Juntos Fortalecemos El Control Fiscal

CONTRALORIA DE CUNDINAMARCA

Bogotá D.C., 17 de enero de 2024.

Doctora
XIOMARA MORALES PIRAMANRIQUE
Secretaria General
Contraloría de Cundinamarca

Asunto: Concepto Jurídico respecto a la celebración e contratos de prestación de servicios para atender la necesidad asociadas con los medios de comunicación.

Respetada Dra. Xiomara,

Por medio de la presente me permito emitir concepto del asunto de la referencia, teniendo en cuenta lo siguiente:

La Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría de Cundinamarca, conforme al artículo 62 de la ordenanza 023 del 30 de julio de 2001 *«Por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría de Cundinamarca, se establece su estructura orgánica, se determinan las funciones por dependencias y se dictan otras disposiciones»* emanada de la Asamblea de Cundinamarca, tiene la competencia para absolver las consultas que sobre interpretación de las leyes, le formulen las dependencias internas y los empleados esta Contraloría.

En este sentido, es importante determinar el problema jurídico de la consulta y proceder a realizar las estimaciones que sobre el tema sean necesarias.

1. **Problema Jurídico planteado.**

¿ Es posible adelantar la contratación de una prestación de servicios personales en aras de atender la necesidad de asesorar y coordinar las relaciones con los medios de comunicación Nacional e internacional, para mantener espacios abiertos de divulgación de los planes, acciones y gestión del sector Función Pública, así como

preparar y publicar en los medios de comunicación, la información generada por las distintas dependencias de la Contraloría, bajo las directrices del Despacho del Contralor?.

2. Resolución del problema jurídico.

Entendido el problema jurídico planteado, debe abordarse el interrogante desde tres perspectivas: i) naturaleza de los contratos de prestación de servicios; ii) la prohibición contenida en la Ley 330 de 1996 para las Contralorías Territoriales; y iii) viabilidad de los contratos de prestación de servicios para la producción de contenidos periodísticos en la Contraloría de Cundinamarca.

2.1. Naturaleza de los contratos de prestación de servicios.

Los contratos de prestación de servicios es un tipo de contrato estatal nominado, el cual admite que las entidades públicas puedan contratar para actividades que requieran conocimientos profesionales, técnicos o científicos o por la insuficiencia de personal de planta de la entidad estatal[1].

De manera concreta, el Consejo de Estado ha definido el contrato de prestación de servicios como:

> Un instrumento de gestión utilizado por la administración pública para la ejecución de algunas de sus actividades e incluso para la prestación de algunos servicios públicos. Por ende, las características de autonomía del contratista, especialidad de la gestión y la excepcionalidad del contrato, son los determinantes en la conformación de este negocio jurídico tipificado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.[2]

A su vez, el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define los contratos de prestación de servicios como:

> 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

[1] Consejo de Estado, Sección tercera. Sentencia del 17 de mayo de 2007. Expediente AP-2004-00369.
[2] Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección C. Sentencia del 8 de junio de 2011. Expediente AP-2004-00540.

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 Corte Constitucional, sobre este artículo en particular, tuvo el siguiente pronunciamiento, sustentado en el fallo de tutela T-903 de 2010:

El contrato de prestación de servicios regulado por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 contiene características propias que lo diferencian de otro tipo de formas jurídicas en materia laboral: la prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer en la cual la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato; 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. Por consiguiente, cuando se ejecutan este tipo de contratos no es admisible exigir el pago de prestaciones sociales propias de la regulación prescrita en el Código Sustantivo del Trabajo o en las disposiciones que regulan el derecho de la función pública. Finalmente, la jurisprudencia constitucional es clara cuando afirma que bajo esta modalidad contractual también es viable aplicar la teoría del contrato realidad, según la cual, si se reúnen los tres requisitos enunciados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, prima la situación objetiva sobre la forma jurídica que las partes hayan adoptado para regir determinada situación. Esta teoría tiene dos ámbitos de aplicación: cuando se trata de trabajadores vinculados con particulares o con el Estado. Una consideración adicional que esta Sala debe reafirmar con respecto al tipo de vinculación del actor y la Institución Educativa los Fundadores, es que las funciones que desempeñó en la Institución no correspondían a las características del contrato de prestación de servicios del artículo 32 Ley 80 de 1993.

Como se determina de la jurisprudencia citada, así como de la definición legal, se puede determinar que los contratos de prestación de servicios tiene varias características, a saber:

- Autonomía e independencia del contratista;
- Es temporal;
- Son viables cuando se requieran conocimientos profesionales, técnicos o científicos o cuando hay insuficiencia de personal la prestación de servicios;
- En principio, deben desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad y, excepcionalmente, con aspectos misionales; y

- Esto contratos no generan relación laboral entre la entidad contratante y el contratado.

Ahora, es indispensable señalar que el Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento, decretó la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos del aparte "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 (4) meses (...)", contenido en el numeral 3º de la Circular Conjunta 100-005-2022 expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Escuela Superior de Administración Pública.

2.2. La prohibición contenida en la Ley 330 de 1996 para las Contralorías Territoriales

En lo que respecta a las Contraloría Territoriales, es claro que el legislador estableció una prohibición en materia de los contratos de prestación de servicios, pero que debe ser analizado de manera correcta, pues al tratarse de una norma de carácter prohibitivo, su interpretación debe ser restrictiva y, de ninguna manera, analógica.

En este sentido, el Departamento Administrativo de la Función pública, en concepto de la Sala de Consulta C.E. 2166 de 2013 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, manifestó:

> La jurisprudencia de la Corte Constitucional[25] y del Consejo de Estado[26], coinciden en que las normas que establecen prohibiciones deben estar de manera explícita en la Constitución o en la ley y no podrán ser excesivas ni desproporcionadas. No pueden interpretarse extensivamente sino siempre en forma restrictiva o estricta; es decir, en la aplicación de las normas prohibitivas, el interprete solamente habrá de tener en cuenta lo que en ellas expresamente se menciona y, por tanto, no le es permitido ampliar el natural y obvio alcance de los supuestos que contemplan, pues como entrañan una limitación -así fuere justificada- a la libertad de actuar o capacidad de obrar, sobrepasar sus precisos términos comporta el desconocimiento de la voluntad del legislador.
>
> Así, en esta materia cobra importancia la regla de hermenéutica consagrada en el artículo 31 del Código Civil, según la cual, *"[l]o favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación..." ("favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda");* y de ahí la proscripción de las interpretaciones extensivas de las normas prohibitivas, tal y como lo precisó la Corte Suprema de Justicia, al señalar que *"[e]n la interpretación de las leyes prohibitivas no deben buscarse analogías o razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la prohibición"*[27].
>
> En consecuencia, la interpretación y aplicación restrictiva es una regla que rige tratándose de normas prohibitivas, dado que consagran limitaciones al ejercicio de un derecho o de

competencias señaladas en la ley, criterio hermenéutico que responde al principio de taxatividad, de acuerdo con el cual solo operan las prohibiciones que en forma precisa establece el legislador.

Dicho lo anterior, se analiza la prohibición de la siguiente manera:

> **ARTÍCULO 15.** PROHIBICIONES. Las Contralorías Departamentales no podrán contratar la prestación de servicios personales para el cumplimiento de funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal. Igualmente, no podrán destinar recurso alguno para atender actividades que no tengan relación directa con el control fiscal. La violación de lo dispuesto en este artículo será causal de mala conducta.

La norma antes señala tiene dos situaciones particulares, asociadas a la prohibición:

1. El no poder contratar la prestación de servicios personales para el cumplimiento de las funciones a cargo de los empleados de la planta de la Contraloría Territorial; y
2. Destinación de recursos para atender actividades que no tengan relación directa con el control fiscal.

Es decir, el primer ámbito de aplicación, que es el que se refiere a la contratación de la prestación de servicios personales tiene la restricción sobre las funciones que tengan a su cargo los servidores públicos de la Contraloría territorial respectiva, lo que indica, bajo el estricto cumplimiento de la interpretación que expresa la Consejo de Estado, que en aquellos casos en que la función no esté determinada para ninguno de los empleos de la planta de personal de la Contraloría, es posible celebrar el contrato de prestación de servicios personales.

2.3. Viabilidad de los contratos de prestación de servicios para la producción de contenidos periodísticos en la Contraloría de Cundinamarca.

De acuerdo a la consulta, en el caso en específico, se requiere la contratación por prestación de servicios personales para asesorar y coordinar las relaciones con los medios de comunicación Nacional e internacional, para mantener espacios abiertos de divulgación de los planes, acciones y gestión del sector Función Pública, así como preparar y publicar en los medios de comunicación, la información generada por las distintas dependencias de la Contraloría, bajo las directrices del Despacho del Contralor.

Para el efecto del cumplimiento de las funciones antes mencionadas, debe verificarse de manera precisa el contenido de la Ordenanza 023 de 2001, emanada de la Asamblea de Cundinamarca, en la que se determina los aspectos funcionales de la entidad.

Esto en razón a que el artículo 272 de la Constitución Política de Colombia señala que le corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

En este sentido, la Contraloría de Cundinamarca se rige por la Ordenanza 023 de 2001, en la cual, después de hacer un recorrido extensivo sobre esta disposición, se pudo constatar que no existe una dependencia que tenga a su cargo las funciones detalladas en la consulta o alguna otra relacionada con difusión a través de los medios de comunicación o asesoramiento en tal sentido.

De la misma forma, verificada la RESOLUCIÓN NÚMERO 0527 DEL 20 DE SEPTIEMBRE DE 2011 "Por la cual se modifica el Manual Especifico de Funciones y de Competencias Relacionadas para los empleados de la Planta de Personal de la Contraloría de Cundinamarca", tampoco se pudo establecer que alguna dependencia o servidor público tenga a su cargo alguna de las funciones antes establecidas o asimiladas a estas.

En este sentido, considera la Oficina Asesora Jurídica que desde la perspectiva funcional, es viable que se celebre un contrato de prestación de servicios para el cumplimiento de las funciones consultadas, en razón a la inexistencia al interior de la Contraloría de Cundinamarca de personal que pueda cumplirlas.

Sin más que agregar, espero que hayan sido resueltas todas sus inquietudes, sin antes advertir que esta posición jurídica no tiene carácter vinculante.

Cordialmente,

OMAR YESID TRIVIÑO CORREA
Jefe Oficina Asesora Jurídica