

Bogotá D.C.,
110



Auditoría General de la República
 Al contestar cite el radicado No: 1102-202500606
 Fecha: 11 de marzo de 2025 10:11:43 a. m.
 Origen: Oficina Jurídica
 Destino: Peticionario

Señor

MARCOS RUIZ

legaliterestudiojuridico@gmail.com

Referencia: Concepto 110.011.2025
 SIA-ATC. 012025000090
 1. *Del contrato de prestación de servicios profesionales*
 2. *Del daño patrimonial al Estado*

Respetado señor Ruiz:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento a través de correo electrónico del 28 de enero de 2025, radicado en la AGR el 29 de enero de 2025 con el número 2101-202500163 bajo el SIA-ATC. 012025000090, en el que solicita:

«¿puede configurar un daño patrimonial al Estado, el hecho que se contrate a persona natural y/o jurídica a través de un contrato de prestación de servicios profesionales (sin ser altamente calificado), la ejecución de servicios técnicos, profesionales y/o de consultoría, por un monto de honorarios mensuales que excede ampliamente el valor mensual superior a la remuneración percibida por el jefe de la entidad.?»

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, este ente de control no puede 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 nuestra vigilancia, por lo cual, se abordará el tema objeto de consulta 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

Avenida calle 26 No. 69 - 76 Edificio Elemento, Torre 4, pisos 17 y 18. Bogotá, D. C.

PBX: [571] 3186800 - 3816710 -Línea gratuita de atención ciudadana: 018000-120205

 [auditoriageneral](#)  [auditoriagen](#)  [auditoriagen](#)  [auditoriageneralcol](#)

participacion@auditoria.gov.co

www.auditoria.gov.co

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.

Una vez verificada su solicitud, es claro que esta se refiere a un asunto o situación individual y concreta que puede llegar a ser sometido a nuestra vigilancia, por lo cual como se anotó anteriormente, no nos podemos pronunciar de forma específica; no obstante, esta Oficina Jurídica 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: 1. Del contrato de prestación de servicios profesionales y 2. Del daño patrimonial al Estado.

1. Del contrato de prestación de servicios profesionales

La Ley 80 de 1993 «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública» dentro de los contratos estatales contempla el contrato de prestación de servicios en los siguientes términos:

«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:

(...)

3. 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 o jurídicas cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Estos contratos no generan en ningún caso relación laboral ni prestaciones sociales. Los contratos a que se refiere este ordinal, se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Parágrafo 1. A los contratos de consultoría, de prestación de servicios o de asesoría de cualquier clase, deberá anexarse certificación expedida por el jefe de la entidad, acerca de la inexistencia de personal de planta para desarrollar las actividades que se pretendan contratar.

(...))»

El Decreto 1737 de 1998 «Por el cual se expiden medidas de austeridad y eficiencia y se someten a condiciones especiales la asunción de compromisos por parte de las entidades públicas que manejan recursos del Tesoro Público» en su artículo 3º modificado por el artículo 1º del Decreto 2209 de 1998 «Por el cual se modifican parcialmente los Decretos 1737 y 1738 del 21 de agosto de 1998» establece respecto del contrato de prestación de servicios:

«Artículo 3º. Los contratos de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas, sólo se podrán celebrar cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratarán.

Se entiende que no existe personal de planta en el respectivo organismo, entidad, ente público o persona jurídica, es imposible atender la actividad con personal de planta, porque de acuerdo con los manuales específicos, no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del servicio, o cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio, o cuando aun existiendo personal en la planta, éste no sea suficiente, la inexistencia de personal suficiente deberá acreditarse por el jefe del respectivo organismo.

Tampoco se podrán celebrar estos contratos cuando existan relaciones contractuales vigentes con objeto igual al del contrato que se pretende suscribir, salvo autorización expresa del jefe del respectivo órgano, ente o entidad contratante. Esta autorización estará precedida de la sustentación sobre las especiales características y necesidades técnicas de las contrataciones a realizar.»

El Decreto 1510 de 2013 «Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública» recogiendo la esencia de la disposición transcrita anteriormente, establece el contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión en los siguientes términos:

«Artículo 81. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las entidades estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la entidad estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la entidad estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La entidad estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos.»

La Corte Constitucional respecto del contrato de prestación de servicios se pronunció en la sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, en los siguientes términos:

«Dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar, es necesario

precisar que como función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de las finalidades estatales mencionadas. Por consiguiente, el grado de autonomía que tiene la autoridad administrativa se ve ostensiblemente limitado frente a las reglas del derecho público, en materia de contratación.

Así, por ejemplo, la decisión de contratar o de no hacerlo no es una opción absolutamente libre sino que depende de las necesidades del servicio; de igual modo, la decisión de con quién se contrata debe corresponder a un proceso de selección objetiva del contratista, en todos los eventos previstos en la ley ; y tampoco pueden comprender el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente, de manera que, la relación jurídica con quien se contrata es totalmente distinta a la que surge de la prestación de servicios derivada de la relación laboral y de los elementos propios del contrato de trabajo.

Finalmente, las estipulaciones sobre el precio, el plazo y las condiciones generales del contrato no pueden pactarse en forma caprichosa ya que deben ajustarse a la naturaleza y finalidad del contrato y a las que resulten más convenientes para la entidad estatal.»

Retomando lo transcrito en la sentencia anotada anteriormente, la Corte Constitucional en la sentencia C-307 del 10 de agosto de 2023, además anotó:

«92. Hasta este punto, de acuerdo con la jurisprudencia, se pueden reconocer tres condiciones que caracterizarían al contrato de prestación de servicios: *a)* el contratista puede cumplir sus obligaciones de manera independiente,^[148] *b)* el contrato debe utilizarse para cumplir funciones temporales -no permanentes- de la entidad, y *c)* el contrato debe ser usado para cumplir funciones que tradicionalmente no están en cabeza de los empleados de planta.^[149] Respecto de esto último, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que las entidades pueden contratar, a través de la modalidad de prestación de servicios, a una persona siempre que se trate de *“labores distintas a las efectuadas normalmente por el empleador”*.^[150]

93. De cualquier manera, de los criterios enunciados en el párrafo que antecede, quizás el más complejo sea el de la temporalidad. En virtud de este criterio -que tiene que leerse en conjunto con los demás- los contratos de prestación de servicios solo pueden atender exigencias temporales, pues, de ser permanentes las mismas, debería contratarse a las personas a través del empleo público.»

Ahora bien, el mencionado Decreto 1737 de 1998 establece un tope en el valor de los honorarios para los contratos de prestación de servicios sin excepción alguna, tal como se estableció en el primigenio artículo 4º:

«Artículo 4º. Está prohibido el pacto de remuneración para pago de servicios personales calificados con personas naturales y jurídicas, encaminados a la prestación de servicios en forma continua para asuntos propios de la respectiva entidad, por valor mensual superior a la remuneración total mensual establecida para el jefe de la entidad.

Parágrafo. Se entiende por remuneración total mensual del jefe de la entidad, la que corresponda a éste en cada uno de dichos períodos, sin que en ningún caso puedan tenerse en consideración los factores prestacionales.»

La anterior disposición fue adicionada por el artículo 2º del Decreto 2209 de 1998 para aclarar que los servicios a que se refiere la disposición son aquellos comprendidos dentro del concepto de remuneración por servicios técnicos:

«Parágrafo 2º. Los servicios a que hace referencia el presente artículo corresponden exclusivamente a aquellos comprendidos en el concepto de "remuneración servicios técnicos" desarrollado en el decreto de liquidación del presupuesto general de la Nación, con independencia del presupuesto con cargo al cual se realice su pago.»

Finalmente, en el artículo 4º del Decreto 1737 de 1998 modificado por el artículo 1º del Decreto 2785 de 2011 se contempla una excepción a la restricción de pactar honorarios por valor mensual superior a la remuneración total mensual establecida para el jefe de la entidad y es cuando se trata de la contratación de servicios altamente calificados, esto es, que requieren alto nivel de especialidad, complejidad y detalle, admitiendo que se podrán pactar honorarios más altos sin que en ningún caso exceda el valor total mensual de remuneración del jefe de la entidad incluyendo los factores prestacionales y las contribuciones propias de la nómina referentes a la seguridad social y los parafiscales, adicional a ello, la norma establece que se debe certificar la justificación del servicio requerido, las calidades especiales del contratista y las características del producto o servicio a recibir. Con esta última modificación, el artículo 4º del Decreto 1737 de 1998 vigente, es del siguiente tenor:

«Artículo 4º. Está prohibido el pacto de remuneración para pago de servicios personales calificados con personas naturales, o jurídicas, encaminados a la prestación de servicios en forma continua para atender asuntos propios de la respectiva entidad, por valor mensual superior a la remuneración total mensual establecida para el jefe de la entidad.

Parágrafo 1º. Se entiende por remuneración total mensual del jefe de la entidad, la que corresponda a este en cada uno de dichos períodos, sin que en ningún caso puedan tenerse en consideración los factores prestacionales.

Parágrafo 2º. Los servicios a que hace referencia el presente artículo corresponden exclusivamente a aquellos comprendidos en el concepto de "remuneración servicios técnicos" desarrollado en el decreto de liquidación del presupuesto general de la Nación, con independencia del presupuesto con cargo al cual se realice su pago.

Parágrafo 3º. De manera excepcional, para aquellos eventos en los que se requiera contratar servicios altamente calificados, podrán pactarse honorarios superiores a la remuneración total mensual establecida para el jefe de la entidad, los cuales no podrán exceder del valor total mensual de remuneración del jefe de la entidad incluidos los factores prestacionales y las contribuciones inherentes a la nómina, relacionadas con seguridad social y para fiscales a cargo del empleador. En estos eventos el Representante Legal de la entidad deberá certificar el cumplimiento de los siguientes aspectos: 1. Justificar la necesidad del servicio personal altamente calificado. 2. Indicar las características y calidades específicas, altamente calificadas, que reúne el contratista para la ejecución del contrato, y 3. Determinar las características de los productos y/o servicios que se espera obtener.

Parágrafo 4º. Se entiende por servicios altamente calificados aquellos requeridos en situaciones de alto

nivel de especialidad, complejidad y detalle.»

Las disposiciones de los artículos 3º y 4º del Decreto 1737 de 1998, fueron compiladas en los artículos 2.8.4.4.5 y 2.8.4.4.6 del Decreto 1068 de 2015 «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público».

A su turno, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 28 de febrero de 2013 dentro de la Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00509-00(1990-11) en estudio de nulidad del artículo 4º del Decreto 1737 de 1998, anotó:

«El valor del contrato es un asunto regulado por la Ley 80 de 1993, la cual, en el su artículo 41 señala que el contrato se perfecciona cuando se haya llegado a un acuerdo sobre el objeto, la **contraprestación**, y éste se eleve a escrito; de otra parte, es un derecho de los contratistas recibir oportunamente la remuneración pactada (artículo 5). Bajo estas consideraciones y al ser la ley referida el Estatuto General de la Contratación, no es necesario que se incluya allí una regulación exhaustiva.

En términos de la Sentencia C-949 de 2001 proferida por la Corte Constitucional: *"Menos aún del precepto superior puede inferirse la obligación para el legislador de incorporar en un solo cuerpo normativo toda la legislación existente en materia contractual, pues si esta hubiera sido la voluntad del constituyente, en el artículo 150 Fundamental se habría autorizado al Congreso de la República para expedir un estatuto único de contratación para el Estado y no un estatuto general como finalmente quedó redactada la aludida competencia legislativa"*

Innegablemente, mediante la norma demandada, se reglamentó el valor máximo que se puede pactar y pagar en el contrato de prestación de servicios calificados y altamente calificados, comprendidos en el concepto de *"remuneración servicios técnicos"* desarrollado en la norma que liquidó el presupuesto general de la Nación, como lo prescribe el artículo 1 del Decreto 2785 de 2011, que modificó el artículo 4 del Decreto 1737 de 1998 (fls. 6 y 7).

Si bien es cierto expresamente no señalan las normas que regulan la materia, como las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, que esta clase de contratos puedan tener un límite máximo en la remuneración que se pacte, esto es posible en criterio de la Sala, porque las medidas que en estas materias se adopten, deben tener sentido y coherencia con el ordenamiento superior, y asegurar un orden económico justo y estable que permita la consecución de las finalidades trazadas por el Estado.»

Teniendo en cuenta el parágrafo 2º del artículo 4º del Decreto 1737 de 1998, en el Decreto 1621 de 2024 «Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2025, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos», se establece:

«ARTÍCULO 350. Los gastos incluidos en el presupuesto para la vigencia fiscal 2025 se definen de la siguiente forma:

A. FUNCIONAMIENTO

Son aquellos gastos que tienen por objeto atender las necesidades de los órganos para cumplir a cabalidad con las funciones asignadas en la Constitución Política y la Ley.
(...)

02 ADQUISICIÓN DE BIENES Y SERVICIOS

Son los gastos asociados a la compra de bienes y a la contratación de servicios, suministrados por personas naturales o jurídicas, que son necesarios para el cumplimiento de las funciones asignadas por la Constitución Política y la ley al órgano del PGN.

La remuneración para la contratación de servicios, suministrados por personas naturales o jurídicas, no podrá pactarse por valor mensual superior a la remuneración total mensual establecida para el jefe de la entidad.

Se entiende por remuneración total mensual del jefe de la entidad, la que corresponda a este en cada uno de dichos períodos, sin que en ningún caso puedan tenerse en consideración los factores prestacionales.

De manera excepcional, para aquellos eventos en los que se requiera contratar servicios altamente calificados, entendidos éstos como los de alto / nivel de especialidad, complejidad y detalle, podrán pactarse honorarios superiores a la remuneración total mensual establecida para el jefe de la entidad, los cuales no podrán exceder del valor total mensual de remuneración del jefe de la entidad incluidos los factores prestacionales y las contribuciones inherentes a la nómina, relacionadas con seguridad social y parafiscales a cargo del empleador. En estos eventos el Representante Legal de la entidad deberá certificar el cumplimiento de los siguientes aspectos: 1. Justificar la necesidad del servicio personal altamente calificado. 2. Indicar las características y calidades específicas, altamente calificadas, que reúne el contratista para la ejecución del contrato, y 3. Determinar las características de los productos y/o servicios que se espera obtener.»

Colofón de lo anterior se tiene que, por regla general en los contratos de prestación de servicios no es posible pactar honorarios con valor superior a la remuneración mensual del jefe de la entidad contratante; no obstante, como excepción se tiene que los contratos en donde el servicio a prestar sea altamente calificado en razón al nivel de especialidad, complejidad y detalle, se podrá pactar honorarios superiores al valor de la remuneración mensual del jefe de la entidad, sin que estos sobrepasen dicha remuneración mensual total, entendiéndose esta como aquella que incluye la asignación mensual más los factores prestacionales, las contribuciones propias de la nómina por concepto de seguridad social y parafiscales que estén a cargo del empleador.

2. Del daño patrimonial al Estado

La Ley 610 de 2000 «Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías», define el daño patrimonial el estado en los siguientes términos:

«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.» (Resaltamos en negrilla)

Respecto de la definición legal transcrita, la Corte Constitucional en la sentencia C-340 del 9 de mayo de 2007 se pronunció así:

«En el artículo 6°, que contiene las expresiones demandadas, la ley incluyó una definición de daño patrimonial al Estado, que puede descomponerse así:

a. En primer lugar la norma contiene una descripción del daño como fenómeno objetivo.

De acuerdo con la norma que se estudia, para que exista responsabilidad fiscal debe haber una “lesión del patrimonio público”, sin la cual no existe daño patrimonial al Estado. El legislador utiliza el concepto jurídico de “lesión” para precisar el concepto general de “daño” lo cual implica que debe tratarse de un daño antijurídico.

A renglón seguido, la norma señala cual es el objeto sobre el que recae la lesión y expresa que éste pueden ser los bienes o recursos públicos, o los intereses patrimoniales del Estado.

Luego describe el contenido de la lesión, al indicar que ésta puede consistir en menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro.

b. En segundo lugar, la norma contiene el criterio de imputación del daño antijurídico, y precisa que el mismo debe ser el resultado de una gestión fiscal por servidor público o particular que obra con dolo o culpa.

Como modalidades de la gestión que pueden conducir a la responsabilidad fiscal la norma enuncia la 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.

4.2. Lo primero que cabe observar a partir del análisis del anterior contenido normativo es que la expresión “intereses patrimoniales” es una referencia al objeto sobre el que recae el daño. De manera general puede decirse que el objeto del daño es el interés que tutela el derecho y que, tal como se ha reiterado por la jurisprudencia constitucional, para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad, razón por la cual entre otros factores que han de valorarse, están la existencia y certeza del daño y su carácter cuantificable con arreglo a su real magnitud.^[17] De este modo, no obstante al amplitud del concepto de interés patrimonial del Estado, el mismo es perfectamente determinable en cada caso concreto en que se pueda acreditar la existencia de un daño susceptible de ser cuantificado. Tal como se puso de presente en la Sentencia C-840 de 2001^[18], los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, y la norma demandada, de talante claramente descriptivo, se limita a una simple definición del daño, que es complementada por la forma como éste puede producirse. Así, la expresión intereses patrimoniales del Estado se aplica a todos los bienes, recursos y derechos susceptibles de valoración económica cuya titularidad corresponda a una entidad pública, y del carácter ampliamente comprensivo y genérico de la expresión, que se orienta a conseguir una completa protección del patrimonio público, no se

desprende una indeterminación contraria a la Constitución.»

Previamente, en la sentencia C-840 del 9 de mayo de 2001, esta Alta Corte sobre el daño anotó:

«Ahora bien, con respecto al daño, esta Corporación ha sostenido:

"Para la estimación del daño debe acudirse 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."^[10]

(...)

7. Artículo 6 de la ley 610 de 2000.

(...)

Para una mayor ilustración conviene registrar -dentro de un horizonte mucho más amplio- que los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, dentro de las cuales la irregularidad en el ejercicio de la gestión fiscal es apenas una entre tantas. De suerte que el daño patrimonial al Estado es susceptible de producirse a partir de la conducta de los servidores públicos y de los particulares, tanto en la arena de la gestión fiscal como fuera de ella. Así por ejemplo, el daño patrimonial estatal podría surgir con ocasión de una ejecución presupuestal ilegal, por la pérdida de unos equipos de computación, por la indebida apropiación de unos flujos de caja, por la ruptura arbitrariamente provocada en las bases de un edificio del Estado, por el derribamiento culposo de un semáforo en el tráfico vehicular, y por tantas otras causas que no siempre encuentran asiento en la gestión fiscal. Siendo patente además que para efectos de la mera configuración del daño patrimonial al Estado, ninguna trascendencia tiene el que los respectivos haberes formen parte de los bienes fiscales o de uso público, o que se hallen dentro o fuera del presupuesto público aprobado para la correspondiente vigencia fiscal.»

Sobre el daño patrimonial la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 16 de marzo de 2017 dentro del radicado 68001-23-31-000-2010-00706-01 consideró:

«Para la Sala es indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un **daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable** y ha manifestado en diferentes oportunidades que la responsabilidad fiscal tiene una finalidad meramente resarcitoria y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, pues lo que en el proceso de responsabilidad fiscal se discute es el daño patrimonial que se causa a los dineros públicos, por conductas dolosas o culposas atribuibles a un servidor público o persona que maneje dichos dineros, lo que significa que el daño patrimonial debe ser por lo menos cuantificable en el momento en que se declare responsable fiscalmente a una persona.» (Resaltamos en negrilla)

En similar sentido, esta Oficina Jurídica en el concepto 110.056.2024 (radicado 1102-202401919 del 28 de junio de 2024), respecto del daño al patrimonio público anotó:

«Podemos decir que el daño o detrimento patrimonial es la lesión causada al patrimonio del Estado por el servidor público o particular en ejercicio de la gestión fiscal encomendada; daño que debe ser entre otras, cierto y cuantificable, además debe ser producto de una gestión fiscal contraria dolosa o culposa que afecte el cumplimiento de los cometidos y fines esenciales del Estado; es así, que si los recursos se destinan al cumplimiento de un mandato normativo (para el caso la normatividad relacionada con el servicio de vigilancia privada), no se podría pregonar la existencia de daño patrimonial.

(...)

4. Conclusiones

(...)

viii. El daño patrimonial es la lesión que le causa al patrimonio público el servidor público o el particular por acción u omisión dolosa o culposa en una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, por lo tanto, el pago de lo debido por ley no puede producir daño al patrimonio público»

Aunado a lo anterior, en el concepto 110.078.2024 (radicado 1102-202403267 del 10 de octubre de 2024), se anotó:

«Así, en consideración de este Despacho está claro que, de acuerdo con lo expuesto, el daño antijurídico, es la consecuencia de la realización u omisión de hecho, que genera una lesión al patrimonio público, que recae sobre los bienes o recursos públicos, o los intereses patrimoniales del Estado, ya sea por su menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro. Ahora bien, el daño antijurídico como uno de los elementos para la imputación de la responsabilidad fiscal, es esencial durante todo el trámite procesal, debido a que la ausencia de este configura, en cualquier etapa, cesación de la acción fiscal.

En ese sentido, corresponderá a cada ente de control, en el marco de sus competencias, valorar los hechos y el acervo probatorio de cada caso en concreto, con el fin de determinar la existencia o no de daño.»

Respecto del daño patrimonial esta Oficina Jurídica, además de los conceptos anotados anteriormente, se ha pronunciado en otros más, como en los 110.034.2024, 110.021.2024, 110.091.2023 y 110.031.2023.

3. Conclusiones

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente respecto a los temas consultados, se concluye lo siguiente:

- i. El contrato de prestación de servicios es uno de los mecanismos establecidos por el legislador para contribuir en el desarrollo de las actividades de administración y funcionamiento de las entidades cuando no sea posible realizarlas con su personal de planta o cuando requieran conocimientos especializados.
- ii. El contrato de prestación de servicios profesionales es el que se celebra con personas naturales o jurídicas cuando no existe personal en la planta para realizar las actividades

requeridas, o cuando aun existiendo el personal, es insuficiente, o cuando la actividad u objeto a contratar requiere un grado de especialización.

- iii. Por regla general, los honorarios en los contratos de prestación de servicios no pueden superar el valor mensual de la remuneración del jefe de la entidad contratante, no obstante y de manera excepcional, estos honorarios pueden superar dicha remuneración mensual en los casos en que el objeto o actividades a contratar requieran de un servicio altamente calificado, entendiéndose ello como que requieran un alto nivel de especialización, complejidad y detalle, sin embargo, en estos casos los honorarios tampoco podrán superar la remuneración mensual total del jefe de la entidad contratante, entendiéndose esta como aquella que incluye la asignación mensual más los factores prestacionales y las contribuciones propias de la nómina referentes a la seguridad social y los parafiscales.
- iv. Para proceder con esta contratación se debe certificar la justificación o necesidad del servicio altamente calificado, las calidades altamente calificadas del contratista y las características del servicio o producto a recibir.
- v. El daño al patrimonio del Estado es la lesión que se le causa en cualquiera de las modalidades establecidas en el artículo 6º de la Ley 610 de 2000, producto de una gestión fiscal irregular con dolo o culpa grave, el cual debe ser cierto, especial, anormal, determinado o determinable y cuantificable. Respecto del daño, también debe tenerse en cuenta que, pese a existir una gestión fiscal irregular, la administración obtuvo algún beneficio.
- vi. La contratación de prestación de servicios con honorarios superiores a la remuneración del jefe de la entidad contratante cuando no se encuentra dentro de la excepción establecida en la norma y/o no se cumple con los requisitos establecidos en ella, al tratarse de incumplimiento a la normatividad, puede comportar en principio una posible responsabilidad disciplinaria e incluso penal, en cuanto a la responsabilidad fiscal, será el operador fiscal (contraloría) quien evaluará si existe un daño al patrimonio público y con ello se procederá a establecer la responsabilidad fiscal a través del proceso administrativo respectivo.

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)

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 (Agua) 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 ingresar los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña f40f6894. También puede consultar su solicitud en el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,

HELTON DAVID GUTIÉRREZ GONZÁLEZ

Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Cargo
Proyectado por:	Fabio Luis Jiménez Castro – Profesional Especializado Grado 4
Revisado por:	Helton David Gutiérrez González
Aprobado por:	Helton David Gutiérrez González
<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>	