



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 18 de julio de 2016
C-74-16

Doctor
Néstor Sosa Montalván
Director General del Instituto
Conmemorativo Gorgas de Estudios de la Salud
E. S. D.

Señor Director:

Tengo a bien dirigirme a usted, en ocasión de dar respuesta a su nota No. 0242-DG-ICGES-16, mediante la cual consulta a esta Procuraduría, sobre el procedimiento a seguir para que las retenciones y pagos de cuotas obrero patronales, descontadas por su entidad al personal contratado por servicios profesionales, con fundamento en la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, sean aceptadas por la herramienta tecnológica perteneciente a la Caja de Seguro Social llamada SIPE (Sistema de Ingresos y Prestaciones Económicas). De igual forma, nos plantea la dificultad interna con dicha herramienta y su aplicación.

En atención al tema objeto de su consulta, esta Procuraduría observa dos aristas a saber: La consulta va dirigida a determinar el procedimiento que debe seguirse en las retenciones y pagos de cuotas obrero-patronales **del personal contratado por servicios profesionales**, en la cual en dicha consulta no se hace una diferencia entre el personal contratado bajo servicios especiales o en función al de ejercicio profesional o por consultoría.

Sobre el particular, esta Procuraduría es de la opinión que de conformidad con la Ley 69 de 24 de noviembre de 2015 “Por la cual se dicta el Presupuesto General del Estado para la Vigencia Fiscal 2016” y la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005 “Que reforma la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social y dicta otras disposiciones” todo trabajador al servicio del Estado, incluyendo a los contratados por servicios especiales, **quedan sujeto al régimen obligatorio del Seguro Social**. En tal sentido, el patrono o entidad contratante, es responsable de recaudar las cuotas obreros-patronales y remitirlas oportunamente a la Caja del Seguro Social, tal como lo abordaremos más adelante en esta primera interrogante.

Con respecto a su segunda inquietud, relacionada con la herramienta tecnológica llamada SIPE, perteneciente a la Caja de Seguro Social, la cual no le permite registrar los pagos correspondientes de cada servicio profesional, debemos indicarle que no le es dable a esta Procuraduría emitir un criterio sobre el particular, ya que de conformidad con lo previsto

La Procuraduría de la Administración sirve a Panamá, le sirve a ti.

Procuraduría emitir un criterio sobre el particular, ya que de conformidad con lo previsto por el numeral 1 del artículo 6 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, orgánica de la Procuraduría de la Administración, estamos llamados a ser consejeros jurídicos de los servidores públicos que consultaren nuestro parecer respecto a la interpretación de una norma o el procedimiento a seguir en un caso concreto, situación que no se ajusta a los presupuestos legales antes mencionados, ya que la misma guarda relación con un problema interno de su Institución que deberá ceñirse al procedimiento especial que regula la Caja de Seguro Social para estos casos y que escapa del ámbito de nuestra competencia de conformidad con el artículo 2 de la Ley 38 de 2000. En este caso, cuando nos referimos a los servicios profesionales, hacemos alusión a aquellos contratados bajo la modalidad de servicios especiales a la luz de lo dispuesto en el artículo 257 de la Ley de Presupuesto vigente.

Como preámbulo a la respuesta que corresponde ofrecer a su consulta, estimo oportuno anotar que al tenor del artículo 299 de la Constitución Política, son servidores públicos “las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo o Judicial, de los municipios, entidades autónomas o semiautónomas; **y en general los que perciban remuneración del Estado**”; precepto que como ha indicado este Despacho en anteriores oportunidades, ampara a los nombrados temporal o permanentemente en alguna de las entidades que señala dicho artículo y a quienes reciben pagos o salarios por parte del Estado, como contraprestación por servicios prestados en condiciones de dependencia económica y subordinación jurídica. Por su parte, el artículo 300, del texto constitucional es claro al establecer que los servidores públicos serán de nacionalidad panameña, sin discriminación de raza, sexo, religión o creencia y militancia política.

La palabra “remuneración” empleada en la norma constitucional antes citada, es la acción y efecto del verbo remunerar, que según el diccionario de la Real Academia Española significa “recompensar o pagar”, de manera que en este sentido, son empleados públicos, además de los que son nombrados temporal o permanente en algunas de las dependencias descritas en dicho artículo, los que reciben pagos o salarios, por parte del Estado, como contraprestación por servicios prestados bajo dependencia económica y subordinación jurídica.

La expresión “Estado”, esta utilizada en sentido amplio, como organización y unidad jurídica, de manera que hace alusión al gobierno central, las instituciones descentralizadas, las empresas públicas, los intermediarios financieros, las corporaciones y proyectos de desarrollos, y los municipios.

De lo antes indicado, se desprende que servidor público es aquella persona que entra a ocupar un cargo público mediante una acción de nombramiento, lo que implica que deberá tomar posesión del mismo antes de empezar a ejercer funciones, de acuerdo con lo que, en tal sentido prevé el artículo 772 del Código Administrativo y el artículo 253 de la Ley 69 de 2015, para la vigencia fiscal de 2016.

Por su parte, en Sentencia de 6 de agosto de 2014, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, define servidor público, en su parte medular, así:

“El servidor público, es aquella persona que presta servicios al Estado, por tanto administra, recurso del Estado, que son bienes pertenecientes a la sociedad en general. En ese sentido, se requiere del servidor público, un desempeño inspirado en principios de igualdad, moralidad, imparcialidad, eficacia, economía, celeridad y publicidad, debido a que el hecho de administrar recursos del Estado le confieren un comportamiento intachable, porque la sociedad, demanda honestidad, lealtad y transparencia en la administración pública.

Como puede apreciarse el literal, acusado hace una paridad de servidor público y particulares como si fueran iguales, situación que es equivocada, **toda vez que no hay que perder de vista la calidad de las funciones del servidor público**. Este debe ser nombrado en una entidad del Estado y **recibir remuneración por el trabajo realizado, para que adquiera esa condición**.

...

En el caso de un servidor público, **la relación de trabajo es regulada por el Código Administrativo o por la Ley Especial que regule a determinada Entidad.**” (Resaltado en negritas nuestro.)

En consecuencia, los nombramientos pueden ser de carácter permanente o temporal. Los permanentes proveen un cargo por tiempo indefinido, sujeto a la Constitución y la ley. Los temporales pueden ser: transitorios, contingentes o interinos. Los nombramientos transitorios son para ocupar cargos en programas o actividades, debidamente incluidos en la estructura de personal, cuyo período no sea mayor de doce meses y expiran con la vigencia fiscal (art. 255 de la Ley 69 de 2015); los contingentes, son los que recaen en funcionarios que ocupan cargos en programas o actividades con base en el detalle de la estructura de puestos, cuyo período no será mayor de seis meses y expirará con la vigencia fiscal. En los casos de nombramiento de personal transitorio y contingente, se requerirá la acción de personal mediante resuelto interno, el cual será sometido a la fiscalización de la Contraloría General de la República y los interinos son aquellos en los que se ocupa un cargo vacante de manera temporal, hasta que se nombre al titular. (Cfr. Artículo 256 de la Ley 69). Todas las personas que ocupen cargos de la naturaleza antes descrita, son servidores públicos, según las definiciones constitucionales y legales antes citadas.

No obstante lo expuesto, resulta pertinente, hacer un examen de la evolución de la figura de **contratos por servicios especiales**, tal cual como se identifica hoy en día, a través de la Leyes Presupuestarias, de hace aproximadamente diez (10) años atrás, para comprender los cambios legales que ha tenido la figura en mención, y su aplicación actual.

A. Evolución Presupuestaria

I. Leyes Presupuestarias

En el artículo 177 de la Ley 51 de 22 de noviembre de 2002, “por la cual se dicta el presupuesto General del Estado para la vigencia fiscal de 2003, se establecía que en la partida de servicios especiales se podía cargar la contratación de funcionarios públicos, cuando éstos obtengan licencia sin sueldo en la institución donde laboran y los servicios sean prestados a una institución distinta a la que concede la licencia. De igual manera, se subsumía, en la misma excerta legal, los contratos con profesionales o técnicos, personas naturales, nacionales o extranjeras para la realización de estudios, investigaciones, diseños, supervisión de obras, capacitación y **otros de similar naturaleza se imputarán a la partida de Consultorías y Servicios Especiales; en los contratos de consultoría se deberán definir los objetivos, las tareas a realizar y el cronograma de actividades.**

El precepto legal citado, comprendía en el concepto de servicios especiales la contratación de funcionario públicos, cuanto éstos obtengan licencia sin sueldo en la institución donde laboran y los servicios sean prestados en otra entidad, pero además en la misma normativa se incluía la contratación de personas naturales, extranjeros y nacionales para la realización de estudios, diseños, supervisión de obras, capacitación y otros de similar naturaleza, bajo la partida de Consultoría, es decir se hacía una mezcla entre la figura de servicios especiales y la consultoría.

Con la Ley 54 de 21 de noviembre de 2004 “por la cual se dicta el Presupuesto General del Estado para la vigencia fiscal 2005”, se hizo una separación de los servicios especiales de la Consultoría, cambio relevante a destacar, ya que los servicios especiales se desarrollan en el artículo (188), y la contratación por consultoría, se contiene en el artículo (189); indicándose que a la partida de servicios especiales, se podía cargar la contratación de funcionarios públicos, cuando estos obtengan licencia sin sueldo en la institución donde laboran y los servicios sean prestados a una institución distinta a la que concede la licencia. En aquel momento, la contratación por servicios especiales no debía exceder el sueldo del Viceministro y la autorización requería la presentación previa de la **estructura de puesto** que indique el siguiente detalle:

- Tipo de servicio especial requerido,
- Número de meses, y
- Monto de la cuantía mensual y total.

Los pagos para este compromiso se tenían que hacer en forma parcial contra informe de avance, y el pago final contra el producto final de los servicios contratados. En el caso de la **Consultoría**, se regía **por los procedimientos contenidos en la Ley 56 de 1995, sobre contratación pública.** (Artículos 188 y 189 de la Ley 54 de 21 de noviembre de 2004, para la vigencia fiscal 2005). En la partida de consultoría, la forma de contratación de particulares nacionales y extranjeros se ceñía al procedimiento de la Ley 56 de 1995.

Para la vigencia presupuestaria 2005-2006, los servicios especiales comprendían los servicios prestados por profesionales, técnicos o personas naturales **que no sean empleados públicos**. Se cargaba a dicha partida la contratación de funcionarios públicos cuando estos obtengan licencia sin sueldo en la institución donde laboran y los servicios sean prestados a una institución distinta a la que concede la licencia. Los honorarios mensuales para este tipo de contratación no debía exceder el monto equivalente de tres mil balboas (B/.3,000.00) mensuales, y la autorización se otorgaba de acuerdo con el detalle incluido en el Presupuesto General del Estado. Aquellos contratos que por la calidad del servicio excedía el monto establecido, debían contar con la autorización del Órgano Ejecutivo. Estas contrataciones debían reflejar la siguiente información: tipo de servicio especial requerido, número de meses y monto de la cuantía mensual y total. (Artículos 186-187 de la Ley 38 de 24 de noviembre de 2005). En el caso de la consultoría debía ceñirse a los procedimientos contenidos en la Ley 56 de 1995, sobre Contratación Pública, y tenía que contar previamente con la certificación del Ministerio de Economía y Finanzas de que cuenta con financiamiento garantizado. (Artículo 186 de la Ley 38 de 24 de noviembre de 2005, para la vigencia fiscal del año 2006).

Bajo la vigencia de la referida ley presupuestaria, se incorpora al particular prestando servicios públicos, pero no es considerado empleado público; no obstante, cabe resaltar que en estos primeros cinco (5) años, (2000-2005) no se hacían los descuentos de Ley.

Para el año 2006-2007, se incluía por primera vez, **la disponibilidad presupuestaria para cubrir las contribuciones de seguridad social**; y se establecía que los servicios especiales comprendían servicios prestados por profesionales, técnicos o personas naturales que no sean empleados públicos, **siempre que no se tengan cargos similares en la Estructura de Puestos de la entidad**. Los pagos de estos honorarios se podían hacer mensualmente o en forma parcial contra informe de avance, y el pago final contra la aprobación del producto final de los servicios contratados, **de acuerdo con la Estructura de Puestos**, previamente autorizada y registrada por el Ministerio de Economía y Finanzas. (Artículo 204 de la Ley 54 de 20 de diciembre de 2006, para la vigencia fiscal del año 2007).

En los años 2007-2008, 2009-2010, las leyes presupuestarias incluyen la disponibilidad presupuestaria para cubrir las contribuciones de seguridad social. En el año 2011-2012, lo único que cambia es el pago de los honorarios tazándose en 2,000.00 dólares, lo demás se mantuvo igual. En el 2012-2013, se agrega la palabra **“de acuerdo con la plantilla de estructura de puestos”**. Asimismo, en las Leyes Presupuestarias 2013-2014, 2014-2015, se mantiene lo de la disponibilidad presupuestaria y lo demás, en los mismos términos. No obstante, para el 2015 para la vigencia fiscal 2016, cambia el pago de los honorarios mensuales para este tipo de contratación que no pueden exceder el monto equivalente a tres mil balboas mensuales, (B/.3,000.00.) y la autorización se otorgará de acuerdo al detalle incluido en el Presupuesto General del Estado.

El Manual de Clasificaciones Presupuestarias del Gasto Público, versión actualizada. (Resolución N° 244 de 13 de enero de 2011), en su renglón 171, de Consultorías,

comprende los gastos derivados de contratos suscritos con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, tales como: estudios, investigaciones, diseños, supervisión de obras similares, servicios legales, servicios de auditoría. Los contratos por este concepto están sujetos a la Ley de Contrataciones Públicas, entre tanto que, **en la partida 172, servicios especiales**, comprende las compensaciones por servicios especiales prestados por profesionales, técnicos o personas naturales que no son empleados públicos.

Visto lo anterior, podemos colegir de la evolución presupuestaria, que inicialmente se carga a la partida de servicios especiales la contratación de funcionarios para prestar servicios en otras instituciones mediante licencia sin sueldo, y la contratación de personas naturales, nacionales o extranjeros se cargan a la partida de consultoría, evidenciando dichas normas una mezcla entre los contratados por servicios especiales y los contratados por consultoría o servicios profesionales, manteniéndose en una misma norma (artículo 177). No obstante, en estos períodos no se hacían los descuentos de ley, (2000-2005), lo que posteriormente cambia con las leyes presupuestarias de los años 2007, 2008, 2009 al 2015, 2016 donde se establece que a los contratados por servicios especiales, se les debe aplicar los descuentos de ley. Asimismo, se destaca la contratación de particulares prestando servicios públicos, cargado a la partida de servicios especiales, como complemento a la Plantilla de la Estructura de Puestos.

II. Naturaleza de las contrataciones por servicios especiales

Al examinar la trayectoria de las contrataciones por servicios especiales, podemos destacar, que la relación laboral existente entre el particular y la Administración Pública, se enmarca en la prestación o satisfacción de un servicio público. Es un personal que entra a la Administración a prestar un servicio público que complementa la plantilla de estructura de puestos, en razón de la carencia del puesto o cargo no contemplado en la estructura.

En la doctrina, este es un modelo de función pública sui generis. Se ha denominado a esta corriente doctrinal de “neutralidad constitucional”, porque básicamente sostiene que la Constitución no se ha decantado de manera explícita por la preeminencia de uno u otro régimen de empleo público, sino que deja a un momento posterior, el de elaboración de la normativa de rango legal, el cometido de definir el modelo en cada circunstancia coyuntural. (Idelfonso Huertas, Rosa María. Tres modelos comparados de función pública y sus procesos de selección. Instituto Andaluz de la Administración Pública; Sevilla-España; 2004. Pág. 225).

En tal sentido, nos encontramos ante un contrato de naturaleza especial de Derecho Público, celebrado entre un ente público y un particular o un funcionario público, para la prestación de un servicio público, en un cargo o puesto no contenido en la estructura de puestos, complementando así la plantilla. Como contraprestación del servicio público, recibe una remuneración, sujeto a un horario, y además puede ser sujeto disciplinable. Es decir, está incluido en la plantilla de personal de la institución y obligado a cumplir las normas administrativas que regulan dicha entidad pública, es decir, reglamento interno y

será sujeto a las normas disciplinarias de la entidad respectiva y la Ley 9 de 1994 de Carrera Administrativa o cualquier otra norma especial aplicable, dependiendo del caso.

III. Distinción entre funcionario público empleado mediante contrato y los casos de contratos por servicios profesionales.

“También es importante distinguir entre el funcionario público empleado mediante contrato y los casos de contratados por servicios profesionales. En los contratos de servicios, la persona contratada no se incorpora a la administración, sino que se limita a realizar únicamente una tarea determinada, igual como podría hacerlo para otros particulares sin que le sean aplicables las normas constitucionales y legales, exigidas al servidor público (servicios profesionales-autónomo). Al respecto, el Tratadista SAYAGUES LASO señala:

‘También se ingresa a la función pública **por contrato**. Son situaciones poco frecuentes, pero existen. No debe confundirse esta hipótesis con el caso de arrendamiento de servicios con particulares. En este último la persona arrienda sus servicios no se incorpora a la administración, limitándose a realizar para ella, determinada tarea, igual como podría hacerlo para otros particulares. En cambio, en aquella la persona se incorpora a la administración, ingresando mediante un contrato que fija determinadas condiciones para la prestación de su actividad personal. **La Persona que ingresa a la función pública mediante contrato, no está sustraída totalmente al régimen estatutario general.**

...

Es posible por tanto, ingresar al servicio público mediante un contrato en vez del nombramiento en virtud de un Decreto (si es a nivel de Gobierno central); una resolución, (tratándose de instituciones autónomas). **A las personas así nombradas se les descuentan del salario, sueldo o remuneración que reciben los montos correspondientes al Impuesto sobre la Renta, Seguro Social y Seguro Educativo...**” (Extraído de la Consulta C-154-de 26 de julio de 1993).

De lo anterior, se colige la posibilidad de entrar a la Administración Pública, por distintas modalidades, entre las que podemos destacar los contratos por servicios especiales, con el correlativo deber del Estado de hacer los correspondientes descuentos de Ley; distinto a los servicios profesionales, a través de los cuales se prestan servicios de forma autónoma, y se cargan al reglón de Consultoría, sujetando dicha contratación al procedimiento establecido en la Ley de Contrataciones Públicas.

En cuanto a este último punto de reflexión, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 6 de agosto de 2014 señaló lo siguiente:

“...

Así por ejemplo es evidente que **al celebrar una contratación con el Estado, el particular** se ve inmerso en una gama de responsabilidades y supervisiones, como son un control previo y

control posterior en la Contraloría General de la República, una licitación pública, transparencia, publicidad, así como cualquier cláusula que sea establecida en el contrato, o pliego de peticiones, pero esos son requisitos y condiciones a las que se someten las personas naturales y jurídicas que negocien con el Estado, y las obligaciones o condiciones que deben cumplir no los convierten en servidores públicos.

Lo anterior obedece a que un contrato público consiste en un “acuerdo de voluntades, celebrando conforme a Derecho, entre dos entidades estatales o un ente estatal en ejercicio de la función administrativa y un particular, sea persona natural o jurídica o consorcio o asociación accidental, nacional o extranjero, del cual surgen derechos y obligaciones para ambas partes y cuya finalidad es de carácter público.” (Cfr. **Artículo 2, numeral 17 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006**).

De igual manera, esas personas naturales y jurídicas, están sometidas penalmente, haciendo extensivo en los delitos contra la administración pública (peculado), porque la norma tutela los intereses del Estado, y el bien protegido, resulta ser el Estado, de allí que por esa razón están sometidos a controles, fiscalizaciones, supervisiones, escrutinios, y en fin a que sea público y transparente, cualquier concesión, construcción que se haga para el Estado.

En ese sentido, a juicio del Pleno no se debe confundir la calidad de servidor público con el hecho de que la persona desempeñe una actividad que guarde relación con las funciones de administrar justicia “como por ejemplo acontece en el caso de los liquidadores de un banco, contra los cuales se pretendido interponer demandas de amparo como si fueran funcionarios públicos y respecto a lo cual esta Superioridad ha reiterado que no son funcionarios público, **sino mandatarios de una sociedad de liquidación** (Cfr. Sentencia de 2 de octubre de 1991, EXPORT BUSINESS-vs-Liquidadores de Banco Sur). (Cfr. Sentencia del Pleno de 10 de julio de 1998), **o con aquellas personas naturales o jurídicas que hayan celebrado con el Estado contrato de arrendamiento, concesión, desarrollo de construcciones o servicios.**

De allí que, la definición de servidor público incluida en el artículo 123 numeral 103, **el párrafo que incluye a los particulares que manejen fondos o que celebren contrataciones públicas**, en fin cualquier particular que tenga relación con el Estado, bajo dichas condiciones, colisione con la definición que establece la

Constitución Nacional, de servidor público, porque como hemos venido expresando estos son nombrados por el Estado y, prestan un servicio por el cual recibe una remuneración y un particular que maneje fondos o que celebre contratos con el Estado no es un servidor público, **no está nombrado en ningún cargo público, ni forma parte de la planilla estatal.**”

IV. Ley Presupuestaria Actual

Sobre el supuesto de hecho al cual se refiere su consulta (la relación de servicios con el Estado en virtud de un contrato), debo indicar que la misma está regulada por los artículos 257 y 258 de la Ley 69 de 24 de noviembre de 2015, “Por la cual se dicta el Presupuesto General del Estado para la Vigencia Fiscal 2016”, que a la letra dicen:

“Artículo 257. SERVICIOS ESPECIALES. Comprenden los servicios prestados por profesionales, técnicos o personas naturales que no son empleados públicos, siempre que no tengan cargos similares en la Estructura de Puestos de la entidad. Se podrá cargar a esta partida la contratación de funcionarios públicos, cuando éstos obtengan licencia sin sueldo de la institución donde laboran y los servicios sean prestados en una institución distinta a la que concede la licencia.

Los honorarios mensuales para este tipo de contratación no excederán el monto equivalente de tres mil (B/.3,000.00) mensuales, y la autorización se otorgará de acuerdo con el detalle incluido en el Presupuesto General del Estado. Aquellos contratos que por la calidad del servicio excedan el monto establecido, deberán contar con la autorización del Órgano Ejecutivo. **Dichas contrataciones tendrán que reflejar la siguiente información: tipo de servicio especial requerido, número de meses y monto de la cuantía mensual y total, y disponibilidad presupuestaria para cubrir las contribuciones a la seguridad social (Destacado en negrita nuestro).**

“Artículo 258. CONSULTORÍA. La contratación de consultorías se ceñirá a los procedimientos contenidos en la Ley 22 de 2006, sobre Contratación Pública, y deberá contar previamente con la certificación del Ministerio de Economía y Finanzas de que cuenta con el financiamiento garantizado. Los pagos de estos contratos se harán en forma parcial contra informe de avance y nota de aceptación satisfactoria, y el pago final contra la aprobación del producto final de los servicios contratados. Los contratos de consultoría con profesionales o técnicos, personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeros, para la realización de estudios, investigaciones, diseños, supervisión de obras, capacitación y otros de similar naturaleza, se imputarán a la partida de Consultorías, y deberán definir los objetivos, las tareas que se van a realizar y el cronograma de actividades. Quedarán exceptuados del procedimiento de selección de contratista y del procedimiento excepcional de contratación las consultorías que no

sobrepasen de trescientos mil balboas (B/.300,000.00) (El resaltado en negritas es del Despacho).

De la primera norma expuesta, se colige lo siguiente: i) que los servicios especiales son prestados por profesionales, técnicos o personas naturales que no son empleados públicos, siempre que no tengan cargos similares en la Estructura de Puestos dentro de la institución y ii) se podrá cargar a la partida de servicios especiales la contratación de funcionarios públicos, cuando estos obtengan licencia sin sueldo para prestar servicios en otra institución y, iii) la norma preceptúa, que estas contrataciones deberán reflejar el tipo de servicio requerido, números de meses, monto de la cuantía mensual y total, y **la disponibilidad de la partida presupuestaria, para cubrir las contribuciones al régimen de seguridad social.**

Tal y como se ha apuntado en líneas precedentes, la Ley Presupuestaria, establece la posibilidad de que un particular realice o preste un servicio público, ocupando un cargo en la plantilla como complemento de aquéllos que no están contenidas en la estructura de puesto; asimismo permite la contratación de funcionarios, una vez obtengan licencia sin sueldo de la entidad donde laboran para que presten un servicio público en otra institución.

A juicio de este Despacho, esta especie de contratación de naturaleza laboral, sui generis, también presenta una forma importante de entrar al servicio público, mediante una contratación por servicios especiales, figura que evolucionó a partir del año 2007, al disponerse en estos casos, los descuentos de ley. Al entablarse una relación con el Estado-Patrono, se origina una obligación frente al ejercicio público que debe cumplir el particular que presta un servicio público bajo condiciones de dependencia económica y jurídica, y sujeto al régimen disciplinario.

Sobre este tema, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, en Sentencia de 18 de febrero de 2009, señaló, en su parte medular, lo siguiente:

“... tal y como lo ha señalado esta Sala en distintos pronunciamientos, se entiende que existe subordinación jurídica en los siguientes supuestos: a) cuando el trabajador se encuentra obligado a laborar bajo la autoridad, mando y control del empleador, b) cuando el trabajador está obligado a realizar el trabajo convenido personalmente “con la intensidad, cuidado y eficiencia que sean compatibles con sus fuerzas, aptitudes, preparación y destreza (artículo 126, numeral 1 del Código de Trabajo); c) cuando el trabajador o empleado está obligado a prestar servicios en el tiempo convenido, y en la forma y modalidades que le sean indicadas por el empleador de acuerdo con el contrato y dentro del marco de los fines de la organización de la empresa; d) cuando el trabajador debe rendir sus tareas en el lugar convenido.

...

... que ante la falta de evidencias sobre la existencia de subordinación jurídica, la prueba de la dependencia económica determina que se califique como relación laboral existente...”

De lo expuesto se colige, que tanto la subordinación jerárquica o dependencia económica son elementos esenciales que determinan si la relación laboral es dependiente o autónoma (reemplaza la deficiencia en la estructura de puestos de la institución). En tal sentido, el particular que presta un servicio público, y está ocupando un cargo como complemento en la estructura de cargos, a juicio de este despacho, se le considera servidor público y está sujeto a la aplicación de las normas reglamentarias y disciplinarias. También debemos observar que, sea una u otra situación en el caso que nos ocupa, igual estarán sujetos al régimen obligatorio de seguridad social, es decir, el Estado-Patrono deberá retenerles las cuotas obreros patronales y remitirlas a la entidad de seguridad social.

V. Ley 127 de 31 de diciembre de 2013

Antes de entrar a examinar la Ley 127 de 2013, en lo atinente, a los funcionarios que prestan servicios especiales, debemos definir lo que es servidor público, de acuerdo con el artículo 201, numeral 103 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000. Veamos:

“Artículo 201. Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme a este glosario:

1.

...

103. Persona que ejerce funciones, temporal o permanentemente, en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo, o Judicial, de los municipios, entidades autónomas o semiautónomas, que presta un servicio personal, y, *en general, la que perciba remuneración del Estado.*”

Cabe destacar que en nuestro país, se ha venido dando una tendencia relacionada con los **servicios especiales** prestados por funcionarios, concretamente, hacemos referencia a los servidores públicos al servicio del Estado, **nombrados por servicios especiales**, contenido en el artículo 1 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, **que reforma la Ley 39 de 2013** “que establece un régimen de estabilidad laboral para los servidores públicos”, cuyo texto es del siguiente tenor:

“Artículo 1. **Los servidores públicos al servicio del Estado nombrados** en forma permanente o eventual, ya sea transitorio, contingente **o por servicios especiales, con dos años de servicios continuos o más**, sin que se encuentren acreditados en alguna de las carreras que establece el artículo 305 de la Constitución Política de la República, **gozarán de estabilidad laboral en su cargo** y no podrán ser despedidos sin que medie alguna causa justificada prevista por la ley y según las formalidades de esta.

A los servidores públicos amparados por este artículo, no les será aplicable la discrecionalidad de libre nombramiento y remoción.”
(La negrita es del despacho).

En relación a esta normativa, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 17 de marzo de 2016, en su parte medular, se pronunció en los siguientes términos:

“ ...

De la disposición jurídica interpreta la Sala que aquellos funcionarios al servicio del Estado nombrados en forma permanente o eventual ya sea transitorio, contingente **o por servicios especiales con dos años de servicio continuo o más**, que no están acreditados por algunas de las carreras públicas dispuestas en el artículo 305 de la Constitución Política gozarán de la estabilidad en su cargo, lo que implica que no pueden ser destituidos sin que medie causa legal que lo justifique. Dicho de otra manera, aquellos funcionarios que cuando entrara en vigencia la ley en referencia, tuvieran dos años continuos en un cargo le asisten derecho a la estabilidad laboral, sin señalarse nada sobre el nombramiento.

A nuestro criterio, al señalar la norma en análisis que los servidores públicos nombrados al servicio del Estado con dos años de servicios continuos, comprende a aquellos que ya estaban nombrados con la entrada en vigencia de la Ley 127 de 2013, y que cumplían con la condición de los dos años continuo, pues, situación distinta sería que la norma expresara que dicha condición se computaría, para aquellos nombramientos consumados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley.

Lo anterior expuesto, nos permite concluir con la Ley 127 de 2013, se establece en nuestro orden jurídico un nuevo régimen de estabilidad laboral **para los servidores públicos**, que se obtiene con el mero transcurso del tiempo, al no establecerse otra condición, para aquellos funcionarios que no pertenecen a algunas de las carreras dispuestas en la Constitución.” (Resaltado nuestro)

De lo anteriormente expuesto, se desprende que tanto en la jurisprudencia como en la Ley, se buscó garantizar la estabilidad de aquellos servidores públicos nombrados en forma permanente o eventual, ya sea transitorio, contingente **o por servicios especiales, con dos años de servicios continuos o más**; evitando con ello, simular una relación contractual por tiempos de corta duración, asegurando así la estabilidad del servidor público en su cargo, en consideración a los dos años continuos o más. La Ley, en estos casos especiales, crea la condición de estabilidad, para este tipo de funcionarios por servicios especiales, por el transcurso del tiempo. De igual manera, en estos casos, de acuerdo con la regulación

presupuestaria y la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social, quedan sujetos al sistema obligatorio de seguridad social.

Visto lo anterior, podemos entonces inferir que a las personas contratadas por servicios especiales, se les consideran servidores públicos, en función a la condición de los dos años continuos de prestación del servicio público, otorgándole la propia ley, estabilidad en el cargo que ocupa, en lo cual, en iguales condiciones, están sujetos a horarios, subordinación jerárquica, sometido al régimen disciplinario, garantizándole las mismas prerrogativas y sometidos a las mismas obligaciones funcionariales, dentro del marco constitucional y legal contenido en los artículos 299 y 300; y en el artículo 257 de la Ley 69 de 2015 para la vigencia fiscal del año 2016.

Por otra parte, la ley presupuestaria bajo examen, en su artículo 258, también permite la celebración de contratos de consultorías con profesionales o técnicos, sean personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, para la realización de estudios, investigaciones, diseños, supervisión de obras, capacitación y otros de similar naturaleza, cuya formalización está sujeta al cumplimiento de la Ley de Contrataciones Públicas, de ahí que quien sea contratado bajo esta modalidad, lejos de tener la calidad de servidor público, sólo presta sus servicios profesionales o técnicos al Estado en calidad de consultor o contratista y se encuentra vinculado a éstos a través de un contrato originado por un procedimiento de selección de contratista, tal como lo dispuso el Pleno de la Corte Suprema de Justicia a través de Sentencia de 6 de agosto de 2014.

En virtud de las consideraciones anteriormente expresadas, es claro para esta Procuraduría que las personas contratadas bajo servicios especiales, se consideran funcionarios al servicio del Estado, tomando en consideración tanto la norma constitucional como los preceptos presupuestarios examinados; con el correlativo deber del Estado-Patrono, quien actuará como agente recaudador de las cuotas obreros patronales, remitiendo las mismas oportunamente a la Caja de Seguro Social.

Aprovecho la oportunidad, para reiterarle mis más sinceras consideraciones y respeto.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

RGM/au

