



Auditoría General de la República
Al contestar cite el radicado No: 1102-202300596
Fecha: 20 de febrero de 2023 03:37:12 PM
Origen: Oficina Jurídica
Destino: Contraloría de Cundinamarca

Bogotá,
110

Doctora
XIOMARA MORALES PIRAMANRIQUE
Secretaria General
Contraloría de Cundinamarca
Calle 49 # 13-33
Bogotá D.C.
notificaciones-sec-gral@contraloriadecundinamarca.gov.co
notificaciones-sec-gral@contraloriacundinamarca.gov.co

Referencia: Concepto 110.013.2023
SIA-ATC. 012023000051
1. *Del contrato de prestación de servicios*
2. *De la contratación de prestación de servicios por parte de las contralorías departamentales*
3. *Del contrato de consultoría*

Respetada doctora Xiomara:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en oficio del 13 de enero de 2023 allegado en correo electrónico de la misma fecha, radicado en la AGR el 16 de enero de 2023 con el número 20232330001062 bajo el SIA-ATC. 012023000051, en el que consulta lo siguiente:

«¿Si al interior de la Contraloría de Cundinamarca se tiene una jefatura de personal que tiene como función elaborar los proyectos de actos administrativos de creación o modificación de la planta de personal y del Manual Específico de Requisitos, Funciones y Competencias Laborales, pero dentro de los servidores adscritos a esta dependencia o demás funcionarios que integran la planta de personal de la Contraloría no existe personal idóneo que cuente con la experticia o el conocimiento para modificar o actualizar el manual de funciones y/o la planta de personal, es posible acudir a alguna modalidad de contratación ya sea directa o consultoría para que se adelante esta labor?»

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas (contralorías y fondos de bienestar social de las mismas) o de sus sujetos de vigilancia, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia.

por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando:

«Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, **sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal**, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución (...).» (Negrilla fuera de texto).

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es función de la Oficina Jurídica «Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo», los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan al consultante dilucidar la problemática planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir concepto de manera general y abstracta abordando los siguientes temas: i) Del contrato de prestación de servicios; ii) De la contratación de prestación de servicios por parte de las contralorías departamentales; y iii) Del contrato de consultoría

1. Del contrato de prestación de servicios

La Ley 80 de 1993 «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública» define el contrato de prestación de servicios así:

«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:

(...)

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.»

La Ley 1150 de 2008 «por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos», establece:

«Artículo 2°. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

(...)

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

(...)

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

(...))»

La Corte Constitucional, sobre el contrato de prestación de servicios, se ha pronunciado en múltiples sentencias de las cuales traemos a colación las siguientes:

C-154 del 19 de marzo de 1997:

«Para el cabal cumplimiento de los fines esenciales del Estado, la función pública al servicio de los intereses generales ejerce sus actividades a través de personas vinculadas al mismo en calidad de servidores públicos, quienes bajo la modalidad de empleados públicos o de trabajadores oficiales prestan sus servicios en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento (C.P., arts. 122 y 123). (...)

(...)

Dentro de la misma finalidad, el Estado cuenta con instrumentos apropiados para alcanzar esos fines a través del ejercicio de la autonomía para contratar que detenta. De esta forma, los contratos de la administración pública no constituyen por sí mismos una finalidad sino que representan un medio para *“...la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz...”*.

(...)

El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento

de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual *“...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”*.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

(...)

No es cierto, entonces, como lo indican los accionantes que cada vez que una entidad presente una insuficiencia de personal en su planta, pueda acudir como remedio expedito de la misma al contrato de prestación de servicios a fin de solventar la crisis que se pueda generar; **la contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes, únicamente, opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden.** (...)» (Cursiva propia del texto. Negrilla fuera del texto)

C-094 del 11 de febrero de 2003:

«Como puede advertirse, el contrato de prestación de servicios es una modalidad de contrato estatal que se suscribe con personas naturales o jurídicas con el objeto de realizar actividades desarrolladas con la administración o funcionamiento de una entidad pública pero tratándose de personas naturales, sólo puede suscribirse en el evento que tales actividades no puedan ser cumplidas por los servidores públicos que laboran en esa entidad o en caso que para su cumplimiento se requieran conocimientos especializados con los que no cuentan tales servidores.

Se trata de un acto reglado, cuya suscripción debe responder a la necesidad de la administración y a la imposibilidad de satisfacer esa necesidad con el personal que labora en la entidad pública respectiva pues si esto es posible o si en tal personal concurre la formación especializada que se requiere para atender tal necesidad, no hay lugar a su suscripción.»

C-614 del 2 de septiembre de 2009:

«Así las cosas, independientemente del nombre que las partes asignen o denominen al contrato porque lo realmente relevante es el contenido de la relación de trabajo, existirá una relación laboral cuando: i) se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado. Por el contrario, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993 cuando: i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) **la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Dicho en otros términos, esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios hace referencia a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los empleados públicos.**

(...)

La segunda, la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar **funciones de carácter permanente** de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. (...)» (Subrayado con negrilla propia del texto. Negrilla fuera del texto)

El Consejo de Estado igualmente se ha pronunciado respecto del contrato de prestación de servicios en múltiples sentencias, de las cuales traemos a colación la sentencia de unificación jurisprudencial del 9 de septiembre de 2021 proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo dentro del Radicado 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), en la que se anotó:

«86. Así pues, con base en las anteriores disposiciones de rango legal y reglamentario que complementan su regulación, y de un amplio acervo jurisprudencial de esta corporación, se pueden considerar como características del contrato estatal de prestación de servicios las siguientes:

87. (i) Solo puede celebrarse por un «término estrictamente indispensable» y para desarrollar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», y no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes de esta.

88. (ii) Permite la vinculación de personas naturales o jurídicas; sin embargo, en estos casos, la entidad deberá justificar, en los estudios previos, porqué las actividades «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados».

89. (iii) El contratista conserva un alto grado de autonomía para la ejecución de la labor encomendada. En consecuencia, no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia. De ahí que el Artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 determina que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales».

90. A este respecto, conviene aclarar que lo que debe existir entre contratante y contratista es una relación de coordinación de actividades, la cual implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente del objeto contractual, como puede ser el cumplimiento de un horario o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados.

91. En definitiva, los contratistas estatales son simplemente colaboradores episódicos y ocasionales de la Administración, que vienen a brindarle apoyo o acompañamiento transitorio a la entidad contratante, sin que pueda predicarse de su vinculación algún ánimo o vocación de permanencia.

(...)

93. Por lo tanto, la Administración Pública puede celebrar contratos de prestación de servicios que comprendan, como objeto, atender funciones ocasionales por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra pública -como peritos, técnicos y obreros-; y, también, de manera excepcional y temporal, cumplir funciones pertenecientes al objeto misional de la respectiva entidad, siempre que no haya suficiente personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

(...)

100. En el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, que es la modalidad que se examina en el marco de esta litis, el análisis del sector depende del objeto del contrato y de las condiciones de idoneidad y/o experiencia que permiten contratar a la persona natural o jurídica que está en condiciones de desarrollarlo. No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual. Así lo ha interpretado la Corte Constitucional, al precisar que el objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por «la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada».

(...)

134. En ese orden de ideas, la Sala unifica el sentido y alcance del «**término estrictamente indispensable**» como aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento.

135. Para la Sala, la anterior interpretación unifica el significado y alcance del «término estrictamente indispensable» del numeral 3.º del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual se acompasa plenamente con la interdicción de prolongar indefinidamente la ejecución de los contratos estatales de prestación de servicios.» (Negrilla fuera del texto)

De acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia señalada, se resaltan las siguientes características que el contrato estatal de prestación de servicios:

- i) Respecto del objeto: sólo para el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o conexas al funcionamiento de la respectiva entidad.
- ii) Procede únicamente cuando la actividad a desarrollar no es posible realizarse con personal de planta, por ejemplo cuando la planta de personal es insuficiente.

- iii) También es procedente esta contratación cuando dicha actividad requiera conocimientos especializados como es el caso de un peritaje; o cuando se efectúa en razón a la persona (*intuitu personae*) como cuando se requiere la elaboración de una obra artística.
- iv) No procede para el desarrollo de funciones permanentes, cotidianas o habituales como aquellas que se encuentran asignadas a los empleos de la planta de personal.
- v) Plazo de ejecución: su duración debe ser por el término **estrictamente indispensable** para la realización de la actividad, es decir, debe ser temporal y no permanente o prolongado en el tiempo.

2. De la contratación de prestación de servicios por parte de las contralorías departamentales

La Ley 330 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», establece:

«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 Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto 2003-11001-03-06-000-2010-00052-00 del 19 de agosto de 2010 respecto a los contratos de prestación de servicios en las contralorías departamentales y la disposición del artículo 15 de la Ley 330 de 1996, señaló:

«Se trata, pues, 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”.
(...)»

Los artículos 15 de la ley 330 de 1996 y 32 de la ley 80 de 1993 son dos normas de jerarquía legal que contienen disposiciones precisas sobre los contratos de prestación de servicios; pero como la ley 330 es 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, fuerza es concluir 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.
(...)»

Por mandato del artículo 15 de la ley 330 de 1996, las contralorías departamentales tienen prohibido celebrar contratos de prestación de servicios para atender las funciones relacionadas con el control fiscal y las funciones administrativas de apoyo, sin excepción, por lo cual no pueden acudir a la

autorización general contenida en la ley 80 de 1993.

Cabe agregar que como la contratación de la función fiscal con empresas privadas colombianas es una autorización y no una imposición, y el ejercicio de esa función es sin duda permanente y continuo, las contralorías departamentales pueden atender sus necesidades de personal en las áreas misionales con la creación de los empleos que sean necesarios en la planta de personal, ajustándose a las disposiciones legales en materia de gasto público especialmente contenidas en la ley 617 de 200116 para el nivel territorial, que establecen los límites de gasto de las contralorías departamentales en relación con las categorías de los departamentos sobre los que ejercen su función fiscalizadora.

(...)

La prohibición consagrada en el artículo 15 de la ley 330 de 1996 comprende todas las actividades de las contralorías departamentales.»

Este concepto fue ampliado mediante concepto 11001-03-06-000-2010-00052-00-2003A del 24 de mayo de 2011, complementándolo en cuanto al tema así:

«La misma ley 909 en cita, artículo 17, se refiere a la planta de personal en cada órgano y entidad pública, conformada con “los empleos necesarios, de acuerdo con los requisitos y perfiles profesionales establecidos en los manuales específicos de funciones, con el fin de atender a las necesidades presentes y futuras derivadas del ejercicio de sus competencias”; e impone a las unidades de personal y a los organismos y entidades el deber de mantener actualizadas sus plantas “para el cumplimiento eficiente de las funciones”, teniendo en cuenta “las medidas de racionalización del gasto.”

Así pues, las nociones de empleo y planta de personal se estructuran en torno a las funciones del organismo o entidad, de manera que éstos puedan vincular el personal que sea necesario para garantizar el cumplimiento eficiente de dichas funciones y la satisfacción de las exigencias de los planes de desarrollo y de los fines del Estado.

Como se trata de atender la función pública, el carácter permanente de ésta supone que las plantas de personal se conformen con empleos igualmente permanentes, a los cuales se vinculan personas naturales, lo que a su vez significa que, en principio, las funciones de los empleos no pueden ser objeto del contrato de prestación de servicios personales con personas naturales.

(...)

En consecuencia, la elaboración de las plantas de personal requiere, tal como lo ordena la ley, el estudio de las necesidades reales del organismo o entidad; y también, debe considerar, para excluirlas, aquellas actividades que están reguladas y controladas de acuerdo con leyes especiales, como ocurre con el servicio de vigilancia o de celaduría; o que son prestadas por personas jurídicas organizadas y reconocidas conforme a la ley, y que resultan más favorables que si se prestaran directamente por la entidad u organismo estatal, como los servicios de aseo; **o que se requieren con alguna periodicidad o eventualmente**, como el mantenimiento preventivo o correctivo de máquinas, vehículos y demás recursos físicos.

(...)

De manera que en el marco del Estatuto Contractual de la Administración Pública, el contrato de prestación de servicios es el instrumento jurídico para que las entidades y organismos estatales resuelvan esas específicas necesidades de administración, teniendo presente que la modalidad de servicios personales con personas naturales, sólo es legalmente posible cuando el personal de planta es insuficiente o se necesitan conocimientos especiales.

(...)

Siguiendo su texto, la norma dispone que las contralorías departamentales:

- a) No pueden contratar “servicios personales” cuando el objeto del contrato corresponda a las funciones de los empleos que integran su planta de personal;
- b) Pueden contratar servicios personales, para atender actividades que no están contempladas en las funciones de los empleos de sus plantas de personal;
- c) Pueden contratar bajo el tipo de prestación de servicios, otros que no sean personales, siempre y cuando “tengan relación directa con el control fiscal”, pues de lo contrario estarían incurriendo en la prohibición acerca del destino de sus recursos que el mismo artículo 15 consagra.

(...)

En el concepto del 19 de agosto del 2010, la Sala explicó que la ley 80 de 1993 es una norma general pero no exclusiva ni única en materia de contratación pública y que, por lo mismo, siendo la ley 330 de 1996 posterior y además especial para las contralorías departamentales, la prohibición del artículo 15 de esta ley 330, es prevalente y configura una excepción al artículo 32, numeral 3º, de la ley 80.

Agrega ahora la Sala la siguiente consideración:

El artículo 32, numeral 3º, de la ley 80 y el artículo 15 de la ley 330 de 1996 se refieren a una misma materia: el contrato de prestación de servicios personales.

Como la diferencia está en que las contralorías departamentales no pueden celebrar ese contrato si su objeto es alguna de las funciones de los empleos de sus plantas de personal, mientras que para las demás entidades estatales sus funciones sí pueden ser objeto de dichos contratos, claramente hay una restricción o limitación en la competencia de las contralorías departamentales en materia de contratación de servicios personales.

Ello significa que por razón de la materia, la ley 330 no modificó, derogó ni subrogó disposición alguna de la ley 80; introdujo una excepción a la contratación de servicios personales, propia y exclusiva para las contralorías departamentales, determinada por las funciones de los empleos de sus plantas.

Como es una excepción restrictiva a la capacidad contractual de las contralorías departamentales, que no modifica la definición ni las clases de contratos de prestación de servicios del estatuto contractual, no cabe hablar tampoco de derogatoria expresa o tácita de este estatuto, y, por ende, tampoco resulta aplicable, al argumento que se analiza, el último inciso del artículo 32 de la ley 1150 del 2007, que se refiere a la derogatoria a futuro de las reglas del estatuto contractual.

Para concluir, la Sala sintetiza:

- a) **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.**

- b) Con aplicación del Estatuto Contractual y sus reglamentos, las contralorías departamentales están habilitadas para celebrar los contratos de prestación de servicios profesionales y los de apoyo a la gestión con personas jurídicas y con personas naturales, para atender las demás actividades que su administración y funcionamiento requieran siempre que ellas tengan relación directa con el control fiscal.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

A la pregunta inicial:

“¿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 prestación 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 fuera del texto)

Esta Oficina Jurídica en concepto 110.002.2014 (contenido en el oficio Radicado No. 20141100006521 del 17-02-2014), sustentado en conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y del Departamento Administrativo de la Función Pública, concluyó:

«Conforme a los conceptos citados, se concluye que 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 las actividades y funciones que correspondan a los empleados que hagan parte de la planta de personal, toda vez que dicha norma contiene una excepción restrictiva a la capacidad contractual de esos entes de control.»

Este Despacho igualmente se pronunció sobre este tema en los conceptos 110.002.2010, 110.006.2009, 110.043.2007 y 110.020.2007, entre otros los cuales se invita a consultar.

Se tiene entonces que, la norma prohibitiva para las contralorías departamentales respecto de la contratación de prestación de servicios personales aplica únicamente en el evento que la actividad objeto del contrato corresponda a una función establecida para empleo de su planta de personal en el correspondiente manual de funciones.

Lo anterior conlleva a que les sea permitido la contratación de prestación de servicios personales para actividades diferentes a las funciones de los empleos de dicha planta de personal, así como para aquellas actividades que requieran conocimientos especializados en los términos del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

3. Del contrato de consultoría

La Ley 80 de 1993 «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública» define el contrato de consultoría así:

«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:

(...)

2º. Contrato de Consultoría.

Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, **estudios de diagnóstico**, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.» (Negrilla fuera de la norma)

Respecto de la norma transcrita, la Corte Constitucional en la sentencia C-326 del 10 de julio de 1997, dijo:

«En la definición transcrita se encuentran los elementos constitutivos del contrato de consultoría, cuyo análisis permite concluir que existen diferencias sustanciales con el contrato de prestación de servicios, que habilitan al legislador para darles a quienes los suscriben un tratamiento también distinto. Veamos:

Los contratos de consultoría se pueden celebrar con personas naturales o jurídicas, mientras que los contratos de prestación de servicios sólo pueden celebrarse con personas naturales.

El objeto de los contratos de consultoría no está relacionado directamente con las actividades de la entidad que los requiere, o con su funcionamiento, a través de ellos la administración contrata servicios especializados de asesoría, interventoría, gerencia de obra o de proyectos, o la elaboración de estudios y diagnósticos, que no siempre coinciden en su contenido con la órbita de las actividades propias de la entidad contratante (por ejemplo contratos de estudios de suelos para la construcción de la sede de una entidad pública que presta servicios de salud); para ello recurre a personas naturales o

jurídicas especializadas en una determinada materia, las cuales ofrecen conocimientos y experiencia en una específica área o actividad; mientras en los contratos de prestación de servicios sucede lo contrario, en ellos el contratista, persona natural, pone a disposición de la entidad contratante su capacidad de trabajo para asumir funciones o tareas relacionadas con aquella, que por alguna razón no puede realizar el personal de planta, luego los supuestos de hecho que sirven de sustento a uno y otro tipo de contrato son diferentes, con lo que se desvirtúa la afirmación de los actores, en el sentido de que en tratándose de contratos cuyas características son similares, casi idénticas dicen, ellos exigen un tratamiento igual por parte del legislador so pena de incurrir en la violación del artículo 13 de la C.P.» (Negrilla fuera del texto)

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 30 de noviembre de 2006 dentro de la Radicación 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832), dijo respecto del contrato de consultoría:

«En principio se puede establecer una diferencia sustancial entre estos dos tipos de contratos, pues, el de consultoría consiste, básicamente, en la realización de estudios, diseños y en la asesoría técnica al control y supervisión de proyectos, así como en la interventoría y en la gerencia y dirección de obras o proyectos, lo cual encierra una variedad muy amplia de actividades, todas ellas regidas por un común denominador de índole técnico y cargadas de un matiz especializado en la ejecución de este tipo de contratos.

De este modo, el contrato de consultoría se caracteriza porque sus obligaciones tienen un carácter marcadamente intelectual, como condición para el desarrollo de las actividades que le son propias, aunque también se asocia con la aplicación de esos conocimientos a la ejecución de proyectos u obras.»

Y en cuanto a las diferencias con el contrato de prestación de servicios, dijo:

«Puede deducirse de todo esto que el criterio de distinción entre un contrato de consultoría y uno de prestación de servicios, cuando se presentan conflictos sobre el tipo de los mismos, parte de un criterio residual, que se formula de la siguiente manera: Todos los contratos que se encuadren en la descripción legal sobre lo que es una consultoría corresponderá a dicho tipo legal; los demás serán contratos de prestación de servicios.

La razón de ese criterio reside en la especialidad de la definición, ya que la noción de contrato de consultoría es de menor alcance y más concreta que la de prestación de servicios.

En este sentido, la distinción entre ambos contratos resulta ser relativamente fácil de establecer, tratándose de la comparación de los típicos contratos de consultoría en relación con los característicos contratos de prestación de servicios, como ocurre, por ejemplo, con la interventoría de una obra y con la contratación de una secretaria para realizar trabajos ocasionales en una oficina pública.

Además, la distinción entre estos dos contratos también se expresa en otros aspectos, como por ejemplo: i) en los contratos de consultoría no se pueden pactar cláusulas exorbitantes, porque la ley no lo autoriza; mientras que en los contratos de prestación de servicios es posible que las partes las pacten -art. 14, num. 2, inc. 2-, ii) para celebrar un contrato de consultoría, que sea producto de un concurso público, es necesario que los oferentes estén inscritos en el RUP -art. 22, inc. 1-, mientras que los

contratos de prestación de servicios no lo requieren -art. 22, inc. 6-, iii) los contratistas de prestación de servicios requieren estar afiliados al régimen de seguridad social en salud y de pensiones, mientras que los de consultoría no lo requieren -art. 50, ley 789 de 2003-, iv) el contrato de consultoría exige, cuando el valor supera la menor cuantía, que sea celebrado por el proceso de concurso público, mientras que el de prestación de servicios se puede celebrar en forma directa, en las condiciones previstas en el art. 24.1, lit. d), entre otras diferencias, como las de tipo fiscal, contenidas en el Estatuto Tributario.»

De acuerdo a la norma y jurisprudencia, podemos concluir que el contrato de consultoría tiene por objeto la prestación de asesorías especializadas, para entre otros: diagnósticos, estudios, proyectos y se caracteriza principalmente por tratarse de un desarrollo principalmente intelectual del contratista.

4. Conclusiones

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente, la AGR ratifica lo contenido en los conceptos relacionados y concluye adicionalmente lo siguiente:

- a) Mediante el contrato de prestación de servicios se busca la ejecución de actividades propias de la entidad y referentes con su funcionamiento y administración.
- b) Por expreso mandato legal (art. 15 Ley 330/96) a las contralorías departamentales les está prohibido la celebración de contratos de prestación de servicios personales para ejecutar actividades o funciones **que se encuentren asignadas a los empleos de su planta de personal**.
- c) El contrato de consultoría es para la realización de, entre otros, estudios de diagnóstico, proyectos específicos, asesorías técnicas, etc., el cual requiere necesariamente de conocimientos intelectuales del contratista.
- d) Corresponde a la contraloría departamental **determinar si la actividad a contratar se encuentra asignada a un empleo de su planta de personal**, de no ser así, establecer si es de aquellas permitidas para ser objeto de un contrato de prestación de servicios, o de las permitidas para un contrato de consultoría.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, anotando que el presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 «Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

«(...) el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad 'ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución'»** (Negrilla fuera de texto)

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto pueden ser consultarlos en el siguiente enlace:
<http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento, Torre 4 de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y fljimenez@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón *SIA*, seleccionar la opción *SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO*, luego, seleccionar el botón *Encuesta de Satisfacción* e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña ad734fe8. También puede consultar su solicitud en el botón *Consultar Solicitud* ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,


PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Fabio Luis Jiménez Castro		17/02/2023
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		17/02/2023
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		17/02/2023

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.