

**FAVOR DEVOLVER
COPIA FIRMADA**



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No: 20171100001111

Fecha: 25-01-2017

Bogotá D. C., 45 1536 21809 00
110

Doctor
JUÁN CARLOS PÉREZ VÁSQUEZ
Contralor General de Caldas
Edificio Gobernación Piso 2
Manizales (C)

Asunto: Respuesta solicitud de concepto Radicados 2016-233-005145-2 / 2016-233-005172-2 / 2017-233-000095-2 / SIA.ATC 2016000789.

Respetada doctor Pérez:

A través de la presente, la Oficina Jurídica procede a dar respuesta a la solicitud de la referencia, elevada y precisada por usted, en los siguientes términos:

• **SINTESIS DE LA CONSULTA**

"(...)Teniendo en cuenta el pronunciamiento efectuado por el Consejo de Estado, deprecamos se informe: 1. Si la Auditoría General de la República sigue sosteniendo como presunto hallazgo administrativo con alcance disciplinario la contratación de prestación de servicios y de apoyo a la gestión por parte de las contralorías departamentales. 2. Indicar las razones jurídicas por las cuales consideran la contratación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión como de alto riesgo en las auditorías que se realizan en las contralorías departamentales. 3. Solicitamos brinden las orientaciones respectivas para el caso en concreto, aplicando el concepto previamente aquí citado."

• **CONSIDERACION PRELIMINAR**

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, nos permitimos indicar que, dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, éste ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que adelantamos un control posterior y selectivo de su gestión fiscal. Por lo tanto, nos abstenemos de emitir

M. J. H. Z.

Vigilando para todos



Cra. 57C No. 64A-29, barrio Modelo Norte • Bogotá D.C. - Colombia
PBX: [57-1] 318 68 00 - 381 67 10 • Línea gratuita 018000 120205
participacion@auditoria.gov.co @auditoriagen auditoriageneral

www.auditoria.gov.co

25 ENE 2017

P. J.

conceptos sobre asuntos o situaciones particulares, individuales o concretas, que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia, ya que en la medida en la que los controladores resultaren involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda la legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función, razón más que suficiente para emitir pronunciamientos de carácter general y abstracto.

• CONSIDERACIONES DE LA OFICINA JURIDICA

1. ARTÍCULO 15 LEY 330 DE 1993

La Auditoría General de la República en el año 2010 solicitó al Departamento Administrativo de la Función Pública -D.A.F.P.-¹ elevar consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, respecto al alcance, aplicación e interpretación de la prohibición contenida en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, para los contratos de prestación de servicios a celebrar con las contralorías departamentales.

Por lo anterior, el 19 de agosto de 2010 y el 24 de mayo de 2011 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado², se pronunció al respecto arguyendo lo siguiente:

El artículo 32 de la Ley 80 en estudio, define los "contratos estatales" como los actos jurídicos que celebran las entidades estatales, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad. Entre ellos, a título enunciativo, la norma citada incluye los de prestación de servicios, así: Ley 80 de 1993, Art. 32: "(...) "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. "En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable." De acuerdo con su definición legal, el contrato de prestación de servicios permite a las entidades estatales atender sus necesidades de "administración o funcionamiento", cuando el personal vinculado a su planta de personal no es suficiente o no tiene los conocimientos especializados que la actividad demande.

Las entidades estatales, en virtud de la definición del contrato de prestación de servicios, están autorizadas de manera general para celebrarlo a fin de atender requerimientos de personal, tanto en el desarrollo de su objeto como en las tareas administrativas de soporte que éste requiere; pero siempre con sujeción a las restricciones establecidas en la norma que lo

¹ Solicitud adelantada el 3 de marzo de 2010.

² Consejero Ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO. Radicación 11001-03-06-000-2010-00052-00(2003) y 11001-03-06-000-2010-00052-00(2003)A respectivamente.

define³.

Dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar, es necesario precisar que como función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de la convivencia pacífica y los fines estatales. En consecuencia, el grado de autonomía que tiene la autoridad administrativa se ve ostensiblemente limitado frente a las reglas del derecho público, en materia de contratación. La Sala al respecto advirtió:

"(...)La naturaleza del contrato de prestación de servicios, vista desde la óptica de la contratación estatal y de los orígenes e historia de la figura contractual, no permite una interpretación e integración de contenido y efectos que llegue hasta la asunción de funciones administrativas propias de la entidad estatal por parte del contratista, ni a la representación de la misma frente a terceros, sin haberse dado cumplimiento a las prescripciones legales de índole imperativo, en este caso la ley 489 de 1998." (...)"

Respecto a las prohibiciones contenidas en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, el Consejo de Estado señaló que se trata de una expresa y tajante prohibición de contratar servicios personales, que comprende tanto las actividades de administración como las de funcionamiento, por cuanto directamente se refiere a las "funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal".

Lo anterior se constituye en un desarrollo del inciso primero del artículo 122 de la Constitución Política, conforme al cual: "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente."

Los artículos 15 de la Ley 330 de 1996 y 32 de la Ley 80 de 1993 se asumen como dos normas de jerarquía legal que contienen disposiciones precisas sobre los contratos de prestación de servicios; pero como la Ley 330 contiene una regulación especial para las contralorías departamentales y es posterior a la Ley 80, la prohibición contenida en el artículo 15 de la citada Ley 330 se constituye en una excepción a la autorización general que como entidades estatales podrían tener las contralorías departamentales en virtud del artículo 32 de la Ley 80. Bajo la consideración de que el artículo 15 de la Ley 330 de 1996 es una norma de excepción respecto de la Ley 80, se concluye que las contralorías departamentales no pueden acudir al numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 para fundamentar legalmente la contratación de servicios personales. Ahora bien, por mandato constitucional, las contralorías territoriales, entre ellas las departamentales, están facultadas para

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 41001-23-31-000-2004-00369-01(AP), sentencia de mayo 17 de 2007; Rad. 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832), sentencia de noviembre 30 de 2006 / Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de noviembre 4 del 2004, Rad. No. 1-592-9 Corte Constitucional, sentencia C-154-97 (marzo 19), Ref.: Exp. D-1430, Norma acusada: Num. 3 - parcial-, Art. 32, Ley 80/93.

contratar el ejercicio de la función fiscal, esto es, las actividades que integran su objeto o actividades misionales. En efecto, el artículo 272, inciso sexto, de la Constitución Política, permite a las contralorías territoriales, entre ellas, las departamentales, *contratar con empresas privadas nacionales el ejercicio de la vigilancia fiscal, según lo autorice la ley*. La autorización exigida por la norma constitucional está contenida en la Ley 42 de 1993, "sobre la organización de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen", que dispuso en su artículo 31:

"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."*

Además insistió en que aunque la Ley 42 de 1993 es anterior a la Ley 80 de 1993, la aplicación de la Ley 42 es prevalente porque la autorización que ella regula está conferida expresamente en la Carta Política a las contralorías departamentales.

Así las cosas, el artículo 272 de la Carta, autoriza a las contralorías departamentales para contratar con empresas privadas nacionales el ejercicio de la función fiscal, para lo cual deben sujetarse exclusivamente a lo previsto por la Ley 42 de 1993. Por su parte, el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, **prohíbe sin excepción a las contralorías departamentales celebrar contratos de prestación de servicios para atender las funciones relacionadas con el control fiscal y las funciones administrativas de apoyo**, por lo cual no es dable acudir a la autorización general contractual contenida en la Ley 80 de 1993.

Respecto a los cuestionamientos formulados al Consejo de Estado⁴, dicha Corporación respondió de la siguiente manera:

*"(...)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 la Ley 80 de 1993?
La prohibición contenida en el artículo 15 de la ley 330 de 1996 es especial para las contralorías departamentales y además es una excepción a la autorización general para celebrar contratos de prestación de servicios prevista en la ley 80 de 1993 para las entidades estatales; por ello, las contralorías departamentales no pueden aplicar la*

⁴ Consejo de Estado, Consejero Ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO. Radicación 11001-03-06-000-2010-00052-00(2003), Bogotá, 19 de agosto de 2010.

regla general del numeral 3º del artículo 32 de la mencionada ley 80 de 1993. Negrilla es nuestra

"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? La armonización de las dos disposiciones se da en los siguientes términos: el numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993 es la autorización general que tienen las entidades estatales para celebrar contratos de prestación de servicios; el artículo 15 de la ley 330 de 1996 exceptúa a las contralorías departamentales de esa autorización. Negrilla es nuestra

"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 o de auditoría, las contralorías departamentales pueden celebrar contratos de prestación de servicios? No; para esos efectos las Contralorías Departamentales cuentan con la autorización del artículo 272, inciso sexto, de la Constitución Política, para contratar el ejercicio de la función fiscal con empresas privadas nacionales, dando aplicación a la ley 42 de 1993. También tienen la opción de crear los empleos requeridos, siempre que las normas sobre control del gasto a las que estos organismos de control están sujetos, lo permitan. Negrilla es nuestra

"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?" La prohibición consagrada en el artículo 15 de la ley 330 de 1996 comprende todas las actividades de las contralorías departamentales. (...)Negrilla es nuestra"

Teniendo en cuenta que ésta norma ha suscitado muchos cuestionamientos respecto de su interpretación, en pronunciamiento del 24 de mayo de 2011, el Consejo de Estado amplió el concepto del 19 de agosto de 2010 y analizó la diferencia entre los conceptos de "prestación de servicios" y "prestación de servicios personales" reiterando las respuestas emitidas en el pronunciamiento anterior, así:

"¿Qué sucede con la contratación de actividades administrativas o de apoyo, que no se encuentren a cargo de los empleados de planta de las contralorías departamentales y que requieren ser contratadas por exclusividad de un proveedor, o cuando existe imposibilidad absoluta de asumirlo con personal de planta?"

Respecto de la primera hipótesis contenida en la pregunta, esto es, "la contratación de actividades administrativas o de apoyo, que no se encuentren a cargo de los empleados de planta de las contralorías departamentales y que requieren ser contratadas por exclusividad de un proveedor", es procedente la celebración de contratos de prestación de servicios conforme a la definición y a las reglas contenidas en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, independientemente de que se trate de actividades administrativas o de apoyo, siempre que ellas tengan relación directa con el control fiscal.

En cuanto a la segunda hipótesis, la "imposibilidad absoluta de asumirlo con personal de planta", las contralorías departamentales no pueden celebrar contratos de presta-

MJH



Ruf

ción de servicios, si el objeto corresponde a las funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal y es su deber crear los empleos necesarios. Negrilla es nuestra

A las preguntas adicionadas:

"1. ¿El artículo 15 de la ley 330 de 1996, cuando prohíbe la contratación de prestación de servicios en las Contralorías Departamentales, deroga las normas que tienen por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales, entre las cuales incluye obviamente a las Contralorías Departamentales, es decir, según el concepto por efectos del artículo 15 de la ley 330, no pueden los órganos de control aplicar el artículo 1º de la ley 80 de 1993, tampoco se encuentran entre las denominadas entidades estatales y adicionalmente para ellas no aplica la ley 1150 de 2007 y su decreto reglamentario 2474 de 2008?

La Sala ratifica el concepto del 19 de agosto de 2010, radicación 2003, en el sentido de que el artículo 15 de la ley 330 de 1996, es una norma especial que no modifica ni deroga la ley 80 de 1993, pues se limita a establecer una excepción para las contralorías departamentales, respecto de la regla general en materia de contratos de prestación de servicios, para la contratación de servicios personales. Negrilla es nuestra

"2. Si de conformidad con el artículo 32 de la ley 1150 de 2007, las normas del Estatuto General de Contratación Pública se preferirán a cualquiera otra sobre la materia, con excepción de aquellas de naturaleza estatutaria u orgánica, se pregunta si ¿La ley 330 es de naturaleza estatutaria u orgánica y su artículo 15, se aplica preferentemente sobre las normas de contratación?

La ley 330 de 1996 no es orgánica ni estatutaria. Su artículo 15 solamente introduce una limitación a la competencia de las contralorías departamentales en materia de contratos de prestación de servicios personales. Negrilla es nuestra

"3. Si el artículo 15 de la ley 330 de 1996, no derogó en forma expresa el artículo primero y segundo numeral 1º, literal b de la ley 80 de 1993; el 1º y 2º numeral 4º literal h de la ley 1150 de 2007, ¿qué fenómeno jurídico se presenta en el momento?

El artículo 15 de la ley 330 de 1996 es una norma de excepción a la autorización general contenida en las disposiciones citadas en la pregunta. El fenómeno jurídico que se presenta es el relativo a la especialidad de una de ellas respecto de la generalidad de la otra. Negrilla es nuestra

"4. Si el personal de planta que presta servicios en actividades de apoyo como las descritas no alcanza a colmar la aspiración del servicio público, ¿el órgano técnico podrá contratar las mismas para conservar su carácter?"

La Sala se remite a las respuestas dadas a la pregunta inicial".

En este orden de ideas, por mandato del artículo 15 de la Ley 330 de 1996, las contralorías departamentales **NO** pueden contratar servicios personales, es decir, no pueden celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales ni jurídicas,

para ninguna de las actividades y funciones asignadas a los empleos de sus plantas de personal.

Aunado a lo anterior, es evidente que la Auditoría General de la República en diferentes oportunidades se ha pronunciado a éste respecto en los conceptos: OJ-110-020-2007, OJ-110-043-2007, OJ-110-06-2009, OJ-110-002-2010, RAD. 20129900007241 (18/12/2012), RAD. 20141100006521 (17/02/2014), manteniendo su postura jurídica respecto de la prohibición expresa contenida en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, que se constituye en una prohibición de carácter especial para las contralorías departamentales y además se constituye en una excepción a la autorización general para celebrar contratos de prestación de servicios contenida en la Ley 80 de 1993 y demás disposiciones contractuales.

Las razones jurídicas de ésta prohibición no son de carácter conceptual, sino constitucional y legal y se fundamentan en la teleología normativa que enfatizó en la preponderancia de los principios de supremacía fundamental y la prohibición expresa de la configuración de nóminas paralelas, entendida como una limitación sistemática en el régimen contractual público.

2. PROHIBICIÓN DE CONTRATACIÓN DE FUNCIONES PERMANENTES A TRSVÉS DE CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La Corte Constitucional en sentencia C-171 de 2012⁵ clarificó el alcance de la relación contractual con el Estado a través de la prestación de servicios, enfatizando en la prohibición que tienen las entidades públicas para suscribir contratos de prestación de servicios para garantizar el desempeño de funciones de carácter permanente en la administración, ya que en dicho evento, deben crearse los cargos requeridos en la respectiva planta de personal, so pena de incurrir en la distorsión del contrato de prestación de servicios, al reemplazar, confundir la tipología de vinculación o disfrazar verdaderas relaciones laborales, generando graves riesgos constitucionales y el desconocimiento de múltiples normas superiores referentes al derecho al trabajo, la función pública, el régimen presupuestal de las entidades estatales, el principio del mérito, entre otros⁶.

Para ésta Corporación, la permanencia funcional se relaciona con varios criterios de determinación:

"(…) (i) criterio funcional, que hace alusión a "la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)"⁷; (ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando "las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral"; (iii) al

⁵ Corte Constitucional. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. 7 de marzo de 2012.

⁶ Al respecto C-154 de 1997, C-056 de 1993, C-094 de 2003, C-037 de 2003, T-214 de 2005.

⁷ Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



Vigilando para todos



critério temporal o de habitualidad, si "las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual"; (iv) al criterio de excepcionalidad, si "la tarea acordada corresponde a "actividades nuevas" y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta"; y (v) al criterio de continuidad, si "la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral(...)"

Por lo anterior, es claro que la Corte Constitucional reiteró expresamente la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias y permanentes de las entidades que hacen parte de la administración pública, teniendo en cuenta que la práctica usual de las relaciones laborales con el Estado ha conducido consuetudinariamente a la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, generando nóminas paralelas o designación permanente de personas naturales que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa, vulnerando lo preceptuado en los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Carta Política.

Así las cosas, se insiste que es necesario precisar que el contrato de prestación de servicios como modalidad de trabajo con el Estado **debe ser excepcional**, y su utilización se justifica cuando es concebido como un instrumento temporal que atienda funciones ocasionales y no funciones permanentes o propias de la entidad, o que siendo parte de ellas no puedan ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.

En éste punto resulta imperativo referirnos a su consulta anterior (Rad. 2016-233-004383-2), mediante la cual usted manifestó "(...) *El flujo de asuntos y carga laboral en las áreas de Participación ciudadana y proyección de procesos sancionatorios requieren la contratación de profesionales del derecho, durante un tiempo determinado, con el ánimo de descongestionar tales despachos y así cumplir a cabalidad con la misión para la cual fueron creados; 2. El legislador ha establecido la creación de una oficina de control interno dentro de cada entidad pública, la cual tiene dentro de sus funciones contar con un plan anual y realizar auditorías, las cuales requieren funcionarios con total imparcialidad. Para ello, es ¿viable la contratación de profesionales de apoyo para dependencias que requieren conocimientos especiales, es el caso del área que se relaciona con antelación y la dependencia administrativa planeación? a fin de colaborar en el área de participación ciudadana y la, así como profesionales de apoyo para la oficina de control interno y planeación.(...)"*

Es claro que los profesionales que pertenecen a éstas dependencias misionales y de apoyo **cumplen funciones permanentes al servicio de la entidad**, funciones que no pueden suplirse por personal externo a través de la modalidad de contratación directa

por prestación de servicios, máxime cuando es de público conocimiento que éstas actividades se desempeñan con arreglo a la estructura funcional de la entidad y no se agotan en una sola vigencia, por el contrario son de tracto sucesivo y requieren ser atendidas permanentemente y que eventualmente pueden generar un riesgo litigioso para la entidad por la configuración de un contrato realidad susceptible de acciones contenciosas.

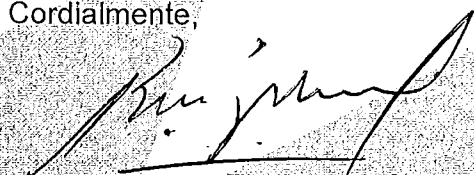
Como bien lo sostuvo la Corte Constitucional, no es dable que las labores permanentes que exige el servicio público sean desempeñadas por contratistas, ya que las mismas deben ejercerse por funcionarios de planta, vinculados mediante carrera administrativa o provisionalidad y que tengan virtud de permanencia y pertenencia con la entidad.

Respecto de la ausencia de personal, la Ley 909 de 2004 establece algunas herramientas que permiten satisfacer las necesidades de la administración, a través de las plantas ordinarias, plantas temporales e incluso apelar a la figura de supernumerarios, las cuales pueden ser financiadas mediante recursos de funcionamiento o inversión dependiendo de la naturaleza de la actividad que se pretende desarrollar, previo análisis técnico y de factibilidad que soporte el impacto fiscal que representa para la entidad dichas vinculaciones de personal.

Finalmente se recuerda que la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho es de obligatoria atención por parte de las autoridades y los particulares, con fundamento en el respeto por el principio de seguridad jurídica, las garantías superiores y la integración normativa necesaria para armonizar todo el ordenamiento⁸.

De esta forma, de manera general y abstracta damos respuesta al interrogante planteado, recordándole que el presente concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, por lo tanto no tiene carácter obligatorio ni fuerza vinculante.

Cordialmente,



ROBERTO ENRIQUE ARRÁZOLA MERLANO
Director Oficina Jurídica

Proyectó: María José Hernández Burbano – Abogada Oficina Jurídica 

⁸ Ver C-539 de 2011 y C-621 de 2015

