

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Concepto No. 15721

Bogotá D.C., lunes, 25 de julio de 2011

Asunto. Garantías Electorales y Prestación de Servicios Profesionales

Señor
NESTOR EUGENIO VARGAS ÁLVAREZ
Eugenioalvarez2009@hotmail.com
Chinú - Córdoba

Cordial Saludo:

De manera atenta por medio de la presente me permito dar respuesta a su inquietud relacionada con la aplicación de la Ley de Garantías frente a la suscripción de contratos prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión por parte de las Gobernaciones y Alcaldías.

Como punto inicial, cabe aclarar que el Departamento Nacional de Planeación según las funciones atribuidas por el Decreto 3517 de 2009 y los documentos Conpes 3248 y 3249 de 2003, tiene limitada su competencia en materia de Contratación Pública a la orientación y el seguimiento del proceso de implementación de la estrategia transversal de reforma a la contratación pública; la cual tiene como eje la formulación de una Política Pública en la materia, que se base en la lucha contra la corrupción y en la búsqueda de la eficiencia en la ejecución de los recursos públicos.

En vista de lo anterior, éste Departamento NO se pronunciará sobre los aspectos particulares y específicos de su consulta. No obstante lo anterior, haremos una breve exposición de la normatividad que rige la materia desde una perspectiva en

abstracto para que adopte las decisiones que considere más conducentes conforme la situación particular y concreta que corresponda.

Para tal efecto, en el presente escrito ponemos en su conocimiento las normas pertinentes:

1. Propósito de las restricciones a la Contratación en la Ley de Garantías Electorales

El artículo 4 del Acto Legislativo 02 de 2004 estableció que:

"El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentaran, antes del primero de marzo de 2005, un proyecto de ley estatutaria que desarrolle el literal t) del artículo 152 de la Constitución y regule además, entre otras, las siguientes materias: Garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República"

Siendo así, los antecedentes legislativos que precedieron la expedición de la Ley 996 de 2005, en su exposición de motivos indican que:

"la figura de la reelección presidencial debe ir acompañada de previsiones suficientes que eviten cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección" ¹ (Negritas fuera de texto)

De esta forma, el artículo 1 de la Ley 996 de 2005, "por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo

establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones", establece como objeto de la misma:

"definir el marco legal dentro del cual debe desarrollarse el debate electoral a la Presidencia de la República, o cuando el Presidente de la República en ejercicio aspire a la reelección, o el Vicepresidente de la República aspire a la elección presidencial, garantizando la igualdad de condiciones para los candidatos que reúnan los requisitos de ley. Igualmente se reglamenta la Participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición"

Con lo cual, es claro que en principio la norma legal reglamenta lo relacionado con las elecciones presidenciales pero deja en claro que algunas de sus disposiciones se extienden en general, a todos los escrutinios a cargos de elección popular.

2. Ley de Garantías y restricciones en materia contractual

Teniendo en cuenta lo anterior, la Ley 996 de 2005 es clara al establecer en su artículo 33 que:

"Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

"Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias". (Negritas fuera de texto)

Por su parte, el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 establece que:

¹ Blum de Barberi, Claudia. Pimiento, Mauricio. González, Andrés. Holguín Sardi, Carlos. Iván Zuluaga, Oscar. Torres Barrera, Hernando. Camacho, Roberto. Proyecto de Ley Estatutaria número 216 de 2005 Senado. Gaceta del Congreso 71 de 2005. Pág. 14

"Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista". (Negritas y subrayas fuera de texto)

En vista de lo anterior, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, además de las restricciones señaladas líneas atrás, en materia contractual, tienen la prohibición de no celebrar contratos o convenios interadministrativos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, y en este caso no se limita a las presidenciales sino a las territoriales en las cuales se incluyen las relacionadas con su inquietud frente a las próximas elecciones territoriales a realizarse este 30 de octubre de los corrientes.

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en providencia del 4 de febrero de 2010, bajo el radicado número 11001-03-06-000-2010-00006-00(1985), con ponencia del Consejero Enrique José Arboleda Perdomo, establece que:

"La ley 996 de 2005 es el instrumento jurídico garantizador de las condiciones de igualdad y equidad entre los candidatos y en razón de ello procede su aplicación en todos los procesos electorales para cargos de elección popular, advirtiéndose que contiene regulaciones y prohibiciones sobre dos tipos de campañas electorales: la presidencial y las que se adelanten para la provisión de los demás caros de elección popular nacionales y territoriales que igualmente adopta disposiciones especiales de aplicación en las elecciones presidenciales cuando participen como candidatos quienes estén en ejercicio de los cargos de Presidente o Vicepresidente de la República; y también se ocupa de la "participación en política de los servidores públicos" (subrayado fuera de texto).

Así mismo, toda vez que la limitación contenida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, opera frente a los contratos interadministrativos únicamente,

no se encuentran restringidos los contratos por usted señalados (Contratos de prestación de servicios profesionales, sin embargo para mayor claridad procederemos a ampliar dicho temario.

3. Contratación Directa

Respecto del uso de la contratación directa como modalidad de selección, se debe tener en cuenta que la misma:

"es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas en los casos expresa y taxativamente previstos en la ley [Numeral 4, Artículo 2, Ley 1150 de 2007], pueden celebrar contratos sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública o concurso, mediante un trámite simplificado, abreviado, ágil y expedito, que debe cumplir los mismos principios que la ley dispuso para el primero.

La Sala ha recalcado que `...la contratación directa hace más flexible el procedimiento de elección y le da posibilidad a la Administración de que el trayecto de análisis de propuestas sea más ágil....' y que 'dicho proceder excepcional surgió como mecanismo para evitar que la administración, en casos expresamente determinados, [...] estuviera obligada a someterse a procedimientos largos y dispendiosos y que por el contrario pudiera elegir al contratista rápidamente y satisfacer de manera pronta necesidades apremiantes...'

Por lo tanto, la contratación directa es un procedimiento reglado excepcional y de aplicación e interpretación restrictiva, al cual pueden acudir las entidades públicas para celebrar contratos, en determinados eventos tipificados en la ley, en una forma más rápida, sencilla y expedita para la adquisición de bienes y servicios que por su cuantía, naturaleza o urgencia manifiesta, no precisa ni requiere de los formalismos y múltiples etapas y términos previstos para la licitación pública, aun cuando debe cumplir los principios que rigen la contratación pública".²(negritas y subrayas fuera de texto)

En ese sentido, solo es posible acudir a esta modalidad, bajo las diferentes causales previstas en los diferentes literales del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, siendo la misma, de carácter excepcional y de interpretación restrictiva.

4. Antecedentes legislativos de la Ley 1150 de 2007 sobre la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión

Respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, el artículo 13 del decreto 2170 de 2002 establecía que:

"Para la celebración de los contratos a que se refiere el literal d) del numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica 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 de] gasto deberá dejar constancia escrita.

"De igual forma se procederá para la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, los que sólo se realizarán cuando se trate de fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar. El contrato que se suscriba, contendrá como mínimo la expresa constancia de la

² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. M.P. Ruth Stella Correa Palacio

circunstancia anterior, las condiciones de cumplimiento del contrato incluyendo el detalle de los resultados esperados y la transferencia de tecnología a la entidad contratante en caso de ser procedente". (Negritas fuera de texto)

Así, se diferencian claramente tres hipótesis a saber: (i) los contratos para la prestación de servicios profesionales; (ii) los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad; y, (iii) los contratos para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, a que se refería el literal (d) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, por medio de Sentencia del 3 de diciembre de 2007 con ponencia de la Consejera Ruth Stella Correa, al analizar la legalidad del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002 frente a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, declaró ajustado a derecho en forma condicional dicha norma, en el sentido que:

"del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública puede colegirse que los únicos contratos de prestación de servicios que permiten ser celebrados en forma directa —según la ley 80 de 1993 - involucran estas actividades: i) las profesionales, esto es, los que se prestan por personas que ejercen especialmente una profesión, ii) las de trabajos artísticos, es decir, relacionados con trabajos en las artes; y iii) las que tienden al desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas"

En vista de lo anterior, el legislador consideró necesario complementar el catálogo de causales de contratación directa, con los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, para hacer uso de esa modalidad para la selección, motivo por el cual, en el proyecto de ley No. 20, que culminaría en la expedición 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" —, se incluyó dentro de las causales de Contratación Directa la contratación 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.

Así, respecto del literal (h) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, se debe tener en cuenta que:

"Dentro de esta causal se regulan tres hipótesis, a saber: (1) la prestación de servicios profesionales; (ii) la contratación de servicios de apoyo a la gestión y, (iii) la celebración de acuerdos de voluntades para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas". ³

³ Reyes Yunis, Laura. Ley de contratación administrativa. Reforma a la contratación estatal. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2007. Pág. 32

De esta manera, se distinguen ahora sí, legalmente, los contratos para la prestación de servicios profesionales; los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión; y, los contratos para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas.

5. La prestación de servicios Profesionales en el Decreto 4266 de 2010

Conforme el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son contratos de prestación de servicios:

"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"

Siendo el género esta tipología contractual, la prestación de servicios profesionales establecida en el artículo 82 del Decreto 2474 de 2008 modificado por el artículo 1° del Decreto 4266 de 2010 se enmarca dentro de esta conceptualización que tiene unos matices y particularidades propios que la diferencian del resto de los servicios y que únicamente por ese motivo, pueden ser contratados directamente a diferencia de los demás servicios.

Así, el artículo 1 del Decreto 4266 de 2010, que modifica el artículo 82 del Decreto 2474 de 2008, pretende —al definir el contenido del literal (h) del numeral 4 de la Ley 1150 de 2007, referido a 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— recoge el alcance expresado en sus antecedentes normativos y legislativos (Decreto 2170 de 2002 y Proyecto de Ley 20 de 2005 Senado).

Es por ello, que los considerandos del decreto distinguen con total claridad, la diferencia entre los contratos de prestación de servicios profesionales de los de servicios de apoyo a la gestión en los siguientes términos:

"Que en la referida causal de contratación directa se diferencian los servicios profesionales, de los de apoyo a la gestión; así como los vinculados a la ejecución de trabajos artísticos intuito personae;

"Que los servicios profesionales hacen referencia a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se realizan en función de la formación académica y experiencia del contratista;

"Que los servicios de apoyo a la gestión corresponden a aquellas actividades operativas, logísticas, o asistenciales, vinculados a la realización de las tareas propias de la entidad".

En este sentido, el reglamento distingue, acorde con la Ley 1150 de 2007, la prestación de servicios profesionales; y, la prestación de servicios materiales.

5.1 Servicios profesionales

El marco que rige la Educación Superior se encuentra de forma general en la Ley 30 de 1992, la Ley 115 de 1994, y la Ley 749 de 2002; y, de forma específica, en la reglamentación expedida por las autoridades competentes para cada carrera.

Sobre el particular, es necesario indicar que la reglamentación indicada no asimila los conceptos de "profesionalidad" con el de "profesional", siendo este último únicamente uno de los títulos que prevé la Educación Superior, al igual que los títulos de Técnico Profesional y Tecnólogo.

Siendo así, la Educación Superior en el país, dentro de la Clasificación Internacional Normalizada de la Educación — CINE — de la UNESCO, forma parte de la Educación Terciaria, cuyos programas "se dividen en teóricos, preparatorios para investigaciones y de acceso al ejercicio de profesiones que exigen un alto nivel de competencia, por una parte, y prácticos, técnicos y específicos de una profesión, por la otra"⁴.

Así, "los programas del nivel 5A son programas terciarios, en gran parte teóricos, que están destinados a facilitar una calificación suficiente para ingresar en programas de investigación avanzada y en profesiones que exigen un alto nivel de capacitación"⁵; y los programas del nivel 5B "se centran en destrezas específicas de una profesión, con miras a ingresar en el mercado de trabajo, aunque el respectivo programa puede abarcar algunas bases teóricas"⁶.

Asimismo, la UNESCO establece, respecto del nivel 5B, que su contenido "está orientado a la práctica o es específico de una profesión y está concebido sobre todo para que los participantes adquieran las destrezas prácticas y los conocimientos necesarios para ejercer una profesión particular o un oficio o tipo de profesión u oficio. [Y que,] la aprobación de los correspondientes programas suele facilitar a los participantes la calificación adecuada para el mercado de trabajo"⁷.

Paralelo a lo anterior, el artículo 1 de la Ley 30 de 1992, prevé que "la Educación Superior es un proceso permanente que posibilita el desarrollo de las potencialidades del ser humano de una manera integral, se realiza con posterioridad a la educación media o secundaria y tiene por objeto el pleno desarrollo de los alumnos y su formación académica o profesional"; y otorga, a nivel de Pregrado los títulos de Técnico Profesional, Tecnólogo y Profesional por medio de las Instituciones Técnicas Profesionales, las Instituciones Tecnológicas, las Instituciones Universitarias o Escuelas Tecnológicas y las Universidades, según sea el caso.

⁴ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura — UNESCO —, Clasificación Internacional Normalizada de la Educación — CINE — 1997. Reedición, mayo de 2006. Pág. 34.

⁵ UNESCO. Pág. 35

⁶ UNESCO. Pág. 35

⁷ UNESCO. Pág. 36

De esta forma la Ley 749 de 2002, por medio de la cual "se organiza el servicio público de la educación superior en las modalidades de formación técnica profesional y tecnológica", respecto de los ciclos propedéuticos establece que:

"Las instituciones técnicas profesionales y tecnológicas de educación superior organizarán su actividad formativa de pregrado en ciclos propedéuticos de formación en las áreas de las ingenierías, la tecnología de la información y la administración, así:

"a) El primer ciclo, estará orientado a generar competencias y desarrollo intelectual como el de aptitudes, habilidades y destrezas al impartir conocimientos técnicos necesarios para el desempeño laboral en una actividad, en áreas específicas de los sectores productivo y de servicios, que conducirá al título de Técnico Profesional en..

"La formación técnica profesional comprende tareas relacionadas con actividades técnicas que pueden realizarse autónomamente, habilitando para comportar responsabilidades de programación y coordinación;

"b) El segundo ciclo, ofrecerá una formación básica común, que se fundamente y apropie de los conocimientos científicos y la comprensión teórica para la formación de un pensamiento innovador e inteligente, con capacidad de diseñar, construir, ejecutar, controlar, transformar y operar los medios y procesos que han de favorecer la acción del hombre en la solución de problemas que demandan los sectores productivos y de servicios del país. La formación tecnológica comprende

el desarrollo de responsabilidades de concepción, dirección y gestión de conformidad con la especificidad del programa, y conducirá al título de Tecnólogo en el área respectiva;

"c) El tercer ciclo, complementará el segundo ciclo, en la respectiva área del conocimiento, de forma coherente, con la fundamentación teórica y la propuesta metodológica de la profesión, y debe hacer explícitos los principios y propósitos que la orientan desde una perspectiva integral, considerando, entre otros aspectos, las características y competencias que se espera posea el futuro profesional. Este ciclo permite el ejercicio autónomo de actividades profesionales de alto nivel, e implica el dominio de conocimientos científicos y técnicos y conducirá al título de Profesional en.. (sic)"

Con lo anterior, es claro que los niveles 5A y 5B de la Educación Terciaria de la UNESCO, se identifican con la Educación Superior prevista en la legislación nacional; y, en este sentido, conducen a un ejercicio reconocido por la legislación a través de un Diploma, que le permite a la persona dar cuenta de unos conocimientos específicos en un campo del saber particular, sin perjuicio de los requisitos adicionales que exigen ciertas carreras.

En este sentido, 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.

5.2 Servicios de apoyo a la gestión

Respecto de los servicios de apoyo a la gestión, una interpretación en contexto del Decreto 4266 de 2010 que incluya tanto los considerandos como su parte dispositiva o reglamentaria, delimita las actividades de apoyo a la gestión a aquellas de naturaleza operativa, logística o asistencial.

En lo que refiere a las actividades asistenciales, conforme se señaló en los antecedentes del decreto que alimentan el espíritu del Reglamento, en la Memoria Justificativa, acápite "Antecedentes, razones de oportunidad y conveniencia que justifican su expedición", el Departamento Nacional de Planeación lo delimitó a aquellas referidas a las actividades de apoyo y complementarias a las tareas propias de la entidad o a las labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución realizadas por personas no profesionales ni comerciantes.

En cuanto a las actividades operativas, debe entenderse por éstas las que con carácter ocasional, deban contratarse para el desarrollo de actividades propias de la entidad por personal no profesional.

En lo que respecta a las actividades logísticas, son aquellas que emplean un conjunto de medios y métodos necesarios para llevar a cabo la organización de un servicio o evento específico.

Finalmente vale la pena reflexionar sobre el alcance del "apoyo", a partir de la cual se caracteriza la modalidad de prestación de servicios en comento. Toda vez que la función pública es permanente por definición y que las tareas que la conforman deben ser cubiertas por personal de planta, se colige que las actividades a contratar invocando esta causal son aquellas de carácter "ocasional", toda vez que son de "apoyo" a la gestión permanente con el alcance que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 ha dado al contrato de prestación de servicios.

Al respecto, es posible inferir, 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 de intermediación laboral (v.gr., vigilancia, aseo y cafetería, servicios de empresas temporales, eventos o servicios recurrentes como mantenimientos y salones de capacitaciones periódicas, entre muchos otros), y que sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta.

Tal y como fue señalado anteriormente, toda vez que la limitación contenida en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, opera frente a los contratos interadministrativos únicamente, no se encuentran restringidos los contratos por usted señalados, sin embargo esperamos haber despejado todas sus dudas al respecto, para que siendo viable acudir a dicha contratación en esta época preelectoral de carácter territorial, tenga usted todas las herramientas conceptuales que deben ser aplicadas en este tipo de contratos, lo cual es concordante con lo señalado en la circular conjunta 014 del Contraloría, Auditoría y Procuraduría General de la Nación del 1 de junio de los corrientes, en la cual se señala la viabilidad de este tipo de contratación durante este periodo preelectoral.

Conforme a lo expuesto anteriormente, esperamos haber aclarado sus inquietudes, siendo de precisar que a la luz de lo establecido en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, el artículo 230 de la

Constitución Política y la Ley 153 de 1887, los conceptos son criterios auxiliares de interpretación y no vinculan ni comprometen al Departamento Nacional de Planeación, motivo por el cual, las apreciaciones de la presente respuesta solamente sirven para dar una ilustración de carácter general para que el peticionario, conforme a lo expuesto, asuma su propia posición conforme al grado de análisis y convencimiento adquirido.

Proyecto Contratación Pública

Programa de Renovación de la Administración Pública
Departamento Nacional de Planeación