

1900 – 011 – 202300002235

Medellín, 2023/06/13

Señor

GUSTAVO ADOLFO BETANCUR CASTAÑO

Líder de Apoyo Entes de Control

Caribe Mar de la Costa SAS ESP

Calle 77 Sur N. 35 A 71 Sabaneta

solucionesenderecho17@gmail.com

Cel .317 435 79 82

Asunto: Respuesta de fondo solicitud concepto radicado 202300001816.
CARIBE MAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. –AFINIA–

Temas y subtemas:	CONTROL FISCAL: Marco Constitucional / Control Posterior / Separación de Poderes / Administración Pasiva y Activa / Principio de Autonomía / Principios de: Eficiencia, Economía, Equidad, Desarrollo Sostenible y Valoración de Costos Ambientales / Presunciones de Culpa Grave en Contratación. EMPRESAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS: Clases / Régimen de Contractual / Inhabilidades e Incompatibilidades / Publicación de Documentos Contractuales / Principios de la Función Administrativa / Principios de la Gestión Fiscal / Principio de Planeación / Principio de Economía / Manual de Funciones.
--------------------------	---

Respetado señor Betancur Castaño:

Hemos recibido la comunicación el día 11 mayo de 2023, Radicada con el Número 202300001816, matriculada en nuestro sistema de Participación Ciudadana como PQRSD 212 de 2023, de parte de la empresa CARIBE MAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. –AFINIA– y asignada por competencia a la Oficina Asesora de Jurídica, en la cual se solicita conceptuar sobre las siguientes interrogantes:

- ¿Es jurídicamente viable que la empresa CARIBE MAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. –AFINIA– realice contratación de temporales y en qué normatividad se podría soportar?
- ¿Jurídica y presupuestalmente es mejor para la empresa CARIBE MAR DE LA COSTA SAS EPS –AFINIA– realizar contratación directa o a través de temporalidad?

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES – ALCANCE DEL CONCEPTO Y COMPETENCIA DE LA OFICINA ASESORA DE JURÍDICA DE LA CONTRALORÍA DISTRITAL DE MEDELLÍN

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, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen fuerza de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal o asuntos que comprometan actuaciones de las dependencias que hacen parte de la estructura de la entidad.

2. ASUNTO MATERIA DE LA CONSULTA

Adviértase que, desde la instauración del nuevo marco constitucional –Carta Política de 1991– la función de la Contraloría Distrital de Medellín, es la vigilancia y el control de la gestión fiscal del Distrito de Medellín, de sus entidades descentralizadas, y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del orden Distrital, lo que realiza en forma posterior y selectiva, tal como lo dispone el artículo 1º del Acto Legislativo No.

04 de 2019¹, que modificó el artículo 267 de la Constitución Política de Colombia en concordancia con artículo 272² ibídem.

Por consiguiente, el artículo 2º del Decreto Ley 403 de 2020 que dictó las normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal dispuso:

Control fiscal: *Es la función pública de fiscalización de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, que ejercen los órganos de control fiscal de manera autónoma e independiente de cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa, con el fin de determinar si la gestión fiscal y sus resultados se ajustan a los principios, políticas, planes, programas, proyectos, presupuestos y normatividad aplicables y logran efectos positivos para la consecución de los fines esenciales del Estado, y supone un pronunciamiento de carácter valorativo sobre la gestión examinada y el adelantamiento del proceso de responsabilidad fiscal si se dan los presupuestos para ello.*

El control fiscal será ejercido en forma posterior y selectiva por los órganos de control fiscal, *sin perjuicio del control concomitante y preventivo, para garantizar la defensa y protección del patrimonio público en los términos que establecen la Constitución Política y la ley. (Negrillas fuera de texto)*

Ahora, desde de los pronunciamientos iniciales de la Corte Constitucional³ sobre los organismos de control fiscal se ocupó de precisar sus rasgos característicos en relación con: el principio de separación de poderes, la autonomía y su función constitucional, así:

¹ El Artículo 267 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 04 del 18 de septiembre de 2019, expresa: “La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, y además podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control (Negrillas fuera de texto)

² “Artículo 272. <Artículo modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 04 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas en forma concurrente con la Contraloría General de la República.” C.P.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-189 de 1998.

La consagración de ramas del poder y de órganos autónomos se lleva a cabo "con el propósito no sólo de buscar mayor eficiencia en el logro de los fines que le son propios, sino también, para que esas competencias así determinadas, en sus límites, se constituyeran en controles automáticos de las distintas ramas entre sí, y, para, según la afirmación clásica, defender la libertad del individuo y de la persona humana". En tal contexto, la Carta otorga no sólo autonomía orgánica sino también unas funciones propias y específicas a las contralorías, por lo cual es claro que estos órganos de control no hacen parte de la Rama Ejecutiva ni desarrollan, como actividad, principales tareas administrativas, como las que adelantan la administración central y las administraciones seccionales.

También aludió:

Las contralorías no hacen parte de la rama administrativa, ni ejercen funciones de gobierno o de ejecución administrativa, salvo aquellas estrictamente referidas a su organización interna, puesto que su tarea constitucional es esencialmente de control.

Adicionalmente, aclaró la diferencia entre la Función Administrativa Activa y la Pasiva:

La función administrativa activa es aquella por medio de la cual un órgano busca realizar el derecho y cumplir sus fines y cometidos. Es pues una labor en donde los servidores públicos deciden y ejecutan, por lo cual la doctrina suele señalar que al lado de esa administración activa existe una administración pasiva o de control, cuya tarea no es ejecutar acciones administrativas sino verificar la legalidad y, en ciertos casos, la eficacia y eficiencia de gestión de la Administración activa. Esta función administrativa activa es esencial y propia de la rama ejecutiva, pero no es exclusiva de ella, pues en los otros órganos del Estado también es necesario que los servidores públicos adelanten actividades de ejecución para que la entidad pueda cumplir sus fines.

En coherencia con lo anterior, la guardiana de la carta en pronunciamiento efectuado en la Sentencia C-113 de 1999 indicó:

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.

En este orden de ideas, infortunadamente no es posible que la Contraloría Distrital de Medellín efectúe pronunciamiento alguno o emita concepto sobre si es jurídicamente viable que la empresa CARIBE MAR DE LA COSTA S.A.S. ESP. –AFINIA– realice contratación de temporales y en qué normatividad se podría soportar y si sería jurídica y

presupuestalmente mejor para la empresa CARIBE MAR DE LA COSTA SAS EPS – AFINIA– realizar contratación directa o a través de temporalidad.

Cualquier consideración con respecto a la asesoría de la forma de adelantar la contratación o análisis económicos o de conveniencias corresponde hacerlo directamente al sujeto de control, de lo contrario podría verse afectada o comprometida nuestra imparcialidad en actividad de control posterior que sobre este tema eventualmente pudiéramos ejercer.

No obstante lo anterior, se procede a realizar una conceptualización, de manera general, sobre el Control Fiscal de las sociedades con régimen especial o exceptuado para dar aplicación integral al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenidos en la Ley 80 de 1993 y demás disposiciones que la complementan.

Así las cosas, es preciso indicar que la Ley 142 de 1994 reguló el régimen de los servicios públicos domiciliarios y en el numeral 5º del artículo 14, definió la naturaleza de las diferentes empresas de servicios públicos domiciliarios, así:

14.5. Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

De esta norma se desprende que Caribe Mar de la Costa S.A.S. ESP –AFINIA– es una empresa de servicios públicos mixta, toda vez que su capital está conformado por aportes mayoritariamente públicos y privados (85% EPM y 15% EPM Latam), por lo que es una sociedad por acciones simplificada y se rige por lo establecido en la Ley 1258 de 2008 y artículo 17⁴ de la Ley 142 de 1994.

Ahora, discuriendo por el régimen contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001, dispuso lo siguiente:

⁴ **Artículo 17. Naturaleza.** Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley. Ley 142 de 1994.

Artículo 31. Régimen De La Contratación. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

Por su parte, el artículo 13⁵ de la Ley 1150 de 2007 –adicionado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022–, consagró que los contratos que suscriben las entidades con régimen distinto a la Ley 80 de 1993, deben aplicar con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal contenidos en los artículos 209 y 267 de la Carta, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal.

Con relación a las inhabilidades e incompatibilidades, el artículo 3º de la Ley 2014 de 2019⁶, dispuso que tiene aplicación las previstas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 a los procesos de contratación privada en el que se comprometan recursos públicos.

⁵ **Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública.** Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

<Inciso adicionado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. El nuevo texto es el siguiente:> En desarrollo de los anteriores principios, deberán publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOPI) o la plataforma transaccional que haga sus veces. Para los efectos de este artículo, se entiende por actividad contractual los documentos, contratos, actos e información generada por oferentes, contratista, contratante, supervisor o interventor, tanto en la etapa precontractual, como en la contractual y la poscontractual.

<Inciso adicionado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. El nuevo texto es el siguiente:> A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, se establecerá un periodo de transición de seis (6) meses, para que las entidades den cumplimiento efectivo a lo aquí establecido. Ley 1150 de 2007.

⁶ **Artículo 30.** Adiciónese un párrafo 3 al artículo 8º de la Ley 80 de 1993, que trata sobre las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, el cual quedará así: (...)

El tema de la aplicación de principios en los regímenes exceptuados de la Ley 80 de 1993 en cuanto a su obligatoriedad, fue reiterado para los procesos de contratación directa en el artículo 2º de la Ley 2160 de 2021⁷.

De igual manera, el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 que adicionó el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, en desarrollo de los principios que deben aplicar las entidades exceptuadas del régimen general de contratación pública, les impuso el deber de publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP II) o la plataforma transaccional que haga sus veces. Aclarando, que la publicación será toda la actividad contractual, los documentos, contratos, actos e información generada por oferentes, contratista, contratante, supervisor o interventor, tanto en la etapa precontractual, como en la contractual y la postcontractual.

En coherencia con lo anterior, en Consejo de Estado ha sido claro en precisar:

La aplicación del régimen privado deber sujetarse a los principios constitucionales y fines estatales, incluidos la eficiencia, libre iniciativa y competencia económica, transparencia, neutralidad, regulación y control⁸.

(...) los procesos de contratación y los contratos celebrados por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios no se encuentran desligados de principios vitales tales como los de transparencia, selección objetiva, legalidad, conmutatividad, sujeción a la economía del mercado, buena fe objetiva, interés general, planeación, estructuración conforme a los intereses generales de la colectividad, y en fin, a todos aquellos que consoliden el interés general que es inherente a dicha contratación, lo anterior por supuesto, sin desconocer las disposiciones que de manera especial regulan su actividad previstas en la Ley 142 de 1994⁹.

En síntesis, y con lo advertido hasta este momento, las entidades exceptuadas de la aplicación de la Ley 80 de 1993, se encuentran de todos modos sujetas a la regulación propia de las personas o entidades de derecho público, en cuanto a la aplicación de

Parágrafo 3o. Las inhabilidades e incompatibilidades contempladas en este artículo se aplicarán a cualquier proceso de contratación privada en el que se comprometan recursos públicos. Ley 2014 de 2019.

⁷ **Artículo 2o.** Modifíquese el artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, e inclúyase el literal l), m) y n) al numeral 4, el cual quedará así: (...)

Parágrafo 8o. La modalidad de contratación directa prevista en el numeral 4 de este artículo deberá sujetarse a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones, o en los regímenes especiales de contratación, que disponen los requisitos jurídicos, técnicos y financieros; en todo caso teniendo en cuenta los principios de transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, eficacia y eficiencia. Ley 2160 de 2021.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección C, 2 de diciembre de 2013, Radicado AP-7600123300200502130. M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección B, 27 de enero de 2016, Radicado 05001233100020020207201. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

principios de la función administrativa en la contratación, acatar estrictamente el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en las diferentes normas para la contratación estatal y atender los principios de la gestión fiscal.

De otro lado, el estatuto superior señala que los principios de la gestión fiscal están integrados por: la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales.

Y, el artículo 3º del Decreto Ley 403 de 2020, define los siguientes principios de la gestión fiscal:

Artículo 30. Principios de la vigilancia y el control fiscal. *La vigilancia y el control fiscal se fundamentan en los siguientes principios:*

a) Eficiencia: *En virtud de este principio, se debe buscar la máxima racionalidad en la relación costo-beneficio en el uso del recurso público, de manera que la gestión fiscal debe propender por maximizar los resultados, con costos iguales o menores.*

b) Eficacia: *En virtud de este principio, los resultados de la gestión fiscal deben guardar relación con sus objetivos y metas y lograrse en la oportunidad, costos y condiciones previstos.*

(...)

d) Economía: *En virtud de este principio, la gestión fiscal debe realizarse con austeridad y eficiencia, optimizando el uso del tiempo y de los demás recursos públicos, procurando el más alto nivel de calidad en sus resultados”.*

(...)

De estos principios el que nos interesa dilucidar para efectos de las inquietudes realizadas por CARIBE MAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. –AFINIA–, es el de economía con ocasión de la inquietudes planteadas por el peticionario –sin desdeñar desde luego los demás principios que son de obligatorio cumplimiento en la adquisición de bienes, servicios y contratación de obra pública–. Sobre el aludido principio la Corte Constitucional¹⁰ ha manifestado:

...el principio de economía guarda relación con la consecución de una actividad estatal eficaz, en el marco de la cual los procedimientos de tipo administrativo y judicial, con observancia del debido proceso, se erijan en instrumentos para la materialización de las políticas públicas y de las decisiones de la administración, y no en barreras infranqueables que impidan la actuación estatal y la realización de los derechos de los asociados... (NFT)

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-306 de 2019.

Y, el Consejo de Estado en relación con el principio de economía¹¹ ha conceptualizado:

(...) el proceso contractual deberá estar precedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos que se requieran en orden a determinar su viabilidad económica y técnica, así como la modalidad de [sic] proceso de selección que debe adelantar la entidad pública, con las finalidades sociales -ínsitas a esa prestación-, alto grado de eficiencia y eficacia en orden no sólo a proteger los recursos públicos fiscales representados en los bienes afectos al servicio, con sujeción estricta al orden jurídico, sino a garantizar las funciones que en interés general debe desarrollar y una prestación eficiente de los servicios que le son asignados por la ley.

(...) si esta manifestación del principio de economía debe orientar los procesos de contratación, resulta cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación en la toma de este tipo de decisiones públicas, que por supuesto suponen una agresión clara del marco jurídico contractual estatal en general". Por lo que resulta lógico afirmar que el principio de planeación guarda relación inmediata, directa y estrecha con los principios del interés general y la legalidad, "procurando recoger para el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, su ejecución y liquidación no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación".

Desde esa misma visión traída a colación, incluso, tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia, se han ocupado del principio de economía que guarda estricta concordancia con el de planeación en la contratación estatal. La Corte Suprema de Justicia a ese respecto expresó lo siguiente:

En virtud del mismo resulta indispensable que la entidad estatal elabore, antes de iniciar un procedimiento de selección contractual, los estudios y análisis suficientemente serios y completos, 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, alternativas que, a precios de mercado reales, podría 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 recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones del pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, Sentencia del veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2011), Radicación Número 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; vi) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar¹².

Es cierto que el más alto nivel de desarrollo y sofisticación legal y jurisprudencial de los principios de la administración pública¹³ –vertidos en la contratación estatal–, y de la gestión fiscal¹⁴, en general, –y específicamente del principio de economía–, se encuentran referidos a los contratos sometidos en su totalidad al Estatuto General de la Administración Pública, pero no por eso se puede colegir que las entidades exceptuadas están exoneradas de darles aplicación o garantizar su materialización. Ello por cuanto, como se indicó, existen abundantes disposiciones legales y pronunciamientos judiciales que precisamente señalan su obligatoriedad y la necesidad de la adopción de los procedimientos que los garanticen a través de los respectivos manuales de contratación.

Más aún, el artículo 3º de la Ley 610 de 2000¹⁵, describe qué se entiende por gestión fiscal y cuál sería *el deber ser* para el manejo adecuado de los recursos públicos, veamos:

- a) La gestión fiscal 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.

¹² Sala de Casación Penal, Sentencia del 10 de octubre de 2007, expediente 26.076, M.P. Sigifredo Espinosa Perez.

¹³ Artículo 209 Constitución Política.

¹⁴ Artículo 267 Constitución Política.

¹⁵ Ley 610 de 2000. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

Y, la Ley 1474 de 2011¹⁶ estableció unos eventos de presunción de culpa grave pasibles de verificarse en los procesos contratación, y que particularmente hacen alusión al desconocimiento de los principios de planeación y economía, así:

Artículo 118. Determinación de la culpabilidad en los procesos de responsabilidad fiscal. *El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.*

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos:

- a) *Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;*
- 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.*

Corolario de todo lo expuesto se concluye que el desarrollo del principio de economía – como principio de la función administrativa y de la gestión fiscal– en los procesos de contratación de las entidades con un régimen de contratación, prevalentemente privado, y exceptuado del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, debe ser el resultado de un estudio riguroso desde las perspectivas legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y análisis de riesgo. En todo caso deberán realizar estudios o consultas de las condiciones del mercado y en palabras de la Corte Suprema de Justicia en la jurisprudencia reseñada, resulta indispensable que la Entidad en los estudios de mercado que realice, tenga en cuenta los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las especificaciones y cantidades de los bienes, obras y servicios etc., que se pretende y requiere contratar.

3. RESPUESTA OFICINA ASESORA DE JURÍDICA

De conformidad con las anteriores consideraciones jurídicas y bajo la advertencia preliminar que los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora son meras orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos o asuntos concretos, ni el análisis de actuaciones particulares o específicas, se procede a dar respuesta a los interrogantes planteados en su consulta, que procede a transcribir así:

¹⁶ Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Se reitera que infortunadamente no es posible que la Contraloría Distrital de Medellín efectué pronunciamiento alguno o emita concepto sobre si es jurídicamente viable que la empresa CARIBE MAR DE LA COSTA S.A.S. ESP. –AFINIA– realice contratación de temporales y en qué normatividad se podría soportar, y si sería jurídica y presupuestalmente mejor para la empresa CARIBE MAR DE LA COSTA SAS EPS –AFINIA– realizar contratación directa o a través de temporalidad.

Cualquier consideración con respecto a la asesoría de la forma de adelantar la contratación o análisis económicos o de conveniencias, corresponde hacerlo directamente al sujeto de control, de lo contrario podría verse afectada o comprometida nuestra imparcialidad en el desenvolvimiento de la actividad de control posterior que sobre este tema eventualmente pudiéramos ejercer.

Sobre este tema se puede señalar que cualquiera sea la contratación por la que opte el sujeto vigilado deberá dar aplicación a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, teniendo especial consideración con el principio de economía que encuentra congruencia con el principio de planeación, como fue ampliamente desarrollado en el presente concepto.

Como complemento de lo antes expuesto, el sujeto vigilado deberá dar aplicación de igual manera, en atención a lo consagrado en el canon 13 de la Ley 1150 de 2007, al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstos en el ordenamiento jurídico, en materia de selección de contratistas para la provisión de bienes, servicios y contratación de obra pública.

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 es importante que usted conozca que, aparte 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. Página web www.cdm.gov.co, email: participa@cdm.gov.co, teléfono: **4033160 Ext 7794**.

En los anteriores términos, la Contraloría Distrital de Medellín, remite respuesta definitiva a la PQRSD 212 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

Proyectó: Liliana A.

Revisó: Martin G.