



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

DTJ- 025-2018-132

Ibagué, 18 de Abril de 2018.

Señor:

LUIS ERNESTO OLAYA ROMERO.

Calle 11 No. 3-31 Barrio el Diviso

Prado – Tolima.

Luisolaya1961@outlook.com

CONTRALORÍA DPTAL. DEL TOLIMA	
VENTANILLA ÚNICA	
20 ABR 2018	
HORA:	PS 1972
RADICADO:	
FOLIOS:	3
RECIBE:	G. Saam

Ref. Concepto Jurídico.

Contestación Solicitud del 05 de marzo de 2018.

CONCEPTO No. 005	09 de Abril de 2018
Tema:	Contrato de prestación de servicios Juntas de Acción comunal
Problema Jurídico:	<p>La Alcaldía de Prado puede reconocer una bonificación mensual a los representantes legales de Juntas de Acción comunal, Juntas de vivienda comunitaria y asociaciones de estos organismos comunales sin ánimo de lucro, caso negativo porque y caso afirmativo con que partida presupuestal.</p> <p>Los colaboradores de la Alcaldía municipal de Prado, por la modalidad de contratación por contratos de prestación de servicios tienen derecho a recibir todas las erogaciones de ley como el personal contratado por la modalidad de nómina.</p> <p>Los colaboradores de la Alcaldía de Prado, por la modalidad de contrato de prestación de servicios, la Administración Municipal, los puede afiliar directamente a la seguridad social integral (salud, pensión, ARL) y hacer estos descuentos en las respectivas cuentas de cobro.</p>
Fuentes formales:	

Sobre Este Concepto jurídico:

Este concepto jurídico no es obligatorio ni vinculante, se trata de una opinión, apreciación o juicio, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, o como materia de consulta sobre las cuestiones en él planteadas.

De allí que la Entidad que lo ha solicitado no está sometida a lo que en él se concluye o se opina, de modo que pueden o no acogerlo, sin que se derive ningún tipo de responsabilidad sobre la entidad que lo emite.

Como es conocido la función primordial de la Contraloría Departamental del Tolima, es ejercer la vigilancia fiscal de las entidades territoriales del nivel departamental y municipal, descentralizadas y por servicios.



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

Así que de manera muy general procedemos a dar respuesta al caso planteado de la siguiente manera:

i) **Sobre los contratos de prestación de servicios.**

El artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993 dispone que Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Según la jurisprudencia "El contrato de prestación de servicios regulado por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 contiene características propias que lo diferencian de otro tipo de formas jurídicas en materia laboral: la prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer en la cual la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato; la vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

Por consiguiente, cuando se ejecutan este tipo de contratos no es admisible exigir el pago de prestaciones sociales propias de la regulación prescrita en el Código Sustantivo del Trabajo o en las disposiciones que regulan el derecho de la función pública. Finalmente, la jurisprudencia constitucional es clara cuando afirma que bajo esta modalidad contractual también es viable aplicar la teoría del contrato realidad, según la cual, si se reúnen los tres requisitos enunciados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, prima la situación objetiva sobre la forma jurídica que las partes hayan adoptado para regir determinada situación. Esta teoría tiene dos ámbitos de aplicación: cuando se trata de trabajadores vinculados con particulares o con el Estado. Una consideración adicional que esta Sala debe reafirmar con respecto al tipo de vinculación del actor y la Institución Educativa los Fundadores, es que las funciones que desempeñó en la Institución no correspondían a las características del contrato de prestación de servicios del artículo 32 Ley 80 de 1993".

El inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, se dispone que Los contratantes públicos y privados deberán efectuar directamente la retención de la cotización de los contratistas, a partir de la fecha y en la forma que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.

Mediante Sentencia proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN PRIMERA SUBSECCIÓN B del doce (12) de marzo de dos mil dieciocho (2018). Rad. No. 25000-23-41-000-2018-00058-00 haciendo uso de la acción de cumplimiento precisamente del inciso 3 del artículo 135 de la ley 1753 de ordeno al Gobierno nacional que para el presente asunto se



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

encuentra conformado por el Presidente de la República y los ministros de Salud y Protección Social, Hacienda y Crédito Público, y del Trabajo, que dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia expida la correspondiente reglamentación del inciso tercero del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015.

Conclusiones:

j. Según la normatividad estudiada, las personas contratadas a través de la modalidad de "contrato de prestación de servicios no pueden, recibir salario ni prestaciones sociales reconocidas a los funcionarios públicos o trabajadores oficiales, los contratistas del Estado, reciben honorarios por sus servicios prestados.

El contrato de prestación de servicios implica que la prestación del servicio se hace con total independencia y autonomía del contratista lo que implica que no está sujeto al cumplimiento de horario, cumplimiento de órdenes de superiores o ejecutar su labor de manera subordinada.

Por tanto las entidades contratantes no están obligadas a realizar afiliaciones a la seguridad social del contratista, ni mucho menos hacer descuentos de sus honorarios con cargo a este concepto, ya que las afiliaciones son a cargo del contratista quien debe demostrar los pagos al momento de presentar las respectivas cuentas de cobro; y al funcionario pagador le corresponde verificar que estén realizadas conforme a la ley.

Por otra parte en cumplimiento de la Sentencia proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN PRIMERA SUBSECCIÓN B del doce (12) de marzo de dos mil dieciocho (2018). Rad. No. 25000-23-41-000-2018-00058-00, se deberá dar cumplimiento por parte del Gobierno Nacional a reglamentar lo pertinente, así que posteriormente las entidades contratantes públicas o privadas podrán, descontar los aportes al sistema de seguridad social integral directamente de los honorarios que perciba el contratista por prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión.

Solución al problema jurídico planteado:

¿Los colaboradores de la Alcaldía municipal de Prado, por la modalidad de contratación por contratos de prestación de servicios tienen derecho a recibir todas las erogaciones de ley como el personal contratado por la modalidad de nómina?

No, los contratistas por contrato de prestación de servicios no tienen la calidad de servidores públicos, por tanto no reciben las asignaciones básicas mensuales o prestaciones sociales resultantes de una vinculación legal o reglamentaria.

¿Los colaboradores de la Alcaldía de Prado, por la modalidad de contrato de prestación de servicios, la Administración Municipal, los puede afiliar directamente a la seguridad social integral (salud, pensión, ARL) y hacer estos descuentos en las respectivas cuentas de cobro?



En este momento No, las entidades territoriales no pueden afiliar directamente a los contratistas por contrato de prestación de servicios, ya que es deber de cada contratista realizar su propia afiliación como trabajador independiente.

Se deberá esperar la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional para poder descontar directamente los aportes.

ii) *Sobre las juntas de Acción comunal*

El Artículo 8° de la ley 743 de 2002 define a Las juntas de acción comunal como una organización cívica, social y comunitaria de gestión social, sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio, integrada voluntariamente por los residentes de un lugar que aúnan esfuerzos y recursos para procurar un desarrollo integral, sostenible y sustentable con fundamento en el ejercicio de la democracia participativa.

Que La junta de vivienda comunitaria es una organización cívica sin ánimo de lucro, integrada por familias que se reúnen con el propósito de adelantar programas de mejoramiento o de autoconstrucción de vivienda.

El artículo 19 de la Ley 743 de 2002, estableció entre otros, los siguientes objetivos generales:

“ARTICULO 19. Objetivos. Los organismos de acción comunal tienen los siguientes objetivos:

- a) Promover y fortalecer en el individuo, el sentido de pertenencia frente a su comunidad, localidad, distrito o municipio a través del ejercicio de la democracia participativa;*
- b) Crear y desarrollar procesos de formación para el ejercicio de la democracia;*
- c) Planificar el desarrollo integral y sostenible de la comunidad;*
- d) Establecer los canales de comunicación necesarios para el desarrollo de sus actividades;*
- e) Generar procesos comunitarios autónomos de identificación, formulación, ejecución, administración y evaluación de planes, programas y proyectos de desarrollo comunitario;*
- f) Celebrar contratos con empresas públicas y privadas del orden internacional, nacional, departamental, municipal y local, con el fin de impulsar planes, programas y proyectos acordes con los planes comunitarios y territoriales de desarrollo;*

La Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, establece sobre el particular lo siguiente:

“ARTÍCULO 2°. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

2°. Se denominan servidores públicos:

a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas.

Conclusiones:

De la normas en estudio podemos concluir que las juntas de Acción Comunal, son asociaciones de naturaleza privada, y por tanto los representantes legales, presidentes y demás miembros no ostentan la calidad de servidores públicos.

Al no ostentar la calidad de servidores públicos, no tienen derecho a recibir asignación que provenga del tesoro público, mas sin embargo dentro de sus estatutos pueden pactar algún tipo de pagos o asignaciones con cargo al presupuesto de la junta o asociación, por otra parte; las juntas de acción comunal están autorizadas para celebrar contratos con los entes municipales o departamentales para la ejecución de contratos de mínima cuantía, en este caso recibirían honorarios por los servicios prestados u obras ejecutadas pero a nombre de la persona jurídica; mas no a nombre de los representantes legales o demás miembros de la junta.

Respuesta al asunto planteado:

¿La Alcaldía de Prado puede reconocer una bonificación mensual a los representantes legales de Juntas de Acción comunal, Juntas de vivienda comunitaria y asociaciones de estos organismos comunales sin ánimo de lucro, caso negativo porque y caso afirmativo con que partida presupuestal?

No, los representantes legales de las juntas de acción comunal, y asociaciones de vivienda y demás miembros no pueden recibir bonificación mensual a cargo del presupuesto de la nación.

De esta manera damos respuesta al asunto planteado.

Sin otro particular,

Atentamente,


OLGA MERCEDES CORDOBA ZARTA
Directora Técnica Jurídica

Proyectó
FATA/PU/DTJ