



Bogotá D.C., 28 de Noviembre de 2022



Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20221128014308
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 28/11/2022 13:37:53



Señor
José Ariel Cardona Giraldo
Ciudad

Concepto C – 734 de 2022

Temas: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS — Concepto — Requisitos y límites para su celebración / DIRECTIVA PRESIDENCIAL No. 08 DE 2022 – Medidas – Finalidad – Destinatarias – Rama Ejecutiva – Orden nacional / DIRECTIVA PRESIDENCIAL No. 08 DE 2022 – Contratos – Prestación de servicios – Apoyo a la Gestión / DIRECTIVA PRESIDENCIAL No. 08 DE 2022 – Prohibición – Prestación de servicios – Apoyo a la Gestión – Contratos previos.

Radicación: Respuesta a consulta P20220922009525

Estimado señor Cardona:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, responde su consulta remitida por competencia a esta entidad, por parte de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, el 22 de septiembre de 2022.

1. Problemas planteados

Usted realiza la siguiente consulta, relacionada con la Directiva Presidencial No. 08 de 2022:

«1) La Directiva referida en su título establece que la misma se encuentra dirigida a las: "ENTIDADES DE LA RAMA EJECUTIVA DEL ORDEN NACIONAL", y no hace en su contenido distinción alguna respecto a las Entidades Públicas del Orden Territorial o sus entidades descentralizadas o adscritas.

»1.1. Conforme a lo anterior, se solicita se indique si tal directiva también se debe aplicar en las Entidades Públicas del Orden Territorial y sus Entidades descentralizadas, a pesar de que éstas tienen autonomía administrativa y presupuestal.



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



»2) En el contenido de la Directiva, específicamente el numeral 1.1), se hace referencia a Contratos de Prestación de Servicios de Apoyo a la Gestión, y luego indica sobre aquellos que requieran conocimientos especializados.

»2.1. Considerando que los Contratos de Prestación de Servicios (CPS) se clasifican en: **Profesionales, *Apoyo a la Gestión y *ejecución de trabajos artísticos*, se solicita se indique si la Directiva Presidencial aplica para la celebración de todos los tipos de CPS o únicamente para los de: Apoyo a /a Gestión, atendiendo que son estos últimos los más propensos a convertirse en un Contrato Realidad por la permanencia que se requiere en la Entidad por parte del contratista.

»3) Cuando se indica en el numeral 1.1) de la Directiva: (...) *“Las entidades públicas no podrán justificar la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión por insuficiencia de personal de planta para evacuar el respectivo trabajo, si tales contratos serán suscritos con personas naturales que ya tienen otros contratos de prestación de servicios con otras entidades públicas”* (...).

»3.1. Se sirvan aclarar si la prohibición allí contenida es aplicable aun tratándose de Entidades Públicas de diferentes ordenes o niveles (nacional, territorial) o incluso si la persona natural tiene suscrito un contrato de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión con un organismo de control o la rama judicial, y se pretende que ésta realice: asesoría o acompañamiento alguno a otra Entidad.

»3.2. De igual manera, se sirvan indicar cual es la normatividad vigente o jurisprudencial en la que se sustenta la Directiva para establecer prohibiciones, las cuales antes de ser conminadas a cumplirse por el ejecutivo, deben estar fundadas en una disposición Constitucional o de Ley, esto es, las prohibiciones deben estar previamente autorizadas por la Constitución o por una Ley expedida por el Congreso de la República, atendiendo la *Reserva de Ley* relacionada con el principio de legalidad y/o clausula general de competencia» (sic).

2. Consideraciones

Para resolver esta consulta se hará un análisis de los siguientes temas: i) concepto, requisitos y límites de los contratos de prestación de servicios y ii) alcance de la Directiva Presidencial 08 del 17 de septiembre de 2022, especialmente en lo relativo a la expresión «contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión» y a las entidades destinatarias de las medidas previstas en la referida Directiva.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en adelante (la ANCP-CCE) ha analizado los contratos de prestación de servicios, así como los requisitos para su celebración, entre otros, en los conceptos con radicado: 4201913000006452 del 07 de octubre de 2019, 4201912000006434 del 30 de octubre de 2019, 4201913000006444 del 01 de noviembre de 2019, 4201913000006331 del 07 de noviembre de 2019, 4201912000006692 del 12 de noviembre de 2019, 4201912000007378 del 11 de diciembre de 2019, 4201912000007781





del 26 de diciembre de 2019, C-047 del 19 de febrero de 2020, C-105 del 12 de marzo de 2020, C-208 del 24 de marzo de 2020, C-005 del 11 de mayo de 2020, C-006 del 11 de mayo de 2020, C-018 del 11 de mayo de 2020, C-138 del 11 de mayo de 2020, C-053 del 12 de mayo de 2020, C-175 del 12 de mayo de 2020, C-320 del 12 de mayo de 2020, C-255 del 12 de mayo de 2020, C-282 del 12 de mayo de 2020, C-238 del 18 de mayo de 2020, C-260 del 18 de mayo de 2020, C-288 del 21 de mayo de 2020, C-293 del 12 de mayo de 2020, C-313 del 21 de mayo de 2020, C-345 del 21 de mayo de 2020, C-359 del 04 de junio de 2020, C-379 del 30 de junio de 2020, C-414 del 30 de junio de 2020, C-661 del 17 de noviembre de 2020 C-685 del 18 de diciembre de 2020, C- 004 del 12 de febrero de 2021, C-106 del 7 de abril de 2021, C-181 del 07 de abril de 2022, C-214 del 22 de abril de 2022 y C-491 de 01 de agosto de 2022. La tesis planteada en tales conceptos se reitera en esta ocasión y se complementa con algunas consideraciones relativas a la consulta bajo análisis.

2.1. Contrato de prestación de servicios. Requisitos y límites para su celebración

El contrato de prestación de servicios es uno de los tipos contractuales consagrados en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -EGCP, que pueden celebrar las entidades estatales. Se trata de un contrato típico, ya que se encuentra definido en la ley. Concretamente, el artículo 32, numeral 3º, de la Ley 80 de 1993, establece:

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.

De otro lado, la celebración de dicho contrato se debe efectuar a través de la modalidad de la contratación directa. Así lo prevé el artículo 2, numeral 4º, literal h), de la Ley 1150 de 2007, que dispone:

[...]

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;





A partir de estos enunciados normativos, entre otros, de carácter legal y reglamentario, que complementan su regulación, y de los pronunciamientos judiciales más destacados sobre el tema, es posible señalar las siguientes características del contrato de prestación de servicios:

i) Solo puede celebrarse para realizar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», es decir, que hagan parte de su giro ordinario o quehacer cotidiano.

ii) Admite que se suscriba tanto con personas naturales como con personas jurídicas. Y requiere que la Entidad Estatal justifique en los estudios previos que las actividades que buscan encomendarse a aquella «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados». ¹ Esto puede suceder en varios eventos, como, por ejemplo, que, efectivamente, no exista el personal de planta para encargarse de dichas labores; que exista, pero que está sobrecargado de trabajo, requiriéndose, por tanto, un apoyo externo; o que haya personal de planta, pero no tenga la experticia o conocimiento especializado en la materia, y que, por esta razón, sea necesario contratar los servicios de una persona natural que posea conocimiento y experiencia en el tema.

iii) Si bien se celebran para obtener la prestación personal de un servicio, se diferencian del contrato de trabajo² en que quien celebra el contrato de prestación de servicios debe mantener autonomía e independencia en la ejecución de la labor, lo que significa que no puede existir la *subordinación y dependencia*, que es uno de los elementos constitutivos del vínculo laboral. Por ello el artículo 32, numeral 3º, de la Ley 80 de 1993 establece que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales», inciso que más que un enunciado que aluda al «ser» se refiere al «deber ser», pues debe interpretarse en el sentido de que los contratos de prestación de servicios profesionales *no pueden* generar relación laboral, ni dar lugar a que las entidades estatales paguen por su cuenta los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral del contratista. Ello por cuanto, según se indicó, en dichos contratos no puede existir subordinación y dependencia; entonces, la relación laboral está proscrita y es el contratista quien, como «trabajador independiente» –como lo califican las normas en materia de seguridad social– debe cotizar por su cuenta y riesgo al Sistema de Seguridad Social Integral. Pero es posible que, a pesar de este mandato deontológico, en la práctica surja la relación laboral, pues, como se sabe, el contrato de trabajo es un *contrato realidad*, ya que para su perfeccionamiento rige el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades. Por ello, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada del segundo inciso del numeral 3º del artículo 32, indicando que «las expresiones acusadas del numeral 3o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no vulneran los

¹ Decreto 1068 de 2015: «Artículo 2.8.4.4.5. Condiciones para contratar la prestación de servicios. 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».

² El artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo establece: «1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

»2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario».





preceptos constitucionales, razón por la cual deberán ser declaradas exequibles, salvo que se acredite por parte del contratista la existencia de una relación laboral subordinada»³.

iv) Deben ser temporales. Así lo señaló la Corte Constitucional en la misma providencia a la que se aludió previamente, expresando que:

La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente⁴.

v) Los contratos de prestación de servicios constituyen un *género* que incluye, como *especies*, los contratos de prestación de servicios profesionales, los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión y los contratos de prestación de servicios artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales⁵. La diferencia entre el contrato de prestación de servicios *profesionales* con las otras dos especies del género en el cual se ubican radica en su contenido intelectual intangible y, al mismo tiempo, en la formación profesional que se exige para desempeñar la labor. Así lo consideró el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 2 de diciembre de 2013, al indicar, respecto del contrato de prestación de servicios profesionales, que:

Su objeto está determinado 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, con conocimientos especializados siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas consideradas legalmente como profesionales. Se caracteriza por demandar un conocimiento intelectual cualificado: el saber profesional⁶.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 de 1997. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

⁴ *Ibid.*

⁵ El Decreto 1082 de 2015 lo establece así: «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.

»La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan en-comendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos».

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 2 de diciembre de 2013. Exp. 41719. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.





Objeto que, según la sentencia que se cita, se diferencia del objeto del contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión, porque en este:

Su objeto contractual participa de las características encaminadas a desarrollar actividades identificables e intangibles. Hay lugar a su celebración en aquellos casos en donde las necesidades de la Administración no demanden la presencia de personal profesional.

Aunque también se caracteriza por el desempeño de actividad intelectual, ésta se enmarca dentro de un saber propiamente técnico; igualmente involucra actividades en donde prima el esfuerzo físico o mecánico, en donde no se requiere de personal profesional.

Dentro de su objeto contractual pueden tener lugar actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación⁷.

En relación con el contrato de prestación de servicios artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, señala el mencionado fallo que:

Tienen lugar dentro de esta categoría los contratos de prestación de servicios que tengan por objeto la ejecución de trabajos artísticos, esto es, trabajos que corresponden al conjunto de creaciones humanas que expresan una especial visión del mundo, tanto real como imaginaria, y que sólo pueda celebrarse con determinadas personas naturales, lo que implica que el contratista debe ser un artista, esto es, una persona reconocidas como realizador o productor de arte o trabajos artísticos⁸.

vi) Su celebración debe realizarse a través de la modalidad de contratación directa, independientemente de la cuantía y del tipo de servicio, siempre que este no ingrese dentro del objeto del contrato de consultoría, pues, como lo indicó el Consejo de Estado en la sentencia de unificación jurisprudencial a la que se hizo referencia, si bien en ambos existe un componente intelectual intangible, el objeto del contrato de consultoría es especial y debe celebrarse, por regla general, precedido de un concurso de méritos⁹. Pero, tampoco puede suscribirse un contrato de prestación de servicios profesionales para que el contratista ejecute labores que se enmarcan dentro de los otros contratos tipificados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como, por ejemplo, para que el contratista de prestación de servicios construya una obra.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid. En efecto, el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de consultoría así: «Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

» Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

» Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato».





vii) Para su celebración no se requiere en algunos casos la expedición del acto administrativo de justificación de la contratación directa¹⁰.

viii) Admiten el pacto de cláusulas excepcionales. Es decir, en los contratos de prestación de servicios se puede estipular la caducidad, así como la modificación, interpretación o terminación unilaterales, como elementos accidentales, o sea que para que puedan ejercerse dichas exorbitancias han debido quedar incluidas expresamente en el contrato, ya que no se entienden pactadas por naturaleza. Así se infiere del artículo 14, numeral 2º, de la Ley 80 de 1993¹¹.

ix) En algunos casos no es obligatoria la liquidación, pues así lo estableció el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 60 de la Ley 80 de 1993¹², refiriéndose a los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

x) Para su celebración no se requiere inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP), según lo prevé el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007¹³.

xi) En ellos no son necesarias las garantías¹⁴.

Teniendo en cuenta las anteriores características del contrato de prestación de servicios, se analizará a continuación lo que establece la Directiva Presidencial No. 08 del 17 de septiembre de 2022.

2.2. Alcance de la Directiva Presidencial No. 08 del 17 de septiembre de 2022, en especial, de las restricciones para la celebración de «contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión»

El 17 de septiembre del presente año la Presidencia de la República publicó la Directiva No. 08, mediante la cual se establecen «directrices de austeridad hacia un gasto público eficiente». Este

¹⁰ Así lo prevé el artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015: «La Entidad Estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, el cual debe contener:

- »1. La causal que invoca para contratar directamente.
- »2. El objeto del contrato.
- »3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista.
- »4. El lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos.

»Este acto administrativo no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de que tratan los literales (a) y (b) del artículo 2.2.1.2.1.4.3 del presente decreto».

¹¹ Esta norma expresa: «Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

- [...]».
- »20. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.
- »Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

[...]».

¹² La norma dispone: «La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión».

¹³ Según dicho artículo «Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

»No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.

[...]».

¹⁴ Es esto lo que establece el Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.5. No obligatoriedad de garantías. En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1 del presente decreto no es obligatoria y la justificación para exigirlos o no debe estar en los estudios y documentos previos».





cuerpo normativo aplica para las «Entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional», como se lee en su primera página¹⁵. Esto significa que la Directiva no rige para las entidades estatales que pertenecen al orden o nivel *territorial*¹⁶, ni para los órganos de otras ramas del poder público distintas a la Rama Ejecutiva. El ámbito de aplicación se circunscribe, por tanto, al conjunto de entidades que hacen parte de la Rama Ejecutiva en el nivel nacional, independientemente de si pertenecen al sector central o al sector descentralizado por servicios. Lo anterior, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998¹⁷.

En su motivación, la Directiva señala que las medidas que allí se establecen se fundamentan en los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución, de los cuales se deriva la necesidad de «fortalecer la racionalización, la probidad y la eficiencia del gasto público». A su vez, la Directiva aclara que «Estas medidas deberán ser aplicadas en consonancia con lo que dispongan la normativa vigente aplicable». Esta salvedad es importante porque significa que las entidades públicas destinatarias de la Directiva deben aplicarla interpretándola sistemáticamente con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan cada materia. Dicho de otro modo, la Directiva no supone la modificación de las normas superiores, sino que establece directrices para el cumplimiento adecuado de aquellas.

La Directiva Presidencial 08 de 2022 establece, pues, varias medidas para lograr la finalidad señalada anteriormente. En concreto, dentro de las medidas previstas para la *contratación estatal*, cabe destacar la fijación de pautas para: la racionalización de los contratos de estudios, la celebración de contratos interadministrativos, la exigencia de pactar comités fiduciarios en los patrimonios autónomos que manejen recursos públicos, la obligación de incluir conflictos de intereses en los pliegos de condiciones para los concursos de méritos para la selección de interventores, la utilización del SECOP, la revisión de los mecanismos de adquisición consolidada de bienes y servicios y del esquema de los acuerdos marco de precios, evitar la afectación de la competencia en los procesos contractuales, la instrucción dirigida a la ANCP-CCE para que publique informes mensuales sobre el uso del SECOP II y la liquidación oportuna de los contratos estatales.

¹⁵ El texto completo de la Directiva Presidencial bajo análisis puede descargarse en el siguiente enlace: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DIRECTIVA%20PRESIDENCIAL%2008%20DEL%2017%20DE%20SEPTIEMBRE%20DE%202022.pdf>

¹⁶ El artículo 286 de la Constitución establece cuáles son las entidades territoriales en Colombia. Al respecto, indica: «Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas».

»La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley».

¹⁷ Este artículo señala, en lo pertinente: «La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

»1. Del Sector Central:

»a) La Presidencia de la República;
 »b) La Vicepresidencia de la República;
 »c) Los Consejos Superiores de la administración;
 »d) Los ministerios y departamentos administrativos;
 »e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

»2. Del Sector descentralizado por servicios:

»a) Los establecimientos públicos;
 »b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
 »c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
 »d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
 »e) Los institutos científicos y tecnológicos;
 »f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
 »g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.
 »[...]».





Ahora bien, en cuanto a las medidas previstas en la Directiva para el ámbito de la contratación estatal es importante hacer referencia, en particular y de manera independiente, a las instrucciones incluidas en el numeral 1.1. de dicho documento normativo en relación con los «contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión», por ser este el tema que motiva las preguntas que se formulan en la consulta. Textualmente, dicho numeral dispone lo siguiente:

Las entidades públicas solo podrán celebrar *contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión* cuando estos sean estrictamente necesarios por el volumen de trabajo que tenga a su cargo su personal de planta, o por la necesidad de conocimientos especializados. La necesidad de estos contratos deberá justificarse detalladamente, caso a caso, en los documentos precontractuales, entre otros, con las cifras de procesos, el número de proyectos, la gestión mensual, razones de la complejidad del servicio a contratar y el tiempo durante el cual se requerirá ese apoyo, que en ningún caso tendrá vocación de permanencia.

Cuando estos contratos sean necesarios por la insuficiencia del personal de planta, la respectiva entidad iniciará la adopción de las medidas que sean necesarias para asegurar que las correspondientes labores puedan ser desarrolladas por su personal de planta lo más pronto posible. Excepcionalmente se podrán suscribir con recursos de proyectos de inversión, contratos de prestación de servicios para apoyar la gestión de las entidades estatales. Al estructurarse nuevos proyectos de inversión, el Departamento Nacional de Planeación verificará la razonabilidad de los porcentajes que se incluyan en las fichas de los proyectos para rubros como Gastos o Apoyo a la Gerencia del proyecto.

Las entidades públicas no podrán justificar la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión por insuficiencia de personal de planta para evacuar el respectivo trabajo, si tales contratos serán suscritos con personas naturales que ya tienen otros contratos de prestación de servicios con otras entidades públicas, lo cual verificarán previamente en la plataforma del SECOP. Tampoco si en sus plantas de personal hay cargos en vacancia definitiva por más de 6 meses. Cada representante legal verificará que la entidad que representa cumpla con lo establecido en esta directiva en relación con este tipo de contratos.

Para establecer el alcance de lo que se establece en el apartado normativo citado, conviene sintetizar las reglas que de allí se derivan, efectuando las explicaciones correspondientes:

i) Las medidas establecidas rigen para la celebración de «contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión». El *sentido* normativo de la expresión entre comillas debe extraerse aplicando el criterio de «*interpretación restrictiva*»¹⁸, que debe regir en aquellos casos en los cuales se consagran prohibiciones o limitaciones de derechos, como sucede en este

¹⁸ Sobre este criterio hermenéutico se ha dicho que «[...] la interpretación y aplicación restrictiva es una regla que rige tratándose de normas prohibitivas, dado que consagran limitaciones al ejercicio de un derecho o de competencias señaladas en la ley, criterio hermenéutico que responde al principio de taxatividad, de acuerdo con el cual solo operan las prohibiciones que en forma precisa establece el legislador» (CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de julio de 2013. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. Número Interno: 2166).





evento. Con fundamento en dicha regla hermenéutica se concluye que los parámetros contenidos en el numeral 1.1. de la Directiva Presidencial No. 08 del 17 de septiembre de 2022 no rigen para todos los contratos de prestación de servicios que pretendan celebrarse, sino solo para los «contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión». Como se explicó en el numeral 2.1. de este concepto, el Consejo de Estado, en la sentencia de unificación jurisprudencial del 2 de diciembre de 2013, precisó la diferencia entre los contratos de prestación de servicios a) profesionales, b) de apoyo a la gestión y c) artísticos, que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Se reitera que, sobre los «contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión», el Consejo de Estado señaló:

Su objeto contractual participa de las características encaminadas a desarrollar actividades identificables e intangibles. Hay lugar a su celebración en aquellos casos en donde las necesidades de la Administración no demanden la presencia de personal profesional.

Aunque también se caracteriza por el desempeño de actividad intelectual, ésta se enmarca dentro de un saber propiamente técnico; igualmente involucra actividades en donde prima el esfuerzo físico o mecánico, en donde no se requiere de personal profesional.

Dentro de su objeto contractual pueden tener lugar actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación¹⁹.

Como se observa, existe una sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado que dice qué ha de entenderse por «contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión» y que señala que este concepto es distinto al de «contrato de prestación de servicios profesionales» y al de «contrato de prestación de servicios artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales». Esto es importante, porque el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – prevé el deber de acatar, en la interpretación, lo establecido en dichas sentencias. En efecto, dicha norma expresa:

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.

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 2 de diciembre de 2013. Exp. 41719. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.





Por consiguiente, al ser las disposiciones de la Directiva Presidencial No. 08 del 17 de septiembre de 2022 normas reglamentarias, deben interpretarse conforme con las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, dentro de las cuales se encuentra la sentencia del 2 de diciembre de 2013 a la que se ha hecho referencia.

ii) La Directiva indica que las entidades públicas solo pueden justificar la celebración de «contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión» por dos razones: la carga de trabajo de su personal de planta o la necesidad de conocimientos especializados. Al respecto, es importante tener en cuenta que cuando se hace alusión al concepto «entidades públicas», debe interpretarse en armonía con lo que la Directiva indica al comienzo sobre sus destinatarios, esto es, que aplica para las entidades que conforman la Rama Ejecutiva del orden nacional.

La exigencia de «conocimientos especializados», como uno de los motivos que pueden dar lugar a la «celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión», en criterio de esta Agencia, no se opone a la definición planteada por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación jurisprudencial a la que se ha aludido, porque dichos contratos son una de las especies del género «contrato de prestación de servicios» definido en el artículo 32, numeral 3, de la Ley 80 de 1993. Esta norma establece que «Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados». Esta característica es *transversal* y, por tanto, se aplica también a los «contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión»; es decir, no es exclusiva de los «contratos de prestación de servicios *profesionales*».

iii) Asimismo, la Directiva señala que la configuración de alguno de los dos motivos a los que se ha hecho referencia anteriormente –es decir, el volumen laboral o la necesidad de conocimientos especializados– debe estar bien soportado en los documentos precontractuales. O sea, los estudios previos deben contener una justificación adecuada de por qué se presenta alguna de las razones que en la Directiva se indican para celebrar el respectivo «contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión».

iv) Se establece, a su vez, que este tipo de contratos no puede tener «vocación de permanencia»; algo que, simplemente, reitera lo que, de tiempo atrás, ha sostenido la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa, como se indicó en el numeral 2.1 de este concepto.

v) Se exhorta a las Entidades Estatales a adelantar las labores administrativas necesarias para ampliar su planta de personal, cuando la labor que se ha contratado por prestación de servicios de apoyo a la gestión se requiera en forma permanente.

vi) Se establece también que, excepcionalmente, se pueden celebrar estos contratos con recursos de proyectos de inversión. En este aspecto se encomienda al Departamento Nacional





de Planeación la verificación de «[...] la razonabilidad de los porcentajes que se incluyan en las fichas de los proyectos para rubros como Gastos o Apoyo a la Gerencia del proyecto».

vii) Finalmente, se incluye la siguiente prohibición: «Las entidades públicas no podrán justificar la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión por insuficiencia de personal de planta para evacuar el respectivo trabajo, si tales contratos serán suscritos con personas naturales que ya tienen otros contratos de prestación de servicios con otras entidades públicas, lo cual verificarán previamente en la plataforma del SECOP. Tampoco si en sus plantas de personal hay cargos en vacancia definitiva por más de 6 meses. Cada representante legal verificará que la entidad que representa cumpla con lo establecido en esta directiva en relación con este tipo de contratos».

Esta restricción se transcribe de nuevo, en su tenor literal, porque, al respecto, en la consulta se pregunta si la prohibición se aplica aun cuando el contrato de prestación de servicios suscrito previamente haya sido con una entidad pública que no pertenezca a la Rama Ejecutiva del orden nacional. En criterio de esta Agencia, aunque las destinatarias de la Directiva sean, como se ha explicado, las entidades públicas de la Rama Ejecutiva del orden nacional, cuando el penúltimo inciso del numeral 1.1. de dicha Directiva expresa que tales entidades no pueden celebrar «contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión» «[...] con personas naturales que ya tienen otros contratos de prestación de servicios con otras entidades públicas», significa que no pueden suscribirlos aunque los contratos de prestación de servicios previos sean con entidades públicas que pertenezcan a otra rama u orden. En otras palabras, no importa que la persona que pretende contratarse tenga contratos suscritos con entidades públicas que no pertenezcan a la Rama Ejecutiva del orden nacional. La razón de esta interpretación es que la Directiva no efectúa aquí distinción alguna sobre el tipo de entidad pública con la que se tiene el contrato de prestación de servicios previo. Por tanto, debe aplicarse el criterio hermenéutico según el cual *cuando la norma no distingue no le es dable al intérprete hacerlo*²⁰. En definitiva, los destinatarios de la Directiva son las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del orden nacional, cuando pretendan actuar en calidad de contratantes; pero la prohibición que se ha explicado se aplica cuando la persona con quien busquen celebrar el «contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión» tenga contratos de prestación de servicios con otras «entidades públicas», así estas pertenezcan a otros órdenes o ramas del poder.

3. Respuesta

«1) La Directiva referida en su título establece que la misma se encuentra dirigida a las: "ENTIDADES DE LA RAMA EJECUTIVA DEL ORDEN NACIONAL", y no hace en su contenido distinción alguna respecto a las Entidades Públicas del Orden Territorial o sus entidades descentralizadas o adscritas.

²⁰ Cfr. Sentencia C-317 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa). En igual sentido, el artículo 27 del Código Civil establece que «Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu». Aquí el concepto de ley se entiende en un sentido material, como norma jurídica.





»1.1. Conforme a lo anterior, se solicita se indique si tal directiva también se debe aplicar en las Entidades Públicas del Orden Territorial y sus Entidades descentralizadas, a pesar de que éstas tienen autonomía administrativa y presupuestal».

Como se indicó, la Directiva Presidencial No. 08 de 2022 está dirigida a las «Entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional», como se lee en su primera página. Esto significa que la Directiva no rige para las entidades estatales que pertenecen al orden o nivel *territorial* (sean del sector central o descentralizado por servicios), ni para los órganos de otras ramas del poder público distintas a la Rama Ejecutiva. El ámbito de aplicación se circunscribe, por tanto, al conjunto de entidades que hacen parte de la Rama Ejecutiva en el nivel nacional, independientemente de si pertenecen al sector central o al sector descentralizado por servicios. Lo anterior, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, que establece la composición de la Rama Ejecutiva en el nivel nacional.

«2) En el contenido de la Directiva, específicamente el numeral 1.1), se hace referencia a Contratos de Prestación de Servicios de Apoyo a la Gestión, y luego indica sobre aquellos que requieran conocimientos especializados.

»2.1. Considerando que los Contratos de Prestación de Servicios (CPS) se clasifican en: **Profesionales*, **Apoyo a la Gestión* y **ejecución de trabajos artísticos*, se solicita se indique si la Directiva Presidencial aplica para la celebración de todos los tipos de CPS o únicamente para los de: Apoyo a /a Gestión, atendiendo que son estos últimos los más propensos a convertirse en un Contrato Realidad por la permanencia que se requiere en la Entidad por parte del contratista».

Las medidas establecidas rigen para la celebración de «contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión». El *sentido* normativo de la expresión entre comillas debe extraerse aplicando el criterio de «*interpretación restrictiva*», que debe regir en aquellos casos en los cuales se consagran prohibiciones o limitaciones de derechos, como sucede en este evento. Con fundamento en dicha regla hermenéutica se concluye que los parámetros contenidos en el numeral 1.1. de la Directiva Presidencial No. 08 del 17 de septiembre de 2022 no rigen para todos los contratos de prestación de servicios que pretendan celebrarse, sino solo para los «contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión». Como se explicó en el numeral 2.1. de este concepto, el Consejo de Estado, en la sentencia de unificación jurisprudencial del 2 de diciembre de 2013, precisó la diferencia entre los contratos de prestación de servicios a) profesionales, b) de apoyo a la gestión y c) artísticos, que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Se reitera que, sobre los «contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión», el Consejo de Estado señaló:

Su objeto contractual participa de las características encaminadas a desarrollar actividades identificables e intangibles. Hay lugar a su celebración en aquellos casos





en donde las necesidades de la Administración no demanden la presencia de personal profesional.

Aunque también se caracteriza por el desempeño de actividad intelectual, ésta se enmarca dentro de un saber propiamente técnico; igualmente involucra actividades en donde prima el esfuerzo físico o mecánico, en donde no se requiere de personal profesional.

Dentro de su objeto contractual pueden tener lugar actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación²¹.

Como se observa, existe una sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado que dice qué ha de entenderse por «contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión» y que señala que este concepto es distinto al de «contrato de prestación de servicios profesionales» y al de «contrato de prestación de servicios artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales». Esto es importante, porque el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – prevé el deber de acatar, en la interpretación, lo establecido en dichas sentencias. En efecto, dicha norma expresa:

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.

Por consiguiente, al ser las disposiciones de la Directiva Presidencial No. 08 del 17 de septiembre de 2022 normas reglamentarias, deben interpretarse conforme con las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, dentro de las cuales se encuentra la sentencia del 2 de diciembre de 2013 a la que se ha hecho referencia.

Ahora bien, la exigencia de «conocimientos especializados», como uno de los motivos que pueden dar lugar a la «celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión», en criterio de esta Agencia, no se opone a la definición planteada por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación jurisprudencial a la que se ha aludido, porque dichos contratos son una de las especies del *género* «contrato de prestación de servicios» definido en el artículo 32, numeral 3, de la Ley 80 de 1993. Esta norma establece que «Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados». Esta característica es *transversal*

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 2 de diciembre de 2013. Exp. 41719. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.





y, por tanto, se aplica también a los «contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión»; es decir, no es exclusiva de los «contratos de prestación de servicios *profesionales*».

«3) Cuando se indica en el numeral 1.1) de la Directiva: (...) *“Las entidades públicas no podrán justificar la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión por insuficiencia de personal de planta para evacuar el respectivo trabajo, si tales contratos serán suscritos con personas naturales que ya tienen otros contratos de prestación de servicios con otras entidades públicas”* (...).

»3.1. Se sirvan aclarar si la prohibición allí contenida es aplicable aun tratándose de Entidades Públicas de diferentes ordenes o niveles (nacional, territorial) o incluso si la persona natural tiene suscrito un contrato de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión con un organismo de control o la rama judicial, y se pretende que ésta realice: asesoría o acompañamiento alguno a otra Entidad».

En criterio de esta Agencia, aunque las destinatarias de la Directiva sean, como se ha explicado, las entidades públicas de la Rama Ejecutiva del orden nacional, cuando el penúltimo inciso del numeral 1.1. de dicha Directiva expresa que tales entidades no pueden celebrar «contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión» «[...] con personas naturales que ya tienen otros contratos de prestación de servicios con otras entidades públicas», significa que no pueden suscribirlos aunque los contratos de prestación de servicios previos sean con entidades públicas que pertenezcan a otra rama u orden. En otras palabras, no importa que la persona que pretende contratarse tenga contratos suscritos con entidades públicas que no pertenezcan a la Rama Ejecutiva del orden nacional. La razón de esta interpretación es que la Directiva no efectúa aquí distinción alguna sobre el tipo de entidad pública con la que se tiene el contrato de prestación de servicios previo. Por tanto, debe aplicarse el criterio hermenéutico según el cual *cuando la norma no distingue no le es dable al intérprete hacerlo*. En definitiva, los destinatarios de la Directiva son las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del orden nacional, cuando pretendan actuar en calidad de contratantes; pero la prohibición que se ha explicado se aplica cuando la persona con quien busquen celebrar el «contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión» tenga contratos de prestación de servicios con otras «entidades públicas», así estas pertenezcan a otros órdenes o ramas del poder.

«3.2. De igual manera, se sirvan indicar cual es la normatividad vigente o jurisprudencial en la que se sustenta la Directiva para establecer prohibiciones, las cuales antes de ser conminadas a cumplirse por el ejecutivo, deben estar fundadas en una disposición Constitucional o de Ley, esto es, las prohibiciones deben estar previamente autorizadas por la Constitución o por una Ley expedida por el Congreso de la República, atendiendo la *Reserva de Ley* relacionada con el principio de legalidad y/o clausula general de competencia» (sic)».

En cuanto a su motivación, la Directiva señala que las medidas que allí se establecen se fundamentan en los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la





Constitución, de los cuales se deriva la necesidad de «fortalecer la racionalización, la probidad y la eficiencia del gasto público». A su vez, la Directiva aclara que «Estas medidas deberán ser aplicadas en consonancia con lo que dispongan la normativa vigente aplicable». Esta salvedad es importante porque significa que las Entidades Estatales destinatarias de la Directiva deben aplicarla interpretándola sistemáticamente con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan cada materia. Dicho de otro modo, la Directiva no supone la modificación de las normas superiores, sino que establece directrices para el cumplimiento adecuado de aquellas.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Cristian Andrés Díaz Díez
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Alejandro Sarmiento Cantillo
Revisó: Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Martha Alicia Romero Vargas
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE

