

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

CONCEPTO. 8010281111

(MAYO 16 DE 2011)

Asunto: Contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. Alcance de ocasionalidad.

Por medio del presente oficio se da respuesta a la consulta número 20116000012452, la cual fue presentada por usted por correo electrónico e incluye algunas inquietudes al respecto del alcance de nuestro concepto PRAP-CP 20118010153521 del 10 de marzo DE 2011 relacionado con el DECRETO 4266 DE 2010 en el cual se indicó el carácter ocasional de las actividades que podrían contratarse por cuando no hubiera horario ni puesto de trabajo.

La respuesta, esta entidad indicó entre otros, lo siguiente:

"...debe tenerse en cuenta que la Licitación Pública es la regla general para la celebración de los contratos regidos por el Estatuto General de Contratación, con las excepciones que suponen la Selección Abreviada, el Concurso de Méritos y la Contratación Directa, según lo establecido en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

En este sentido, y en atención a la naturaleza del objeto a contratar o su cuantía, cuando se vayan a celebrar contratos para la prestación de servicios, debe observarse el procedimiento previsto para la Licitación Pública, o, la Selección

Abreviada (contratación de menor cuantía, o, para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización), ó, la Contratación Directa para la contratación de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, según la descripción del objeto contractual y la tipificación de la causal correspondiente hecho por la entidad en los respectivos estudios previos, con base en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

La prestación de servicios puede contratarse para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad únicamente.

*En lo referente a los servicios profesionales, para el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cualquier título otorgado por alguna institución de Educación Superior, en atención a lo anteriormente indicado, brinda la profesionalidad necesaria para el desarrollo de actividades a las que su título de formación académica se refiere. Con lo dicho, los Técnicos Profesionales, los Tecnólogos y los Profesionales para efectos de la contratación de servicios **profesionales**, son considerados como profesionales a la luz de la normatividad vigente que rige la materia*

En relación con la prestación de **servicios de apoyo a la gestión**, es procedente contratar personas no profesionales y que no desarrollen la actividad como comerciante, para la realización de actividades operativas, logísticas o asistenciales, en atención a la distinción que hizo el DECRETO 4266 DE 2010, en desarrollo de lo previsto en la Ley 1150 de 2007. Al respecto, cabe precisar que **los servicios de apoyo a la gestión corresponden a aquellas actividades de carácter manual_o_de simple ejecución, que con carácter ocasional y para atender fines específicos _contrata la entidad con personas no profesionales, ni comerciantes en el caso de las actividades asistenciales, lo que implica que no puedan contratarse actividades recurrentes ni que impliquen _intermediación laboral.**

Adicionalmente debe recordarse que sea profesional o de apoyo a la gestión, el servicio debe contratarse con la **persona que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate**, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

De la misma manera, cabe anotar que solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades

no puedan realizarse con personal de planta_o_requieran conocimientos especializados según se trate,y_únicamente para fines específicos.

No obstante lo anterior, es preciso señalar que el uso de esta causal de contratación directa es una facultad y no una obligación legal, ya que se da la posibilidad de que las entidades estatales puedan contratar directamente en los taxativos casos enunciados en el presente escrito, lo que no obsta para que las entidades públicas aun cuando se encuentren bajo las hipótesis contenidas en la norma referida del DECRETO 4266 DE 2010, en consideración de la cuantía o de la trascendencia de la contratación o de cualquier consideración que desarrolle los principios de la contratación pública, puedan adelantar una de las convocatorias públicas_de las establecidas en la Ley 1150 de 2007 (Licitación Pública o Selección Abreviada).

Ahora bien, de determinarse por la entidad la justificación, necesidad y conveniencia de adelantar la contratación directa, ésta debe hacerse en todo caso bajo los principios que rigen la contratación bajo el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dentro de los cuales se encuentran la igualdad, transparencia, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, coordinación, eficiencia, equidad, valoración de costos ambientales, transparencia, responsabilidad, buena fe y participación, y que no impliquen desviación de poder."

En su comunicado pregunta cuál es el alcance de la palabra "ocasionalidad" y si ésta puede aplicarse cuando no hay horario y puesto de trabajo en las locaciones de la entidad.

Al respecto se responde lo siguiente:

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de prestación de servicios en los siguientes términos:

"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 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."

Sobre el particular, el Ministerio de Protección Social ha señalado mediante

"El contrato de prestación de servicios se encuentra regulado por disposiciones comerciales y civiles, cuando se suscriben con personas de derecho privado, bien sean naturales o jurídicas, o, por el Estatuto de Contratación Administrativa, cuando el contratante es una de las entidades estatales señalada en el numeral 1° del artículo 2° de la Ley 80 de 1993. La contratación de personal de un trabajador independiente bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, tendrá que ser de manera ocasional de modo tal que no se cumpla con los requisitos contemplados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, que no se genere una relación laboral." (negritas y subrayas fuera de texto)

Por otra parte, el Código Civil Colombiano dispone reglas generales de interpretación de las normas, dentro de las cuales establece los métodos gramatical, significado de las palabras y por contexto en los siguientes términos:

"ARTICULO 27. <INTERPRETACIÓN GRAMATICAL>. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

"ARTICULO 28. <SIGNIFICADO DE LAS PALABRAS>. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

"ARTICULO 30. <INTERPRETACIÓN POR CONTEXTO>. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto." (negritas y subrayas fuera de texto)

Sobre el particular, cabe precisar que las reglas de interpretación establecidas en la Ley, indican que los funcionarios públicos en la aplicación de las Leyes – en sentido material –, las interpretan por vía de doctrina¹, teniendo en cuenta el contexto de la norma¹, en busca del verdadero sentido de las normas objeto de aplicación del modo que parezca más conforme al espíritu general de su creador para fijar el pensamiento del legislador – o reglamentado ³- y aclarar ó armonizar disposiciones legales reglamentarias del caso ⁴.

Ahora bien, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define "ocasional" así:

¹ Código Civil, Artículo 26. <INTERPRETACIÓN DOCTRINAL>. Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares.

Las reglas que se fijan en los artículos siguientes deben servir para la interpretación por vía de doctrina.

² Código Civil, ARTICULO 30. <INTERPRETACIÓN POR CONTEXTO>. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. (...)

³ Código Civil, ARTICULO 32. <CRITERIOS SUBSIDIARIOS DE INTERPRETACIÓN>. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

⁴ Ley 153 de 1887 ARTICULO 5o. Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la Crítica y la Hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar ó armonizar disposiciones legales oscuras ó incongruentes

"2. adj. Que sobreviene por una ocasión o accidentalmente" ⁵ (negritas y subrayas fuera de texto)

Sobre el concepto de "ocasión" el mismo Diccionario la define:

"Ocasión.

(Del lat. *occassio*nis).

1. f. Oportunidad que se ofrece para ejecutar o conseguir algo.

2. f. Causa o motivo por que se hace o acaece algo" ⁶ (negritas y subrayas fuera de texto)

En vista de lo expuesto, es importante señalar que cuando nos referimos a que el **objeto del contrato sea ocasional**, nos referimos a que el *objeto* a contratar por la entidad sea para atender fines específicos que no sean realizados por comerciantes ⁷ y no se utilice para finalidades distintas. Es decir, que sirva para contratar servicios **asistenciales u operativos** (actividades manuales o tareas de simple ejecución) que no impliquen intermediación laboral ni *recurrencia* como en la vigilancia o en el aseo y cafetería entre otros, ni mucho menos sean para suplir de manera permanente la nómina de la entidad (nóminas paralelas), o logísticos cuando sea para atender un evento específico y no una serie de eventos donde por principio de planeación debería contratarse por convocatoria pública.

En efecto, en nuestro concepto PRAP-CP-20118010153521 del 10 de marzo de 2011, manifestamos lo siguiente:

*"(...) los servicios de apoyo a la gestión corresponden a aquellas actividades de carácter manual o de simple ejecución, **que con carácter ocasional y para atender fines específicos contrata la entidad con personas no profesionales, ni comerciantes** en el caso de las actividades asistenciales, **lo que implica que no puedan contratarse actividades recurrentes ni que impliquen intermediación laboral.**" (estas negritas son nuestras)*

Así las cosas, según lo preguntado en relación con el horario y puesto de trabajo, es importante precisar que la prestación de servicios no puede utilizarse para suplir de manera permanente la planta de personal ya que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone que estos contratos NO generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable, para lo cual, no deben configurarse los requisitos contemplados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, vale decir, que no se genere una real relación laboral, motivo por el cual, es de la esencia misma del contrato de prestación de servicios, no generar horarios ni otras obligaciones que configuren la relación laboral.

⁵ http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=ocasional

⁶ http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=ocasi3n

⁷ Porque la definici3n de comerciante implica habitualidad, regularidad y profesionalidad en la actividad ejercida en los t3rminos establecidos en el art. 10 del C de Co. As3:

"ART3CULO 10. <COMERCIANTES - CONCEPTO - CALIDAD>. Son comerciantes las personas que **profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles.**

La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona.". <http://www.gerencie.com/quienes-son-comerciantes.html>

Conforme a lo establecido en el art3culo 230 de la Constituci3n Pol3tica y el art3culo 25 del C3digo Contencioso Administrativo, las respuestas dadas por esta entidad a las consultas que se elevan, no comprometen su responsabilidad ni son de obligatorio cumplimiento o ejecuci3n; por lo tanto, es deber del interesado evaluar las opiniones jur3dicas consignadas en los conceptos, sopesarlas a la luz de la normatividad y jurisprudencia, aplicables en la materia, y asumir su propia posici3n, conforme al grado de an3lisis y convencimiento adquirido.

Cualquier aclaraci3n con gusto la atenderemos.

Atentamente,

Departamento Nacional de Planeaci3n