



Bogotá D.C.,
110.

Doctor

ANDRÉS FELIPE VANEGAS MOSQUERA

Contralor Departamental del Huila

Correo electrónico: notificaciones_judiciales@contraloriahuila.gov.co

E. S. D.

Referencia: Concepto: 110.018.2023
SIA-ATC No. 012023000060.

1. De la contratación de prestación de servicios en las contralorías departamentales

Cordial saludo Doctor Vanegas;

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en el correo electrónico del martes 17 de enero del 2023, radicado bajo el SIA-ATC. 012023000060, en el que hace la siguiente consulta:

«Teniendo en cuenta que, la oficina asesora jurídica no se encuentra dotada con personal con experiencia y conocimiento en el trámite e instrucción de los procesos disciplinarios, es posible la contratación de un profesional en esta área con conocimiento y experiencia a fin de apoyar el trámite de los procesos en curso y venideros no obstante la limitante dada por la Ley 330 de 1996 en su artículo 15».

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, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia; por lo tanto, 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 en Colombia, 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).

Es pertinente aclarar que no es resorte legal de la Auditoría General de la República, indicar la manera como deben proceder sus sujetos de control y vigilancia fiscal como lo son las contralorías territoriales, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte en un asunto que le corresponde vigilar posteriormente. Teniendo en cuenta nuestra competencia en la vigilancia y control, cualquier indicación sobre cómo debe desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior.

Asimismo, le indicamos que de conformidad con las facultades establecidas 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 una 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.

1. De la contratación de prestación de servicios en las contralorías departamentales

Para abordar esta solicitud es preciso inicialmente revisar la naturaleza jurídica de los contratos de prestación de servicios, según lo establecido en el numeral 3 del artículo 32° de la Ley 80 de 1993 «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública», la cual es clara en mencionar lo siguiente:

«III. DEL CONTRATO ESTATAL.

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». (Subrayas del Despacho).

De la disposición legal que precede, se logra establecer que este tipo de vinculación del contratista, no genera ningún tipo de relación laboral entre las partes, ni prestaciones sociales. Por tal razón no contiene las mismas condiciones de una relación legal y

reglamentaria o de un contrato netamente laboral, por lo que carece de una relación de subordinación, no debe cumplir horario, se limita únicamente a desempeñar el objeto contractual. En ese sentido es apropiado mencionar que el contrato de prestación de servicios, se podrá celebrar siempre y cuando se cumpla con los supuestos exigidos en el Estatuto General de Contratación Pública.

Es pertinente traer a colación lo preceptuado en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 330 de diciembre 11 del 1996¹ y sus modificaciones, así:

«**ARTÍCULO 1° COMPETENCIA:** Corresponde a las Contralorías Departamentales ejercer la función pública de control fiscal en su respectiva jurisdicción, de acuerdo con los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la Constitución y la ley.

ARTÍCULO 2° NATURALEZA: Las Contralorías Departamentales son organismos de carácter técnico, dotadas de autonomía administrativa, presupuestal y contractual. En ningún caso podrán ejercer funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.

ARTÍCULO 3° ESTRUCTURA Y PLANTA DE PERSONAL: Es atribución de las Asambleas Departamentales, en relación con las respectivas Contralorías, determinar su estructura, planta de personal, funciones por dependencias y escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo, a iniciativa de los controladores».

Asimismo, la normatividad de carácter especial precitada establece una prohibición expresa para contratar prestación de servicios personal, en los siguientes casos taxativamente:

«**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». (Subrayas del Despacho)

Sobre este particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en 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, señaló lo siguiente:

«Se trata, pues, de una expresa y tajante prohibición de contratar servicios personales [artículo 15 de la Ley 330 de 1996] 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

¹ “Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 308 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones relativas a las Contralorías Departamentales”.

personal”.

La frase que se destaca remite necesariamente al inciso primero del artículo 122 de la Constitución Política, conforme al cual: “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.”

Los artículos 15 de la ley 330 de 1996 y 32 de la ley 80 de 1993 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 2000 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.»

Este concepto fue ampliado mediante la expedición del Concepto 2003A de 2011 (Rad. No: 11001-03-06-000-2010-00052-00)² con fecha calendada el día veinticuatro (24) de mayo de dos mil once (2011), complementándolo 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

² Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil / Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO.

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 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:

1. 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.
2. 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.»

Esta oficina, emitió el concepto No. 110.002.2014 (contenido en el oficio radicado No. 20141100006521 del 17-02-2014), donde 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.»

Para mayor ilustración, puede consultar los conceptos 110.002.2010, 110.043.2007, 110.020.2007 y 110.006.2009, emitidos por este Despacho.

De conformidad con lo anterior y atendiendo al tema objeto de consulta este Despacho responde a su solicitud concluyendo que las contralorías departamentales, tienen una restricción expresa en lo concerniente a la contratación en la modalidad de prestación de servicios, por lo que no pueden contratar servicios personales, con personas naturales ni jurídicas, para ninguna de las actividades y funciones asignadas a los empleos de su planta de personal, en donde expresamente se encuentran las funciones misionales.

En ese entendido, es claro que en caso que las funciones estén asignadas a los empleos de la planta de personal de las Contralorías departamentales, existe una restricción expresa. Sin embargo, en el eventual caso que dichas funciones no estén a cargo de servidores del respectivo ente de control fiscal departamental, podría la entidad estudiar la posibilidad de contratar vía prestación de servicios este apoyo, en todo caso cumpliendo con las exigencias aplicables a este tipo de contratación y sin que se pudiera extender a la

realización de actividades que implique el ejercicio de una función pública.

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 «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 de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto, pueden ser consultados en nuestra página web www.auditoria.gov.co, siguiendo la ruta <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: avenida calle 26 No. 69-76 torre 4 (agua) pisos 17 y 18 Edificio: Elemento en la ciudad de Bogotá D. C., o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y laabril@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, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione 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 **79fb07b9**, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,

PABLO ANDRES OLARTE HUGUET
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Luis Alejandro Abril Parra		28-02-2023
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		28-02-2023
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		28-02-2023
<i>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.</i>			