

110-068-2008

Fbison

13-11/08

232



Radicado No: 20082110050103

Fecha: 13-11-2008

Bogotá,

211

MEMORANDO INTERNO

PARA: DAYRA ENNA CONCICION PERICO, Jefe Oficina Jurídica

DE: Directora Oficina de Control Fiscal

ASUNTO: Solicitud concepto

DIAS 17/08
ant:
2170/
ant 13

Atentamente me permito solicitar concepto jurídico que responda a los interrogantes:

1. ¿Es aplicable a los contratos de prestación de servicios profesionales el numeral 4 del artículo 8 del decreto 2170 de 2000, en el sentido que los estudios previos deban contener el soporte técnico y económico del valor estimado del contrato? Teniendo en cuenta que el contrato que genera la presente consulta se suscribió en la vigencia 2007.

Así mismo, se requiere aclaración sobre el término soporte económico del contrato ¿a que hace referencia?

2. ¿A la Contraloría de Bogotá D.C, le es aplicable el artículo 8 de la Ley 819 de 2003 y el Decreto 1957 de 2007? En el sentido que durante el trabajo de campo se detectó un presunto hallazgo administrativo y disciplinario relacionado con la constitución de reservas presupuestales.

Agradezco su gentil colaboración y pronta respuesta, toda vez que nos encontramos en etapa de contradicción del informe de auditoría, y este punto ha suscitado diferencias con la entidad vigilada que se deben aclarar a la mayor brevedad posible. La reunión está programada para el 18 de noviembre a las 2:00 p.m.

Cordialmente,

Lu Marina González Durán
LUZ MARINA GONZALEZ DURAN

Defensor
1000.13/08

13 NOV 2008

110-068-2008.

Devolver Copia Firmada



Radicado No: 20081100050983

Fecha: 24-11-2008

Bogotá D.C.

PARA : **LUZ MARINA GONZALEZ DURAN**
Directora Oficina de Control Fiscal.

DE : **DAYRA ENNA CONCICIÓN PERICO**
Directora Oficina Jurídica

ASUNTO : **Respuesta a solicitud de concepto.**

Cordial saludo Doctora:

En atención a la consulta realizada por usted mediante memorando interno 20082110050103 se emite concepto jurídico para efectos de dar respuesta a sus interrogantes.

Del objeto de consulta

1. "¿Es aplicable a los contratos de prestación de servicios profesionales el numeral 4 del artículo 8 del decreto 2170 de 2000, en el sentido que los estudios previos deban contener el soporte técnico y económico del valor estimado del contrato?. Teniendo en cuenta que el contrato que genera la presente consulta se suscribió en la vigencia 2007. " Así mismo, se requiere aclaración sobre el término soporte económico del contrato ¿a que hace referencia?.

2. "¿A la Contraloría de Bogotá D.C, le es aplicable el artículo 8 de la ley 819 de 2003 y el decreto 1957 de 2007?. En el sentido que durante el trabajo de campo se detectó un presunto hallazgo administrativo y disciplinario relacionado con la constitución de reservas presupuestales.

Se considera

Del primer interrogante.

Antes de entrar a desarrollar el presente concepto jurídico debe aclararse que varias de las normas sobre las cuales se construirá el marco teórico, en la actualidad se encuentran derogadas, no obstante, para la fecha en que se presentaron los hechos objetos de consulta estaban vigentes; razón por la cual se tendrán como referencia para este concepto.

Manuel...
23/11/08
23:42

25 NOV 2008

Diana...
NOV. 26/08

Es sabido que por expresa disposición constitucional, artículo 209, la función administrativa está al servicio del interés general y debe tener plena observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

En materia contractual, estos principios de rango constitucional se encuentran desarrollados en todas las normas que rigen la materia y concretamente en la ley 80 de 1993 y en el decreto 2170 de 2002.

Sobre este aspecto coincidimos con Pino Ricci quien destaca: "Los principios previstos en la Constitución y desarrollados por el legislador para la contratación estatal se aplican a los procesos de selección con independencia del trámite que de manera específica se haya previsto: licitación o concurso público y contratación directa. Si bien en algunos casos excepcionales las entidades estatales no tienen obligación de tramitar una licitación o concurso público, no pueden dejar de aplicar la totalidad de los principios previstos en el ordenamiento jurídico."¹

Entonces, partiendo de la situación concreta planteada en la solicitud de consulta; es importante recordar algunas normas de la ley 80 de 1993 que desarrollan los principios mencionados y a su vez son aplicables a nuestro caso, para posteriormente observar las disposiciones del decreto 2170 de 2002 que reiteran su aplicación.

Ley 80 de 1993:

Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

1o. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:

d) Para la 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.

Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:

6o. Las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos o iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.

12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia.

13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.

14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a

¹ PINO RICCI, JORGE, El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales, Universidad Externado de Colombia, primera edición 2005. Página 153.

cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.

Artículo 26. Del principio de responsabilidad. En virtud de este principio:

3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos **sin haber elaborado previamente** los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, **estudios**, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

Decreto 2170 de 2000:

Artículo 6o. De la consulta de precios o condiciones del mercado.

La consulta de precios o condiciones del mercado en los procesos de selección, se surtirá a través del Registro Único de Precios de Referencia (RUPR-SICE) a que se refiere la Ley 598 de 2000 para el caso de los bienes o servicios allí registrados. La entidad tendrá en cuenta los valores de fletes, seguros y demás gastos en que deba incurrir el proveedor para la entrega de los bienes o servicios, así como las condiciones de pago, volúmenes y en general, todos aquellos factores que afecten el precio del bien o del servicio. Si de tal análisis se desprende que no existen razones que justifiquen la diferencia de precios entre los precios de referencia y los presentados por los oferentes en el respectivo proceso, la entidad podrá descalificarlos o declarar desierto el proceso, caso en el cual deberá darse inicio a uno nuevo.

Cuando la entidad carezca de la infraestructura tecnológica y de conectividad para acceder a la información del Registro Único de Precios de Referencia (RUPR-SICE), la consulta de precios o condiciones del mercado se entenderá verificada con el estudio que la entidad realice para el efecto, del cual deberá dejar constancia por escrito.

Artículo 8o. De los estudios previos.

En desarrollo de lo previsto en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios en los cuales se analice la conveniencia y la oportunidad de realizar la contratación de que se trate, tendrán lugar de manera previa a la apertura de los procesos de selección y deberán contener como mínimo la siguiente información:

1. La definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.
2. La definición técnica de la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad, que entre otros puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o prediseño.
3. Las condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución del mismo.
4. **El soporte técnico y económico del valor estimado del contrato.**
5. El análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista.

Artículo 13. 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.

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 del gasto deberá dejar constancia escrita. (...).

De las anteriores disposiciones normativas se concluye que, en cumplimiento de los principios reguladores de la función administrativa, en materia contractual, los principios de economía y transparencia se encuentra desarrollados en todas las etapas del proceso contractual, entendiéndose, desde los estudios previos hasta la liquidación del contrato.²

Entonces, como se observó, en los artículos 25 # 12, 26 # 3 de la ley 80 de 1993 y los artículos 6 y 8 del decreto 2170 de 2002, las entidades estatales deben cumplir unos requisitos comunes en la etapa precontractual, independientemente del proceso de selección que se vaya a realizar.

Dentro de estos prerequisites se encuentra la realización de unos los estudios previos; los cuales en palabras de Palacio Hincapié, deben hacerse con la antelación suficiente a la contratación, para que no constituya una improvisación y por el contrario permitan deducir que la obra, bien o servicio a contratar hacen parte de un plan de desarrollo de la entidad o de unas políticas claras de atención de las necesidades de la comunidad.³

Es que la ausencia de planeación ataca en esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetivos pactados sino también respecto del patrimonio público que en últimas es que siempre está involucrado en todo contrato estatal, desconociendo en consecuencia fundamentales reglas y requisitos previos dentro de los procesos contractuales; es decir, en violación del principio de legalidad.⁴

Dentro de los estudios previos se encuentra la existencia de soportes económicos del valor estimado del contrato, los cuales, para dar alcance a la segunda parte de su interrogante, hacen referencia a ese deber del ente estatal de observar todas las condiciones del mercado a efectos de establecer, primero, un estimativo de la cuantía con que debe contar la entidad para esa contratación, certificado de disponibilidad presupuestal, y segundo, del probable valor del contrato; es un elemento objetivo con el cual se compararán los precios propuestos por los oferentes, además, son la base para la negociación de los términos de referencia en la

² El principio de economía previsto en el E.C (art 25) impone que se cumplan en los procesos selectivos condiciones de austeridad en recursos y términos que le son propios, y además desarrolla otro principio constitucional: el de planeación. (PINO RICCI, JORGE, El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales, Universidad Externado de Colombia, primera edición 2005.)

³ PALACIO HINCAPIÉ, JUAN ANGEL, La Contratación de las Entidades Estatales, Editorial Librería Jurídica Sánchez, 5ta edición.

⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV Contratación Indevida. Universidad Externado de Colombia.

contratación directa.

Los estudios de mercado son la base de los soportes económicos, esto es, de lo que, de acuerdo con las reglas del mercado pueda ser el costo de los bienes, servicios, suministro, es decir, de objeto u objetos a contratar, en un lugar determinado, en cierto momento, bajo determinadas circunstancias, por ejemplo inexistencia de pluralidad de oferentes, y conforme a las variables que el objeto del contrato implique, tales como cantidad, calidad, especialidad. Lo anterior, con el propósito ineludible de que la administración no pague más, ni pague menos, de lo que verdaderamente cuestan en el tráfico jurídico ordinario dichos bienes o servicios.⁵

Además de lo anterior, debe recordarse que con la expedición de la Constitución de 1991, concretamente artículo 333, se presentó un cambio en materia de contratación estatal en cuanto a la regulación de los precios, se venía estableciendo la existencia de los precios oficiales, a los cuales se debía someter el contratista independientemente de las condiciones del mercado.

Con la ley 80 de 1993 y la instrumentación de la economía de mercado y la libre competencia económica, las entidades del estado se convierten en otros sujetos más del mercado, por lo cual no pueden estar ajenas a aquellas normas que determinan los precios dentro de esta economía.

Señala Santofimio Gamboa que, con la nueva ley, léase 80 de 1993, y con la instrumentación de la economía de mercado para el Estado, las instituciones públicas, no pueden imponer precios para los bienes o servicios que requieran, porque correrían el riesgo de pagar menos de lo que realmente cuentan en el mercado, con obvio detrimento patrimonial de los contratistas, o pagar más respecto de la realidad del mercado, lo cual configuraría a todas luces, no solo una situación de peculado, sino una afrenta al patrimonio público. Igual situación se presentaría cuando quien desfigura los precios e induce a la administración a contratar en esas condiciones es el contratante o proponente, a través de precios artificialmente bajos o predatorios.⁶

Conforme a lo anterior, los soportes económicos son una obligación de la entidad independientemente del proceso de selección del contratista que se vaya a manejar, pues su finalidad es ajena al tema procedimental y a la existencia o no de varias ofertas, su objetivo es planear y prever todas las posibles contingencias que se presenten en el proceso contractual, entre ellas el precio del contrato. En consecuencia, para la prestación de servicios profesionales, tal y como lo expresa el numeral 4 del artículo 8 del decreto 2170 de 2002 vigente para el año 2007, también es necesario contar con el soporte económico del valor estimado del contrato, el cual se desprende de los estudios del mercado realizados previamente a la expedición de los términos de referencia.

Del segundo interrogante

En materia presupuestal la Constitución Política en su artículo 352, establece: "Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar". (Subrayado fuera de texto)

Igualmente en el artículo 353 prevé: "Los principios y las disposiciones establecidos en este título se aplicarán, en lo que fuere pertinente, a las entidades territoriales, para la elaboración, aprobación y ejecución de su presupuesto".

Frente a este tema la Corte Constitucional desde sus inicios consideró:

"La Constitución de 1991 reconoce que la materia presupuestal es de aquellas que pueden considerarse concurrentes en los niveles Nacional, Departamental y Municipal, es decir, que necesariamente estarán presentes en cada uno de esos niveles territoriales manifestaciones de la función presupuestal. **El rango cuasi-constitucional de las leyes orgánicas, que los permite ser el paradigma y la regla de otras leyes en las materias que regulan.** La Constitución de 1991 fue más allá de la utilización tradicional de la ley orgánica de presupuesto como receptáculo de los principios de esa disciplina. El artículo 352 la convirtió en instrumento matriz del sistema presupuestal colombiano al disponer que se someterán a ella todos los presupuestos: el Nacional, los de las entidades territoriales y los que elaboran los entes descentralizados de cualquier nivel. La ley orgánica regulará las diferentes fases del proceso presupuestal (programación, aprobación, modificación y ejecución). **La nueva Constitución innova en materia presupuestal no sólo al establecer la preeminencia expresa de la ley orgánica de presupuesto, que ahora lo será de todo el proceso presupuestal y no simplemente del presupuesto nacional,** sino también al enfrentar directamente la problemática de la concurrencia de competencias. Es procedente aplicar analógicamente los principios o bases presupuestales de la Ley 38 de 1989 a las normas orgánicas de presupuesto en los niveles departamental y municipal y, a través de éstas, a los respectivos presupuestos anuales. Esta utilización indirecta de los principios de la Ley es un reconocimiento a todo aquello que tendrán los presupuestos locales y seccionales de diverso y propio, esto es, de autónomo. Se trata de una aplicación condicionada a que los principios nacionales y constitucionales sean operantes por presentarse las condiciones para ello. En donde no exista materia para su aplicación quedará el campo libre para la iniciativa local que se expresará en las normas orgánicas Departamentales y Municipales".

Por otra parte, respecto de la ley 819 de 2003 citada por usted en el escrito de consulta, se advierte que, esta ley trajo consigo normas de naturaleza orgánica en el tema presupuestal, las cuales, tal y como se observó tienen rango cuasi-constitucional.⁹

⁷ Estatuto Orgánico del Presupuesto, Artículo 109. Las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la Ley Orgánica del Presupuesto en lo que fuere pertinente. (Subrayado fuera de texto)

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-478/92.

⁹ "Debe recordarse que en su temática las leyes orgánicas tienen un valor jurídico superior al de la ley ordinaria, lo cual explica que en razón a esta mayor jerarquía normativa, la Constitución exija para su

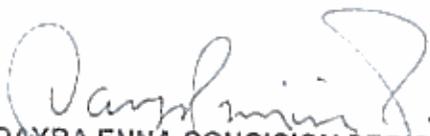
Siendo esto así, es dable concluir que, con base en la autonomía presupuestal de los entes territoriales estos están facultados para expedir sus propias normas presupuestales, empero sin desconocer y mucho menos contravenir las normas de carácter orgánico expedidas por el legislador.

Asimismo, es claro que, ante la existencia de un vacío en las normas que reglamentan el presupuesto de los entes territoriales por aplicación directa se debe atender las normas del Estatuto Orgánico del Presupuesto. Igualmente y como es lógico, ante la existencia de una antinómia normativa entre dos normas de distinto rango, es decir, una del orden territorial y las leyes orgánicas del presupuesto primará esta última.

En conclusión, bien sea por aplicación directa de las normas orgánicas del presupuesto o por reproducción de las mismas en el ámbito territorial, en caso de ser contrarias se aplicará la de mayor jerarquía, la ley 819 de 2003 y su decreto reglamentario 1957 de 2007 son aplicables plenamente a todas las entidades del País.

Para finalizar nos permitimos indicar que, el presente concepto se emite al tenor del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo y de manera alguna compromete la responsabilidad de la Auditoría General de la República.

Cordialmente.


DAYRA ENNA CONCICION PERICO
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: Fabián Jaimes Poveda
Abogado Oficina Jurídica de la A.G.R.

aprobación la mayoría absoluta de los votos de una y otra Cámara (art. 151) y condicione por una parte, la actividad legislativa; y por otra, la administrativa desplegada en este caso por los departamentos, los cuales deben sujetarse al momento de preparar, expedir y ejecutar los presupuestos anuales de ingresos y gastos, tanto a la ley orgánica del presupuesto que se ocupa de la programación, aprobación, modificación y ejecución del presupuesto, como a sus propias normas orgánicas territoriales (arts. 151, 352, 353 y 300.5 de la C. P.) - las que a su vez deben ser expedidas con observancia de las orgánicas nacionales." (Concepto 1771 de 2006 Sala de Consulta y Servicio Civil del Concejo de Estado.)