

CONCEPTO 65324 DE 2018

(noviembre 6)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

DE. Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa.

ASUNTO. Ejecución de contrato de prestación de servicios – hechos cumplidos.

En atención a su solicitud de fecha 1 de noviembre de 2018 con radicado No. 8-2018-034461, en el que manifiesta: -

“...(...) la situación de los contratos de la Regional, en donde se realizó prórroga de dichos contratos hasta el 19 de diciembre de 2018 sin quedar registrado CDP, ni pagos hasta la fecha de adición. // Estos instructores están solicitando una comisión a xxxxxx para ejecutar las nuevas obligaciones registradas en el último Otrosí, por lo cual necesitamos confirmar si es posible realizar dicho desplazamiento al exterior, teniendo en cuenta que los contratistas no recibirán pago de honorarios desde el mes de noviembre de 2018. “

Nos pronunciamos en el siguiente sentido:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA – Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares ni de particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

ANÁLISIS JURÍDICO

Teniendo en cuenta que la situación referida en la solicitud de concepto enmarca una situación particular y concreta sobre situación contractual de instructores sin registro de cdp, esta Coordinación se abstiene de pronunciarse sobre el caso particular y mucho menos proponer soluciones concretas, pues es de competencia del supervisor del contrato y de las directivas regionales la toma de decisiones frente a la situación fáctica que se presenta.

Sin embargo, con el fin de brindar elementos de juicio necesarios para la toma de decisiones, hacemos el siguiente análisis en abstracto, mas no de la situación concreta y particular.

El artículo [209](#) de nuestra constitución señala:

“ARTICULO [209](#). La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento

de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

El artículo [3](#) de la Ley 80 de 1993 señala los fines de la contratación así:

“Artículo [3o.](#)- De los Fines de la Contratación 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.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones. “

De Igual manera el artículo [23](#) de la citada ley indica:

De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Dichos postulados se efectivizarán en la medida en que se cumpla con los principios de planeación y selección objetiva del contratista; así tenemos que

PRINCIPIO DE PLANEACIÓN. Impone que la decisión de contratar no sea el resultado de la imprevisión, la improvisación o la discrecionalidad de las autoridades, sino que obedezca a reales necesidades de la comunidad, cuya solución ha sido estudiada, planeada y presupuestada por el Estado con la debida antelación, con la única finalidad de cumplir los cometidos estatales. Los contratos del Estado deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad. Omitir dicho deber o principio puede conducir a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto.

Por otro lado, la Administración y sus funcionarios son responsables por el incumplimiento del deber legal de contar con estudios planos y diseños definitivos, previamente al procedimiento de selección, cuando tales omisiones ocasionen daños antijurídicos al contratista. La negligencia, improvisación y falta de planeación de la Administración no es excusa para desconocer las obligaciones a su cargo, sobre todo cuando el contratista asume de buena fe el contrato para ejecutar. Estas pautas también aplican a los contratos adicionales que son indispensables e inherentes a la naturaleza del contrato principal, toda vez que resultan necesarios para la cumplir el objeto contratado.

Así, por ejemplo, es inadmisibles que un procedimiento de selección se impulse formalmente sin contar con los recursos presupuestales necesarios y pertinentes para cumplir con las contraprestaciones y pagos que debe realizar el ente territorial

El numeral 6o del artículo [25](#) de la Ley 80 de 1993 dispone:

6o. Las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.

Esto en concordancia con el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, que ratifica que

Artículo 49. El artículo 86 de la Ley 38 de 1989 quedará así:

"Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberán indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponibles, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

Para las modificaciones a las plantas de personal de los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación, que impliquen incremento en los costos actuales, será requisito esencial y previo la obtención de un certificado de viabilidad presupuestal, expedido por la Dirección General del Presupuesto Nacional en que se garantice la posibilidad de atender estas modificaciones.

Cualquier compromiso que se adquiriera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones".

Frente a las figuras de certificado de disponibilidad presupuestal y de Registro presupuestal tenemos:

1. Certificado De Disponibilidad Presupuestal. Es un escrito expedido por el jefe de presupuesto de la entidad -o quien haga sus veces- con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos y la atención de los gastos derivados de los mismos, afectándose preliminarmente el presupuesto de la respectiva vigencia fiscal mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal.

2. Registro presupuestal. Consiste en la certificación de apropiación de presupuesto con destino al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias del contrato; es un instrumento a través del cual se busca prevenir erogaciones que superen el monto autorizado en el correspondiente presupuesto, con el objeto de evitar que los recursos destinados a la financiación de un determinado compromiso se desvíen a otro fin.

Frente a este tema de las dos figuras la Sección Tercera del H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Radicación número: 07001-23-31-000-1995-00216-01(12846) del veintitrés (23) de junio de dos mil cinco (2005)

(...)

En esta oportunidad la Sala considera necesario unificar el criterio plasmado sobre el tema, para lo cual debe distinguirse entre el certificado de disponibilidad presupuestal y el de registro presupuestal, como actos administrativos de certificación o de registro, que en esencia son distintos entre sí y, por tanto, con relación y consecuencias diferentes frente al contrato. En efecto, el artículo 49 de la Ley 179 de 1994 (compilado por el Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto). Obsérvese que cuando el inciso segundo establece como requisito de perfeccionamiento de los actos administrativos que enuncia, lo hace en cuanto al registro presupuestal y no del certificado de disponibilidad previo. Por tanto, considera la Sala, que cuando el numeral 6o del artículo [25](#) de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, hace alusión al certificado de disponibilidad presupuestal, lo establece como un requisito previo, accidental al acto administrativo que afecte la apropiación presupuestal, el cual, debe entenderse como a cargo del servidor público, cuya omisión, en los casos en que se requiera, genera responsabilidad personal y pecuniaria según indica el inciso final del mismo artículo 49 ya citado. En este sentido, no constituye entonces requisito de existencia ni de perfeccionamiento del contrato, pues se trata de un acto de constatación presupuestal propio de la administración, que como se indicó, es de carácter previo inclusive a abrir la licitación, concurso o procedimiento de contratación directa. Por el contrario, el registro presupuestal sí constituye un requisito de perfeccionamiento del contrato, lo cual se extrae del inciso segundo del mismo artículo 49 de la Ley 179 de 1994, cuando hace alusión a que "esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos", refiriéndose estrictamente a la operación de registrar la afectación presupuestal que se hace con el acto administrativo o contrato que compromete el presupuesto. En consecuencia, su omisión, para aquellos contratos que lo requieren, genera la falta de perfeccionamiento del contrato, que éste no se pueda considerar en el tránsito jurídico y por ende, imposibilita su ejecución. Adicionalmente y al igual de lo que sucede con la ausencia de certificado de disponibilidad presupuestal cuando éste se requiere, su omisión genera responsabilidad personal y pecuniaria del servidor o servidores públicos responsables del contrato, y aunque es ésta una obligación de la entidad estatal, el contratista no podrá iniciar el contrato hasta tanto no se haya realizado el registro respectivo."

En consecuencia el registro presupuestal sí constituye un requisito de perfeccionamiento del contrato, lo cual se extrae del inciso segundo del mismo artículo 49 de la Ley 179 de 1994, cuando hace alusión a que "esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos", refiriéndose estrictamente a la operación de registrar la afectación presupuestal que se hace con el acto administrativo o contrato que compromete el presupuesto.

En consecuencia, su omisión, para aquellos contratos que lo requieren, genera la falta de perfeccionamiento del contrato, que éste no se pueda considerar en el tránsito jurídico y por ende, imposibilita su ejecución.

Por otra parte, en cuanto a la ausencia del CDP –Certificado de Disponibilidad Presupuestal– debe advertirse este es un requisito de naturaleza presupuestal para la celebración del contrato o adición del mismo, que en caso de no contarse con el mismo o con el Registro Presupuestal la entidad estará ante el escenario de un hecho cumplido imposibilitando la ejecución del contrato y otrosí. El fundamento de lo anterior se encuentra en la exigencia de contar con soporte presupuestal para la ejecución de apropiaciones presupuestales contenido en el artículo [71](#) de Decreto 111 de 1996 –Estatuto Orgánico de Presupuesto–, el cual dispone:

ARTICULO [71](#). Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales

deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos. Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos. En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados. Para las modificaciones a las plantas de personal de los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación, que impliquen incremento en los costos actuales, será requisito esencial y previo la obtención de un certificado de viabilidad presupuestal, expedido por la Dirección General del Presupuesto Nacional en que se garantice la posibilidad de atender estas modificaciones. Cualquier compromiso que se adquiriera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones (Ley 38/89, artículo 86, Ley 179/94, artículo 49).

Al respecto de lo anterior, la Procuraduría General de la Nación, se ha pronunciado en los siguientes términos:

Sea lo primero precisar que el hecho cumplido es aquél producto de la actuación administrativa – a través de sus funcionarios, que consolida derechos en favor de particulares y por ende genera incumplimientos y pago de intereses en perjuicio de la entidad, por la ausencia de la confirmación real de recursos en el presupuesto como condición necesaria para la apertura del proceso de selección, a través de la expedición del correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal.

Los hechos cumplidos se consolidan cuando se adquieren obligaciones, sin que medie soporte legal que los respalde, es decir, se eleve a escrito la obligación y cuando existiendo tal formalidad, antes de su ejecución no se han cumplido requisitos mínimos y legales en su creación, como la reserva presupuestal previa o cuando en la ejecución de un contrato se adicionan bienes o servicios no incluidos desde el inicio. Luego, se infiere que los hechos cumplidos se producen por una inadecuada labor administrativa en la planeación de procesos contractuales y en la adquisición de obligaciones.

Por su naturaleza, los “hechos cumplidos” al no contar con un soporte económico que los respalde presupuestalmente, han llevado a los servidores públicos a pretender, que a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, como es el caso de la conciliación, se convalide presupuestalmente el pago de la acreencia generada por un hecho cumplido.

Pero las fórmulas de solución mencionadas, no son lo que se esperan de la actuación administrativa de la entidad, pues los principios que orientan la administración, artículo 209 Constitución Política, de ser observados por quienes están obligados a cumplirlos, no dan la posibilidad a esas situaciones, ni siquiera ante hechos totalmente imprevisibles, frente a los cuales la ley ha previsto su solución.

En estas condiciones son situaciones que causan la ocurrencia de hechos cumplidos las siguientes:

- Falta de una adecuada planeación del contrato, cuando se formula la necesidad de su

realización, pero no se prevén los riesgos y contingencias que su creación, ejecución y liquidación pueden conllevar, dependiendo del tipo de bien o servicio a adquirir.

- Prestación sin soporte contractual, cuando la entidad contrae obligaciones y ordena ejecutar actividades, prestar servicios o recibe bienes sin contar con un contrato que la ampare o que no esté debidamente registrado presupuestalmente.

- Adiciones o modificaciones al contrato inicial, sin soporte presupuestal, derivadas de ordenes al contratista de ejecutar o cumplir con algo no incluido en el contrato.

- Otro evento puede ocurrir, cuando en la etapa de liquidación, se reconocen o incluyen en el acta de liquidación, obras, bienes o servicios no pactados en el contrato inicial; situación a la cual se aplican las previsiones anteriormente señaladas”^[1] (Negrillas y subrayado fuera del texto)

En este sentido, nos permitimos indicar que no es posible ejecutar acuerdos contractuales que no cuenten con el debido soporte presupuestal so pena de incurrir en responsabilidad disciplinaria, penal y fiscal por la ejecución de hechos cumplidos.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. De igual forma, este concepto deberá interpretarse en forma integral y armónica, con respeto al principio de supremacía constitucional y al imperio de la ley (C. 054 de 2016); así como, en concordancia con la vigencia normativa y jurisprudencial al momento de su uso y emisión.

Cordialmente,

Carlos Emilio Burbano Barrera

Coordinador

Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa
Dirección Jurídica - Dirección General

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Concepto Procuraduría General de la Nación. Procuraduría delegada para la Moralidad Pública. 11 de Diciembre de 2008. Radicación: 162-152610-06.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)



logo