

1900 - 011 - 202000002463

Medellín, 2020/08/27

Doctora
DORA CECILIA SALDARRIAGA GRISALES
Vicepresidente Primera
Honorable Concejo de Medellín.
CAM La Alpujarra
Medellín

ASUNTO: Respuesta definitiva PQRS 337 solicitud de concepto jurídico Presupuesto Participativo con Radicado interno 20201020066651 del 14 de agosto de 2020.

Respetada señora concejal:

La Contraloría General de Medellín, recibió su comunicación en la que plantean inquietudes relacionadas con el proceso de presupuesto participativo, en temas específicos del desarrollo de un objeto contractual, sin que en dicha solicitud, se especifique cuál es el objeto contractual, cuál fue la modalidad contractual utilizada para la celebración del contrato, ni cuál es el alcance establecido del objeto contractual de acuerdo a las cláusulas establecidas en el mismo. La misma que fue radicada internamente con el No.202000001452 del 18 de agosto de 2020, y matriculada en nuestro Sistema de Información de Participación Ciudadana como PQRS- 337 de 2020.

Dando respuesta a su petición, nos permitimos manifestar lo siguiente:

I. SITUACIÓN FÁCTICA.

A través de la solicitud elevada, se plantea el interrogante que a continuación se transcribe:

“ El proceso de presupuesto participativo es definido un año antes por las comunidades y se ejecuta de acuerdo a las decisiones comunitarias; considerando que las condiciones actuales no permiten la acumulación de personas de forma presencial, pero es necesario

ejecutar las actividades que han sido programadas de formación y capacitación, surgen las siguientes preguntas jurídicas:

- 1. ¿ Cuáles son los elementos para configurar la desnaturalización de un objeto contractual?*
- 2. ¿Es posible adquirir bienes (Tablet, computadores, productos para la virtualidad para el desarrollo de actividades de capacitación que permiten el desarrollo del objeto contractual?*
- 3.¿ Las características técnicas de dispositivos digitales de los bienes adquiridos para el desarrollo de un objeto contractual que busca realizar capacitación en territorios de difícil acceso de conectividad desnaturalizan un objeto contractual si se adquieren con especificaciones superiores a los que ofrece el operador, pero se ajustan a lo requerido para el desarrollo contractual por las condiciones diferenciales del territorio?.*

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Sea lo primero y pertinente advertir que por disposición constitucional y legal los órganos de control fiscal, realizan su función de manera posterior y selectiva¹ y de contera, no pueden intervenir en los procesos administrativos de nuestros sujetos de control, que luego pueden ser pasibles de nuestro Control Fiscal

Así lo ha disciplinado la Corte Constitucional, al indicar²:

“La tarea de entes como las contralorías no es la de actuar dentro de los procesos internos de la Administración cual si fueran parte de ella, sino precisamente la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal, a partir de su propia independencia, que supone también la del ente vigilado, sin que les sea permitido participar en las labores que cumplen los órganos y funcionarios competentes para conducir los procesos que después habrán de ser examinados desde la perspectiva del control. De lo contrario, él no podría ejercerse objetivamente, pues en la medida en que los entes controladores resultaran involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función.”

Por esta razón, la Contraloría General de Medellín, **emite conceptos en términos generales, no resuelve en ellos casos puntuales**, sino que los aborda de manera general y abstracta. Constituyen estos, orientaciones, opiniones o puntos de vista de carácter general, que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de situaciones particulares.

¹ Artículo 267 Constitución Nacional.

² C-113 de 1999.

Por tanto, en razón de su solicitud, se expide el correspondiente concepto de rigor, en los estrictos términos establecidos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (sustituido por la Ley 1755 de 2015), que establece: “Alcance de los conceptos: Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuesta a peticiones realizadas en el ejercicio a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”.

Así, se ha sostenido de manera pacífica por la jurisprudencia, y de manera reciente por el Consejo de Estado al señalar;

*“(…) Ahora el Artículo 25 CCA (hoy regulado en términos similares por el Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a su cargo. Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que pueda afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir efecto jurídico general y abstracto. **De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a su cargo no comprometen su responsabilidad, ni serán de obligatorio cumplimiento**” (Consejo de Estado, sentencia del 30 de agosto de 2016, Radicado 11001-03-27-000-2011-003-00(18636)). (Lo resaltado es del Despacho).*

III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Para dilucidar lo anterior esta dependencia considera pertinente precisar lo que se entiende por presupuesto participativo, para luego determinar la planeación en el contrato estatal, su desnaturalización desde la óptica de la jurisprudencia y la posibilidad de modificación de un contrato estatal.

(i) El Presupuesto Participativo.

El Presupuesto Participativo, se erige como mecanismo de participación comunitaria y son las comunidades quienes priorizan ante la administración municipal correspondiente, los diferentes proyectos en pro del bienestar de las mismas.

Si bien es un instrumento innovador de participación ciudadana, no sólo en cuanto a la participación comunitaria, sino también de discusión, requiere que sea el legislador, a través de Ley Estatutaria, quien fije las reglas aplicables en la materia.

Es por ello, que nuestro legislador en claro desarrollo de sus potestades legales profirió la Ley Estatutaria 1757 de 2015, que permite la posibilidad de la participación

ciudadana, entre ellos, la construcción de los Presupuestos Participativos por parte de la comunidad.

Obviamente, si la administración municipal o en su defecto, el Honorable Concejo Municipal de Medellín, ha efectuado procesos contractuales en procura de la participación de la comunidad en el componente de los presupuestos participativos, tales procesos contractuales están bajo la égida del principio de planeación, como principio cardinal en todo proceso contractual, como bien se esbozará en acápite siguientes, abordando desde luego, como bien se acotó precedentemente, el tópico de qué se entiende por desnaturalización de un contrato estatal y la posibilidad de su modificación.

(ii) El Principio de Planeación en la Contratación Estatal

El principio de planeación, aplicado a los procesos de contratación y a las actuaciones realizadas en los contratos del Estado, guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general, en el que el Estado, a través de sus diferentes órganos, deben propender que la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, la liquidación y ejecución de los mismos, no puede estar gobernada por el imperio de la improvisación.

La ausencia de planeación ataca la esencia del interés general, con las consecuencias muchas veces gravosas para el patrimonio público así lo ha disciplinado el máximo órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa al señalar:³

“ Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere de los artículos 209,339 y 341 constitucionales ; de los artículos 6,7 y 11 al 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1,2 del artículo 30 todos de la ley 80 de 1993, según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y desempeño adecuado de las funciones debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales”.

La planeación se erige entonces, como el criterio cardinal de la actividad contractual del Estado, pues con ella se pretende el uso eficiente de los recursos y de contera, cumplir con los fines del Estado de una manera oportuna y adecuada que debe ser preliminar a cualquier actividad contractual del Estado, como bien lo ha previsto el legislador en el Artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, al ordenar:

³ Sentencia del 1° de Febrero de 2012, Radicado 73001-23-31-000-1999-00539(22464).

“Maduración de proyectos. El numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 quedará así:

12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.”

Ese es el entendimiento que al efecto ha señalado el Consejo de Estado al indicar, entre otras⁴:

“(…) como se sabe, la administración pública gestiona la consecución de sus fines y propósitos mediante dos grandes instrumentos: el acto administrativo y el contrato. Los fines y propósitos específicos que explican y justifican la presencia del acto administrativo y el contrato estatal tiene que estar en consonancia con los fines propios del Estado, tales como servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política.

Es una petición de principio decir que la celebración de un contrato estatal deba estar precedida de un plan, de un proyecto, que permita dirigir y en causar eficientemente los recursos físicos con que se cuenta para lograr el objeto del contrato, estos es, para conseguir el bien o servicio que se pretenda. De hecho la puesta en marcha de cualquier empresa, por pequeña que sea, requiere que el responsable planifique las acciones necesarias para sacarla adelante.

Ningún buen padre de familia-la administración debe ser gobernada con criterios de buen padre de familia – adelantaría una obra, una gestión, un trabajo, sin planear mínimamente la acción so pena de poner en riesgo la estabilidad de su familia.

(..) Es por eso que las entidades públicas, antes de iniciar un proceso de selección o de celebrar un contrato estatal, tienen la obligación de elaborar estudios, diseños, proyectos y pliegos de condiciones, que permitan determinar, entre otras cosas, la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, la modalidad de selección del contratista, el tipo de contrato y la disponibilidad de los recursos. Se evita así la improvisación en la gestión pública, los gastos excesivos y se garantiza que la administración actúe con objetivos claros, cuestiones que, a su vez, aseguran la prevalencia del interés general”.

⁴ Sentencia del 29 de Agosto de 2014, Radicado 11001-03-15-000-2013-01919-00

Principio de planeación de la contratación estatal que se instituye como columna vertebral de la contratación estatal, antes de iniciar cualquier tipo de actividad contractual por parte de los órganos del Estado, y que ya ha sido decantado de forma prolifera por la jurisprudencia contenciosa al reiterar desde vieja data⁵:

“La jurisprudencia de la Sala ha sostenido repetidamente y así lo reitera ahora , que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato;(ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja ; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes , las obras, los servicios etc, cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos ,etc ;(iv) los costos ,valores y alternativas que, a precios de mercado reales , podrá demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras ,servicios etc; que se pretende y requiere contratar , así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto;(v) la disponibilidad de los recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante , para asumir las obligaciones de pago que se deriven de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad en el mercado nacional o internacional , de proveedores, constructores, profesionales ,etc, en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante;(vii) los procedimientos, trámites y requisitos de que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretende celebrar”

Por tanto, se debe considerar, que el contrato que se haya celebrado, debió haber consultado este principio orientador de la contratación estatal y en los estudios previos y estudios del sector que se hayan realizado, debió haberse comprendido todos los aspectos necesarios para el cabal cumplimiento del objeto contractual, al tenor de lo establecido respectivamente en los artículos 2.2.1.1.2.1.1 y 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015.

(ii) La desnaturalización del contrato estatal.

La acepción, desnaturalización del contrato estatal, como tal, no tiene estipulación alguna en nuestro Estatuto Contractual, previsto en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y su Decreto reglamentario 1082 de 2015.

⁵ Sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 14854, Sección tercera.

Tal denominación ha tenido desarrollo de manera jurisprudencial y en especial en los contratos de prestación de servicios, en los cuales y de manera pacífica la jurisprudencia y desde vieja data, ha disciplinado que se **desnaturaliza** un contrato de prestación de servicios, cuando en el desarrollo del contrato, se presentan verdaderas circunstancias de subordinación y dependencia del contratista con la entidad contratante, convirtiéndose de esta manera, ya no en un contrato de prestación de servicios, sino en una verdadera relación laboral dependiente.

Así lo ha rotulado la jurisprudencia contenciosa, al indicar, entre otras⁶

*“De conformidad con las nítidas voces de las normas previamente señaladas, esta Corporación ha protegido el derecho al trabajo y ha tutelado los derechos de quienes han sido vinculados a través de contratos de prestación de servicios con el fin de **desnaturalizar la relación laboral**. Dentro de este contexto, se concluye que: i) a trabajo igual salario igual, ii) la relación laboral se estructura con los 3 elementos relacionados (prestación personal, subordinación o dependencia y remuneración); iii) es válido suscribir contratos de prestación de servicios porque así lo autoriza el artículo 32, numeral 3.º de la Ley 80 de 1993, norma que fue declarada exequible en la sentencia C-154 de 1997; y, iv) a pesar de lo expuesto, estos contratos deben celebrarse dentro del término estrictamente necesario, dada su naturaleza temporal, pues si la administración desborda tales presupuestos se estructura el denominado «contrato realidad».*

Adicional a lo anterior, también se puede concluir que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y/o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta. En ambos casos no se admiten los elementos de subordinación ni de dependencia por parte del contratista, y se deben celebrar por el término estrictamente indispensable.

*Así las cosas, para demostrar la **desnaturalización del contrato de prestación de servicios**, la parte demandante debe comprobar la actividad personal, la permanencia, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo” (Lo resaltado es fuera de texto).*

Posición jurisprudencial que se ha mantenido incólume al indicarse⁷

⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 8 de marzo de 2018; radicado 25000234200020130411701.

⁷ Consejo de Estado, Sentencia del 15 de noviembre de 2018, Radicado 25000234200020140075901(496715)

*“El contrato de prestación de servicios tiene como propósito el de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, o para desarrollar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de estas. Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios esta la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual, y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes. De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público. Ello con el fin de evitar el abuso de dicha figura y como medida de protección de la relación laboral, en tanto que, a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la **desnaturalización del contrato estatal.**” (Lo Resaltado es fuera de texto).*

(iii) Modificación del contrato estatal.

Uno de los fines esenciales en la celebración de los contratos estatales, es que con los mismos se busca la satisfacción del interés general y la búsqueda de los fines del Estado.

En efecto, el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, prescribe:

“DE LOS FINES DE LA CONTRATACION ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.”

El ordenamiento jurídico, incluso habilita a la entidad contratante para modificar el contrato (*no el objeto contractual*) en obras, **bienes o servicios**, si así se amerita, en la prosecución del mismo, **siempre y cuando con ello se pretenda evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se pretenda satisfacer.**

El artículo 16 de la Ley 80 de 1993, ordena:

*“De la Modificación Unilateral. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el **contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.**”*

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo” (Lo resaltado es nuestro).

Ahora bien, la modificación del contrato estatal en los términos precisados anteriormente, como **elemento adicional** a lo antes acotado, puede tener soporte hoy en día en la imperiosa necesidad de **una mejor gestión y mitigación** de las contingencias surgidas en el desarrollo de un contrato estatal determinado, con ocasión de la pandemia notoriamente conocida como Covid 19 y por tanto, no solo modificarse, sino también adicionarse.

Aserción de esta instancia de consulta que tiene criterio basal en lo señalado en los Decretos Legislativos 440 y 537 de 2020, expedidos por el gobierno nacional con ocasión de la presente Emergencia Sanitaria.

En efecto, el artículo 8° del Decreto 440 de 2020, ordena:

“Adición y modificación de contratos estatales. Todos los contratos celebrados por las entidades estatales que se relacionen con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia, podrán adicionarse sin limitación al valor. Para este propósito, la Entidad Estatal deberá justificar previamente la necesidad y la forma como dichos bienes y servicios contribuirán a gestionar o mitigar la situación de emergencia.

Igualmente, esta disposición se aplicará a los contratos que se celebren durante el término de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica y durante el término que dicho estado esté vigente.

Una vez termine el estado de emergencia económica, social y ecológica, no podrán realizarse nuevas adiciones en relación con estos contratos, salvo aquellos que no hayan superado el tope establecido en el inciso final del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993” (Lo resaltado es del Despacho).

Artículo anterior que fue adicionado por el Decreto 537 de 2020 en los siguientes términos.

“ARTÍCULO 8. Adiciónese los siguientes incisos al párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, así:

Adición y modificación de contratos estatales. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, todos los contratos celebrados por las entidades estatales que se relacionen con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de

emergencia con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, podrán adicionarse sin limitación al valor. Para este propósito, la entidad estatal deberá justificar previamente la necesidad y la forma como dichos bienes y servicios contribuirán a gestionar o mitigar la situación de emergencia.

Igualmente, esta disposición se aplicará a los contratos que se celebren durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, y durante el término que dicho estado esté vigente” (Lo resaltado es nuestro).

Tales preceptos normativos fueron acogidos por la Procuraduría General de la Nación al expedir la Directiva 016 de 2020, al indicar entre otros:

“ (...) ”

Las medidas tomadas.

Los citados Decretos Legislativos aplicables en materia de contratación estatal establecen las siguientes medidas

(...)

g) la adición y modificación de contratos sin límite de valor siempre que se relacionen con bienes, obras y servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia con ocasión del COVID 19”.

En corolario de todo lo anterior se concluye:

- La desnaturalización del contrato estatal se estructura bajo los supuestos jurisprudenciales esbozados de manera precedente.
- En la prosecución de un contrato estatal se pueden modificar y adicionar bienes o servicios, siempre y cuando no se desconozca el objeto contractual y ello sea necesario para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él y además de adicionarlo en los estrictos términos establecidos en los Decretos 440 y 537 de 2020.
- La adquisición o adición de bienes y servicios, debe tener relación directa con el objeto contractual y se insiste, siempre y cuando se trate de evitar la paralización o afectación de un servicio público que se deba satisfacer con él.

El anterior concepto se itera, se expide en los estrictos términos establecidos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por la Ley 1755 de 2015.

Para la Contraloría General de Medellín la comunidad es prioridad de nuestro quehacer diario y somos conscientes de la necesidad de contar con ustedes los ciudadanos para lograr un eficiente y eficaz ejercicio del control fiscal.

Finalmente, queremos informarle que, además de atender los derechos de petición, quejas y solicitudes de la comunidad, promovemos en los ciudadanos las iniciativas dirigidas a proteger y garantizar las diferentes modalidades de participación en la vida política, administrativa, económica, social y cultural de la ciudad, todas estas actividades propias de nuestra labor misional, y de la cuales puede informarse en la Página web www.cgm.gov.co, email: participa@cgm.gov.co, teléfono: **4033160 Ext 7794**.

De esta forma damos respuesta definitiva y de fondo a su comunicación y le invitamos a continuar participando activamente en el cuidado y vigilancia de nuestros recursos públicos.

Atentamente,



MARIA ISABEL MORALES SANCHEZ
Jefe de Oficina Asesora Jurídica
OFICINA ASESORA DE JURÍDICA

Proyectó: Elkin Montoya / Profesional Universitario II

Revisó: María I. Sánchez M., Jefa O. A. de Jurídica