CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA | OFICINA JURÍDICA

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 28-06-2013 16:32
Al Contestar Cite Este No.: 2013EE0060467 Fol:4 Anex:0 FA:0
ORIGEN 80112-OFICINA JURIDICA / ALBA DE LA CRUZ BERRIO BAQUERO
DESTINO CARLOS EDUARDO SANCHEZ GARCIA
ASUNTO CONCEPTO-CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS
OBS
2013EE0060467

80112

Bogotá, D.C.,

Señor
CARLOS EDUARDO SÁNCHEZ GARCÍA
Edusanga1975@gmail.com
Calle 4 No. 4-21
Anolaima - Tolima

ASUNTO:–Contratos de prestación de servicios

1. - SOLICITUD.

Mediante memorando con radicado 2013ER0051677 del 28 de mayo de 2013 el señor CARLOS EDUARDO SÁNCHEZ GARCÍA, solicita le sean resueltos unos interrogantes en relación con el contrato de prestación de servicios No. 38 de 2013 celebrado entre JAVIER HERNANDO ACOSTA CASALES y el Municipio de Analoima.

Debe tenerse en cuenta que las funciones constitucionales y legales, contenidas en el artículo 267 de la Constitución Política establecen que el control fiscal es 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 de la Nación.

La Constitución establece con claridad la función de vigilancia y control fiscal, señalando el organismo encargado de ejercerla, ordenando también que tal facultad se debe realizar conforme a la ley. La función fiscalizadora, no implica una participación en la toma de decisiones de la administración, en el manejo de sus recursos, fondos, bienes o valores, sino del examen y control de ésta, al tiempo o después de su ejecución.

Ahora bien, la misma Constitución adopta el principio de la no intervención de la Contraloría en las actividades de la administración, cuando estipula en el inciso 4º del artículo 267 de la Carta: "*La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización*."

Este mandato es determinante, la Contraloría General de la República, no tiene aptitud legal para acometer las decisiones, de los sujetos pasivos de control fiscal.

Así las cosas no es del resorte de las competencias otorgadas a esta Entidad resolver situaciones jurídicas particulares y muchos menos determinar consecuencias jurídicas que no le son propias a su función constitucional.

Con lo cual solo será posible establecer apreciaciones generales de conformidad con la normatividad vigente y demás fuentes del derecho.

2.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

2.1 *Elementos mínimos de los pliegos de condiciones.*

Bajo el *principio de economía*, y en expresión del principio no enunciado taxativamente en el Estatuto de Contratación Estatal cual es el de *planeación*, es necesario previo a iniciar cualquier proceso de selección, o de suscribir el contrato cuando la modalidad de selección sea la contratación directa, contar con los "*estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda*", tal y como lo establece el numeral 13 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el Estatuto Anticorrupción – Ley 1474 de 2011.

Bajo esa línea, y remitiéndonos directamente al Decreto 734 de 2012, como mínimo los estudios previos deberán contar con:

> "*La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.*
>
> *2. El objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar.*
>
> *3. La modalidad de selección del contratista, incluyendo los fundamentos jurídicos que soportan su elección.*
>
> *4. El valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la contratación y los rubros que lo componen. Cuando el valor del contrato sea determinado por precios unitarios, la entidad contratante deberá incluir la forma como los calculó para establecer el presupuesto y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos, la entidad contratante no publicará las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato y en el caso de las concesiones, la entidad contratante no publicará el modelo financiero utilizado en su estructuración.*
>
> *5. La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, de conformidad con el artículo 2.2.9 del presente decreto.*
>
> *6. El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.*
>
> *7. El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular.*

8. La indicación de si la contratación respectiva está cobijada por un Acuerdo Internacional o un Tratado de Libre Comercio vigente para el Estado Colombiano en los términos del artículo 8.1.17 del presente decreto.

Parágrafo 1°. Los elementos mínimos previstos en el presente artículo se complementarán con los exigidos de manera puntual en las diversas modalidades de selección.

(…)

Parágrafo 3°. Para los efectos del presente artículo, se entiende que los estudios y documentos previos son los definitivos al momento de la elaboración y publicación del proyecto de pliego de condiciones o de la suscripción del contrato, según el caso, sin perjuicio de los ajustes que puedan darse en el curso del proceso de selección, los que se harán públicos por la entidad, en los procesos por convocatoria pública, mediante su publicación en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop) destacando de manera clara las modificaciones introducidas. En todo caso, permanecerán a disposición del público por lo menos durante el desarrollo del proceso de selección. (…) ".(Rayas no originales)

El artículo citado advierte igualmente que los proponentes y el eventual contratista, al contar con unos estudios previos definitivos, pueden valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como la distribución de riesgos que la misma le propone.

2.2. Contratos de prestación de servicios-

La Ley 80 de 1993, en la definición de contratos estatales cita esta modalidad así:

"Artículo 32. *De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

(…)

3o. Contrato de prestación de servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable".

La Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997dispuso que no era violatoria a la carta constitucional; de las características de este tipo de contratosvale la pena citar:

El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características: a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (Rayas no originales).

A su turno la Ley 1150 de 2007 establece:

"Artículo 2°. *De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:*

(…)

4. ***Contratación directa.*** *La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:*

(…)

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;"

Más recientemente el Decreto Nacional 734 de 2002, sobre el particular:

"*Artículo 3.4.2.5.1. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión 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.*

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad; así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

Para la contratación de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación en el acto administrativo de que trata el artículo 3.4.1.1 del presente decreto".

3.- CONCLUSIÓN:

La Oficina Jurídica en uso de las facultades establecidas en el Art. 43 del Decreto Ley 267 de 2000, se permite dar respuesta a sus interrogantes así:

1. "No me es bien claro si el contrato lo puede hacer una persona que tenga preparación en cursos complementarios básicos de sistemas con el Sena ó si es muy indispensable y necesario que sea un técnico o tecnólogo en sistemas".

No podrá darse respuesta en razón a lo ya mencionado en la parte inicial del concepto; adicionalmente, debe tener en cuenta el solicitante que su pregunta, así como la mayoría de las que se enuncian posteriormente, debieron ser valoradas antes de la firma del contrato y no con posterioridad a la firma de éste.

De otro lado, cabe precisar que el perfil del contratista,debe guardar una relación directa con el objeto contractual a satisfacer, para lo cual el municipio contratante, debió valorarla capacidad de ejecutar el objeto del contrato a través de la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el objeto por parte del contratista, situación que es desconocida por parte de esta Oficina.

2. "*en el punto No. 8. Habla de plena autonomía técnica y administrativa, y que al igual no existe subordinación ni vinculo (sic) laboral*".

De la misma naturaleza del Contrato de Prestación de Servicios se predica una autonomía técnica y administrativa, sin que inclusive se requiera manifestarlo expresamente en el contrato, pues se trata de un elemento esencial de ese tipo de contratos, al punto que lo distingue de otros, como por ejemplo el contrato laboral.

3. "*en la clausula (sic) vigésima primera. Habla de modificaciones e interpretación unilateral. (Pregunto) si dado el caso concreto exige realizarlo un técnico o tecnólogo en sistemas, ¿éste puede modificar y permitir que una persona que allá (sic) hecho cursos complementarios básicos en sistemas con el Sena, pueda contratar ó acceder el contrato par (sic) no paralizar su ejecución. Si (sic) ser técnico ó tecnólogo*?

Se reitera la respuesta del primer numeral. Además de ello, no debe perder de vista, que los contratos legalmente celebrados son ley para las partes, y por lo tanto, no pueden ser invalidados sino por el consentimiento mutuo o por causas legales[1], siendo evidente como en este caso, que el contratista debió considerar por ejemplo su disponibilidad de tiempo antes de firmar el contrato, sin embargo lo que hace esalegar su falta de sagacidad – carga contractual-en su propio favor so pretexto de evitar la paralización de la ejecución del mismo.

Sobre la modificación del contrato y el *iusvariandi*, cabe aclarar que tal y como se ha sostenido a lo largo de este concepto, el perfil del contratista no solo sería una cláusula dentro del contrato, sino que fundamentalmente guarda especialmente relación con las determinaciones del estudio previo, en donde consideramos se debió establecer con precisión la idoneidad del contratista, que en todo caso permita cumplir con el objeto a contratar.

Igualmente la potestad de *iusvariandi* o modificación se consideran cláusulas exorbitantes en favor exclusivamente de la administración, en los términos del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, lo que guarda especial consideración porque pretende evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con el contrato mismo.

En tal sentido creemos no viable la modificación referida, lo que eventualmente debería analizar la entidad es la posibilidad de efectuar una cesión del contrato o la terminación bilateral si fuera el caso, partiendo siempre del supuesto de la obligación de las partes de dar cumplimiento al mismo.

4. "*en el caso de que el contrato exija ser técnico o tecnólogo en sistemas. Y si contrata uno de estos… este contratista puede sud (sic) contratar a otra personar (sic) que este capacitada en el área de sistemas, como soporte humano, administrativo y mano derecha del contratante, debido a que el contratante tiene otras obligaciones en días de la semana y no puede estar de ciento en el mismo. El sud contratado es apoyo del contratista en los días en que se necesite ¿se puede sub contratar*?

[1]ARTICULO 1602 del Código Civil. <LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES>. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Insistimos que el contratista debió valorar tal circunstancia antes de suscribir el contrato, pues con el perfeccionamiento y el cumplimiento tanto de los requisitos de ejecución y legalización, se torna obligatoria para las partes.

Sobre la posibilidad de subcontratar, cabe aclarar que en realidad esta figura no es tratada en detalle por las normas de la contratación pública, sin embargo bajo el supuesto de la autonomía de la voluntad, y en todo caso sin desconocer la prohibición literal c numeral 4, artículo 5 de la Ley 1150 de 2007[2], las partes podrán permitir o limitar esta figura dentro del contexto mismo del contrato, en consideración a las específicas consideraciones de cada caso en particular, teniendo cuidado o tomando las medidas para evitar la consecución de una intermediación laboral, maniobras que permitan desconocer los procesos de selección o eludir el régimen de inhabilidades e incompatibilidades vigente.

Finalmente, hay considerar la calidad de *intuito personae* que caracteriza a los contratos de estatales, y en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante[3] y en todo caso si la naturaleza del contrato y su objeto así lo permitan.

4. – ALCANCE DEL CONCEPTO.

En virtud de ser la Oficina Jurídica una dependencia asesora, al interior de laContraloría General de la República sus conceptos fijan la posición jurídica de laentidad; mientras que respecto de terceros, sus conceptos tienen el carácter queles atribuye el Art. 28 de la Ley 1437 de 2011, es decir quecarecen de fuerza vinculante.

Le informamos que los conceptos expresados por esta dependencia con relación aéste y otros temas pueden ser consultados visitando el enlace "Normatividad –Conceptos" de nuestro portal institucional: http:www.contraloriagen.gov.co

Cordialmente,

ALBA DE LA CRUZ BERRIO BAQUERO.
Directora Oficina Jurídica.

Proyectó. Diego Rodríguez.
N. R. 2013ER0051677

[2] Se relaciona con la prohibición de subcontratar con las mismas personas naturales o jurídicas que intervinieron en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación con el objeto del contrato

[3] ART. 41 de la Ley 80 de 1993, modificado por la Ley 1150/2007, art.23.— "*Del perfeccionamiento del contrato. (...)Los contratos estatales son intuito (sic) personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante".*