante decreto un Plan de Austeridad del gasto para cada vigencia fiscal aplicable a los órganos que hacen parte del Presupuesto General de la Nación, de manera que durante el periodo 2022-2032 gradualmente se alcance un ahorro promedio anual de \$1.9 billones de pesos por la racionalización de gastos de funcionamiento, así:

⁶ Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad"

⁷ Por medio de la cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones.

⁸ Por la cual se expide la Ley de Inversión Social y se dictan otras disposiciones.

⁹ Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2021

¹⁰ Por el cual se establece el Plan de Austeridad del Gasto 2021 para los órganos que hacen parte del Presupuesto General de la Nación

“Artículo 19. Plan de austeridad y eficiencia en el gasto público. En desarrollo del mandato del artículo 209 de la Constitución Política y con el compromiso de reducir el Gasto Público, en el marco de una política de austeridad, eficiencia y efectividad en el uso de los recursos públicos, durante los siguientes 10 años contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, el Gobierno nacional anualmente reglamentará mediante decreto un Plan de Austeridad del gasto para cada vigencia fiscal aplicable a los órganos que hacen parte del Presupuesto General de la Nación.

Mediante este Plan de Austeridad se buscará obtener para el periodo 2022—2032 gradualmente un ahorro promedio anual de \$1.9 billones de pesos a precios de 2022, mediante la limitación en el crecimiento anual del gasto por adquisición de bienes y servicios, la reducción de gastos destinados a viáticos, gastos de viaje, papelería, gastos de impresión, publicidad, adquisición de vehículos y combustibles que se utilicen en actividades de apoyo administrativo, la reducción en la adquisición y renovación de teléfonos celulares y planes de telefonía móvil, internet y datos, la reducción de gastos de arrendamiento de instalaciones físicas, y, en general, **la racionalización de los gastos de funcionamiento**. Para el logro de este Plan de Austeridad el Gobierno nacional también propondrá al Congreso de la República una reducción en un porcentaje no inferior al cinco por ciento (5%) anual, durante los próximos cinco (5) años, de las transferencias incorporadas en el Presupuesto General de la Nación. Se exceptúan aquellas transferencias específicas de rango constitucional y aquellas específicas del Sistema General de Participaciones — SGP, así como las destinadas al pago de: i) Sistema de Seguridad Social; ii) los aportes a las Instituciones de Educación Superior Públicas y iii) cumplimiento de fallos judiciales.

Cada uno de los órganos que hacen parte del Presupuesto General de la Nación, de manera semestral, presentarán y enviarán al Ministerio de Hacienda y Crédito Público un informe sobre el recorte y ahorro generado con esta medida.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá presentar junto con el Proyecto de Ley Anual de Presupuesto la propuesta de austeridad consistente con la meta a que se refiere el presente artículo.”

Ahora bien, el numeral 7 del artículo 150 y el artículo 154 de la Constitución Política, establecen:

“ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)

7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.” (Subraya y negrilla fuera de texto)

“ARTICULO 154. Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno Nacional, de las entidades señaladas en el artículo 156, o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución.

No obstante, **sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a, b y e, del numeral 19 del artículo 150 (...)**” (Subraya y negrilla fuera de texto)

De acuerdo con las normas trascritas, los proyectos de ley que se tramiten en el Congreso de la República en materia salarial y de estructura administrativa del Estado es de exclusiva potestad del Gobierno nacional, lo que implica que cualquier iniciativa que se adelante en esa Corporación con dichos fines deberá contar con el aval del Gobierno nacional, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional.

Al respecto, esa Corporación en sentencia C- 251 de 2011¹¹, señaló:

¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 251 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

" (...) la Corte ha precisado que corresponde al Legislador la determinación de la estructura de la Administración nacional. En desarrollo de dicha competencia, debe definir los elementos de esa estructura, la tipología de la entidad y sus interrelaciones¹². Así mismo, el Congreso tiene la potestad consecuente de fusión, transformación y supresión de dichos organismos¹³. No obstante, la competencia a que se refiere el numeral 7° del artículo 150 Superior no supone un ejercicio totalmente independiente por parte del Congreso de la República, pues es necesario contar con la participación gubernamental para expedir o reformar las leyes referentes a la estructura de la Administración nacional, toda vez que la iniciativa para su adopción pertenece en forma exclusiva al Gobierno Nacional de conformidad con lo preceptuado en el artículo 154 Superior¹⁴.

En ese orden de ideas, en la jurisprudencia de la Corporación se ha explicado que "i) la función de determinar la estructura de la administración nacional, no se agota con la creación, supresión o fusión de los organismos que la integran, sino que abarca proyecciones mucho más comprensivas que tienen que ver con el señalamiento de la estructura orgánica de cada uno de ellos, la precisión de sus objetivos, sus funciones generales y la vinculación con otros organismos para fines del control¹⁵, así como también regular los asuntos relacionados con el régimen jurídico de los trabajadores, con la contratación y con las materias de índole presupuestal y tributario, entre otras (...)". (Negrilla fuera de texto).

Por lo anterior, en caso de insistirse en el trámite legislativo de la iniciativa del asunto sin contar con el aval del Gobierno nacional, representado en el Ministerio de Hacienda en materia fiscal, corre el riesgo de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad.

Finalmente, se debe dar cumplimiento al artículo 7 de la Ley 819 de 2003, en virtud del cual toda iniciativa legislativa debe hacer explícita su compatibilidad con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, y debe incluir expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas, los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el respectivo financiamiento.

Por lo expuesto, este Ministerio se abstiene de emitir concepto favorable a la iniciativa del asunto, pues generaría costos fiscales que no se encuentran previstos en el Marco Fiscal de Mediano Plazo ni en el Marco de Gasto de los Sectores. En todo caso, se manifiesta la disposición de colaborar con la actividad legislativa dentro de los parámetros constitucionales y legales de disciplina fiscal vigente.

Cordialmente,

FERNANDO JIMÉNEZ RODRÍGUEZ

Viceministro General

DAF/DGPPN/OAJ

Elaboró Sonia Lorena Ibagón Ávila

Revisó: Germán Andres Rubio Castiblanco

UJ- 2272/2021

Con copia a:

H.R. Mauricio Andrés Toro Orjuela

Dr. Orlando Aníbal Guerra De La Rosa – Secretario de la Comisión Séptima Constitucional de la Cámara de Representantes

¹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1190/00 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-299 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Ver igualmente la Sentencia C-465 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

¹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-012 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-299 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Firmado digitalmente por: CICERON FERNANDO JIMENEZ RODRIGUEZ

Viceministro General (E)

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Código Postal 111711

PBX: (571) 381 1700

Atención al ciudadano (571) 6021270 - Línea Nacional: 01 8000 910071

atencioncliente@minhacienda.gov.co

Carrera 8 No. 6C- 38 Bogotá D.C.

www.minhacienda.gov.co