

, 9 de julio de 1990

Licenciado
Rubén Carles
Contralor General
de la República
E. S. D.

Estimado Señor Contralor:

Damos contestación a su Nota N°478--Dir-Aud de 19 de junio pasado, en la cual eleva la siguiente consulta:

"¿Puede la Contraloría General de la República, exigir la acreditación del Certificado de Paz y Salvo con el Tesoro Nacional y la Caja de Seguro Social por concepto del Impuesto sobre la Renta, Seguro Educativo, Cuota Patronal y de Riesgos Profesionales, como requisito para proceder al refrendo de contratos por servicios personales, profesionales y de suministros?"

- o - o -

En nuestro Derecho Positivo, la Contraloría General de la República es el organismo estatal independiente, de carácter técnico, cuya misión es fiscalizar, regular y controlar los movimientos de los fondos y bienes públicos; examinar, intervenir, fenecer y juzgar las cuentas relativas a los mismos.

El artículo 276, numerales 2 y 3, de la Carta Política se refieren a algunas de las funciones de la Contraloría General, de la siguiente forma:

"ARTICULO 276: Son funciones de la Contraloría General de la República, además de las que señala la Ley, las siguientes

.....
2. Fiscalizar, regular y controlar todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que se realicen con corrección y según lo establecido en la Ley.

La Contraloría determinará los casos en que ejercerá tanto el control previo como el posterior sobre los actos de manejo, al igual que aquéllos en

que sólo ejercerá este último.

3. **Examinar, intervenir y fenecer las cuentas de los funcionarios públicos, entidades o personas que administren, manejen o custodien fondos u otros bienes públicos. Lo atinente a la responsabilidad penal corresponde a los tribunales ordinarios.**"

- o - o -

Iguales disposiciones se encuentran en el artículo 11, numerales 2 y 3, de la Ley 32 de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República.

La Ley Nº2 de 26 de abril de 1990, por la cual se dicta el Presupuesto General del Estado para la presente vigencia fiscal de 1990, en su artículo 160, le señala una atribución de importancia a la Contraloría General, tendiente a que dicho organismo controle la administración presupuestaria y financiera del Estado. Dicha norma dispone:

"ARTICULO 160: Todas las Instituciones Públicas están obligadas a observar los sistemas y procedimientos que la Contraloría General establezca para controlar la administración presupuestaria y financiera del Estado."

- o - o -

No cabe la menor duda que la Contraloría General de la República tiene participación en la celebración de los contratos que celebra el gobierno con personas naturales y jurídicas. Esta actuación se refiere al refrendo de dichos contratos por parte del Contralor General de la República. Sobre el particular, el artículo 48 de la Ley 32 de 1984, nos dice:

"ARTICULO 48: La Contraloría refrendará todos los contratos que celebren las entidades públicas y que impliquen erogación de fondos o afectación de sus patrimonios. Esta función puede no ser ejercida en aquellos casos en que la Contraloría, por razones justificadas, la considere innecesaria, lo cual debe declarar en resolución motivada del Contralor o Sub-Contralor General de la República."

- o - o -

En materia de contratación estatal, el artículo 66 del Código Fiscal se refiere a las personas que no pueden ser contratistas con el Estado, a saber:

"ARTICULO 66: No podrán ser postores en las licitaciones ni en los concursos, ni contratistas con el Estado:

- 1º Los que carezcan de capacidad para obligarse;
- 2º Los deudores morosos del Estado;
- 3º Los que anteriormente hubieren faltado al cumplimiento de contrato celebrado con el Estado; y
- 4º Los funcionarios que intervengan, en cualquier forma, en la preparación o ejecución de la licitación o del concurso, y aquéllos a quienes la Constitución o leyes especiales les prohiban contratar con el estado."

- o - o -

Por su parte, el artículo 739 ibidem al regular el Certificado de Paz y Salvo, dispone:

"ARTICULO 739: Cuando el interesado no acredite previamente que está a Paz y Salvo con el Tesoro Nacional y la Caja de Seguro Social por concepto del Impuesto sobre la Renta, Seguro Educativo, Cuota Obrero, Patronal y de Riesgos Profesionales, no podrán ser autorizados, permitidos o admitidos por los funcionarios públicos o particulares, los actos o contratos que se indican a continuación:

1. La entrega de mercancías por las Aduanas;
2. La celebración de contratos con el Estado, con los municipios y con las instituciones autónomas y semiautónomas, excluida las bancarias;
3. Las inscripciones de las escrituras públicas sujetas al pago del impuesto de registro;
4. Los pagos que efectúe el Tesoro Nacional o Municipal excepto los correspondientes a los sueldos, salarios o remuneraciones por servicios prestados;
5. Expedición y renovación de licencias comerciales o industriales;

6. La revisión anual a que están sujetos

los vehículos automotores que circulen con Placa Comercial;

7. La venta de pasajes al exterior y la obtención del permiso de salida para viajar al exterior a personas residentes en el territorio nacional, salvo las excepciones siguientes:
- a) Los diplomáticos y cónsules rentados acreditados en la República de Panamá. A los diplomáticos les bastará exhibir su pasaporte debidamente visado por las autoridades nacionales. Los cónsules deberán acreditar la exención mediante constancia que les expedirá el Ministerio de Relaciones Exteriores;
 - b) Las personas que por tratados públicos están exoneradas de este impuesto;
 - c) Los menores de dieciocho (18) años de edad; y
 - d) Los estudiantes con visa o pasaportes de estudiantes.

Parágrafo: Para los efectos de este artículo la Caja de Seguro Social remitirá periódicamente al Ministerio de Hacienda y Tesoro la lista de los empleadores morosos en el pago de las cuotas Obrero-Patronal y de Riesgos Profesionales."

- o - o -

La norma reproducida nos detalla los actos o contratos que no pueden ser autorizados, permitidos o admitidos por los funcionarios públicos o particulares, cuando el interesado acredite previamente estar a paz y salvo con el Tesoro Nacional -en concepto del Impuesto sobre la Renta y Seguro Educativo- y la Caja de Seguro Social -con motivo de Cuotas Obrero-Patronal y de Riesgos Profesionales. Los contratos mencionados incluyen todos los que se celebran con el Estado, con los Municipios y con las instituciones autónomas y semi-autónomas; excluidos los bancarios.

Conceptuamos que el ámbito de aplicación de la norma incluye los contratos de suministros. El contrato de suministro, según definición de Sayagués Laso en su obra Tratado de Derecho Administrativo (T.II, pág. 122; Montevideo, 1974, 3ª Edición) es, "aquél por el cual la administración pública, mediante el pago de un precio, adquiere las cosas muebles que necesita, y las cuales se entregan de una sola vez o en períodos sucesivos". Este

tipo de contrato se difiencía del contrato de servicios o de arrendamiento de servicios, en la medida en que éstos "tienen por objeto la prestación de cierta actividad personal y no la entrega de una cosa mueble" (pág. 123, *ibidem*).

No obstante, en virtud de lo establecido en el numeral 3 del artículo 739 citado, es necesario excluir de la exigencia del requisito de paz y salvo, los sueldos, salarios o remuneraciones por servicios prestados.

Por lo que respecta a sueldos, salarios o remuneraciones por servicios prestados, entendemos que la norma se refiere a aquellos servidores públicos contemplados en la definición dada en el artículo 294 de la Constitución Nacional, a saber:

"ARTICULO 294: Son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Organo Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas y semiautónomas; y en general, las que perciban remuneración del Estado."

- o - o -

Si bien el nombramiento de tales personas, entraña una contratación, dicho acto se perfecciona fundamentalmente por medio de un decreto (si es a nivel del Gobierno Central) o una resolución o resuelto (tratándose de instituciones autónomas o semiautónomas) más que de un contrato. En el primer caso -el decreto o resolución de nombramiento- la administración actúa en su carácter público como empleador en una relación de índole eminentemente administrativa. Mientras que en el segundo caso -el contrato- la administración puede actuar (1) reservándose o concediendo ciertos privilegios "que son inherentes a la noción de gobierno y que no pueden figurar en los contratos de los particulares porque son contrarios al principio de la igualdad de las partes, o de que el contenido es ley para ellas y no puede ser modificado sin su consentimiento"; en cuyo caso también lo hace en su carácter público (2) renunciando a los privilegios que tienen como ente público y "se somete a la ley civil como los particulares, inhibiéndose así para modificar unilateralmente el contrato o para otorgar privilegios". (Vidal Perdomo, Jaime, Derecho Administrativo General, pág. 405. Bogotá, Edit. Tennis, 1966).

Es posible, por tanto, ingresar al servicio público mediante un contrato en vez del nombramiento en virtud de un

Decreto (si es a nivel del 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 Educativo. Pero estos casos deberían ser poco frecuentes y ser utilizados sólo muy excepcionalmente.

También es importante distinguir entre el funcionario público empleado mediante contrato y los casos de contratos de servicios con los particulares, llamense éstos, "servicios personales" o "servicios profesionales". En los contratos de arrendamiento de servicios, la persona contratada no se incorpora a la administración sino que se limita a realizar únicamente una tarea determinada, igual como podrían hacerlo para otros particulares sin que le sean aplicables las normas constitucionales y legales exigidas al servidor público. Al respecto, el tratadista Sayagués Laso señala:

"Pero ha de tenerse en cuenta que la administración no tiene libertad para tales contrataciones y, por el contrario sólo facultades muy limitadas (3), no pudiendo recurrir a ese procedimiento para eludir la aplicación de las disposiciones constitucionales y legales que limitan o condicionan el ingreso a las funciones públicas, o que regulan su ejercicio (4)

(3) Generalmente se necesita texto legal expreso. A veces la autorización para contratar surge implícitamente, por existir partidas presupuestales destinadas expresamente a ese fin.

(4) Con frecuencia se acude a un pseudo contrato, ya que no se pacta ninguna condición específica. En ese caso hay una verdadera designación, rotulada como arrendamiento de servicio, que generalmente tiene por objeto eludir las disposiciones que exigen la ciudadanía del designado o que establecen garantías de inamovilidad, etc. La simulación es evidente y por lo tanto no surte efectos, debiendo aplicarse las normas constitucionales y legales que correspondan."

- o - o -

En virtud de lo expuesto, conceptuamos que la excepción de exigir paz y salvos, contemplado en el artículo 739

(numeral 4) del Código fiscal respecto a "sueldos, salarios o remuneración por servicios prestados hace referencia a una condición de empleo público. Ello es así por cuanto el término "remuneración" también se define como sueldo, salario o jornal (Cabanelas).

Por otra parte, en los contratos de servicios o contratos de arrendamiento de servicios, se pacta un precio cierto, cuyo pago o cancelación viene a constituir "la cancelación efectiva de la obligación" (Planiol). Los efectos de dicho pago son: la extinción de la obligación y la liberación del deudor (Diccionario de Derecho Privado, T.2, p.2881. Barcelona: Edit. Labor, S.A., 3ª edición). En nuestro derecho patrio se regula esta contratación en el artículo 1296 del Código Civil que dice:

"ARTICULO 1296: En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto."

- o - o -

Por consiguiente, consideramos que el precio pagado en el contrato de arrendamiento de servicios no puede reputarse como sueldo, ni salario, ni remuneración.

Concluimos que, la Contraloría sí puede exigir que se acredite previamente que el contratista -ya sea persona natural o jurídica- esté a Paz y Salvo con el Tesoro Nacional y la Caja de Seguro Social, por concepto del Impuesto sobre la Renta, Seguro Educativo, Cuotas Obrero-Patronales, en los siguientes casos de contratos celebrados con el Estado, municipio, instituciones autónomas y semiautónomas (excluidas las bancarias):

- 1.- Contratos de suministro cualquiera que sea el objeto del mismo.
- 2.- Contratos de servicios de mantenimiento.
- 3.- Contratos de servicios personales o profesionales, siempre que la persona contratada no ostente la categoría de servidor o funcionario público.

No obstante lo anterior, por tratarse de un asunto de carácter tributario, el criterio definitivo sobre el particular debe ser el señalado por el Director General de Ingresos, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del Decreto de Gabinete Nº109 de 1970.

Finalmente, nos permitimos recomendar que el empleo de servidores mediante la modalidad de contratos debe ser

restringida para lo estrictamente necesario; los existentes deberán ser convertidos en nombramientos mediante los decretos o resoluciones correspondientes, tan pronto ello sea factible.

Reiteramos al señor Contralor General las seguridades de nuestro aprecio y consideración.

AURA FERAUD
Procuradora de la Administración

VB:AF/nder.