



Bogotá, D. C.

ORIGEN: Sd:57 - DESPACHO DEL DIRECTOR JURÍDICO/PAZOS GALINI
DESTINO: DESPACHO DEL DIRECTOR DE GESTIÓN CORPORATIVA/VAI
ASUNTO: CONCEPTO MODALIDAD DE SELECCION PARA CONTRATAR
OBS: MATILDE MURCIA CELIS

Doctora
ELDA FRANCY VARGAS BERNAL
 Directora de Gestión Corporativa
 Secretaría Distrital de Hacienda
 KR 30 25 90
 NIT899999061-9
 Ciudad

CONCEPTO

Referencia	2018IE2277
Tema	Modalidad de selección para contratar actividades de Planes de Bienestar e Incentivos
Descriptor	Contratación directa- Licitación Pública
Problema jurídico	<i>¿Es viable contratar directamente bajo la causal de Prestación de Servicios de Apoyo a la gestión, las actividades contenidas en los Planes de Bienestar e incentivos con una Caja de Compensación específica?</i>
Fuentes formales	Artículo 150 de la C.P., Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto Ley 1567 de 1998, Decreto 1510 de 2013, Decreto 1082 de 2015 y Decreto 601 de 2014.

IDENTIFICACIÓN CONSULTA:

Considera la Dirección Corporativa que el objeto a contratar “prestación de servicios de apoyo a la gestión para satisfacer las necesidades incluidas en el marco de los planes de Bienestar e Incentivos y Mejoramiento del Clima Laboral para la Secretaría Distrital de Hacienda y el Concejo de Bogotá” está incluido en las causales de contratación directa, de conformidad con el numeral 4°, artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 ya referenciado.

La Dirección de Gestión Corporativa de la Secretaría Distrital de Hacienda solicita concepto sobre la viabilidad de aplicar la modalidad de contratación directa para contratar las actividades del Plan de Bienestar e Incentivos y Mejoramiento del Clima Laboral, tanto para la entidad como para el Concejo de Bogotá, con la Caja de Compensación Familiar COMPENSAR.





ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

CONSIDERACIONES:

En cumplimiento de lo dispuesto en el literal d) del artículo 69 del Decreto Distrital 601 de 2014, *"Por el cual se modifica la estructura interna y funcional de la Secretaría Distrital de Hacienda, y se dictan otras disposiciones"*, este Despacho procede a absolver la consulta precisando los siguientes aspectos:

1. La licitación pública es la regla general de selección en la administración pública, la contratación directa es la excepción y debe tener soporte legal.

De conformidad con lo establecido en el artículo 150 de la C.P. de 1991, le compete al Congreso expedir el estatuto general de la contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, por tanto es éste y sus decretos reglamentarios los que en principio, debe aplicar la administración pública en su actividad contractual, esto es la Ley 80 de 1993, con sus modificaciones, demás legislación vigente y sus decretos reglamentarios

Así, la Ley 80 de 1993 establece como regla general de escogencia del contratista el proceso de selección, siendo la excepción la contratación directa, método mediante el cual se realizan los contratos de prestación de servicios.

Según lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993², los contratos de prestación de servicios son los que celebran las entidades públicas para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Establece además el artículo que se pueden celebrar con personas naturales, siempre que no exista personal de planta con las que se puedan realizar tales actividades.

"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".

¹ "d. Emitir las respuestas y los conceptos jurídicos en los asuntos encomendados por el Secretario Distrital de Hacienda, cuya competencia no haya sido asignada a otra dependencia, los cuales tendrán carácter prevalente sobre las materias de su competencia aún sobre los emitidos por la Subdirección Jurídica Tributaria de la Dirección Distrital de Impuestos de Bogotá de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente."

2 "



La Ley 1150 de 2007, “*Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*” no modificó el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en cuanto a la definición del contrato de prestación de servicios.

En este sentido, la modalidad de contratación directa solamente procede en los casos que señale la ley, siendo estos de naturaleza restrictiva, no pudiéndose hacerse extensiva a hipótesis no contempladas en la disposición legal.

Así lo establece el numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

(...) **“4. Contratación directa.** La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales; (Resaltado fuera de texto)”

El literal h-) de la mencionada norma fue reglamentado por el Decreto 1510 de 2013 (artículo 81) compilado por el artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015 que define que se entiende por servicios profesionales y de apoyo a la gestión, como aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como las relacionadas con actividades operativas, logísticas o asistenciales, pudiendo contratar directamente la prestación de esos servicios con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, en los siguientes términos:

“Artículo 2.2.1.2.1.4.9. 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.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

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”.

De conformidad con las normas legales y reglamentarias que se han citado, los contratos de apoyo a la gestión deben tener relación con el funcionamiento de la entidad, para poder cumplir con su misión y objeto.

2. Es obligación de la Entidades Públicas organizar anualmente, para sus empleados, programas de bienestar social e incentivos.

El artículo 19 del Decreto Ley 1567 de 1998³, establece que “Las entidades públicas que se rigen por las disposiciones contenidas en el presente Decreto - ley están en la obligación de organizar anualmente, para sus empleados, programas de bienestar social e incentivos.”

Toda vez que el artículo 1º del Decreto Ley mencionado dispone que “El presente Decreto - Ley se aplica a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades regidas por la Ley 443 de 1998⁴”, éste rige en el Distrito Capital, pues la Ley 909 de 2004 regula las relaciones entre los servidores públicos y las distintas entidades distritales.

3. La Ley en sentido material que crea el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado determina las modalidades contractuales a aplicar en relación con los programas de bienestar.

El artículo 25 del Decreto Ley mencionado establece los pasos que deben seguir las entidades en relación con la ejecución de los programas de bienestar, en los siguientes términos:

“Artículo 25º.- Proceso de Gestión de los Programas de Bienestar. Para el diseño y la ejecución de los programas de bienestar social las entidades deberán seguir el proceso de gestión que se describe a continuación:

- a. Estudio de las necesidades de los empleados y de sus familias, con el fin de establecer prioridades y seleccionar alternativas, de acuerdo con los lineamientos señalados en las estrategias de desarrollo institucional y en las políticas del Gobierno Nacional

³ “por el cual se crean (sic) el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado”

⁴ Esta Ley fue derogada por la Ley 909 de 2004.



- b. Diseño de programas y proyectos para atender las necesidades detectadas, que tengan amplia cobertura institucional y que incluyan recursos internos e interinstitucionales disponibles;
- c. Ejecución de programas en forma directa o mediante contratación con personas naturales o jurídicas, o a través de los organismos encargados de la protección, la seguridad social y los servicios sociales, según sea la necesidad o la problemática a resolver.
- d. Evaluación y seguimiento a los programas adelantados, para verificar la eficacia de los mismos y decidir sobre su modificación o continuidad.

Parágrafo.- En el proceso de gestión debe promoverse la participación activa de los empleados de la identificación de necesidades, en la planeación, en la ejecución y en la evaluación de los programas de bienestar social.” (Resaltado fuera del texto)

Así las cosas, el artículo 25^o del Decreto Ley 1567 de 1998 señala que para el diseño y realización de los programas de bienestar social, las entidades deberán adelantar el proceso de gestión establecido en la ley, en el que se establece la ejecución de programas en forma directa o mediante contratación con personas naturales o jurídicas, o a través de los organismos encargados de la protección, la seguridad social y los servicios sociales, según sea la necesidad o la problemática a resolver.

En este orden de ideas, es el mismo Decreto con fuerza de ley 1567 de 1998 el que establece tres posibilidades para que las entidades estatales adelanten las actividades de bienestar, así:

- a. Ejecución de programas de bienestar en forma directa por parte de las entidades estatales.
- b. Ejecución de programas de bienestar mediante la contratación con personas naturales o jurídicas.
- c. Ejecución de programas de bienestar a través de los organismos encargados de la protección, la seguridad social y los servicios sociales

En otras palabras, el Decreto Ley 1567 de 1998 es una ley en sentido material, de carácter especial que establece como uno de los posibles mecanismos de contratación de los programas de bienestar, la contratación directa con determinado tipo de entidades. En este sentido, es un mandato legal que guarda coherencia con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, según el cual, “Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.”



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

El mismo artículo 25 del Decreto 1567 de 1998 establece que las entidades pueden optar por unos de los tres mecanismos “según sea la necesidad o la problemática a resolver”. Con el análisis de esta necesidad o problemática a resolver, la Dirección Corporativa puede optar por cualquiera de las tres opciones que autoriza el mencionado artículo, esto es, ejecutar estos programas de bienestar de manera directa; con un tercero, a través de las modalidades de selección previstas en la ley o a través de los organismos encargados de la protección, seguridad social y servicios sociales.

En este sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 21 de 1982, “Las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la ley.” (Resaltado fuera del texto)

Debe resaltarse que el artículo 41 de la misma Ley 21 de 1982 determina dentro de las funciones de las Cajas de Compensación Familiar, la de “Cumplir con las demás funciones que señale la ley.”

Una de tales funciones es la definida precisamente en el artículo 25 del Decreto Ley 1567 de 1998, en el sentido de ejecutar los programas de bienestar, a cargo de las diferentes entidades estatales, que así se lo encarguen.

4. Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del Consejo de Estado- Sección tercera sobre el alcance legal de los objetos de los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión – Sentencia de 2 de diciembre de 2013, Radicación (41719,) M.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa:

De manera complementaria, debe advertirse que el Consejo de Estado señalo que los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión tienen el propósito y finalidad de satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento de éstas al señalar:

*“129.- En conclusión, obsérvese que los contratos de prestación de servicios de simple **“apoyo a la gestión”** conforme se deduce del análisis de la Ley de contratación pública, son todos los demás contratos de prestación de servicios permitidos por el artículo 32 No. 3 de la Ley 80 de 1993 que no correspondan a los profesionales, esto es, que involucren cualesquiera otras actividades también identificables e intangibles que evidentemente sean requeridas por la entidad estatal y que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento o soporte, de lo cual se puede deducir que caben tanto actividades con énfasis en lo intelectual, como también algunas otras caracterizadas por la acción material del contratista, en donde no es que el contratista no realice actividades de carácter intelectual (pues éstas son intrínsecas al ser humano), sino lo*



predominante es el actual como ejecutor, con el propósito y finalidad de satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento de la misma, por personas no profesionales y que no implican el ejercicio de funciones públicas administrativas, como ya se explicó en párrafos anteriores.” (Resaltado fuera de texto)

Más adelante en dicha sentencia determina que los términos “así como los relacionados con actividades operativas, logísticas o asistenciales” son meramente enunciativos pudiendo abarcar otras actividades que sean necesarias para satisfacer los cometidos constitucionales o legales de la administración pública, siempre que guarden relación con la administración y funcionamiento de la entidad al indicar:

“137.- En este sentido, el aparte demandado al incluir los términos “así como los relacionados con actividades operativas, logísticas o asistenciales” no constituye más que una mera ejemplificación eminentemente enunciativa del tipo de actividades que pueden ser acometidas por vía de esta categoría, advirtiendo que además de éstas allí se encuentran inmersas todas las demás que satisfagan este mismo referente material y que sean necesarias para que la administración pública pueda satisfacer sus cometidos constitucionales y legales, siempre que guarden relación con la administración y funcionamiento de la entidad estatal, conforme a la preceptiva del numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993”

Esta última sentencia de unificación del Consejo de Estado tiene fuerza vinculante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10⁶ de la Ley 1437 de 2011” *Por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.*

CONCLUSIONES:

Del análisis de las normas constitucionales y legales en cita, como de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se concluye que existen tres alternativas que puede utilizar la entidad, de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 1567 de 1998. La Dirección Corporativa de la entidad, “según sea la necesidad o la problemática a resolver”, podrá determinar cual de las tres opciones utiliza, realización directa de programas de bienestar, contratación con terceros o a través de los organismos encargados de la protección, la seguridad social y los servicios sociales, dentro de los cuales se encuentran, entre otras, las Cajas de Compensación Familiar.

⁶ **“Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.** Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

En procura de impulsar la política de mejoramiento continuo en el procedimiento de Asesoría Jurídica, solicito verifique si el concepto emitido contribuyó a resolver de fondo el problema jurídico planteado.

De no ser así, informe de manera inmediata a la Dirección Jurídica.

Manuel Avila O
MANUEL AVILA OLARTE
Director Jurídico (E)

Revisó: Manuel Ávila Olarte
Claudia Marcela Pinilla
Proyectó: Matilde Murcia Celis 