FO-M9-P3-04-V01 / SADE:

1.320-52-

Santiago de Cali, 6 de enero de 2022

DOCTOR
HEILLER HERNÁN JURADO RUBIO
Secretario de Despacho
Secretaría de Vivienda y Hábitat
Gobernación del Valle del Cauca
Santiago de Cali D.E. – Valle del Cauca

Asunto: Concepto jurídico para la celebración de Contrato de Prestación de Servicios Profesionales y/o Apoyo a la Gestión bajo la modalidad directa.

Cordial saludo,

De acuerdo a la referencia del asunto, se dio revisión y concepto jurídico del proyecto de contrato de prestación de servicios profesionales y/o apoyo a la gestión, a celebrarse entre el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA – SECRETARÍA DE VIVIENDA Y HÁBITAT y JUAN CARLOS CERON ESPINOSA identificado(a) con la Cédula de Ciudadanía Nº 16.768.312 de Cali (V)

OBJETO: Prestar los Servicios Profesionales Especializados como Administrador de Empresas Especializado en la Secretaría de Vivienda y Hábitat del Valle del Cauca en el marco del proyecto de Inversión Fortalecimiento de la Estructura Organizacional de la secretaría de Vivienda y Hábitat de La Gobernación del Valle del Cauca
Valor: TREINTA Y TRES MILLONES DE PESOS M/CTE($33.000.000) M/CTE.
PLAZO: El plazo del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales y/o de Apoyo a la Gestión será hasta el 30 de Junio de 2022, que se contará a partir del cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución conforme al artículo 41 de la Ley 80 de 1993 y artículo 23 de la Ley 1150 de 2007.
APROPIACIÓN PRESUPUESTAL: EL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA – SECRETARÍA DE VIVIENDA Y HÁBITAT pagará el valor del contrato con cargo al rubro con ítem 2, con apropiación presupuestal: 1-1001/1131/2-320202008/4350301010010000/PI43-101791/1/1/01/04, según certificado de disponibilidad presupuestal No. 5500003218 del 3 de Enero de 2022, por valor de UN MIL SETECIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS MCTE. ($1.763.800.000) M/CTE. para la vigencia fiscal 2022.

ANÁLISIS DEL SECTOR (Artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015).

El tipo de contratación no exige un análisis profundo del sector. Se atempera a lo indicado por Colombia Compra-Eficiente mediante Circular Externa No. 8, por esta razón el Departamento del Valle del Cauca – Secretaría de Vivienda y Hábitat ha dejado constancia en el documento denominado "Estudios Previos" en su numeral 6° el correspondiente análisis del sector en cumplimiento de lo dispuesto.

ESTUDIOS Y DOCUMENTOS PREVIOS (Artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015):

REQUISITO	CONCEPTO
DESCRIPCION DE LA NECESIDAD.	Teniendo en cuenta que el Departamento Administrativo de Desarrollo Institucional y la Subdirección de Gestión Humana certificaron que en la planta Global de Cargos del Departamento no cuenta con el personal que responda a estas exigencias y que requiere de la prestación de este servicio para apoyar el proyecto de la secretaría denominado: FORTALECIMIENTO DE LA ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL DE LA SECRETARIA DE VIVIENDA Y HABITAT DE LA GOBERNACION DEL VALLE DEL CAUCA Así mismo, en el documento denominado "Estudios Previos" se ha establecido la necesidad de la Entidad Estatal de celebrar el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales y/o de Apoyo a la Gestión
OBJETO A CONTRATAR CON SUS ESPECIFICACIONES.	Se adecua al tipo de contrato. Se establecieron las actividades específicas a desarrollar por el contratista, las cuales se asocian al proyecto.
MODALIDAD DE SELECCIÓN Y SU JUSTIFICACION.	Conforme al literal H del numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 y artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015, la modalidad de selección de contratista corresponde a la contratación directa. El objeto del presente contrato se relaciona con las funciones del departamento, contenidas en la Constitución Política de 1991, artículo 305, y el proceso M3-P5 Promover la vivienda y el hábitat del manual de procesos de la entidad, esto es, se relacionan con el funcionamiento y gestión administrativa del Departamento del Valle del Cauca.
VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO Y LA JUSTIFICACION DEL MISMO.	Para establecer el valor de la remuneración de los servicios, se tomó como base la tabla de honorarios fijada mediante Circular Nro. 529940 del 17 de junio 2020, expedida por la Secretaría General y el Departamento Administrativo de Desarrollo Institucional referente a la Contratación de Prestación de Servicios Profesionales y de Apoyo a la Gestión, así como el histórico de la demanda de los contratos de prestación de servicios de carácter técnico celebrados por el Departamento en general y la Secretaría de Vivienda y Hábitat, en las vigencias anteriores.
CRITERIOS PARA SELECCIONAR LA OFERTA MÁS FAVORABLE.	De acuerdo a la modalidad de selección, no se exige la escogencia de varias ofertas. No obstante, las condiciones de estudios, experiencia e idoneidad exigidas se cumplen de conformidad con la certificado de idoneidad y experiencia de personal natural expedido por el ordenador del gasto y previa revisión de la Subdirectora Técnica de Apoyo a la Gestión de la Secretaría de Vivienda y Hábitat.
ANALISIS DEL RIESGO Y LA FORMA DE MITIGARLO.	Se identificó el riesgo de incumplimiento que se mitiga con la supervisión contractual, así mismo, se estableció la matriz con el análisis y la gestión del riesgo asociado al presente proceso de contratación.
GARANTIAS.	No se exigen garantías teniendo en cuenta la modalidad de selección, conforme al artículo 2.2.1.2.1.4.5 del Decreto 1082 de 2015. Así mismo, en el correspondiente estudio previo se ha dejado constancia de la razón para no exigir garantías en el presente proceso de contratación
INDICACION DE SI EL PROCESO DE CONTRATACION ESTA COBIJADO POR UN ACUERDO COMERCIAL	No aplica para esta modalidad de selección.
DEFINICIÓN DE LA SUPERVISIÓN O LA INTERVENTORÍA:	Por la naturaleza de la contratación, no se requiere interventoría, sin embargo, se efectuará el seguimiento integral a la ejecución del contrato a través de la supervisión del mismo según se ha definido en el estudio previo del presente proceso de selección.

El proceso de contratación fue incluido en el Plan Anual de Adquisiciones que fue publicado en el Sistema Electrónico de Contratación Pública por el Departamento Administrativo de Desarrollo Institucional de acuerdo a su competencia y de conformidad con la información suministrada por la Secretaría de Vivienda y Hábitat.

Frente a la modalidad de selección, para el contrato de prestación de servicios, el Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación de diciembre 2 de 2013, radicado 11001032600020110003900 (41719), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, señalo que:

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

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

Sobre el contrato de prestación de servicios profesionales propiamente dicho, el fallo en cita adujo que:

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

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

Entre tanto, en Sentencia T-253 del 04 de mayo de 2015 Magistrada Ponente Gloria Stella Ortíz Delgado se manifestó la naturaleza de los contratos de prestación de servicios y sus diferencias con una relación laboral indicando que:

"(....) La Corte determinó que el contrato de prestación de servicios con el Estado presenta las siguientes características:

El contratista adquiere una obligación de hacer, para ejecutar labores en razón a su experiencia, capacitación y formación profesional en determinada materia. Entonces, el objeto contractual consiste en la realización temporal de actividades relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada la entidad.

El contratista goza de autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico. Lo anterior implica

que dispone de un margen de discrecionalidad en relación con la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado, según las estipulaciones acordadas.
Se trata de un tipo de vinculación excepcional, motivo por el cual su vigencia es temporal, es decir, por el tiempo indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por consiguiente, en caso de que las actividades que se desarrollen por medio de estos contratos demanden una permanencia indefinida, que exceda su carácter excepcional y temporal, la entidad tiene la obligación de adoptar las medidas y provisiones pertinentes para dar cumplimiento al artículo 122 de la Carta Política.
Este tipo de contratación no da derecho al reconocimiento de las prestaciones derivadas del contrato de trabajo. No obstante, si se acreditan las características esenciales de la relación laboral (prestación personal del servicio, salario y subordinación), se desvirtuará la presunción establecida en la norma y surgirá el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.
Adicionalmente, el artículo 2° del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, establece:
"Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.
(...)
Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones". (Negrillas fuera del texto)
La expresión resaltada fue demandada ante la Corte Constitucional, que en sentencia C-614 de 2009, fijó los criterios que diferencian un contrato de prestación de servicios de una vinculación laboral. Esta Corporación estableció que, independientemente de la denominación que las partes asignen al contrato, existirá una relación laboral cuando: "i) se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado."
En contraste, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993 cuando: "i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas [sic] con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados." (...)".

Ahora bien, el objeto del presente contrato se relaciona con las funciones del departamento, contenidas en la Constitución Política de 1991, artículo 305, el artículo 165 del Decreto Departamental 1-3-1638 del 23 de octubre de 2020 *"Por el cual se actualiza la Estructura de la Administración Central del Departamento del Valle del Cauca, se definen las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones"* y el proceso M3-P5 Promover la vivienda y el hábitat del manual de procesos de la entidad, esto es, se relacionan con el funcionamiento y gestión administrativas del departamento del Valle del Cauca.

Por consiguiente, la modalidad de selección del contratista para el presente contrato será la contratación directa y el contrato a celebrar será el de prestación de servicios profesionales y/o de apoyo a la gestión.

De otro lado, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 5° del Decreto Departamental 1-3-0023 del 07 de enero de 2020 se verificó la existencia de la correspondiente autorización para el inicio de la contratación del personal y la certificación de insuficiencia de personal, expedidos por la Secretaría Privada, el Departamento Administrativo de Desarrollo Institucional y la Subdirección de Talento Humano del Departamento respectivamente.

Igualmente, la persona designada por parte de la Secretaría de Vivienda y Hábitat realizó la verificación de los documentos aportados por el futuro contratista que acreditan la

idoneidad, experiencia, y el no encontrarse incurso en régimen de inhabilidad e incompatibilidad para contratar con el Departamento.

Se advierte que este concepto jurídico no hace referencia a las consideraciones técnicas y/o económicas que se han plasmado en el proyecto de contrato, lo cual es competencia del funcionario designado para ese efecto en la Secretaría de Vivienda y Hábitat.

Por tanto, se efectúa la salvedad que este concepto jurídico, no incluye ni es competencia para pronunciarse sobre aspectos técnicos o económicos contenidos en los documentos de la contratación.

Así mismo, se manifiesta que los conceptos, en principio no contienen decisiones de la administración y no pueden considerarse por consiguiente actos administrativos, por lo tanto, el presente concepto no es vinculante para la suscripción del contrato que se derive y se circunscribe en atención a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 modificada por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015.

MINUTA DEL CONTRATO.

Revisada la minuta contractual, se ajusta a la necesidad del servicio y a los documentos y estudio previo del proceso.

En este orden y previo análisis de la documentación aportada se considera que los documentos y minuta del proceso se encuentran ajustados a la normatividad en materia contractual vigente para este tipo de proceso.

Atentamente,

ANA XIMENA RIVAS HURTADO
Subdirectora Técnica de Apoyo a la Gestión
Secretaría de Vivienda y Hábitat
Gobernación del Valle del Cauca

Archívese en: Expediente Contractual