

Bogotá D.C.,

Señora

**NELLY PATERNINA**

[nellydelcarmenpaterninatamara@gmail.com](mailto:nellydelcarmenpaterninatamara@gmail.com)



Auditoría General de la República  
Al contestar cite el radicado No: 1102-202301167  
Fecha: 3 de mayo de 2023 07:59:20 AM  
Origen: Oficina Jurídica  
Destino: NELLY PATERNINA

Referencia:      Concepto 110.036.2023  
                         SIA-ATC 012023000248  
                         1. *Del detrimento fiscal.*  
                         2. *De la responsabilidad de los contratistas*

Respetada Sra. Paternina,

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en oficio allegado en correo electrónico del 16 de marzo de 2023, el cual fue radicado en la misma fecha con el número 02331202300737 y bajo el SIA-ATC. 012023000248, en el que consulta lo siguiente:

- «1. GENERA DETRIMENTO FISCAL EL HECHO DE QUE UNA PERSONA NATURAL TENGA VARIOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES?
- 2.. GENERA DETRIMENTO FISCAL EL HECHO DE QUE UNA PERSONA NATURAL EJECUTE UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES, DESDE UNA CIUDAD DIFERENTE A LA CUAL FIRMÓ EL CONTRATO, O, NO CORRESPONDA AL LUGAR DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO?» (sic)

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, en los siguientes términos:

### 1. Del detrimento patrimonial

El artículo 5 de la ley 610 de 2000 se refiere a los elementos de la responsabilidad fiscal señalando que se configuran cuando exista una conducta dolosa o gravemente culposa, un daño patrimonial al estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores. Por tal motivo es preciso indicar que en materia de responsabilidad fiscal el daño constituye uno de los elementos estructurales.

El daño patrimonial al estado es definido en el artículo 6 de la ley 610 de 2000 «Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías» como:

«**Artículo 6.** Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, ~~uso indebido~~ o deterioro de los bienes o recursos públicos, ~~o a los intereses patrimoniales~~ del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, ~~inequitativa~~ e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.<sup>1</sup>»

En ese contexto es preciso traer a colación lo recientemente señalado por este Despacho en concepto 110.031.2023 que menciona:

«Se tiene entonces que el daño se origina o es el efecto de la realización u omisión de un hecho, es decir, que el hecho es la causa del daño, siendo aquel cualquier evento, suceso, acto o acción que lleva a la producción del daño. Así lo anotó esta Oficina como en el concepto 110.032.2010 (Radicado 20101100045321 del 13 de agosto de 2010):

«De manera que un hecho generador de daño patrimonial sería cualquiera evento causado por un gestor fiscal que, de manera anormal produzca ciertamente un menoscabo, disminución, perjuicio, pérdida o deterioro determinado o determinable por los medios probatorios idóneos.»

<sup>1</sup> Texto tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-340-07.

Con la intención de dar claridad respecto de la estimación del daño, la Corte Constitucional en sentencia SU-620 de 1996 indicó:

«Para la estimación del daño debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que **debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio. (...) Dicha responsabilidad es, además, patrimonial, porque como consecuencia de su declaración, el imputado debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria**, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.» (Negrilla fuera de texto)»

## 2. De la responsabilidad de los contratistas

La Ley 80 de 1993 sobre los deberes y responsabilidades de los contratistas, establece:

«Artículo 5º. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3º de esta ley, los contratistas: (...)

2º. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las ordenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse. (...)

«Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. **El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.**

(...) Parágrafo 1º. El requisito establecido en la parte final del inciso segundo de este artículo deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del contrato estatal.

**El servidor público que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se refiere el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente. (...)** (Negrilla fuera de texto)»

«Artículo 52. De la responsabilidad de los contratistas. Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley. Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7º de esta ley. (...)

«Artículo 56. De la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal. Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.»

Así mismo la norma en cuestión señala en su artículo 4 referente a los derechos y deberes de las entidades estatales lo siguiente:

«**ARTÍCULO 4.-** De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

1o. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.  
(...)

4o. Adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan.»

En lo referente a la capacidad para contratar el mencionado estatuto general de contratación señala:

«**ARTÍCULO 6.-** De la Capacidad para Contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales los Cabildos Indígenas, las asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, los consejos comunitarios de las comunidades negras regulados por la Ley 70 de 1993. (...) »

En este punto conviene tener en cuenta las inhabilidades para contratar contempladas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 resaltándose las siguientes:

«Artículo 8.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

1. Son inhábiles para participar en licitaciones ~~o concursos~~ y para celebrar contratos con las entidades estatales:

- a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes
- b) Quienes participaron en las licitaciones ~~o concursos~~ o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.
- c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad
- d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.
- e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.
- f) Los servidores públicos.
- g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya

presentado propuesta para una misma licitación ~~e-concurso~~.

h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación ~~e-concurso~~.

i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación ~~e-concurso~~, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración pública, o de cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

También se considerarán inhabilitadas para contratar, las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la personería jurídica en los términos de ley, o cuyos representantes legales, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá de forma permanente a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores, y se aplicará de igual forma a las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal.

(...)<sup>2</sup>»

La Corte Constitucional en la sentencia C-563 del 7 de octubre de 1998 respecto al contratista determinó:

«3.3. Los contratistas, conforme a dicho estatuto, son las personas naturales o jurídicas, privadas o públicas, que asumen la ejecución de una labor o actividad, o que deben asumir la realización de una determinada prestación, según las especificidades del objeto del contrato, a cambio de una contraprestación. (...) Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque

<sup>2</sup> Expresión 'concurso' derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.»

De lo expuesto, es preciso señalar que la normativa aplicable no contempló restricción respecto de la posibilidad de un contratista de suscribir simultáneamente varios contratos de prestación de servicios, no obstante, es importante que el contratista dé estricto cumplimiento a las obligaciones contraídas frente a las entidades públicas con las cuales suscriba contratos, destinando el tiempo necesario para garantizar la correcta ejecución de los mismos.

Este despacho en concepto 110.025.2023 se pronunció en lo referente indicando:

«El contratista como persona natural de carácter particular coadyuva al Estado en la consecución de sus fines mediante la ejecución del respectivo objeto contractual bajo las condiciones allí establecidas y cumpliendo además con las obligaciones acordadas y/o aceptadas; de ahí que el incumplimiento en dichas obligaciones le traiga como consecuencia las respectivas responsabilidades civiles y penales, así como también disciplinarias cuando por la ejecución del objeto contractual deban cumplir funciones públicas. »

### 3. Conclusiones

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

- i) El daño al patrimonio consiste en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por la mala gestión fiscal.
- ii) Los contratistas son personas naturales o jurídicas, privadas o públicas, que asumen la ejecución de una tarea o actividad, o que deben asumir la realización de una determinada prestación, **según las especificidades del objeto del contrato**, cumpliendo con la totalidad de obligaciones contraídas.
- iii) No se encuentra establecida normativamente restricción alguna para que un contratista pueda suscribir varios contratos de prestación de servicios, siendo en todo caso indispensable que garantice la correcta y total ejecución de los contratos en los términos y bajo las condiciones acordadas.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas. 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 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

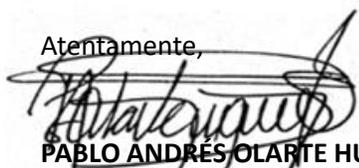
la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

«...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>

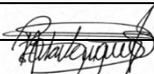
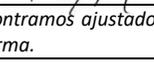
Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento, Torre 4 de Bogotá o a los correos electrónicos [juridica@auditoria.gov.co](mailto:juridica@auditoria.gov.co) y [jdsinisterra@auditoria.gov.co](mailto:jdsinisterra@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](http://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 b6fe6e5b 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:	Juan David Sinisterra		02/05/2023
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Hugué		02/05/2023
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Hugué		02/05/2023

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.