

Bogotá D.C.,
110.



Auditoría General de la República
Al contestar cite el radicado No: 1102-202400817
Fecha: 21 de marzo de 2024 03:16:36 PM
Origen: Oficina Jurídica
Destino: Contraloría General de Boyacá (CGB).

Doctora
ANA MILENA NUÑEZ PERALTA
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Contraloría Departamental de Boyacá.
Correo electrónico: juridica@cgb.gov.co
Tunja - Boyacá

Referencia: Concepto No. 110.023.2024
SIA-ATC No. 012024000200.

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

Estimada Doctora Ana Milena;

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en el correo electrónico del día 23 de febrero del 2024, radicado bajo el SIA-ATC No. 12024000200 (código interno 2101-202400497), en el que hace la siguiente consulta:

«(...) Comedidamente nos dijimos a su despacho con el fin de solicitar un concepto, análisis y alcance normativo sobre la posibilidad de realizar Contratos de Prestación de Servicios en las contralorías territoriales, para apoyo en temas que están ligados al control fiscal y en el cual estos entes de control Departamental son miembros permanentes, presidentes e invitados con voto deliveratorios, como bien lo son:

1. Comisión Regional de Moralización Ley 1474 de 2011.
2. Comisión Especial de Carrera de las Contralorías – Decreto 409 de 2020.
3. Comisiones Electorales, de Incapacidad entre otros. (...)».

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 deben desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior.

Aclarar que de conformidad con las facultades en el 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»¹, 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, ya que los conceptos que emite la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, se formulan dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015 y 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 un concepto consolidado de manera general y abstracta.

1. DE LA CONTRATACIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LAS CONTRALORÍAS DEPARTAMENTALES:

Esta oficina considera oportuno citar la definición de 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», así:

(...) 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:

¹ Decreto Ley 272 de 2000, artículo 18 numeral 3



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 propias del Despacho

En ese sentido, el alto tribunal en materia Contencioso Administrativo² estableció el ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el siguiente aparte jurisprudenciales:

«[E]l régimen jurídico de los contratos estatales es el establecido en las normas civiles y comerciales, en ausencia de norma especial en la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que la modifiquen o adicionen (artículos 13, 32 y 40). No obstante, la coexistencia de derecho público y derecho privado, y la combinación de estos, como herramientas para el desempeño de la labor administrativa y la gestión pública, deben existir límites y fronteras entre uno y otro régimen, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, y en la perspectiva de que finalmente están sujetos a un régimen superior previsto en la Constitución Política. En la actividad contractual del Estado es posible predicar, como se desprende de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, que el régimen jurídico de los contratos estatales no es «unitario y puro, sino variable y mixto, apareciendo siempre mezclados en distintas proporciones el Derecho administrativo y el Derecho privado» (...).»

De la disposición legal previamente citada en líneas anteriores, 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 por el Estatuto de contratación vigente.

En línea con el artículo 32-3 del Estatuto General de la Contratación Estatal y de cara al objeto del contrato de prestación de servicios, la Sala de Consulta y Servicio Civil³ del Consejo de Estado, en su nota de relatoría, se pronunció en los siguientes términos:

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Objeto

«De acuerdo con su definición legal, el contrato de prestación de servicios permite a las entidades estatales atender sus necesidades de “administración o funcionamiento”, cuando el personal vinculado a su planta de personal no es suficiente o no tiene los conocimientos especializados que la actividad demande. En su interpretación gramatical, los vocablos

² Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado -Radicación No: 11001-03-06-000-2020-00212-00(2456)-

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 17 de mayo de 2007, Rad. 2004-00369(AP) y sentencia de 30 de noviembre de 2006, Rad. 30832. Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1592 de 4 de noviembre de 2004.



“administración” y “funcionamiento” definen actividades de distinta naturaleza dentro de una organización, las cuales en la práctica administrativa se identifican respectivamente como “de apoyo” y “misionales”. Entonces, las entidades estatales, en virtud de la definición del contrato de prestación de servicios, están autorizadas de manera general para celebrarlo a fin de atender requerimientos de personal, tanto en el desarrollo de su objeto como en las tareas administrativas de soporte que éste requiere; (...)».

Por su parte, la **Ley 330 de diciembre 11 del 1996⁴** establece una prohibición expresa para contratar prestación de servicios personal en el caso de las contralorías departamental, en los siguientes casos:

«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 fuera del texto)

Sobre el caso en particular, se pronunció el Consejo de Estado en radicación número: 11001-03-06-000-2010-00052-00(2003)A⁵ C. P. ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO, resaltando los siguientes apartes de su relatoría:

«(...)

CONTRATACION DE SERVICIOS PERSONALES - Procede solamente cuando el personal de planta es insuficiente o cuando se requieren conocimientos especializados / FUNCIONES PERMANENTES - Se debe crear empleo / FUNCIONES PERMANENTES - Se prohíbe contratar dicha función.

En la ley 80 de 1993, conforme lo establece expresamente el artículo 32, numeral 3º, la contratación de servicios personales con personas naturales está restringida en la medida en que se autoriza “solamente” cuando el personal de planta es insuficiente o cuando se requieren conocimientos especializados. (...) el carácter permanente de una determinada función tiene dos efectos: el deber de crear el empleo y la prohibición de contratar dicha función. (...) 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. A ello responde el condicionamiento establecido en el artículo 32, numeral 3º, de la ley 80 de 1993, cuando exige, para la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales, que las actividades de que trate el objeto contractual “no puedan realizarse con personal de planta”. (...) De manera que en el marco del Estatuto Contractual

⁴ «Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 308 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones relativas a las Contralorías Departamentales».

⁵ veinticuatro (24) de mayo de dos mil once (2011)



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».

(...)

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL - Régimen de contratación:

«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. 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». (Negrilla y subrayas fuera del texto).

Por otro lado, se estima necesario traer a colación sentencia de unificación de jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado, mediante radicado No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016)⁶ donde se resuelve solicitudes de aclaración y/o adición respecto de la sentencia «SUJ-025-CE-S2-2021» del 9 de septiembre de 2021, resaltando el siguiente pronunciamiento:

«(...)

En ese sentido, resulta oportuno poner de presente que la celebración de contratos de prestación de servicios en ningún momento ha sido proscrita por el ordenamiento jurídico; tanto es así, que el artículo 32.3 de Ley 80 de 1993, declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-154 de 1997, la consagra.

Por lo anterior, es del caso aclarar que esta corporación en ningún momento ha pretendido desestimular la utilización de este tipo de contratos; por el contrario, lo considera un importante instrumento de gestión pública que apunta, fundamentalmente, a la solución y atención de determinadas necesidades de las diferentes entidades y organismos de la Administración. Sin embargo, como se dijo en la sentencia de unificación, lo que se busca es neutralizar la práctica extendida al interior de algunas entidades de utilizar, indebidamente, este tipo de contratos para burlar los derechos salariales y prestacionales de quienes, en realidad, más que contratistas autónomos e independientes, son verdaderos servidores del Estado, sometidos a un régimen de subordinación y dependencia que es de suyo contrario a los propósitos que tuvo el legislador al consagrar este tipo de contratos como estatales, de los cuales, en estricto rigor y cuando son celebrados conforme a la ley, no surge ninguna relación de naturaleza laboral.

(...)

⁶ 11 de noviembre de 2021.



- (i) La decisión adoptada en este proceso y cuya aclaración o adición se solicita fue dictada desde la perspectiva de las relaciones laborales encubiertas que se suscitan con ocasión de la indebida celebración de contratos de prestación de servicios.
- (ii) La posición de la Sala frente a la segunda regla parte del supuesto de que se configuran los elementos de una verdadera relación laboral encubierta consagrados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Así se expuso en el párrafo 101 de la sentencia:

101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos salariales y prestaciones, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente.

(iii) Es en la anterior hipótesis donde adquiere relevancia el término de los treinta (30) días hábiles, el cual tiene alcance únicamente para efectos de la prescripción de derechos laborales, salariales y prestaciones, sin perjuicio de reiterar que dicho término «(...) no debe entenderse como “una camisa de fuerza” que impida tener en cuenta un mayor período de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia de cara a determinar la no solución de continuidad».

(iv) El acervo de consideraciones contenidas en la sentencia permite entender que cuando un contrato de prestación de servicios reúne todas las condiciones señaladas en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, devela la existencia de una relación laboral encubierta que da lugar al reconocimiento de todos los derechos laborales y prestaciones que son inherentes a este tipo de relaciones jurídicas.

(v) De acuerdo con lo anterior, un solo contrato de prestación de servicios podría dar lugar al surgimiento de una relación laboral encubierta, cuando el contratista no obre realmente conforme a la autonomía e independencia que son propias de este tipo de vinculación, sino bajo la subordinación y dependencia de la entidad contratante.

(vi) Ahora bien, cuando una entidad celebra de manera continuada o sucesiva contratos de prestación de servicios con una misma persona natural, bajo las mismas condiciones de subordinación o dependencia, y la celebración de esos contratos se da dentro del término de treinta (30) días hábiles, señalados en la segunda regla, debe concluirse, tal como se indicó en la sentencia de unificación, que el contrato precedente y el (o los) sucedáneo forman parte de «(...) una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente (...)», pero, solamente, para concluir que esos contratos configuran una única



relación laboral, para efectos de prescripción de los derechos laborales, salariales y prestacionales.

(vii) A contrario sensu, esta sentencia no se refiere a los auténticos contratos de prestación de servicios que se celebran conforme a los estrictos términos señalados en el artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993, y en donde no se configuran los elementos del artículo 23 precitado. (...)»

Este Despacho, reafirma la postura tomado en el marco del 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».

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 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/quest/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 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: **8a6b2ac8**, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



ROQUE LUIS CONRADO IMITOLA
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido
Proyectado por:	Luis Alejandro Abril Parra <i>LA#V.</i>
Revisado por:	Roque Luis Conrado Imitola
Aprobado por	Roque Luis Conrado Imitola

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.