

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION

Concepto No 33391

Bogotá D.C., viernes, 23 de septiembre de 2011

Referencia: Mínima Cuantía / Competencia de concejos municipales para contratar

Doctor

Nabor Medina Mosquera

concejo@santanderdequilichao-cauca.gov.co

Con copia: secop.operacioneco.sonda.com Concejo Municipal

Santander de Quilichao — Cauca

Respetado Doctor Medina:

Me refiero a su comunicación en la pregunta sobre el procedimiento contractual de la contratación del 10% de la menor cuantía y la competencia de concejos municipales para contratar, de manera atenta le informamos lo siguiente:

Como punto inicial, cabe aclarar que el Departamento Nacional de Planeación según las funciones atribuidas por el Decreto 3517 de 2009 y los documentos Conpes 3248 y 3249 de 2003, tiene limitada su competencia en materia de Contratación Pública a la orientación y el seguimiento del proceso de implementación de la estrategia transversal de reforma a la contratación pública; la cual tiene como eje la formulación de una Política Pública en la materia, que se base en la lucha contra la corrupción y en la búsqueda de la eficiencia en la ejecución de los recursos públicos.

En vista de lo anterior, éste Departamento NO es competente para pronunciarse sobre aspectos particulares y concretos en la presente respuesta.

No obstante lo anterior, podemos informarle lo siguiente:

1. Mínima Cuantía

El pasado 12 de julio de 2011 el Presidente de la República sancionó la Ley 1474 "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad de la gestión pública" en la cual se contempló una nueva modalidad de selección denominada "Mínima Cuantía".

En efecto, la citada norma dispone que la contratación cuyo valor fuere inferior al 10% de la menor cuantía, independientemente del objeto, se tramitaría por un procedimiento especial que dicho artículo establece así:

"Artículo 94. Transparencia en contratación de mínima cuantía. Adiciónese al artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 el siguiente numeral.

La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

- a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas.
- b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil.
- c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas.
- d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.

Parágrafo 1°. Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones en establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Parágrafo 2°. La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003, ni en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007." (negritas y subrayas fuera de texto)

Como se evidencia de la disposición transcrita, la norma legal exige que las particularidades del procedimiento las reglamentara el ejecutivo, lo que efectivamente se hizo a través del Decreto 2516 del 12 de julio de 2011 en el cual se previeron, entre otras, los siguientes aspectos:

- 1. Se establece que las adquisiciones de bienes, servicios y obras del 10% de la menor cuantía deberá tener un estudio previo simplificado con los elementos descritos únicamente en el art. 2° del decreto.
- 2. Se indica que ésta modalidad de selección no aplica cuando debo utilizar otra como la contratación directa, caso en el cual, deberán observarse las reglas previstas para dicha modalidad independientemente de la cuantía y del objeto (Parágrafo artículo 1° del decreto)
- 3. Se establecen los elementos únicos que debe contener la invitación pública a ofertar y su medio de publicidad a través del Sistema Electrónico para la Contratación Pública — Secop en el módulo correspondiente para el efecto, y la que una vez firmada por el funcionario competente implicará adicionalmente el acto de apertura.
- 4. Se establece como requisito habilitante general la verificación de la capacidad jurídica del proponente. No obstante lo anterior, en los contratos contratación de obra, de

consultoría y de servicios diferentes a aquellos a que se refiere el literal h del numeral 4 del artículo 2 de la Ley

Departamento Nacional' de Planeación
República de Colombia

1150 de 2007 (prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión) establece la norma que podrá verificarse la experiencia del proponente.

Ahora bien, únicamente cuando el estudio previo lo justifique de acuerdo a la naturaleza o las características del contrato a celebrar, así como su forma de pago, la entidad también podrá exigir para la habilitación de la oferta, la verificación de la capacidad financiera de los proponentes, prohibiéndose que la misma se verifique por regla general cuando la forma de pago sea contra entrega a satisfacción de los bienes servicios y obras.

5. Se establece, conforme lo prevé la Ley, la selección a la oferta con el menor precio a la cual se le verificarán las condiciones habilitantes indicadas en el anterior numeral.

6. La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en el cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.

7. De conformidad con lo establecido en los artículos 6° y 7° de la Ley 1150 de 2007, NO son exigibles los requisitos de RUP ni de Garantías contractuales así como de las obligaciones del Sice, para los contratos cuyo valor no supere el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la respectiva entidad.

Finalmente, el decreto 2516 de 2011 deroga las siguientes normas: del Decreto 2474 de 2008 las que se enuncian a continuación: "y en los contratos cuya cuantía sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía, del parágrafo del artículo 6°; "Tampoco se harán las publicaciones a las que se refiere el presente artículo, respecto de los procesos de selección cuando su valor sea inferior al 10% de la menor cuantía, sin perjuicio de que la entidad, en el manual de contratación, establezca mecanismos de publicidad de la actividad contractual" del parágrafo 5° del artículo 8°; el parágrafo del artículo 17 modificado por el artículo 1° del decreto 3576 de 2009; el parágrafo 1° del artículo 9° del Decreto 2025 de 2009 modificado por el artículo 2° del Decreto

3576 de 2009; y el tercer y cuarto inciso del artículo 54 modificado por el artículo 6° del Decreto 2025 de 2009.

2. Publicidad a través del Secop

Con relación al lugar de publicidad .de esta modalidad de selección, cabe precisar que desde el 26 de julio de 2011, se encuentra disponible la modalidad de CONTRATACIÓN MÍNIMA CUANTÍA en el Secop, a través de la cual podrán publicarse y consultarse los procesos de selección que se adelanten a través de dicha modalidad conforme lo ordenado en la Ley 1474 de 2011 y el recientemente expedido Decreto 2516 de 2011.

3. Competencia para contratar a cargo de los Concejos Municipales

Ahora bien, respecto de las competencias para contratar tenemos que la Ley 80 de 1993 en su artículo 11 señala lo siguiente:

Departamento Nacional de Planeación
República de Colombia

libednd y Orden

"Artículo 11°.- De la competencia para dirigir licitaciones y para celebrar contratos estatales. En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2.

1o. La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, según el caso.

(...)

3o. Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Entidad respectiva

(...)

b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capitales y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades."

La Corte Constitucional mediante Sentencia No. C-738 del 11 de julio de 2001¹ indicó al respecto lo siguiente:

"Si una de las funciones propias de los Concejos es la de autorizar al alcalde para contratar, tal y como lo dispone el artículo 313-3 Superior, es claro que la facultad de reglamentar lo relacionado con tal autorización también forma parte de sus competencias constitucionales, por virtud del numeral 1 del mismo canon constitucional. Es decir, si los Concejos pueden reglamentar el ejercicio de sus propias funciones, y una de sus funciones es la de autorizar al alcalde para contratar, se concluye lógicamente que tales corporaciones cuentan con la competencia constitucional para reglamentar el ejercicio de tal atribución, y que no es necesario que el legislador haya trazado, con anterioridad, una regulación detallada del tema. Así, en criterio de esta Corporación, este último precepto constitucional es un fundamento suficiente para que el Legislador haya confirmado que las Corporaciones municipales de elección popular tienen la posibilidad de reglamentar una de sus funciones constitucionales propias, cual es la de otorgar al correspondiente jefe de la administración municipal autorizaciones para contratar. Esta función reglamentaria que, se reitera, cuenta con un fundamento constitucional propio, habrá de ejercerse mediante el trazado de una serie de normas puntuales y específicas sobre una determinada materia, a saber: el procedimiento interno que se deberá seguir ante los Concejos para obtener la autorización respectiva, los criterios que debe seguir para otorgarla, así como los casos en los cuales tal autorización es necesaria. Sin embargo, debe advertir esta Corporación que la atribución otorgada en la norma baló estudio, siendo como es una función administrativa, sólo podrá ser ejercida por los Concejos con el alcance y las limitaciones propias de su naturaleza". (negritas y subrayas fuera de texto)

Adicional a lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto No 1628 de 2005 señaló que:

"El artículo 51 de la ley 179 de 1994 -compilado en el artículo 110 del decreto 111 de 1996-, orgánica de presupuesto, en desarrollo del artículo 352 de la Carta confirió a los órganos que son Secciones en el Presupuesto General de la Nación, la capacidad para contratar y comprometer "a nombre de la

¹ <http://www.mij.gov.co/econtent/newsdetailmore.asp?id=1458&idcompany=2>

persona jurídica de la cual hagan parte" y ordenar el gasto de las correspondientes apropiaciones, las que en los mismos términos y condiciones se le entregaron, entre otros órganos, a los concejos municipales 9. Estas facultades constituyen la llamada autonomía presupuestal.

Así las cosas, es claro que, a partir del artículo 51 de la ley 179 de 1994, los -Concejos tienen capacidad de contratar y comprometer a nombre del municipio o distrito, y de ordenar el gasto, con base en las apropiaciones establecidas en la Sección respectiva del presupuesto municipal o distrital 10. Debe la Sala advertir que como consecuencia del reconocimiento de autonomía presupuestal a los concejos, la competencia para contratar el seguro de vida de sus integrantes contemplada en el artículo 68 de la ley 136 de 1994, se desplazó del alcalde a las corporaciones en mención", en virtud de la insubsistencia de la facultad de ordenación derivada de la norma posterior citada' ² (negritas y subrayas fuera de texto)

Para articular el contenido de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 80 de 1993 con el Estatuto Orgánico de Presupuesto, la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad del artículo 11 referido, indicó lo siguiente:

"La capacidad es la aptitud y la posibilidad de intervenir como sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Dicha capacidad, comprende tanto el poder para ser titular de derechos y obligaciones e igualmente la facultad de actuación o ejercicio para hacer reales y efectivos dichos derechos. Una especie concreta de aquélla la constituye la capacidad para contratar.

La ley 80 de 1993 reguló tanto la capacidad de los sujetos públicos como la capacidad o competencia de los sujetos privados que intervienen en las relaciones jurídicas a que dan lugar los contratos estatales. En tal virtud, estableció que están habilitadas para celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes (art. 6o.). Por consiguiente, no pueden acordar contratos con las entidades estatales las personas incapaces, las cuales, según el régimen de la contratación estatal, son quienes se catalogan como tales conforme a la ley civil o comercial u otros estatutos, e igualmente las que están incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad.

Con respecto a la capacidad o competencia de los sujetos públicos, la referida ley señaló cuales eran las entidades estatales, con personería jurídica, y los organismos o dependencias del Estado a los cuales se autoriza para celebrar contratos, obviamente en este último caso con referencia al respectivo sujeto de imputación jurídica (Nación, Departamento, Municipio, Distrito etc.), así como los órganos que tienen la representación para los mismos fines (arts. 2 numeral lo. y 11).

La competencia y la capacidad de los sujetos públicos y privados para celebrar contratos es una materia propia y de obligada regulación dentro de un estatuto de contratación estatal, porque tales materias atañen a las calidades o atributos específicos que deben tener dichos sujetos, con el fin de que puedan ser titulares y hacer efectivos los derechos y obligaciones que emanan de la relación contractual.

Según el inciso final del art. 150 de la Constitución, "Compete al Congreso expedir el estatuto general de la contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional". Por su parte el art. 352 de la misma obra expresa lo siguiente: "Además de lo señalado en esta

² Concepto 104510 del 21 de abril de 2008. Disponible en: <http://www.cijdoro.co/conceptosminproteccioniabrill/c104510.html>

Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar". (Subraya la Corte).

La coexistencia en la Constitución de dos disposiciones que autorizan al legislador para regular lo relativo a la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar, con diferente jerarquía normativa, pues una alude a la ley ordinaria y otra a la ley orgánica, hace necesaria la siguiente precisión:

La referencia de la norma del art. 352, con respecto a la regulación que debe contener la Ley Orgánica de Presupuesto, en cuanto a la "capacidad" para contratar de los organismos y entidades estatales, tiene su razón de ser en la circunstancia de que la celebración y ejecución de contratos necesariamente implica el ejercicio de competencias relativas a la ordenación del gasto. Por lo tanto, se requiere que en dicha ley se determine cuáles son los órganos que tienen la aptitud legal o la competencia de contratar y comprometer recursos a nombre de la respectiva persona jurídica.

Se trata, en consecuencia, de dos competencias concurrentes que no se excluyen y, en tal virtud, las regulaciones contenidas en el estatuto contractual en materia de capacidad de las entidades públicas para contratar deben estar en armonía con las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Presupuesto.

Las normas pertinentes de la Ley Orgánica de Presupuesto (Ley 38 de 1989) fueron reformadas por los artículos 51 y 64 de la Ley 179 de 1994 que dicen:

"ARTICULO 51 .- El artículo 91 de la Ley 38 de 1989, quedará así:

Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y de comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual haga parte y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la Ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes."

"En la sección correspondiente a la Rama Legislativa estas capacidades se ejercerán en la forma arriba indicada y de manera independiente, por el Senado y la Cámara de Representantes; igualmente, en la sección correspondiente a la Rama Judicial serán ejercidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura".

" En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las Entidades Territoriales, Asambleas, Concejos, las Contralorías y Personerías Territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tenga personería jurídica".

"En todo caso, el Presidente de la República podrá celebrar contratos a nombre de la Nación"

"ARTICULO 64.- Esta Ley Orgánica del Presupuesto, su reglamento, las disposiciones legales que ésta expresamente autorice, además de lo señalado en la Constitución, serán las únicas que

podrán regular la programación, elaboración, presentación, aprobación, modificación y ejecución del Presupuesto, así, como la capacidad de contratación y la definición del gasto público social. En consecuencia, todos los aspectos atinentes a estas áreas en otras legislaciones quedan derogadas y las que se dicten no tendrán ningún efecto".

Como hay que entender, según los términos del art. 151 de la Constitución, que las leyes orgánicas establecen reglas "a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa", necesariamente las normas contentivas del estatuto de contratación que el legislador expida deben guardar armonía o correspondencia con las de la Ley Orgánica de Presupuesto que regulan la capacidad de contratación de los organismos y entidades públicas.

El estatuto de contratación contenido en la ley 80 de 1993 regula en el art. 11 aspectos que tienen relación con la capacidad de contratación de las entidades públicas, pues expresamente dicha norma alude a la competencia de las entidades estatales "para dirigir licitaciones o concursos y para celebrar contratos". En tales circunstancias, es necesario considerar si dicha norma se encuentra derogada por los arts. 51 y 64 de la ley 179 de 1994, mas aún cuando este último en su acápite final advierte que "todos los aspectos atinentes a estas áreas en otras legislaciones quedan derogadas y las que se dicten no tendrán efecto".

A juicio de la Corte, la norma del art. 11 de la ley 80 de 1993 se encuentra vigente, porque no contradice los preceptos mencionados de la ley 179 de 1994, antes por el contrario, es concordante con éstos, salvo en lo que concierne con la competencia de los Presidentes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales para celebrar contratos, que actualmente se encuentra asignada al Director Ejecutivo de Administración Judicial y al Director Seccional de la Rama Jurisdiccional, conforme a los arts. 99 numeral 3 y 103 numeral 3 de la ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Dicho de otra manera, la Ley Orgánica de Presupuesto regula la competencia para contratar referida especialmente a la facultad de comprometer recursos y la ley general de contratación reglamenta como un todo la capacidad de los sujetos públicos y privados para obligarse a través de las relaciones contractuales, teniendo en cuenta como referente necesario lo regulado en dicha ley orgánica:³

De esta manera, es posible concluir que si bien el artículo 11 de la Ley 80 de 1993 no incluye a los Concejos Municipales dentro de las entidades allí enlistadas, esta norma debe articularse con las del estatuto orgánico de presupuesto según el cual los Concejos municipales tienen autonomía presupuestal, de lo que se deriva que éstas pueden contratar bajo las restricciones y limitaciones previstas en la Ley y en el reglamento.

En estos términos damos la respuesta a su solicitud.

Conforme a lo establecido en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, el artículo 230 de la Constitución Política y la Ley 153 de 1887, los conceptos son criterios auxiliares de interpretación y no vinculan ni comprometen al Departamento Nacional de Planeación, motivo por el cual, las apreciaciones de la presente respuesta solamente sirven para dar una ilustración de carácter general para que el

³ Sentencia C-178 DE 1996

petionario, conforme a lo expuesto, asuma su propia posición conforme al grado de análisis y convencimiento adquirido.

Atentamente,

Proyecto de Contratación Pública

Programa de Renovación de la Administración Pública
Departamento Nacional de Planeación