

Bogotá,
110



Auditoría General de la República
Al contestar cite el radicado No: 1102-202301076
Fecha: 21 de abril de 2023 08:07:16 AM
Origen: Oficina Jurídica
Destino: Contraloría Distrital de Medellín

Doctor
PABLO ANDRÉS GARCÉS VÁSQUEZ
Contralor Distrital
Contraloría Distrital de Medellín
Calle 53 No. 52-16 Piso 8 Edificio Miguel de Aguinaga
Medellín – Antioquia
pablo.garces@cgmj.gov.co

Referencia: Concepto 110.032.2023
SIA-ATC. 012023000215

1. *De la aplicación de la Circular Conjunta No. 100 005 -2022 de 2022 del DAFP y la ESAP en las contralorías territoriales*
2. *De la aplicación de la Circular Conjunta No. 01 de 2023 del DAFP y CCE en las contralorías territoriales*
3. *De la contratación de prestación de servicios en las contralorías municipales*

Respetado contralor Garcés Vásquez:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en el oficio Radicado: E202300000804 del 2023/03/06, allegado mediante correo electrónico de la misma fecha, radicado en la AGR el mismo día con el número 02331202300614 bajo el SIA-ATC. 012023000215, en el que consulta lo siguiente:

«En ejercicio del Derecho de Petición de Consulta, me permito entonces con sumo respeto formular los siguientes interrogantes:

1. La Contraloría Distrital de Medellín, quien ejerce una función pública de vigilancia y control y es un organismo autónomo e independiente de la administración distrital de Medellín, ¿es destinataria de las Circulares Conjuntas No. 100 005 -2022 de 2022 y No. 01 de 2023?
2. La limitación de celebrar contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión por un periodo superior a cuatro (4) meses, ¿resulta de obligatorio acatamiento de parte de la Contraloría Distrital de Medellín?
3. En caso de una respuesta positiva a las preguntas anteriores, y ante la imposibilidad financiera de esta Contraloría Distrital de Medellín para adelantar la **celebración de la contratación de los correspondientes estudios técnicos y de cargas laborales necesarios, dado su alto costo**, y a partir de ellos determinar o justificar la necesidad de ampliar la planta de personal o crear una temporal para atender las necesidades misionales y administrativas que han sido provistas a través de contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión -por las limitaciones presupuestas (sic) acaecidas con el impacto económico que sobre nuestro presupuesto ha tenido la aplicación de la ley

1416 de 2010 y 617 de 2000[2]-, ¿Podría continuar celebrando los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión para evitar la afectación del servicio a su cargo, una vez expiren los términos de los ya celebrados por el límite previsto en las Circulares Conjuntas No. 100-005-2022 de 2022 y No. 01 de 2023, hasta tanto se logró (sic) obtener la fuente de financiación de los aludidos estudios técnicos y de cargas laborales y pueda implementar la (sic) recomendaciones que los mismos arroje?

4. Ante la certeza que tiene este Órgano de Control Fiscal sobre la imposibilidad de implementar la ampliación de planta de personal o la creación de una planta de personal temporal por las limitaciones presupuestales fijadas en la leyes arriba señaladas, que llegare arrojar el estudio técnico y de cargas laborales que se pueda contratar, ¿cómo evitar que el pago del mismo se convierta en un detrimento patrimonial ante la inviabilidad financiera de implementar las recomendaciones?» (Negrilla propia del texto)

Es de anotar que esta misma petición (respecto del interrogante del numeral 4) fue trasladada por competencia a la AGR por el Director de Fortalecimiento y Apoyo a la Gestión Estatal de la ESAP en oficio Radicado S-2023-006650 del 21 de marzo de 2023 a través de correo electrónico de la misma fecha.

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) De la aplicación de la Circular Conjunta No. 100 005 -2022 de 2022 del DAFP y la ESAP en las contralorías territoriales; ii) De la aplicación de la Circular Conjunta No. 01 de 2023 del DAFP y CCE en las contralorías territoriales; y iii) De la contratación de prestación de servicios en las contralorías municipales.

1. De la aplicación de la Circular Conjunta No. 100 005 -2022 de 2022 del DAFP y la ESAP en las contralorías territoriales

La Circular Conjunta 100-005 de 2022 del Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP y la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP, tiene como asunto: «Lineamientos del plan de formalización del empleo público en equidad - vigencia 2023», siendo dirigida a «Órganos, organismos y entidades del sector central y descentralizado de la rama ejecutiva del orden nacional y territorial - artículo 115 de la C.P»

La Constitución Política establece en su artículo 115:

«Artículo 115. El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.

El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos.

El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.

Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables.

Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias (sic), los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva.» (Resaltamos en negrilla)

Esta circular en varios de sus apartes menciona las entidades destinatarias, así:

«La contratación directa a través del contrato de prestación de servicios y de apoyo a la gestión deberá

tener un término de duración de cuatro (04) meses, plazo este durante el cual **los órganos, organismos y entidades de la rama ejecutiva del orden nacional y territorial** deberán elaborar los estudios técnicos requeridos y establecer la planta temporal de personal necesaria y suficiente que supla las necesidades misionales y administrativas que se requieran.

(...)

Los órganos, organismos y entidades de la rama ejecutiva del orden nacional deberán proponer tanto las plantas temporales de personal en equidad, como la reorganización de sus estructuras internas, teniendo en cuenta el objetivo fundamental y esencial de nuestro gobierno: "Colombia potencia mundial de la vida", el cual se logrará (sic) a través "la Bioadministración" como modelo de las administraciones públicas -nacionales y territoriales- que garantice y proteja todas las manifestaciones de vida, y hagan efectivo el cumplimiento del principio global de la "buena administración".

(...)

Los órganos administrativos de gobierno de la rama ejecutiva del orden nacional deberán reforzar sus sectores, con un enfoque territorial que permita la ejecución y el dialogo directo en el desarrollo progresivo de sus correspondientes sectores teniendo como base el comportamiento Los órganos administrativos de gobierno de la rama ejecutiva del orden nacional deberán reforzar sus sectores, con un enfoque territorial que permita la ejecución y el dialogo directo en el desarrollo progresivo de sus correspondientes sectores teniendo como base el comportamiento.» (Resaltamos en negrilla)

Tal como se observa, esta circular está dirigida a los órganos, organismos y entidades que conforman la rama ejecutiva tanto del nivel nacional como del nivel territorial.

Respecto a la conformación de la rama ejecutiva del poder público, la Ley 489 de 1998 «Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.», establece:

«Artículo 38.- Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

- a. La Presidencia de la República;
- b. La Vicepresidencia de la República;
- c. Los Consejos Superiores de la administración;
- d. Los ministerios y departamentos administrativos;
- e. Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a. Los establecimientos públicos;
- b. Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c. Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d. Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;



- e. Los institutos científicos y tecnológicos;
- f. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta
- g. Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Parágrafo 1º. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

Parágrafo 2º. A demás de lo previsto en el literal c) del numeral 1 del presente artículo, cómo organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, funcionaran con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de Constitución se indicará al Ministerio o Departamento Administrativo al cuál quedaren adscritos tales organismos.

Artículo 39.- Integración de la Administración Pública La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado Colombiano.

(...)

Las gobernaciones, las alcaldías, las secretarías de despacho y los departamentos administrativos son los organismos principales de la Administración en el correspondiente nivel territorial. Los demás les están adscritos o vinculados, cumplen sus funciones bajo su orientación, coordinación y control en los términos que señalen la ley, las ordenanzas y los acuerdos, según el caso.

Las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales son corporaciones administrativas de elección popular que cumplen las funciones que les señalan la Constitución Política y la ley.»

Obsérvese que el legislador no incluyó a las contralorías territoriales como parte de la rama ejecutiva del poder público puesto que ellas son órganos de control fiscal al encontrarse incluidas en el Título X «De los organismos de control», artículo 272 de la Constitución Política de Colombia de 1991 modificado por el Acto Legislativo 04 de 2019 «Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal», que establece:

«Artículo 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas en forma concurrente con la Contraloría General de la República.

La vigilancia 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, y garantizar su sostenibilidad fiscal.

(...)

Parágrafo transitorio 2º. En un término no superior a un año la ley reglamentará el fortalecimiento

financiero de las contralorías departamentales, municipales y distritales con recursos provenientes principalmente de los ingresos corrientes de libre destinación más cuota de fiscalización que aportarán los sujetos de control del respectivo departamento, distrito o municipio. Esta ley será presentada por el Gobierno y la Contraloría General de la República.»

Concordante con la disposición constitucional, el legislador en el artículo 155 de la Ley 136 de 1994 «por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios», estableció:

«Artículo 155. Contralorías: Las contralorías distritales y municipales son entidades de carácter técnico, dotadas de autonomía administrativa y presupuestal. En ningún caso podrán realizar funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización.»

Respecto de la independencia de la función de vigilancia y control fiscal la Corte Constitucional en la sentencia C-374 del 24 de agosto de 1995, dijo:

«En la Constitución Política de 1991 se reconoce expresamente la función de control fiscal, como una actividad independiente y autónoma y diferenciada de la que corresponde a las clásicas funciones estatales, lo cual obedece no sólo a un criterio de división y especialización de las tareas públicas, sino a la necesidad política y jurídica de controlar, vigilar y asegurar la correcta utilización, inversión y disposición de los fondos y bienes de la Nación, los departamentos, distritos y los municipios, cuyo manejo se encuentra a cargo de los órganos de la administración, o eventualmente de los particulares (arts. 267, 268 y 272 C.P.)

(...)

En la Constitución el ejercicio de la función pública de control, obedece a un esquema orgánico y funcional propio, pues las instituciones de control, están dotadas de autonomía e independencia administrativa y presupuestal, y de una competencia específica y especializada, que se traduce en el ejercicio de una serie de potestades estatales.»

Ahora bien, teniendo en cuenta que esta Circular Conjunta tiene por objeto la formalización del empleo público, el hecho de que ella tenga como destinatarios a órganos, organismos y entidades del sector central y descentralizado de la rama ejecutiva del orden nacional y territorial, no implica una restricción para que otras entidades puedan adoptar sus directrices, buenas prácticas o lineamientos en el marco de sus competencias.

2. De la aplicación de la Circular Conjunta No. 01 de 2023 del DAFP y CCE en las contralorías territoriales

La Circular Conjunta 01 de 2022 del Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP y la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, tiene como asunto: «Lineamientos para la celebración de contratos de prestación de servicios previstos en el artículo 2, numeral 4, literal h, de la Ley 1150 de 2007 - Vigencia 2023», siendo dirigida a «Órganos, organismos y entidades del sector central y descentralizado de la rama ejecutiva del orden nacional y territorial»

En cuanto a los destinatarios, además, en la Circular se anota que se expide teniendo en cuenta la Directiva Presidencial No. 08 de 2022, la cual está dirigida a las «entidades de la rama ejecutiva del orden nacional»; también se anota que se tiene en cuenta la Circular Conjunta No. 100-005-2022 expedida por el DAFP y la ESAP, sobre la cual se trató en el numeral anterior y que tiene como destinatarios a «los órganos, organismos y entidades que conforman la rama ejecutiva tanto del nivel nacional como del nivel territorial».

Entonces, de la lectura integral tanto de la Circular Conjunta en análisis como de la Directiva Presidencial y la Circular Conjunta que le sirven de base o fundamento, se tiene que los sus destinatarios son las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del orden nacional, tal como se anota en varias de las disposiciones allí consagradas:

«3. De conformidad con lo establecido en la Directiva Presidencial No. 08 del 17 de septiembre de 2022, las Entidades Estatales de la Rama Ejecutiva del orden nacional solo pueden justificar la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión por: (...)»

«7. En virtud de lo señalado en el penúltimo inciso del numeral 1.1 de la Directiva presidencial 8 de 2022, las Entidades Estatales de la Rama Ejecutiva del orden nacional no podrán justificar la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión cuando se pretenda contratar a personas naturales que ya tienen otros contratos de esta naturaleza con otras entidades públicas, lo que implica que no pueden suscribirlos aunque los contratos de prestación de servicios previos sean con entidades públicas que pertenezcan a otra rama u orden, o sometidas a regímenes especiales.»

De conformidad a los destinatarios de esta Circular, el análisis efectuado en el numeral anterior, aplica igualmente para este numeral, así como la conclusión dada allí respecto a que esta Circular Conjunta 01 de 2023 DAFP-CCE, tampoco tiene como destinatario a las contralorías territoriales.

Siendo objeto de esta Circular Conjunta la adopción de: «lineamientos para la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, los cuales han sido formulados con estricta sujeción al marco jurídico aplicable y con observancia de la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional», tal como se dijo para la Circular Conjunta 100 005 -2022 de 2022 del DAFP y la ESAP del numeral anterior, el hecho que no tenga como destinatarios a las contralorías, no es óbice para que éstos órganos de control, si así lo deciden, adopten las directrices allí establecidas siempre y cuando las mismas se ajusten a lo que el ordenamiento jurídico ha previsto respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

3. De la contratación de prestación de servicios en las contralorías municipales

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 2º. 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. Resaltamos en negrilla)

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.»

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.» (Resaltamos en negrilla)

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

- i) Respecto del objeto procede 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.

Así, será la contraloría municipal la que honrando los principios administrativos y de contratación de responsabilidad y de planeación (además etapa del proceso de contratación) desarrollados en la elaboración estudios previos que permitan determinar, la conveniencia del objeto a contratar, la

modalidad de selección del contratista, el tipo de contrato y su plazo de ejecución y la disponibilidad de recursos, determine la procedencia de la contratación de prestación de servicios de acuerdo con sus necesidades y atendiendo las normas y jurisprudencia sobre la materia, las disposiciones presupuestales respectivas (Ley 617 de 2000 y 1416 de 2010), así como la restricción establecida en la Ley 42 de 1993 «Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen»:

«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.»

La norma transcrita establece una restricción a la contratación en los órganos de control fiscal cual es que, la contratación de prestación de servicios para la ejecución de la gestión misional de vigilancia y control fiscal (es decir para el ejercicio de actuaciones de fiscalización), solamente es viable en los tres eventos allí establecidos y previo el visto bueno del Consejo de Estado.

La Corte Constitucional en la anteriormente mencionada sentencia C-374-95 anota al respecto:

3. La vigilancia fiscal y su ejercicio mediante contratación.

(...)

En aras de un ejercicio ágil y eficaz de la vigilancia fiscal, la Constitución (art. 267 inciso 2) dispuso que la ley podía autorizar para contratar en casos especiales, esto es, dentro de las circunstancias y condicionamientos regulados por ésta, la labor de vigilancia con "empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos... previo concepto del Consejo de Estado".

(...)

En el mismo sentido se autorizó por la Constitución el ejercicio de la vigilancia fiscal a nivel regional y local, de manera que las contralorías departamentales y municipales, pueden también celebrar contratos, en términos similares, con empresas nacionales de carácter particular.

Resulta absolutamente claro de los textos constitucionales en referencia, que la vigilancia fiscal es una

atribución exclusiva de los organismos de control fiscal. Por consiguiente, y dentro de la regulación prevista en la ley, son éstos los que pueden habilitar a una empresa privada mediante el mecanismo de la contratación para ejercer dicha atribución, y nunca la entidad vigilada o controlada. (...)»

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:

- i) La Circular Conjunta No. 100 005 -2022 de 2022 del DAFP y la ESAP «Lineamientos del plan de formalización del empleo público en equidad - vigencia 2023» no tiene como destinatario a las contralorías territoriales, al no hacer parte éstas de la rama ejecutiva del poder público nacional o territorial, por tanto, su aplicación no es obligatoria para estos organismos de control fiscal. En todo caso, ello no implica que estos organismos puedan adoptar las disposiciones allí establecidas de conformidad con sus competencias.
- ii) La Circular Conjunta No. 01 de 2023 del DAFP y CCE «Lineamientos para la celebración de contratos de prestación de servicios previstos en el artículo 2, numeral 4, literal h, de la Ley 1150 de 2007 - Vigencia 2023» no tienen como destinatario a las contralorías territoriales, al no hacer parte éstas de la rama ejecutiva del poder público nacional o territorial, por tanto, su aplicación no es obligatoria para estos organismos de control fiscal. No obstante, estos organismos pueden adoptar las disposiciones allí establecidas siempre y cuando se ajusten a lo que el ordenamiento jurídico ha previsto respecto de la celebración de contratos de prestación de servicios.
- iii) Las contralorías municipales y distritales, atendiendo los principios administrativos y de contratación, en especial los de responsabilidad y de planeación, determinarán la procedencia de la contratación de prestación de servicios de acuerdo con sus necesidades y atendiendo las normas y jurisprudencia sobre la materia, las disposiciones presupuestales respectivas, así como la restricción establecida en la Ley 42 de 1993.

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’» (Resaltamos en negrilla)

Igualmente le informamos que la señora Auditora General de la República expidió la Resolución Reglamentaria No. 002 del 31 de marzo de 2023 «Por la cual se suspenden términos en las actuaciones administrativas de la Auditoría General de la República por el disfrute de los días 3, 4 y 5 de abril de 2023 autorizados mediante Circular Interna 002 de 2023», suspensión que incluye la actuación administrativa en los derechos de petición y dentro de ellos la correspondiente a las consultas. Esta Resolución fue divulgada a través de la página web de la entidad.

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>


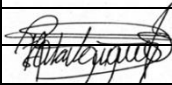
Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento, Torre 4 de Bogotá o a los correos 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 2bf3f574. 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		19/04/2023
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		19/04/2023
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		19/04/2023

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.