

1900 – 011 – 202300001613

Medellín, 2023/05/03

Señora
CAMILA PAVA DAZA
dazacamila04@gmail.com
Bogotá D.C.

Asunto: Respuesta definitiva a Derecho Petición-PQRSD 157 de 2023.

Temas y Subtemas:	Contratación estatal / Compra de bienes - Variación precios/ Verificación precios pagados año anterior / Gestión fiscal / Estudios previos / Daño patrimonial
--------------------------	---

Respetada señora Camila:

La Contraloría Distrital de Medellín recibió su DERECHO DE PETICIÓN - CONSULTA la cual fue radicada con el Número 1300-202300001409 del 17 de abril de 2023, matriculada en nuestro sistema de Participación Ciudadana como **PQRSD 157 de 2023** y asignada por competencia a la Oficina Asesora de Jurídica¹, la cual se procede a resolver en los siguientes términos:

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Sea lo primero señalar que los conceptos emitidos por la Oficina Asesora de Jurídica de la Contraloría Distrital de Medellín, son orientaciones de carácter general y abstracto que no comprenden la solución directa de problemas específicos o asuntos concretos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, dichos conceptos no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, y sólo son emitidos como respuestas a solicitudes en ejercicio del derecho constitucional de petición.

¹ Traslado mediante Oficio 1300-2012300003228 del 17 de abril de 2023 por la Contraloría Auxiliar de Participación Ciudadana

Es de observar que este Ente de Control y la Contraloría Distrital de Bogotá, ya habían dado respuesta a otros derechos de petición radicados por usted y relacionados con el presente asunto así:

PQRSD 031 de 2023 con Radicado 202300000209 del 23 de enero de 2023	Temas y Subtemas: Multas / Intereses de mora nuevo daño / Hecho generador / Daño patrimonial / Gestión Fiscal.
PQRSD 086 de 2023 con Radicado 202300000787 del 2 de marzo de 2023.	Temas y Subtemas: Daño patrimonial / Gestión de recaudo / Cobro de obligaciones económicas / Gestión Fiscal. De esta petición se le dio traslado a la Superintendencia Nacional de Salud.
Contraloría Distrital de Bogotá DC. DPC-491-2023.	Temas y Subtemas: Compra de bienes / Estudio de mercado / Confrontación / precios año anterior / Daño patrimonial / Gestión Fiscal.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 1437 de 2011² sobre las peticiones REITERADAS, y sobre las cuales ya se han hecho los debidos pronunciamientos, estos hacen parte integrante de la presente respuesta.

No obstante, NUEVAMENTE procedemos a dar respuesta a sus inquietudes en el marco de nuestra competencia para absolver consultas, relacionadas con las materias a cargo de la Contraloría Distrital de Medellín, es decir sobre la interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas a la vigilancia y control fiscal, lo cual excluye materias que por su especialidad corresponden a otras autoridades. Lo anterior, sin perjuicio de hacer algunas reflexiones en materia de contratación estatal.

2. PREGUNTAS MATERIA DE LA CONSULTA Y RESPUESTAS

- 1. En los casos en que una entidad quiera contratar la compra de algunos productos, ¿Debe confrontar el valor de esos bienes con los precios pagados por esa entidad para los mismos productos en el año inmediatamente anterior?***

Respuesta/. En la etapa precontractual debe agotar las siguientes fases: análisis del sector económico, planeación el contrato y selección³ objetiva. Ley 1150/07 artículo 5, Decreto 1082 de 2015.

² Respecto de peticiones reiterativas ya resueltas, la autoridad podrá remitirse a las respuestas anteriores, salvo que se trate de derechos imprescriptibles, o de peticiones que se hubieren negado por no acreditar requisitos, siempre que en la nueva petición se subsane.

³ Rico Puerta Alonso. Teoría y práctica de la contratación estatal. 2001. Pag. 372. Ed. Leyer.

La Ley 1174 de 2011 expresa en el artículo 118 que se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos:

b) Cuando haya habido una **omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios**, ya sea mediante **estudios o consultas de las condiciones del mercado** o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado; (...) Subraya y negrita fuera del texto original.

Esta disposición es coherente y concordante con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1150/17 como veremos más adelante, en el sentido de que la *“entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado”*.

Por su parte el artículo 65 de Ley 80/93 sobre la intervención de las autoridades de control fiscal, preceptúa que este se ejercerá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos. Igualmente, se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que estos se ajustaron a las disposiciones legales. Una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. Es decir el control fiscal es posible en tres momentos u oportunidades.

Respecto de la contratación estatal, la entidad pública contratante debe realizar en la etapa precontractual varias actividades clave como (1) el análisis del sector económico y de los oferentes; (2) planeación de la contratación; (3) selección objetiva que incluye análisis de admisibilidad y de favorabilidad.

Sobre estos aspectos el Decreto 1082 de 2015 prescribe:

ANÁLISIS DEL SECTOR ECONÓMICO Y DE LOS OFERENTES POR PARTE DE LAS ENTIDADES ESTATALES Artículo 2.2.1.1.6.1. ***Deber de análisis de las Entidades Estatales.*** La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la **perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo**. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso. Subraya y negrilla afuera de texto.

PLANEACIÓN. Artículo 2.2.1.1.2.1.1. **Estudios y documentos previos.** Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato. Estos deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección: (...)

SELECCIÓN. Artículo 2.2.1.1.2.2.2. Ofrecimiento más favorable. La Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista.

Sobre este tema puede consultarse la Guía de Colombia Compra Eficiente⁴ G-EES-02 “Guía para la Elaboración de Estudios de Sector”, en la cual se contempla: Aspectos generales, estudio de la oferta, estudio de la demanda. En dicho manual se recomienda que el análisis debe incluir los precios, su **comportamiento histórico** y las perspectivas de cambios sobre estos.

Con relación al interrogante planteado relativo a **confrontar el valor de los bienes a adquirir con los precios pagados por esa entidad para los mismos productos en el año inmediatamente anterior**, ello no es suficiente, pues no garantiza *per se* que la adquisición de bienes y servicio se obtenga al precio más económico o favorable, pues deben considerarse los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos o requisitos de participación. (Ley 1150/07 artículo 5).

En síntesis la contratación estatal debe ser el resultado de un estudio riguroso desde las perspectivas legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y análisis de riesgo, y es una simple comparación de precios históricos. En todo caso se deben realizar estudios o consultas de las condiciones del mercado.

2. De ser así, en caso de que esa obligación exista, si la entidad advierte un incremento en los precios, ¿Debe abstenerse de adquirirlos?

Respuesta/. La entidad debe sujetarse al principio de selección objetiva. Ley 1150/07 artículo 5.

La Ley 1150 de 2007 establece en el artículo 5 que:

(...) es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al **ofrecimiento más favorable a la entidad** y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

“La **oferta más favorable** será aquella que, teniendo en cuenta los **factores técnicos y económicos** de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, **resulte ser la más ventajosa** para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en

⁴ Agencia Nacional creada por medio del Decreto Ley 4170 de 2011. Artículo 3 funciones: “5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública. Decreto 1082 de 2018. Artículo 2.2.1.2.6.1.3. Las disposiciones definidas por Colombia Compra Eficiente son de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública.

dichos documentos. (...) . La **entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado** y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello”. Subraya y negrilla afuera de texto.

Por tanto es posible que se presente un incremento en los precios y esté debidamente justificado por cambios en el mercado. En todo caso será la entidad contratante quien decida si resulta ventajoso o no adquirir dichos bienes al ponderar factores técnicos y económicos de escogencia. En todo caso se debe tener en cuenta el artículo 118 de la Ley 1174 de 2011 sobre el deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos.

Tener en cuenta estas situaciones:

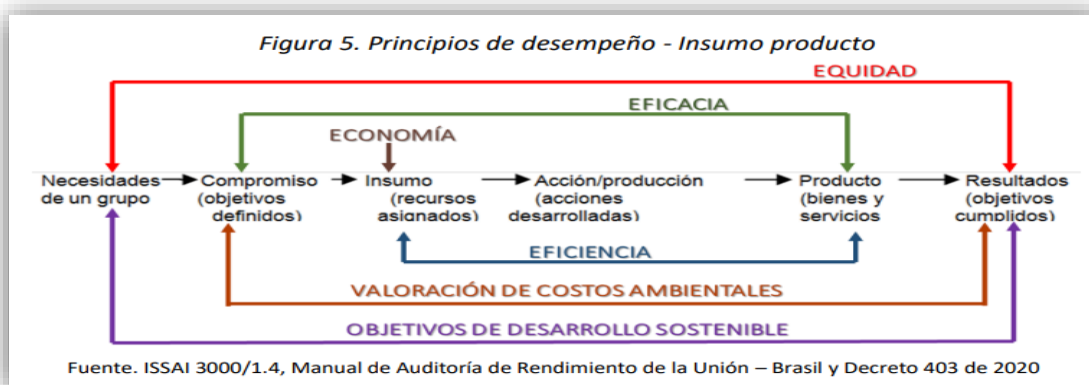
- i) Cuando la contratación es con otro contratista;**
- ii) Cuando es el mismo oferente del año anterior.**

3. ¿Esta situación puede ser considerada como una gestión fiscal ineficiente conforme con el artículo 6 de la Ley 610 de 2000?

Respuesta/. Sí hay gestión fiscal en cabeza del servidor público de la entidad contratante por cuanto constituye disposición de recursos públicos.

En todo caso deben diferenciarse los principios de eficiencia y economía. La primera hace relación a obtener el máximo de producto con los recursos utilizados; la segunda se refiere a minimizar los costos de los recursos, es decir a la obtención de insumos o recursos para los procesos, con la máxima austeridad o mejor precio de mercado.

Será entonces el análisis del caso concreto lo que permita concluir si hay violación a los principios de la gestión fiscal.



Fuente: Guía auditoría territorial 2022.

La contratación estatal debe someterse a todos los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Respecto de la selección del contratista en un proceso determinado, la entidad estatal debe sujetarse al principio de selección objetiva conforme a las reglas contenidas en los pliegos de condiciones o sus equivalentes⁵, tal como lo indicamos anteriormente.

En el evento en que se adquiriera un bien o servicio superando los precios de mercado sin justificación, se puede presentar una violación al principio de economía, lo cual es contrario a la optimización en el uso de los recursos públicos, y podría configurar un hallazgo fiscal.

En cuanto a la gestión fiscal, el artículo 3º de la Ley 610 de 2000, la describe de la siguiente manera:

- a) Es el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos;
- b) La gestión fiscal tiene como finalidad la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado;
- c) La gestión fiscal debe sujetarse a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

Por tanto, si un gestor fiscal que tiene habilitación⁶ legal, contractual o administrativa, y en virtud de un contrato **adquiere** bienes o servicios, dicha actividad constituye un acto de gestión fiscal.

Sobre este tema la Corte Constitucional en Sentencia C-438/22 sostuvo:

185. En definitiva, como ya ha sido expuesto, la Corte ha señalado la **necesidad de examinar en cada caso si la respectiva conducta guarda alguna relación con la noción específica de gestión fiscal**, bajo la comprensión de que ésta deriva de una habilitación legal, administrativa o contractual y tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las

⁵ Ley 1150/07 art. 5 "(...). En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: (...)

⁶ Ver Sentencia C-438/22

funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y/o de los particulares responsables del manejo o administración de tales fondos o bienes de naturaleza pública. Subraya y negrilla fuera de texto. SNFT.

4. Para adquirir esos productos ¿La entidad debe pagar el mismo valor que pagó en el año inmediatamente anterior, aun cuando los estudios precios (Sic) del nuevo proceso de contratación dan cuenta del incremento del precio de en el mercado?

Respuesta/. Ya habíamos explicado que la entidad contratante debe hacer (1) el análisis del sector económico y de los oferentes, y (2) planear el contrato a partir de estudios y documentos previos los cuales incluyen el valor estimado del contrato y su justificación, además de (3) los criterios para seleccionar la oferta más favorable.

Debe observarse que la Contraloría Distrital de Bogotá se pronunció en términos similares sobre este punto.

5. ¿Contratar y pagar por productos, sin que estos tengan el mismo valor del año inmediatamente anterior ¿Puede ser considerado daño patrimonial a la entidad contratante, de conformidad con el artículo 6 de la Ley 610 de 2000?

Respuesta/. No necesariamente.

Según el artículo 6° de la Ley 610 de 2000 se entiende el daño patrimonial al Estado como aquel menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producidos por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna que se aparte de los fines y objetivos propuestos de la Entidad.

Según lo explicado precedentemente, es posible que el mercado presente variaciones en el precio por efecto de la devaluación, escasez, importación, etc. lo cual incida en el precio de un año a otro, lo cual justifica su variación.

Para que se estructure el daño es necesario: una lesión, perjuicio, o detrimento al patrimonio del Estado; producido o causado por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente; que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

En los anteriores términos, la Contraloría Distrital de Medellín, emite respuesta definitiva a la PQRSD 157 de 2023 bajo los parámetros establecidos en el artículo 28 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dándose por cerrada la misma y así mismo le invitamos a continuar participando activamente en el cuidado y vigilancia de nuestros recursos públicos.

Atentamente,



MARTIN ALONSO GARCIA AGUDELO
Jefe de Oficina Asesora Juridica
OFICINA ASESORA DE JURIDICA

Copia: Carlos Mario Gaviria Vélez, Contralor Auxiliar Participación Ciudadana
Proyectó: Sigifredo Ch.
Revisó: Martín G / Carlos G.