

Memorando interno



Radicado No: 20191100002093

Fecha: 23-01-2019

Bogotá D. C.,
110.

Para: ELIZABETH MONSALVE CAMACHO
Directora de Talento Humano

De: CARLOS ÓSCAR VERGARA RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica

Asunto: Respuesta a solicitud con radicado N° 20192320000793 del 14/01/2019
Concepto – Modalidad de contratación Plan de Bienestar Social

Respetada doctora Elizabeth:

En atención a su memorando del pasado 14 de enero, con Radicado N° 20192320000793, en el cual solicita se conceptúe acerca de *la modalidad de contratación jurídicamente viable para contratar el servicio que desarrolle las actividades del Plan de Bienestar Social durante la presente vigencia 2019*, este Despacho considera necesario realizar previamente las siguientes precisiones.

El Decreto Ley 272 de 2000, por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República, en su artículo 13, numeral 2, establece como objetivo de la Oficina Jurídica el de *Prestar la asesoría jurídica requerida por el Auditor General de la República y demás dependencias del organismo, velando por que se actúe de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y coadyuvando en la consolidación de la unidad de criterio que debe acompañar la labor de las dependencias de la Auditoría, así como participar en la formulación y adopción de los planes, programas y proyectos de la entidad.*

De igual forma, el referido Decreto Ley 272, en su artículo 18, numeral 3, determina como una de las funciones de la Oficina Jurídica la de *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.*

Así mismo, frente al alcance de los conceptos, 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, en su artículo 28 determina que *Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.*

Dentro de este marco legal, se procede a resolver su solicitud en los siguientes términos:

MODALIDADES DE SELECCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Acorde con lo establecido en el artículo 2° de 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, la escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa. Refiriéndose a la licitación pública, el numeral 1 del mismo artículo establece que dicha escogencia se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo (numerales que aluden a la selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, respectivamente).

A su vez, el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, adicionó una quinta modalidad, la contratación de mínima cuantía para aquella contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto.

Ahora bien, en el caso concreto de la consulta, el servicio requerido refiere al apoyo que necesita la Entidad para desarrollar y ejecutar las actividades del Plan de Bienestar Social durante la presente vigencia 2019, lo cual se enmarca dentro de la descripción de uno de los casos estipulados legalmente para aplicar la modalidad de contratación directa - Ley 1150 de 2007, artículo 2°, numeral 4°, literal h), así:

"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;"

Para mayor claridad, respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, es importante transcribir algunos apartes ilustrativos de la sentencia de unificación jurisprudencial del dos (2) de diciembre de 2013, del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación: 11001032600020110003900 (41719), así:

"(...)76.- Para precisar el alcance real y efectivo del literal h) del Numeral 4, del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, resulta fundamental entender que esta disposición pertenece al sistema la contratación de las entidades públicas estatales que conforma un marco normativo integrado básicamente, entre otras, por las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, sistema éste que consolida los principios vitales de la contratación estatal que permiten la vigencia material de las cláusulas del Estado social y democrático de derecho, principalmente en sus facetas de eficiencia, publicidad, planeación, selección objetiva, concurrencia y libre competencia económica.

77.- Todos estos principios se modulan armónicamente a través de las diversas reglas que se incorporan en el Título I de la Ley en cuestión y realzan la transparencia que debe reinar y hacerse efectiva en toda contratación con recursos públicos.

78.- En desarrollo precisamente de la transparencia, se determinan de manera imperativa, en el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, las bases sobre las cuales se deben desplegar los diversos procedimientos de selección de contratistas que requieran las entidades estatales, determinándose, para estos efectos, la presencia de una regla general de selección atribuida a la licitación pública, acompañada de un marco procedimental de aplicación exceptivo a la misma, configurado por las modalidades de selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa.

(...)

82.- Al respecto vale la pena recordar que, en tratándose de normas que definen los senderos procesales de selección de contratistas, no pueden ser entendidas como una fuente de subjetivismo, improvisación o arbitrariedad porque lo impiden los postulados del Estado social y democrático de derecho y la seguridad jurídica que debe imperar.

(...)



91.- Pasa la Sala, entonces, a revisar los conceptos estructurantes de la norma demandada en aras de tener claridad sobre el alcance, objeto y sentido del contrato de prestación de servicios, como género, y las especies que de éste se derivan, a saber: el contrato de prestación de servicios profesionales, el contrato de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión y, por último, el contrato que tiene por objeto la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.

(...)

93.- Se puede afirmar, sin lugar a mayor dubitación, que la realidad material de las expresiones legales “...para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión...” engloba necesariamente una misma sustancia jurídica: la del contrato de prestación de servicios definido en el artículo 32 No 3 de la ley 80 de 1993 y que no es otro que aquel que tiene por objeto apoyar la gestión de la entidad requirente en relación con su funcionamiento o el desarrollo de actividades relacionadas con la administración de la misma, que en esencia no implican en manera alguna el ejercicio de funciones públicas administrativas .

94.- En realidad se trata de contratos a través de los cuales, de una u otra manera, se fortalece la gestión administrativa y el funcionamiento de las entidades públicas, dando el soporte o el acompañamiento necesario y requerido para el cumplimiento de sus propósitos y finalidades cuando estas por sí solas, y a través de sus medios y mecanismos ordinarios, no los pueden satisfacer; o la complejidad de las actividades administrativas o del funcionamiento de la entidad pública son de características tan especiales, o de una complejidad tal, que reclaman conocimientos especializados que no se pueden obtener por los medios y mecanismos normales que la ley le concede a las entidades estatales.

(...)

97.- Ahora bien, relacionando lo anterior con la problemática relativa a la sustantividad de las expresiones “...Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión...”, se encuentra que el asunto ya fue objeto de decantación jurisprudencial por el Consejo de Estado al pronunciarse a propósito de la legalidad del artículo 13 del decreto 2170 de 2002, ejercicio del que surgió el precedente vinculante de esta Corporación , según el cual, tanto los contratos que tienen por objeto la “prestación servicios profesionales” como los que versan o asumen en su objeto el “apoyo a la gestión”, son componentes específicos del género “prestación de servicios” regulado en el artículo 32 No. 3° de la Ley 80 de 1993 y que por lo tanto cualquier referencia a alguno de estos objetos negociales, en cualquier norma de contratación pública que se haga tal como ocurre de manera concreta en el literal h) del numeral 4°, del artículo 2° de la ley 1150 de 2007, debe reconducirse a esta preceptiva legal .

(...)

d) El contrato propiamente dicho de prestación de servicios profesionales.

100.- En este sentido, y efectuando un análisis exclusivamente sobre los fundamentos legales expuestos, serán entonces contratos de “**prestación de servicios profesionales**” todos aquellos cuyo objeto esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, al igual que a desarrollar estas mismas actividades en aras de proporcionar, aportar, apuntalar, reforzar la gestión administrativa o su funcionamiento con conocimientos especializados, siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas catalogadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico como profesionales. En suma, lo característico es el despliegue de actividades que demandan la aprehensión de competencias y habilidades propias de la formación profesional o especializada de la persona natural o jurídica, de manera que se trata de un saber intelectual cualificado.

101.- Por consiguiente, el uso de esta concreta figura contractual queda supeditado a las necesidades a satisfacer por parte de la Administración Pública y la sujeción al principio de planeación; lo que encuentra su manifestación práctica en la elaboración de los estudios previos a la celebración del negocio jurídico, pues es allí donde deberán quedar motivadas con suficiencia las razones que justifiquen que la Administración recurra a un contrato de prestación de servicios profesionales.

e) El contrato de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión.

102.- Por otra parte, con estos mismos fundamentos se entiende entonces por contratos de **"apoyo a la gestión"** todos aquellos otros contratos de **"prestación de servicios"** que, compartiendo la misma conceptualización anterior, esto es, el desempeño de actividades identificables e intangibles, el legislador permite que sean celebrados por las entidades estatales pero cuya ejecución no requiere, en manera alguna, de acuerdo con las necesidades de la administración (previamente definidas en los procesos de planeación de la Entidad), de la presencia de personas profesionales o con conocimientos especializados.

103.- Se trata entonces de los demás contratos de prestación de servicios, caracterizados por no ser profesionales o especializados, permitidos por el artículo 32 No 3° de la Ley 80 de 1993, 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 y de carácter, entre otros, técnico, operacional, logístico, etc, según el caso, que tienda a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento de la correspondiente entidad, pero sin que sean necesarios o esenciales los conocimientos profesionales o especializados para su ejecución, los cuales, como se ha advertido, se reservan exclusivamente para el **"contrato de prestación de servicios profesionales"**, y no para éstos de simple **"apoyo a la gestión"**.

(...)

106.- Por lo que resultaría imposible admitir o entender cualquier objeto referido al **"apoyo a la gestión"** que no se enmarque en las exigencias de esa disposición legal enunciada, que por lo demás, sobra advertirlo, constituye un componente básico de la sistemática de la contratación estatal colombiana. Se reitera, entonces, por parte de la Sala que la motivación para la suscripción de este tipo específico de contrato dependerá de la motivación que surja en torno a las necesidades que la Administración Pública encuentra pertinente satisfacer, de conformidad con la planeación efectuada por la Entidad.

107.- Así las cosas, conviene, para mayor claridad expositiva, precisar que en el marco del contrato de simple prestación de servicios de apoyo a la gestión, las necesidades que pretenden ser satisfechas por la Administración no comprometen, en modo alguno las actividades que son propias de conocimientos profesionales o especializados; aún así, ello no excluye que dentro de esta categoría conceptual se enmarquen actividades de carácter técnico las cuales, requiriendo un despliegue intelectual, no recaen dentro del concepto de lo profesional, así como otras necesidades en donde, según las circunstancias, el objeto contractual demanda la ejecución de acciones preponderantemente físicas o mecánicas; es decir, se trata de una dualidad de actividades dentro del concepto "de simple apoyo a la gestión"; unas con acento intelectual y otras dominadas por ejecuciones físicas o mecánicas. Lo distintivo, en todo caso, es que no requiere que sean cumplidas con personal profesional.

108.- Por consiguiente, se advierte que la inclusión –en la norma demandada así como de manera concordante en el Decreto 734 de 2012 artículo 3.4.2.5.1 y Decreto 1510 de 2013, artículo 81 – de la frase "actividades operativas, logísticas o asistenciales" no impone, de manera inflexible, que este tipo de actividades deban ser acometidas por vía de alguno de estos dos tipos de contratos de prestación de servicios en específicos, pues, como se ha dicho, es la misma Administración Pública la que tiene una razonada discrecionalidad para estructurar en términos técnicos, económicos y jurídicos el contrato estatal que desea suscribir; de donde se deriva, grosso modo, que la definición del tipo contractual a celebrar correrá por cuenta de las valoraciones ad-hoc que realice la Entidad, todo ello conforme al principio de planeación. (...)"



Así mismo, al respecto el Consejo de Estado¹ ha manifestado:

"Asimismo en la sentencia del 16 de marzo de 2015⁴⁵, refiriéndose específicamente a un objeto contractual referente a la revisión, liquidación, reliquidación y cobro del impuesto de industria y comercio, la Sección Tercera, Subsección C, repasó la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo:

Inició con la sentencia del 22 de septiembre de 2004⁴⁶ en la cual la Sección Cuarta argumentó la imposibilidad de "contratar con terceros las labores de fiscalización y determinación de los tributos ni siquiera para la actividad preparatoria de los actos que se profieran dentro de estas actuaciones...". Luego citó la sentencia del 17 de mayo de 2007, de la Sección Tercera, en la cual se afirmó que "... puede haber una atribución parcial a favor de los particulares de las funciones relacionadas con el cobro coactivo, específicamente, de aquellas que atañen a la instrumentación del procesos y la proyección de documentos, siempre y cuando la administración conserve en todo momento la regulación, control, vigilancia y orientación de la función de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 110 de la ley 489 de 1998, y cumpla con el procedimiento dispuesto en la misma ley para la atribución. (...)"

Siguiendo la posición jurisprudencial, la vinculación de particulares a la administración pública mediante el contrato de prestación de servicios permite atender las necesidades de personal y también contar con conocimientos especializados que para un asunto determinado puedan requerir la gestión administrativa o el funcionamiento de la entidad estatal.

Sobre los límites al objeto de esta contratación valga citar un pronunciamiento anterior de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa de esta Corporación en el proceso con radicación número: 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP):

"Una limitante debe ser subrayada por la Sala: no todas las funciones pueden ser atribuidas a los particulares, como quiera que, las normas constitucionales y legales no otorgan un cheque en blanco a las autoridades administrativas, las cuales deberán tener en cuenta que algunas competencias no pueden ser objeto de atribución por expresa prohibición del ordenamiento jurídico por considerarse exclusivas y excluyentes⁴⁷. Por tanto, las funciones que en principio pueden ser confiadas son aquellas de naturaleza estrictamente administrativa y no las de contenido político, gubernamental, legislativo o jurisdiccional⁴⁸. Sin embargo, una segunda restricción debe colocarse de presente, no toda función administrativa puede ser objeto de atribución, pues al abarcar ésta multiplicidad de competencias y tareas, algunas de ellas son una manifestación directa de la soberanía estatal como ocurre, por ejemplo, con la potestad sancionadora, y solo pueden ser objeto de atribución cuando así lo señala de manera expresa el legislador⁴⁹.

De la misma forma, la atribución de una función administrativa no puede implicar nunca un vaciamiento de la competencia de los funcionarios de la entidad depositaria de la misma, dado que, en el ordenamiento jurídico colombiano no se pretende un desplazamiento o un remplazo total, simplemente se trata de la implementación de un mecanismo encaminado a que el particular coadyuve en la materialización de los intereses públicos⁵⁰. Por esta razón dos características saltan a la vista: la excepcionalidad y la temporalidad de la atribución. En otros términos, la regla general está

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: German Alberto Bula Escobar, Concepto del diecinueve (19) de noviembre de dos mil quince (2015), Radicado número: 11001-03-06-000-2014-00011-00(2198).



dada por una gestión directa de las competencias administrativas, de forma tal que el encargo de las mismas a personas naturales y jurídicas no pueden comprender la totalidad de las funciones confiadas a una entidad u organismo administrativo, así como tampoco puede implicar un traspaso definitivo o permanente.” (...)

DEL PROGRAMA DE BIENESTAR SOCIAL

El Decreto Ley 1567 de 1998, por el cual se crea el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado, en su Título II, Capítulo III, regula el tema referente a los programas de bienestar social, cuya definición y finalidad se determinan como:

“Artículo 20º.- Bienestar Social. Los programas de bienestar social deben organizarse a partir de las iniciativas de los servidores públicos como procesos permanentes orientados a crear, mantener y mejorar las condiciones que favorezcan el desarrollo integral del empleado, el mejoramiento de su nivel de vida y el de su familia; así mismo deben permitir elevar los niveles de satisfacción, eficacia, eficiencia, efectividad e identificación del empleado con el servicio de la entidad en la cual labora.

Parágrafo.- Tendrá derecho a beneficiarse de los programas de bienestar social todos los empleados de la entidad y sus familias.

Artículo 21º.- Finalidad de los Programas de Bienestar Social. Los programas de bienestar social que formulen las entidades deben cumplir al logro de los siguientes fines:

Propiciar condiciones en el ambiente de trabajo que favorezcan el desarrollo de la creatividad, la identidad, la participación y la seguridad laboral de los empleados de la entidad, así como la eficacia, la eficiencia y la efectividad en su desempeño;

Fomentar la aplicación de estrategias y procesos en el ámbito laboral que contribuyan al desarrollo del potencial personal de los empleados, a generar actitudes favorables frente al servicio público y al mejoramiento continuo de la organización para el ejercicio de su función social;

Desarrollar valores organizacionales en función de una cultura de servicio público que privilegie la responsabilidad social y la ética administrativa, de tal forma que se genere el compromiso institucional y el sentido de pertenencia e identidad;

Contribuir, a través de acciones participativas basadas en promoción y la prevención, a la construcción de un mejor nivel educativo, recreativo, habitacional y de salud de los empleados y de su grupo familiar;

Procurar la calidad y la respuesta real de los programas y los servicios sociales que prestan los organismos especializados de protección y previsión social a los empleados y a su grupo familiar, y propender por el acceso efectivo a ellos y por el cumplimiento de las normas y los procedimientos relativos a la seguridad social y a la salud ocupacional.”

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, estipula que a través de los programas de bienestar social se deben implementar los programas de estímulos con el fin de motivar el desempeño eficaz y el compromiso de sus empleados - artículo 2.2.10.1.

Los programas de bienestar podrán estar orientados a los programas de protección y servicios sociales definidos en el artículo 2.2.10.2., a saber:

- 1. Deportivos, recreativos y vacacionales.*
- 2. Artísticos y culturales.*
- 3. Promoción y prevención de la salud.*



4. Capacitación informal en artes y artesanías u otras modalidades que conlleven la recreación y el bienestar del empleado y que puedan ser gestionadas en convenio con Cajas de Compensación u otros organismos que faciliten subsidios o ayudas económicas.

5. Promoción de programas de vivienda ofrecidos por el Fondo Nacional del Ahorro, los Fondos de Cesantías, las Cajas de Compensación Familiar u otras entidades que hagan sus veces, facilitando los trámites, la información pertinente y presentando ante dichos organismos las necesidades de vivienda de los empleados.

Parágrafo 1. Los programas de educación no formal y de educación formal básica primaria, secundaria y media, o de educación superior, estarán dirigidos a los empleados públicos.

También se podrán beneficiar de estos programas las familias de los empleados públicos, cuando la entidad cuente con recursos apropiados en sus respectivos presupuestos para el efecto.

Los programas de bienestar responderán a estudios técnicos que permitan, a partir de la identificación de necesidades y expectativas de los empleados, determinar actividades y grupos de beneficiarios bajo criterios de equidad, eficiencia mayor cubrimiento institucional.”

De igual forma, los Programas de bienestar de calidad de vida laboral tendrán como fin mantener niveles adecuados de calidad de vida laboral, para lo cual las entidades deberán efectuar los programas definidos en el artículo 2.2.10.7., relacionados a continuación:

“1. Medir el clima laboral, por lo menos cada dos años y definir, ejecutar y evaluar estrategias de intervención.

2. Evaluar la adaptación al cambio organizacional y adelantar acciones de preparación frente al cambio y de desvinculación laboral asistida o readaptación laboral cuando se den procesos de reforma organizacional.

3. Preparar a los prepensionados para el retiro del servicio.

4. Identificar la cultura organizacional y definir los procesos para la consolidación de la cultura deseada.

5. Fortalecer el trabajo en equipo.

6. Adelantar programas de incentivos.”

Con la orientación del Jefe de la entidad será responsabilidad de las dependencias de recursos humanos o de quienes hagan sus veces, la formulación, ejecución y evaluación de los programas de bienestar, para lo cual contarán con la colaboración de la Comisión de Personal – artículo 2.2.10.17.

Como puede observarse, el programa de bienestar social involucra un amplio espectro referente al desarrollo integral del empleado, el mejoramiento de su nivel de vida y el de su familia; extenso campo de acción en todas las áreas ya referidas que debe contemplar un sinnúmero de actividades que lo desarrollen, para lo cual, en su ejecución, la Entidad deberá valorar su capacidad operativa para llevarlo a cabo con los recursos con que cuenta o determinar la necesidad de contar con apoyo externo para ello.

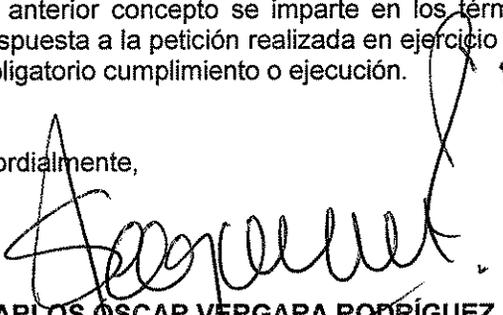
Es así como, producto de un adecuado proceso de planeación para definir su programa de bienestar social, la Entidad deberá establecer sus requerimientos técnicos, económicos, humanos, logísticos, y de cualquier otra índole, para llevarlo a feliz término, lo que involucra la determinación de la necesidad de contratar o no el acompañamiento, apoyo o soporte de conocimientos especializados o de carácter técnico, operacional, logístico, entre otros.

Si ello es así, a la luz de lo ya ampliamente analizado respecto de las modalidades de selección en la contratación pública, en especial respecto de la contratación directa, podrá la Entidad, acorde a sus necesidades y conforme a los fundamentos legales y jurisprudenciales descritos, acudir a la contratación de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

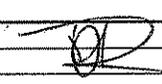
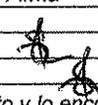
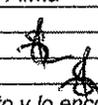


El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, como respuesta a la petición realizada en ejercicio del derecho a formular consultas, por tanto no será de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,



CARLOS OSCAR VERGARA RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	OHRJ		23/01/2019
Revisado por:	COVR		23/01/2019
Aprobado por:	COVR		23/01/2019

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