



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20101000010681

Fecha: 02-03-2010

Bogotá, D.C
110

Doctora
ELIZABETH CRISTINA RODRIGUEZ TAYLOR
Directora
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE
LA FUNCION PÚBLICA
Carrera 6 No 12 – 62
Ciudad.



- 3 MAR 2010

CORRESPONDENCIA RECIBIDA

Asunto: Solicitud para elevar consulta ante el Consejo de Estado

Respetada Señora Directora:

En virtud de lo establecido en el artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el numeral 1o. del artículo 38 de la Ley 270 de 1996, de manera atenta le solicito elevar consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, en relación con el alcance y aplicación de la prohibición contenida en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, para los contratos de prestación de servicios a celebrar por las contralorías departamentales, teniendo en cuenta lo siguiente:

1. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

1.1. La norma que se consulta

La ley 330 de 11 de diciembre de 1996, "Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 308 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones relativas a las Contralorías Departamentales", señala en su artículo 15:

"Artículo 15. Prohibiciones. Las Contralorías Departamentales no podrán contratar la prestación de servicios personales para el cumplimiento de funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal. Igualmente, no podrán destinar recurso alguno para atender actividades que no tengan relación directa con el control fiscal. La violación de lo dispuesto en este artículo será causal de mala conducta."

¡Fortaleza del control fiscal!

La citada disposición desarrolla entre otras normas el artículo 308 de la Carta Política y el artículo 272 superior que señalan:

"Artículo 308. La ley podrá limitar las apropiaciones departamentales destinadas a honorarios de los diputados y a gastos de funcionamiento de las asambleas y de las contralorías departamentales."

"Artículo 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva."

La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

Igualmente les corresponde elegir contralor para periodo igual al del gobernador o alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo.

Ningún contralor podrá ser reelegido para el periodo inmediato.

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.

Para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco años, acreditar título universitario y las demás calidades que establezca la ley.

No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia.

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones."

1.2. Las normas relativas a la contratación estatal de prestación de servicios

Por tratarse de una prohibición expresa en materia de contratación, fue necesario

¡Fortaleza del control fiscal!

hacer el análisis de la norma a la luz de las disposiciones legales vigentes, entre otras la Ley 80 de 1993 y el Decreto Reglamentario 2474 de 2008, que se señalan en el siguiente cuadro comparativamente con la Ley 330 de 1996, así:

	LEY 80 DE 1993	DECRETO 2474 DE 2008	LEY 330 DE 1996
Objeto	Señala las reglas y principios que rigen la contratación de las entidades públicas. Junto con la ley 1150 de 2007 y el Decreto Ley 222 de 1983 conforma el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.	Reglamenta las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 en cuanto a las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva y otras disposiciones relacionadas con los procesos de contratación pública. En su artículo 82 se refiere a los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión a los que se dirige la ley 80 y sus normas complementarias	Se ocupa del régimen de las Contralorías Departamentales, fija su competencia, naturaleza, estructura y planta de personal, el periodo y calidades del contralor, el régimen de inhabilidades, sus atribuciones, y establece prohibiciones en materia de contratación por parte de estas entidades.
Campo de aplicación	Todas las entidades estatales salvo aquellas que gozan de una regulación especial.	Por ser reglamentaria de la Ley 80 de 1993 tiene su mismo ámbito de aplicación.	Contralorías Departamentales.
Texto de la norma	<p>"Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)</p> <p>3o. Contrato de Prestación de Servicios.</p> <p>Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas</p>	<p>"Artículo 82. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente</p>	<p>"Artículo 15. Prohibiciones. Las Contralorías Departamentales no podrán contratar la prestación de servicios personales para el cumplimiento de funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal. Igualmente, no podrán destinar recurso alguno para atender actividades que no tengan relación directa con el control fiscal. La violación de lo dispuesto en este artículo será causal de mala conducta."</p>

¡Fortaleza del control fiscal!

	<p>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.</p> <p>En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable."</p>	<p>varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.</p> <p>Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad.</p> <p>Para la contratación de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación en el respectivo contrato."</p>	
<p>Restricción</p>	<p>No se puede contratar cuando dichas actividades puedan realizarse con personal de planta o se cuenta en la misma con personal que tenga los conocimientos especializados necesarios para adelantar la actividad</p>		<p>No se puede contratar la prestación de servicios personales para el cumplimiento de funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal, sin hacer distinción alguna que lo permita en caso que no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.</p>

2. POSICIONES JURIDICAS DE LA AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA SOBRE ELTEMA

Se revisa el contenido de los conceptos jurídicos OJ-110-043 de 2007, OJ-110-020 de 2007, OJ-110-06 de 2009 emitidos por la Oficina Jurídica de la AGR y se observan las siguientes posiciones sobre el asunto.

1. De una parte, haciendo una interpretación sistemática de las normas, la citada prohibición se refiere a las actividades misionales de las contralorías, que deben ser realizadas únicamente por los empleados que hacen parte de la planta de personal.

¡Fortaleza del control fiscal!

Carrera 10 No. 17-18 Piso 9 -- Teléfonos: [571] 4432969 - 2820917 - PBX: [571] 318 6800 Ext. 101 -- Fax: [571] 3422080
 Línea Gratuita: 018000 120205 -- Sitio Web: www.auditoria.gov.co -- Correo-E: auditorgeneral@auditoria.gov.co -- Bogotá D.C. - Colombia

En este sentido, el contrato de prestación de servicios tiene por objeto suplir necesidades de las contralorías departamentales, en la ejecución de las funciones administrativas requeridas para el debido funcionamiento del organismo; más no para actividades misionales.

2. De otra parte, se señala que las contralorías departamentales no pueden celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales para ejercer la función de control fiscal, pero sí, previo concepto del Consejo de Estado, contratar con empresas privadas colombianas seleccionadas por concurso de méritos, el ejercicio de esta función, cuando concurra cualquiera de las causales previstas en el artículo 31 de la Ley 42 de 1993.
3. También se menciona en el concepto OJ-110-043 de 2007 que si bien la prohibición contenida en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996 reglamenta las contralorías departamentales puede ser aplicada por vía de analogía a las del orden distrital y municipal ante el vacío legal existente y la identidad del objeto regulado.

La anterior posición no se comparte, pues por ningún motivo puede entenderse aplicable de forma analógica el artículo 15 de la Ley 330 de 1996 a las contralorías distritales y municipales, por las siguientes consideraciones:

La Ley 330 de 1996 es una ley de carácter especial aplicable a las contralorías departamentales y por tanto de interpretación restrictiva.

Para el presente caso, se aplica el principio según el cual, las disposiciones especiales que consagran una excepción a las reglas generales, deben ser interpretadas restrictivamente y bajo ninguna circunstancia es posible su aplicación por vía de analogía.

Así las cosas, se considera que, la prohibición establecida como limitación del ejercicio de las competencias señaladas en la ley, debe interpretarse de acuerdo con la regla de hermenéutica prevista en el artículo 31 del Código Civil¹, cuyo sentido y alcance fijó la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

"En la interpretación de las leyes prohibitivas no deben buscarse analogías o razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la prohibición" (Cas., 14 de diciembre 1998, XIV, 92).

¹ ARTICULO 31. Interpretación sobre la extensión de una ley. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes.

¡Fortaleza del control fiscal!

De esta manera, no es procedente extender la interpretación del artículo 15 de la Ley 330 de 1996 a las contralorías distritales y municipales, por tratarse de una norma de carácter especial y no general, requisito este último, necesario, para que una interpretación sea susceptible de ser aplicada extensivamente.

2.1. La disposición consagrada en el artículo 15 de la ley 330 de 1996, es una norma posterior.-

La Ley 330 de 1996, que como se señaló, tiene su fundamento constitucional en el artículo 308 de la Carta Política, establece en su artículo 15 una clara prohibición a las Contralorías Departamentales de celebrar contratos de prestación de servicios personales "para el cumplimiento de funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal".

La citada norma, es de aquellas consideradas de carácter especial, y por tanto se convierte en una excepción a la aplicación del Estatuto General de Contratación Estatal y en este sentido, restringe, en lo que a ella se refiere, su campo de aplicación.

En este orden de ideas, por ser la Ley 330 de 1996 una norma especial, aplicable a las contralorías departamentales y además ser posterior a la Ley 80 de 1993, existe prevalencia en su aplicación, a la luz del principio cronológico² y del criterio de especialidad.

2.2. Las disposiciones relativas a los contratos de prestación de servicios tienen un carácter excepcional.-

Como puede apreciarse de las normas transcritas en el primer acápite de este documento, tanto el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, son disposiciones de carácter restrictivo; en el primer caso, se restringe su aplicación en la celebración de contratos con personas naturales, a aquellos casos en que dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados; la segunda, resulta ser aún más restrictiva que la primera, pues además de requerir el cumplimiento de estos requisitos se debe verificar que se trate de actividades que de conformidad con el manual de funciones, no hacen parte de las asignadas en la planta de personal.

Así, la prohibición establecida en el artículo 15 de la citada ley incluye no solamente los contratos de prestación de servicios personales para desarrollar

² Ley 153 de 1887: Artículo 2. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior."

¡Fortaleza del control fiscal!

7

actividades misionales sino las relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Distinta a esta posición puede entenderse que dando aplicación al artículo 32 de la Ley 80 se podrían realizar los contratos de prestación de servicios personales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

2.3. La claridad de la norma.-

La norma es clara al establecer que las contralorías departamentales no podrán contratar la prestación de servicios personales para el cumplimiento de funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal. Es una norma que no hace distinciones, y de la generalidad de los términos empleados, no puede deducirse la existencia de una verdadera duda razonable que amerite hacer una mayor interpretación, de tal forma, que no resulta viable ni procedente hacer distinción alguna por el intérprete.

Para el caso que nos ocupa, al interpretar el artículo 15 de la citada ley debe observarse que de la *generalidad de los términos empleados por la regla jurídica, la cual no pone limitaciones ni hace distinciones* no le es posible al intérprete hacerlo, de allí el aforismo hermenéutico: *Donde la ley no distingue al intérprete no le es dado distinguir.*

No puede en este análisis desconocerse el método de interpretación gramatical previsto en el Código Civil según el cual "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu."

Quiere decir lo anterior, que si la prohibición del artículo 15 se refiere expresamente a *"funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal"* al intérprete no le es dable hacer interpretaciones distintas, pues estas funciones corresponden a las relacionadas en el respectivo manual de funciones de la entidad y están asignadas al personal de planta para su cumplimiento.

En criterio de esta oficina, la claridad de la prohibición es tan evidente que se requiere analizar con sumo cuidado la aplicación del numeral 3º artículo 32 de la ley 80 de 1993,³ para el caso de las contralorías departamentales, al momento de contratar con personas naturales actividades de administración y funcionamiento

³ Ley 80 de 1993, Artículo 32. De los contratos estatales (...).

"3o. Contrato de Prestación de Servicios

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. (Subrayado fuera de texto)

¡Fortaleza del control fiscal!

de la entidad en caso que dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, pues, en vigencia de la norma tantas veces citada, de carácter imperativo restrictivo, es preciso tener en cuenta las reglas a seguir para la aplicación de normas generales, que resultan incongruentes

2.4. Las contralorías pueden contratar la vigilancia de la gestión fiscal con empresas privadas colombianas, previo concepto sobre su conveniencia del Consejo de Estado.-

El control fiscal es una función pública que se cumple a través de personas vinculadas al Estado en calidad de servidores públicos, en la forma prevista por la Constitución y la Ley. Así, el constituyente determinó que el ejercicio del control fiscal en el nivel territorial, sería ejercido por las contralorías de los departamentos, distritos y municipios y dispuso para ello que las asambleas departamentales y los concejos municipales las organizaran y dotaran de autonomía administrativa y presupuestal, debiendo darles una estructura, de la cual hace parte la planta de personal, para el cumplimiento de la misión a ellas encomendada

En principio, la vigilancia de la gestión fiscal, como función inherente de las contralorías, debe ser desarrollada por los funcionarios que hacen parte de su planta de personal; sin embargo, la Constitución Política faculta a las Contralorías para que de conformidad con la ley, contraten con empresas privadas colombianas el ejercicio de esta vigilancia. Así, el artículo 272 de la Carta señala:

“Artículo 272.—La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

Igualmente les corresponde elegir contralor para período igual al del gobernador o alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo.

Ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato.

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con

¡Fortaleza del control fiscal!

empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal..."
(Subrayado fuera del texto).

En desarrollo de la citada norma constitucional, el artículo 31 de la Ley 42 de 1993, establece la facultad de los órganos de control fiscal para contratar la vigilancia de la gestión fiscal con empresas privadas colombianas, previo concepto sobre su conveniencia del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

"Artículo 31. Los órganos de control fiscal podrán contratar la vigilancia de la gestión fiscal con empresas privadas colombianas, previo concepto sobre su conveniencia del Consejo de Estado. Estas serán escogidas por concurso de mérito en los siguientes casos:

- a) Cuando la disponibilidad de los recursos técnicos, económicos y humanos no le permitan al órgano de control ejercer la vigilancia fiscal en forma directa.*
- b) Cuando se requieran conocimientos técnicos especializados.*
- c) Cuando por razones de conveniencia económica resultare más favorable.*

Parágrafo. La Contraloría General de la República determinará las condiciones y bases para la celebración del concurso de méritos, así como las calidades que deban reunir las empresas colombianas para el ejercicio del control fiscal pertinente.

Los contratos se celebrarán entre el contratador respectivo y el concursante seleccionado con cargo al presupuesto del órgano de control fiscal correspondiente. La información que conozcan y manejen estos contratistas será de uso exclusivo del organismo de control fiscal contratante." (Lo subrayado es nuestro).

La posibilidad de contratar con empresas privadas la vigilancia de la gestión fiscal previa autorización del Consejo de Estado, es una vía constitucional y legal para el cumplimiento de la gestión por parte de las contralorías cuando, entre otros casos, no cuenten con los suficientes recursos humanos, técnicos y económicos, para hacerlo directamente.

3. INTERROGANTES

De acuerdo a lo expuesto y atendiendo a la relevancia del tema se considera oportuno, remitirlo para consulta al Consejo de Estado, con el fin de unificar criterios y resolver los siguientes interrogantes:


1. ¿La prohibición prevista en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, aplicable a las contralorías departamentales, es de carácter especial; por tanto, no es aplicable lo dispuesto como regla general en el numeral 3º del artículo 32 de Ley 80 de 1993

¡Fortaleza del control fiscal!

2. ¿O por el contrario, la prohibición contenida en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, no es especial y debe interpretarse armónicamente, con lo establecido con la Ley 80 de 1993?
3. ¿Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, si no hay personal de planta suficiente para adelantar los procesos de responsabilidad fiscal y de auditoría, las contralorías departamentales pueden celebrar contratos de prestación de servicios?
4. ¿De conformidad con el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, se prohíbe contratar las actividades misionales, pero se permiten las de funcionamiento o las administrativas?

De esta manera, dejo planteados los interrogantes cuya respuesta resulta de especial interés para que esta entidad pueda orientar el ejercicio del control fiscal sobre la materia.

Cordialmente,

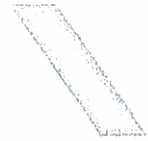


IVAN DARÍO GÓMEZ LEE
Auditor General de la República

Proyectaron: Diana María Murcia V.
Katherina Ramírez Navarrete

Revisó: Mariana Gutiérrez Dueñas

¡Fortaleza del control fiscal!



20101100004483

Radicado No: 20101100004483

Fecha: 04-02-2010

Bogotá, D.C

OJ-110.002.2010

Doctor
IVAN DARIO GOMEZ LEE
Auditor General de la República
Presente.-

Asunto: Alcance del artículo 15 de la Ley 330 de 1996.

Respetado Señor Auditor:

Teniendo en cuenta su solicitud de fecha 21 de diciembre de 2009 y en atención a la Circular Externa AG 007 del mismo año, de manera atenta me permito emitir concepto jurídico, sobre el alcance de la prohibición establecida por el artículo 15 de la ley 330 de 1996 a las Contralorías Departamentales de contratar la prestación de servicios personales.

1.MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

1.1. La norma que se consulta

La ley 330 de 11 de diciembre de 1996, "Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 308 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones relativas a las Contralorías Departamentales", señala en su artículo 15:

"Artículo 15. Prohibiciones. Las Contralorías Departamentales no podrán contratar la prestación de servicios personales para el cumplimiento de funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal. Igualmente, no podrán destinar recurso alguno para atender actividades que no tengan relación directa con el control fiscal. La violación de lo dispuesto en este artículo será causal de mala conducta."

La citada disposición desarrolla entre otras normas el artículo 308 de la Carta Política y el artículo 272 superior que señalan:

Recibido
Mónica Dujé
04-02-2010.



“Artículo 308. La ley podrá limitar las apropiaciones departamentales destinadas a honorarios de los diputados y a gastos de funcionamiento de las asambleas y de las contralorías departamentales.”

“Artículo 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

Igualmente les corresponde elegir contralor para período igual al del gobernador o alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo.

Ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato.

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.

Para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco años, acreditar título universitario y las demás calidades que establezca la ley.

No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia.

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.”

1.2. Las normas relativas a la contratación estatal de prestación de servicios

Por tratarse de una prohibición expresa en materia de contratación, fue necesario hacer el análisis de la norma a la luz de las disposiciones legales vigentes, entre otras la Ley 80 de 1993 y el Decreto Reglamentario 2474 de 2008, que se señalan en el siguiente cuadro comparativamente con la Ley 330 de 1996, así:



	LEY 80 DE 1993	DECRETO 2474 DE 2008	LEY 330 DE 1996
Objeto	Señala las reglas y principios que rigen la contratación de las entidades públicas. Junto con la ley 1150 de 2007 y el Decreto Ley 222 de 1983 conforma el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.	Reglamenta las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 en cuanto a las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva y otras disposiciones relacionadas con los procesos de contratación pública. En su artículo 82 se refiere a los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión a los que se dirige la ley 80 y sus normas complementarias	Se ocupa del régimen de las Contralorías Departamentales, fija su competencia, naturaleza, estructura y planta de personal, el período y calidades del contralor, el régimen de inhabilidades, sus atribuciones, y establece prohibiciones en materia de contratación por parte de estas entidades.
Campo de aplicación	Todas las entidades estatales salvo aquellas que gozan de una regulación especial.	Por ser reglamentaria de la Ley 80 de 1993 tiene su mismo ámbito de aplicación.	Contralorías Departamentales.
Texto de la norma	<p>“Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)</p> <p>3o. Contrato de Prestación de Servicios.</p> <p>Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o</p>	<p>“Artículo 82. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el</p>	<p>“Artículo 15. Prohibiciones. Las Contralorías Departamentales no podrán contratar la prestación de servicios personales para el cumplimiento de funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal. Igualmente, no podrán destinar recurso alguno para atender actividades que no tengan relación directa con el control fiscal. La violación de lo dispuesto en este artículo será causal de mala conducta.”</p>



	<p>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.</p> <p>En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable."</p>	<p>ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.</p> <p>Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad.</p> <p>Para la contratación de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación en el respectivo contrato."</p>	
Restricción	No se puede contratar cuando dichas actividades puedan realizarse con personal de planta o se cuenta en la misma con personal que tenga los conocimientos especializados necesarios para adelantar la actividad		No se puede contratar la prestación de servicios personales para el cumplimiento de funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal, sin hacer distinción alguna que lo permita en caso que no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

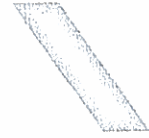
2. ESCRITOS ALLEGADOS POR LOS CONTRALORES TERRITORIALES.-

Con el fin de hacer un análisis de fondo del asunto y teniendo en cuenta la invitación que hizo el Señor Auditor General a los señores contralores departamentales, en la citada circular AG 007 DE 2009, allegaron escrito las contralorías departamentales de Amazonas, Antioquia, Atlántico, Caldas, Casanare, Cesar, Córdoba, Cundinamarca, Nariño, Sucre, Vaupés y Vichada.

A continuación se refieren los argumentos expuestos en los documentos recibidos:

2.1 Contraloría Departamental del Amazonas

Argumentos del escrito presentado por el Contralor Héctor Jairo Osorio Madiedo:



La Contraloría cuenta con una planta de personal aprobada de 5 funcionarios identificando el cargo de cada uno así: el cargo de contralor, un auxiliar administrativo, dos profesionales universitarios y un técnico administrativo.

- Identifica 29 procesos adelantados en la Contraloría, misionales, estratégicos, operativos y de control y señala que necesita 9 empleos para asumir todos lo procesos.
- Por lo anterior, en cumplimiento de la ley 330 de 1996 y según metodología establecida por el DAFP, radicó en la Asamblea del Departamento un proyecto de ordenanza para modificar la planta de personal, el cual fue archivado por razones de tiempo.
- Teniendo en cuenta lo anterior, y hasta tanto se apruebe y sancione la iniciativa presentada a la Asamblea, manifiesta, que para la contraloría existe la imperiosa necesidad de contratar profesionales de apoyo, que permitan descongestionar el cúmulo de trabajo de los profesionales.
- Las necesidades de la planta de personal de la Contraloría, se encuentran definidas por un estudio objetivo y cuantitativo de cargas laborales.
- Señala que el apoyo de los profesionales contratados por la entidad se supervisa y acompaña por los funcionarios de planta y son actividades que tienen relación directa con la entidad.
- Solicita que la difícil situación descrita de la contraloría sea tenida en cuenta a la hora del pronunciamiento.

2.2 Contraloría Departamental de Antioquia

Argumentos del escrito presentado por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica Luis Fernando Bustamante.

- El artículo 272 de la Constitución Política permite a las contralorías departamentales, distritales y municipales, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la gestión fiscal. El artículo 267 de la constitución y la Ley 42 de 1993 establecen unas limitantes a esa contratación, como que la disponibilidad de los recursos técnicos económicos y humanos no le permitan al órgano de control ejercer la vigilancia fiscal, entre otras.
- Las contralorías departamentales pueden celebrar contratos de prestación de servicios personales y los demás que se contemplen en la normatividad contractual nacional, con personas naturales y jurídicas siempre teniendo en cuenta los requisitos de selección de la ley y sin contrariar el artículo 15 de la ley 330 de 1996.
- La prohibición del artículo 15 de la ley 330 de 1996, pretende evitar las nominas paralelas en las entidades públicas que después deriven en posibles demandas laborales, y por esto es que en su parecer los contratos de prestación de servicios personales solo pueden realizarse cuando dichas actividades no puedan llevarse a cabo con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Sobre el tema cita los pronunciamientos de la Corte Constitucional (C-614 de 2009, C- 154 de 1997 en la que se diferencia el contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios).
- En concepto jurídico de la Contraloría General de la Republica, de fecha 29 de diciembre de 2004 en el que se manifiesta que los preceptos del inciso 5º del artículo 272 de la Constitución e inciso 2º del artículo 267 se encuentran desarrollados en el artículo 31 de la Ley 42 de 1993, en donde se indican taxativamente los casos en que procede la contratación por parte de los órganos de control fiscal de la vigilancia de la gestión fiscal, además el artículo 32 a 34 de la



misma ley fijan los alcances y condiciones a los que el órgano de control fiscal que contrata sujetará la labor del contratista.

- En el mismo concepto se cita pronunciamiento de la Corte Constitucional, en el se indica, que la vigilancia de la gestión fiscal realizada por contratistas se reduce a la aplicación de los sistema de control fiscal previstos en los artículos 9 a 19 de la Ley 42 del 93 y a la rendición del correspondiente informe, es decir que no se extiende hasta el tramite del proceso de responsabilidad fiscal que pudiera resultar procedente, y que precisamente este seria una de las posibles consecuencias del ejercicio de aquellos.

- Lo que no implica necesariamente que dicho proceso no pueda ser impulsado y sustanciado también por contratistas, si se tiene en cuenta que ni la ley 80 de 1993, ni los decretos de austeridad del gasto publico, excluyen el desarrollo de esta actividad por personas contratadas en la modalidad de prestación de servicios.

- Igualmente el concepto cita la sentencia C- 154 de 1997 en la que se acusa el numeral 3º parcial del articulo 32 de la ley 80 de 1993, se señala que la restricción demandada hace prevalecer el respeto al derecho a la igualdad en tanto que solo autoriza la contratación por prestación de servicios de personas naturales cuando las actividades de administración o funcionamiento de la entidad no puedan celebrarse con personal de planta, mas adelante para evitar al mismo tiempo que personal de planta y contratistas realicen idénticas labores en igualdad de condiciones pero con tratamientos laborales distintos, en desmedro de los contratistas.

- Adiciona a su escrito copia de la revisión de la cuenta efectuada por la Auditoria General de la República a la Contraloría de Antioquia para el año 2003, en la que 189 contratos de prestación de servicios no fueron objetados.

2.3 Contraloría Departamental del Atlántico

Argumentos del escrito presentado por el Contralor Carlos Ignacio Casas Díaz:

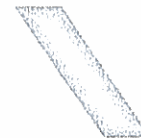
- La prohibición prevista en el articulo 15 de la ley 330 de 1996 es una prohibición expresa para todas las entidades publicas sometidas a la ley 80 de 1993 y explícitamente señaladas en el articulo 2º.

- El legislador previó la ocurrencia de eventos en que las entidades no pueden cumplir esas funciones con empleados de planta y estableció la posibilidad de suplir estas deficiencias mediante la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales o personas jurídicas. Resalta que para la suscripción de contratos de prestación de servicios con personas naturales, el inciso 2º del articulo 32 de la ley 80 de 1993, exige que la entidad no cuente con personal dentro de su planta que pueda realizar la labor contratada o se trate de actividades tan especializadas.

- El articulo 1º del decreto 2209 del 29 de octubre de 1998, sobre austeridad del gasto señala:

"Artículo 1º [...] Los Contratos de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas, solo se podrán celebrar cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contrataran.

Se entiende que no existe personal de planta en el respectivo organismo, entidad, ente público o persona jurídica, es imposible atender la actividad con personal de planta porque de acuerdo con los manuales específicos, no existe personal que



pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del servicio, o cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio, o cuando aun existiendo personal en la planta, este no sea suficiente, la inexistencia de personal suficiente deberá acreditarse por el jefe del respectivo organismo...".

- En ese orden de ideas, solamente se puede acudir a esta figura contractual en situaciones excepcionales y temporales porque cuando la insuficiencia de personal hace imposible el cumplimiento de las funciones de la entidad de forma permanente, lo que sucede es que el representante de la entidad debe acudir ante el competente para solicitar la modificación de la planta de personal.

- El artículo 48 numeral 29 del Código Único Disciplinario, que establece como falta gravísima la celebración de contratos de prestación de servicios para cumplir funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista.

- Hace referencia a un concepto de la oficina jurídica del 20 de mayo de 2004 y describe apartes en el que señala que las actuaciones y decisiones que se adopten por los organismos de control deben producirse libremente sin injerencia de personas ajenas a las contralorías, además de la validez de las actuaciones de quienes suscriben contratos de prestación de servicios cuando las funciones contratados no se pueden cumplir con empleados de planta.

2.4 Contraloría Departamental de Caldas

Argumentos del escrito presentado por el Contralor Carlos Manuel Llano Alzate:

- La Contraloría no cuenta con personal médico para realizar auditorías sobre el tema.
- Debe realizar control fiscal a 80 sujetos de control y a sus agregados en el Departamento de Caldas, y cuenta dentro de su planta de personal con un número reducido de Abogados ubicados en la División de Control Fiscal para realizar auditoria, dado el gran número de entidades a auditar.
- Pregunta si en consideración de lo anterior puede celebrar contratos de prestación de servicios para apoyar el proceso auditor.

2.5 Contraloría Departamental del Casanare

Argumentos del escrito presentado por el Contralor Rafael Alberto Peña:

- La interpretación del artículo 15 de la ley 330 de 1996 debe corresponder ante todo a la realidad operativa de las Contralorías, teniendo presente las actividades básicas que estas requieren desarrollar y la disponibilidad del recurso humano de planta para atenderlas.
- Una interpretación restrictiva y literal de la norma en comento pondría en grave riesgo el cumplimiento de la misión institucional de aquellas Contralorías con plantas mínimas.
- Propone que la contratación de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión se fundamente de manera previa en un análisis de las cargas laborales de los funcionarios de planta, tanto del área misional como administrativa, frente a las necesidades derivadas del plan



estratégico de la entidad y sus planes de acción, para de esta forma determinar razonablemente si se requiere contratar personal supernumerario.

- Solicita que la decisión adoptada sobre el tema se de a conocer con la mayor oportunidad posible, teniendo en cuenta que según la ley de garantías electorales las restricciones para la contratación directa inician a partir del 30 de enero de 2010.

2.6 Contraloría Departamental de César

Argumentos del escrito presentado por el Contralor Walberto Sánchez Blanco:

- Ante las limitaciones con que cuenta esa contraloría en la planta de personal se optó por ampliarla, mediante ordenanza 021 de agosto de 2009 se aumentó de 21 a 34 el número de funcionarios, no obstante lo anterior aún persisten limitaciones en la planta de personal que conllevan a la necesidad de vincular a la entidad contratistas para auxiliar y apoyar actividades administrativas y misionales.

- Los resultados logrados en el proceso auditor, en las investigaciones fiscales y la aplicación de oportunos controles de advertencia, así mismo afirma que el control fiscal ha mejorado con relación al de años anteriores todo con la participación de varios contratistas.

- La AGR en los informes de auditoría de los años 2006 y2007 advirtió que la planta de personal no era suficiente para cumplir con los propósitos y funciones de la contraloría y que además ha exigido año tras año que se realice un número mayor de auditorías y mejorar la cobertura presupuestal del PGA, así es que para evitar verse avocados a eventuales sanciones por incumplimiento debido a las limitaciones en la planta de personal ha sido necesario contratar profesionales para apoyar actividades misionales.

- La prohibición del artículo 15 de la Ley 330 se dirige a evitar la contratación de personal para sustituir las labores de los funcionarios de planta, más no para truncar la vinculación de personal para apoyar o auxiliar a los funcionarios de planta.

- Plantea entre otros interrogantes ¿El alcance de la limitación del artículo 15 de la Ley 330 es absoluto, o permite vincular contratistas para apoyar a los funcionarios de planta?

2.7 Contraloría Departamental de Córdoba

Argumentos del escrito presentado por el Contralor Felipe Santiago Pérez Díaz:

- La Contraloría tiene una planta de personal de 37 funcionarios, para ejercer funciones administrativas y misionales, la cual no es suficiente para desarrollar la función constitucional y legal, debido a que cuentan con 164 sujetos de control fiscal y 528 puntos de control. Con fundamento en lo anterior debe realizar contratos de prestación de servicios para fortalecer y apoyar el ejercicio del control fiscal

2.8 Contraloría de Cundinamarca

Argumentos del escrito presentado por el Contralor Jorge Augusto Gómez Ricardo:



- La figura de contratos de prestación de servicios, de índole profesional descritos en el artículo 32 de la ley 80 de 1993 y 1150 de 2007 no corresponden a la descripción civilista de prestación de servicios personales.
- Acorde con los manuales de funciones se debe verificar que los objetos contractuales no correspondan a función legal o administrativamente atribuida a funcionario alguno de la entidad y que los objetos de los contratos de prestación de servicios celebrados además busquen apoyo a la gestión fiscal, pero no aborden de manera específica atribución alguna, o función precisa de los funcionarios de planta de la entidad, como lo exige la norma, para configurar la prohibición.
- Señala que consultando al tratadista Jaime Orlando Santofimio, se citan las siguientes consideraciones: " Para estos efectos sobra advertir , que son tres los elementos que deben confluir para configurar la prohibición en cuestión: (1)Que se trate de la celebración de contratos de prestación de servicios personales (2) que estos contratos tengan por objeto el cumplimiento de funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal; (3) que los objetos contratados no tengan relación directa con el control fiscal. Es decir , los que se relacionen con el tema fiscal, impliquen apoyo a la gestión, son en si mismos válidos y pertinentes y , por tanto, no se encuentran incursos en la prohibición en cuestión"
- Los objetos examinados de los contratos deben de alguna manera tener relación directa con el control fiscal de manera integral o parcial.
- Cita jurisprudencia de Consejo de Estado¹, la cual hace referencia al numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 del 93, a los contratos de prestación de servicios y reiteran la posibilidad de contratar con personas naturales cuando las actividades administrativas y de funcionamiento de la entidad no puedan llevarse a cabo por personal de planta.
- "Impedir la celebración de contratos de prestación de servicios trunca la función que la Constitución y la ley le han otorgado a la entidad y amputa la misión definida en el plan de Gestión de la actual administración," teniendo en cuenta además que fue imposible incrementar la planta de personal por solicitud a la Asamblea departamental.
- Ilustra la situación actual de la contraloría que con 173 funcionarios debe auditar a 911 sujetos de control, hace referencia a que con la ley 617 de 2000 al suprimirse varias contralorías la carga laboral de sus funcionarios aumentó.
- La Auditoría General busca que las contralorías midan a sus sujetos de control con la prohibición del artículo 15 evitando de esta forma las nominas paralelas. Sin embargo la medida no podría ser replicada al resto de entidades públicas pues la norma no les es aplicable y de esta forma las contralorías territoriales estarían en una abierta desigualdad frente al resto de entes públicos restringiendo su accionar.
- El artículo 15 de la ley 330 de 1996 es una disposición jurídica que a pesar de estar vigente adolece de inconstitucionalidad.

2.9 Contraloría Departamental de Nariño

Argumentos del escrito presentado por la Jefe de la Oficina Jurídica Sandra Milena Burgos Hidalgo:

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicación IJ-0039, 18 de Noviembre de 2003.



Cita algunas normas y jurisprudencias que definen el contrato de prestación de servicios para finalizar con las siguientes conclusiones:

-“El contrato de prestación de servicios se diferencia de un contrato laboral en que en el primero hay primacía de la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, entre tanto en el segundo existe subordinación, retribución salarial y prestación personal del servicio.

- El contrato de prestación de servicios opera siempre que en los manuales específicos no existe personal que pueda desarrollar la actividad que se requiera contratar, o cuando la actividad requiere de un grado de especialización, o cuando exista personal de planta pero es insuficiente de conformidad a lo señalado en el artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 82 del Decreto 2474 de 2008 y demás normas concordantes.

- Además de consagrarse la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para el desarrollo de funciones de empleados de la planta de personal señalada en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, se encuentra consagrada en el numeral 29 del artículo 48 de la Ley 732 de 2002.” (sic)

2.10 Contraloría Departamental de Sucre

Argumentos del escrito presentado por el Contralor Germán Arturo Casas García

- La Contraloría en la actualidad vigila a 238 sujetos de control fiscal, distribuidos en 26 municipios y cuenta con una planta de personal de 37 funcionarios.
- Los presupuestos de las contralorías pequeñas no son suficientes, ya que se encuentran limitados y están directamente ligados a la capacidad fiscal de los departamentos y municipios.-
- Las estructuras modernas han hecho que las entidades sean cada vez más pequeñas en cuanto a su planta de personal, eso se ha buscado en los últimos años, que el aparato estatal sea cada vez menos burocrático y contar con el personal necesario para desempeñar lo básico de sus funciones, pero que al mismo tiempo puede contar con personal de apoyo a la gestión que coadyuve en cada una de las tareas y procesos para el logro de las metas institucionales. De esta manera se busca optimizar los recursos económicos, ya que los costos del personal asociados a la nómina es mayor por los parafiscales y los costos de la seguridad social

2.11 Contraloría Departamental de Vaupés

Argumentos del escrito presentado por el Contralor Nelson Armando Ortiz Sanclemente

- En atención a que en la planta de personal de la Contraloría Departamental de Vaupés el cargo de sustanciador no ha sido creado y que las funciones inherentes al mismo, esto es la ritualización de los procesos, no se encuentra asignada a los funcionarios de planta de esta contraloría, se hace necesario contratar a un profesional del derecho para el desempeño de dichas funciones con el fin de agilizar y optimizar las funciones asignadas a la Oficina de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, que en la actualidad solo cuenta con una persona que profiere los fallos en primera instancia de todos los procesos de responsabilidad fiscal, de jurisdicción coactiva, los administrativos sancionatorios y que además tiene la representación judicial ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de los procesos



contenciosos iniciados en contra de ese ente de control fiscal.

2.12 Contraloría Departamental de Vichada

Argumentos del escrito presentado por el Contralor Miguel Antonio Caro Briceño

- Con el objeto de procurar legalidad en las determinaciones que la entidad tome sobre el asunto en particular realiza la siguiente consulta:
- "¿Al contratar mediante modalidad de prestación de servicios profesionales los servicios de apoyo del área de auditoría de la entidad, se violaría lo reglado por el artículo 15 de la ley 330 de 1996?"
- Así mismo menciona que el proyecto de ordenanza de reestructuración de la planta de personal que presentaron a la Asamblea Departamental del Vichada, fue aprobado sin embargo no fueron creados todos los cargos que se pretendían establecer; motivo por el cual la planta actual de la entidad sigue siendo un poco reducida.

3. POSICIONES JURIDICAS DE LA AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA SOBRE EL TEMA

Se revisa el contenido de los conceptos jurídicos OJ-110-043 de 2007, OJ-110-020 de 2007, OJ-110-06 de 2009 emitidos por la Oficina Jurídica de la AGR y se observan las siguientes posiciones sobre el asunto.

1. De una parte, haciendo una interpretación sistemática de las normas, la citada prohibición se refiere a las actividades misionales de las contralorías, que deben ser realizadas únicamente por los empleados que hacen parte de la planta de personal.

En este sentido, el contrato de prestación de servicios tiene por objeto suplir necesidades de las contralorías departamentales, en la ejecución de las funciones administrativas requeridas para el debido funcionamiento del organismo; más no para actividades misionales.

2. De otra parte, se señala que las contralorías departamentales no pueden celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales para ejercer la función de control fiscal, pero sí, previo concepto del Consejo de Estado, contratar con empresas privadas colombianas seleccionadas por concurso de méritos, el ejercicio de esta función, cuando concurra cualquiera de las causales previstas en el artículo 31 de la Ley 42 de 1993.
3. También se menciona en el concepto OJ-110-043 de 2007 que si bien la prohibición contenida en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996 reglamenta las contralorías departamentales puede ser aplicada por vía de analogía a las del orden distrital y municipal ante el vacío legal existente y la identidad del objeto regulado.

La anterior posición no se comparte, pues por ningún motivo puede entenderse aplicable de forma analógica el artículo 15 de la Ley 330 de 1996 a las contralorías distritales y



municipales, por las siguientes consideraciones:

La Ley 330 de 1996 es una ley de carácter especial aplicable a las contralorías departamentales y por tanto de interpretación restrictiva.

Para el presente caso, se aplica el principio según el cual, las disposiciones especiales que consagran una excepción a las reglas generales, deben ser interpretadas restrictivamente y bajo ninguna circunstancia es posible su aplicación por vía de analogía.

Así las cosas, se considera que, la prohibición establecida como limitación del ejercicio de las competencias señaladas en la ley, debe interpretarse de acuerdo con la regla de hermenéutica prevista en el artículo 31 del Código Civil², cuyo sentido y alcance fijó la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“En la interpretación de las leyes prohibitivas no deben buscarse analogías o razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la prohibición” (Cas., 14 de diciembre 1998, XIV, 92).

De esta manera, no es procedente extender la interpretación del artículo 15 de la Ley 330 de 1996 a las contralorías distritales y municipales, por tratarse de una norma de carácter especial y no general, requisito este último, necesario, para que una interpretación sea susceptible de ser aplicada extensivamente.

3.1. La disposición consagrada en el artículo 15 de la ley 330 de 1996, es una norma posterior.-

La Ley 330 de 1996, que como se señaló, tiene su fundamento constitucional en el artículo 308 de la Carta Política, establece en su artículo 15 una clara prohibición a las Contralorías Departamentales de celebrar contratos de prestación de servicios personales *“para el cumplimiento de funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal”*.

La citada norma, es de aquellas consideradas de carácter especial, y por tanto se convierte en una excepción a la aplicación del Estatuto General de Contratación Estatal y en este sentido, restringe, en lo que a ella se refiere, su campo de aplicación.

En este orden de ideas, por ser la Ley 330 de 1996 una norma especial, aplicable a las contralorías departamentales y además ser posterior a la Ley 80 de 1993, existe prevalencia en su aplicación, a la luz del principio cronológico³ y del criterio de especialidad.

² ARTICULO 31. Interpretación sobre la extensión de una ley. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes.

³ Ley 153 de 1887: “Artículo 2. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria á



3.2 Las disposiciones relativas a los contratos de prestación de servicios tienen un carácter excepcional.-

Como puede apreciarse de las normas transcritas en el primer acápite de este documento, tanto el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, son disposiciones de carácter restrictivo; en el primer caso, se restringe su aplicación en la celebración de contratos con personas naturales, a aquellos casos en que dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados; la segunda, resulta ser aún más restrictiva que la primera, pues además de requerir el cumplimiento de estos requisitos se debe verificar que se trate de actividades que de conformidad con el manual de funciones, no hacen parte de las asignadas en la planta de personal.

Así, la prohibición establecida en el artículo 15 de la citada ley incluye no solamente los contratos de prestación de servicios personales para desarrollar actividades misionales sino las relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Distinta a esta posición puede entenderse que dando aplicación al artículo 32 de la Ley 80 se podrían realizar los contratos de prestación de servicios personales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

3.3 La claridad de la norma.-

La norma es clara al establecer que las contralorías departamentales no podrán contratar la prestación de servicios personales para el cumplimiento de funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal. Es una norma que no hace distinciones, y de la generalidad de los términos empleados, no puede deducirse la existencia de una verdadera duda razonable que amerite hacer una mayor interpretación, de tal forma, que no resulta viable ni procedente hacer distinción alguna por el intérprete.

Para el caso que nos ocupa, al interpretar el artículo 15 de la citada ley debe observarse que de la *generalidad de los términos empleados por la regla jurídica, la cual no pone limitaciones ni hace distinciones* no le es posible al intérprete hacerlo, de allí el aforismo hermenéutico: *Donde la ley no distingue al intérprete no le es dado distinguir.*

No puede en este análisis desconocerse el método de interpretación gramatical previsto en el Código Civil según el cual "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu."

Quiere decir lo anterior, que si la prohibición del artículo 15 se refiere expresamente a "*funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal*" al intérprete no le es dable hacer interpretaciones distintas, pues estas funciones corresponden a las relacionadas en el respectivo manual de funciones de la entidad y están asignadas al

otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior."



personal de planta para su cumplimiento.

En criterio de esta oficina, la claridad de la prohibición es tan evidente que se requiere analizar con sumo cuidado la aplicación del numeral 3º artículo 32 de la ley 80 de 1993,⁴ para el caso de las contralorías departamentales, al momento de contratar con personas naturales actividades de administración y funcionamiento de la entidad en caso que dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, pues, en vigencia de la norma tantas veces citada, de carácter imperativo restrictivo, es preciso tener en cuenta las reglas a seguir para la aplicación de normas generales, que resultan incongruentes

3.4 Las contralorías pueden contratar la vigilancia de la gestión fiscal con empresas privadas colombianas, previo concepto sobre su conveniencia del Consejo de Estado.-

El control fiscal es una función pública que se cumple a través de personas vinculadas al Estado en calidad de servidores públicos, en la forma prevista por la Constitución y la Ley. Así, el constituyente determinó que el ejercicio del control fiscal en el nivel territorial, sería ejercido por las contralorías de los departamentos, distritos y municipios y dispuso para ello que las asambleas departamentales y los concejos municipales las organizaran y dotaran de autonomía administrativa y presupuestal, debiendo darles una estructura, de la cual hace parte la planta de personal, para el cumplimiento de la misión a ellas encomendada

En principio, la vigilancia de la gestión fiscal, como función inherente de las contralorías, debe ser desarrollada por los funcionarios que hacen parte de su planta de personal; sin embargo, la Constitución Política faculta a las Contralorías para que de conformidad con la ley, contraten con empresas privadas colombianas el ejercicio de esta vigilancia. Así, el artículo 272 de la Carta señala:

"Artículo 272.—La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

Igualmente les corresponde elegir contralor para período igual al del gobernador o alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal

⁴ Ley 80 de 1993, Artículo 32. De los contratos estatales (...).

"3o. Contrato de Prestación de Servicios

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." (Subrayado fuera de texto)



superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo.

Ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato.

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal... (Subrayado fuera del texto).

En desarrollo de la citada norma constitucional, el artículo 31 de la Ley 42 de 1993, establece la facultad de los órganos de control fiscal para contratar la vigilancia de la gestión fiscal con empresas privadas colombianas, previo concepto sobre su conveniencia del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“Artículo 31. Los órganos de control fiscal podrán contratar la vigilancia de la gestión fiscal con empresas privadas colombianas, previo concepto sobre su conveniencia del Consejo de Estado. Estas serán escogidas por concurso de mérito en los siguientes casos:

- a) Cuando la disponibilidad de los recursos técnicos, económicos y humanos no le permitan al órgano de control ejercer la vigilancia fiscal en forma directa.**
- b) Cuando se requieran conocimientos técnicos especializados.
- c) Cuando por razones de conveniencia económica resultare más favorable.

Parágrafo. La Contraloría General de la República determinará las condiciones y bases para la celebración del concurso de méritos, así como las calidades que deban reunir las empresas colombianas para el ejercicio del control fiscal pertinente.

Los contratos se celebrarán entre el contralor respectivo y el concursante seleccionado con cargo al presupuesto del órgano de control fiscal correspondiente. La información que conozcan y manejen estos contratistas será de uso exclusivo del organismo de control fiscal contratante.” (Lo subrayado es nuestro).

La posibilidad de contratar con empresas privadas la vigilancia de la gestión fiscal previa autorización del Consejo de Estado, es una vía constitucional y legal para el cumplimiento de la gestión por parte de las contralorías cuando, entre otros casos, no cuenten con los suficientes recursos humanos, técnicos y económicos, para hacerlo directamente.

Del anterior análisis surgen los siguientes interrogantes:

1. ¿La prohibición prevista en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, aplicable a las contralorías departamentales, es de carácter especial; por tanto, no es aplicable lo dispuesto como regla general en el numeral 3º del artículo 32 de Ley 80 de 1993?




2. ¿O por el contrario, la prohibición contenida en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, no es especial y debe interpretarse armónicamente, con lo establecido con la Ley 80 de 1993?
3. ¿Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, si no hay personal de planta suficiente para adelantar los procesos de responsabilidad fiscal y de auditoría, las contralorías departamentales pueden celebrar contratos de prestación de servicios?
4. ¿De conformidad con el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, se prohíbe contratar las actividades misionales, pero se permiten las de funcionamiento o las administrativas?

Teniendo en cuenta que se presenta divergencia de criterios entre los diferentes conceptos emitidos por la entidad, así como de la interpretación que tienen las Contralorías departamentales de la prohibición y debido a la relevancia del tema por las consecuencias que puede ocasionar en la labor de vigilancia de la gestión fiscal en las distintas regiones, se considera necesario elevar consulta sobre el asunto a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, a través del Gobierno Nacional, con el fin de lograr una unidad de criterio sobre el asunto.

De esta manera, dejo planteados los interrogantes cuya respuesta resulta de especial interés para que esta entidad pueda orientar el ejercicio del control fiscal sobre la materia.

Cordialmente,


MARIANA GUTIERREZ DUEÑAS
Directora Oficina Jurídica

Proyectaron: Diana María Murcia 
Katherina Ramírez Navarrete

Revisó:
Mariana Gutiérrez Dueñas