

80112-IE39977

Bogotá, D.C., 11 de septiembre de 2008

Doctor
JOSÉ ANTONIO ARIZABALETA GÓMEZ
Gerente SICE
Contraloría General de la República
Bogotá, D.C.

ASUNTO. DECRETO 2474 DE 2008.- ARTÍCULO 86.- Decreto 3512 de 2003.
ACUERDO 011 DE 2007.- VIGENCIAS.

1.ANTECEDENTE.

Esta Oficina conoce su oficio con el cual solicita nuestro pronunciamiento para efectos de establecer las implicaciones jurídicas de la expedición del Decreto 2474 de 2008 frente al Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal SICE. Cómo también de ser viable se indique el procedimiento legal a seguir para solicitar la nulidad del artículo 86 del mencionado Decreto, así mismo se consulta sobre la vigencia del Acuerdo 011 de 2007.

2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

2.1. Ley 598 de 2000, Decreto 3512 de 2003, Decreto 2474 de 2008. –Implicaciones frente al “SICE”.

Mediante la Ley 598 de 18 de julio de 2000 se creó el Sistema de Información para la vigilancia de la Contratación Estatal “SICE”, el Catálogo Único de Bienes y Servicios CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia RUPR de los Bienes y Servicios de Uso Común en la Administración Pública. El SICE es un sistema de información que integra todos los datos relevantes de los procesos contractuales que se adelantan con fondos públicos, bien sea que los mismos se realicen por entidades del Estado o por particulares que manejen o administren fondos oficiales. El Sistema se integra institucionalmente al proceso de contratación como instrumento obligado para el registro y consulta de información sobre la demanda, la oferta, y los precios de los bienes, servicios y obras públicas que son requeridos por la administración.

La Ley 598 de 2000 fue reglamentada por el Decreto 3512 de 2003 en el cual se señalan las obligaciones de las entidades de acuerdo con su régimen contractual; las de los

proveedores y las excepciones temporales en su aplicación. Los artículos 13, 14, 15 y 18 del Decreto 3512 de 2003 establecen en su orden, las obligaciones frente al Sistema de las entidades sujetas al régimen del Estatuto de Contratación Pública, obligaciones de las entidades y particulares que manejan recursos públicos con régimen especial de contratación y las obligaciones de los proveedores. A su vez, el artículo 18, consagra las excepciones.

Las entidades públicas que no aplican en sus procesos contractuales el Estatuto de Contratación Administrativa, tienen frente al SICE la obligación de inscribirse de conformidad con el Plan de Ingreso establecido por el Comité para la Operación del SICE, de acuerdo con las instrucciones publicadas para tal efecto en el portal del Sistema. También deberán registrar en el portal dentro de los cinco (5) primeros días hábiles del mes los contratos perfeccionados y legalizados en el mes inmediatamente anterior.

De otro lado de conformidad con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 1150 de 2007 el SICE debe articularse con el SECOP y en tal sentido el Decreto 3512 de 2003 está ad portas de su modificación; en este entendido debe proferirse una sola norma que unifique y contenga todos los tópicos a considerar dentro de la articulación SECOP-SICE y que cumpla el objetivo que no es otro, que la realización de un efectivo control fiscal.

En este contexto normativo procedemos a analizar las obligaciones de las entidades y particulares que administran fondos públicos contenidas en los artículos 13 y 14 del Decreto 3512 de 2003 frente al artículo 86 del Decreto 2474 de 2008, en el mencionado artículo se prescribe:

“Artículo 86. Obligaciones de las entidades estatales que contratan con sujeción al Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Las obligaciones contenidas en el artículo 13 del [Decreto 3512 de 2003](#) deberán ser cumplidas por las entidades que contratan con sujeción al Estatuto de Contratación de la Administración Pública, en los procesos de contratación, siempre y cuando el valor del contrato no sea inferior al 10% de la menor cuantía. La consulta del CUBS y del precio indicativo se incluirá como parte del análisis realizado por las entidades en desarrollo del numeral 4 del artículo 3° del presente decreto.”

El Decreto 2474 de 2008 en su artículo 86 se ocupó de regular frente al SICE, las obligaciones de las entidades que aplican en sus procesos contractuales el Estatuto de Contratación Administrativa, entonces debe analizarse la vigencia de las obligaciones establecidas en el artículo 13 del Decreto 3512 de 2003.

Antes de proceder a efectuar el referido análisis por considerarlo procedente, es preciso recordar el concepto de derogación de la norma, en los siguientes términos:

“Por derogación se suele entender la pérdida de vigencia de una norma como consecuencia de la entrada en vigor de otra; hay dos clases de derogatoria netamente diferenciadas, la expresa y la tácita. La primera se produce mediante una disposición derogatoria que identifica con precisión el objeto de la derogación, que es también necesariamente una disposición, en la tácita no hay ninguna disposición, lo que hay es simplemente una contradicción nacida de dos normas sucesivas en el tiempo que regulan de forma incompatible un determinado aspecto”.ⁱ

“Modificación o reforma consiste en dejar sin efecto una parte de la ley y reemplazarla por otro texto, subrogación es la sustitución de un texto legal íntegro por otro.”ⁱⁱ

El Decreto 2474 de 2008 en su artículo 92 establece las derogatorias al señalar que esta disposición deja sin vigencia en su integridad el Decreto 066 de 2008, salvo el artículo 83 correspondiente a las normas derogadas. Valga aclarar que en el Decreto 066 de 2008, no se había establecido el aspecto que nos ocupa y que está contemplado en el nuevo Decreto en relación con las estipulaciones del SICE.

Respecto a las disposiciones contenidas en el artículo 86 del Decreto 2474 de 2008, se considera que se está frente a una modificación de las obligaciones contenidas en el artículo 13 del Decreto 3512 de 2003, ya que las mismas no se eliminan o reemplazan sino que se establece una condición para su cumplimiento.

Para efectos de nuestro análisis tenemos que las obligaciones contenidas en el artículo 13 del Decreto 3512 de 2003 las podemos dividir en dos, las señaladas en los literales a) y b) que hacen referencia en su orden a la inscripción en el Sistema y la elaboración y registro del plan de compras; y las demás que son las que propiamente se cumplen dentro del proceso del contrato.

En nuestro criterio las primeras obligaciones (literales a) y b) del artículo 13) gozan de vigencia, pues no tienen relación directa con la condición impuesta en la nueva norma y tampoco resultan incompatibles con lo establecido en el Decreto 3512 de 2003 y lo estipulado en el nuevo Decreto.

Recordemos que en lo referente a la inscripción, los sujetos de control fiscal lo hacen en el SICE en su calidad de entidades públicas o particulares que administran fondos públicos y no por la cuantía de sus procesos contractuales y al respecto valga señalar que en su totalidad ya ingresaron todas las entidades del Estado, salvo aquellas que se han creado en la actualidad o fusionado con otras; caso en el cual el Comité para la Operación del SICE deberá ordenar su ingreso mediante Acuerdo.

En lo referente a la obligación contenida en el literal b), el fundamento legal del Plan de Compras lo encontramos en el numeral 1º del artículo 30º de la Ley 80 de 1993 (vigente) el cual señala que la Resolución de apertura del proceso contractual debe estar en consonancia con los planes de inversión, adquisición o compras, norma que tampoco se torna incompatible con la nueva disposición.

En relación con las demás estipulaciones contenidas en el artículo 13 del Decreto 3512 de 2003 tales como la exigencia del certificado de registro de precios, la consulta del CUBS y del precio indicativo, el registro de contratos y la publicación de éstos, las mismas no se eliminan del mundo jurídico pero a partir de la expedición del artículo 86 del Decreto 2474 de 2008, éstas se cumplen de acuerdo con la cuantía del contrato a suscribirse.

En este orden jurídico tenemos que el Decreto 2474 de 2008 subroga las estipulaciones de que tratan los literales c),d), e) y f) del artículo 13 del Decreto 3512 de 2003, así las cosas las entidades públicas que rigen sus procesos contractuales por el Estatuto de Contratación administrativa aplicarán las normas del SICE en los procesos cuyo valor sea igual o superior el 10% de la menor cuantía.

En otras palabras las entidades referidas, en los procesos de montos iguales o superiores al 10% de la menor cuantía, deben exigir el certificado de registro de precios al proveedor, consultar el precio indicativo para estudios de mercado, consultar el precio indicativo antes de adjudicar, publicar sus contratos o registrarlos en el SICE si no fuere procedente publicarlos con los requisitos del SICE.

2.2. Obligaciones frente al SICE de las entidades con régimen especial de contratación y la expedición del artículo 86 del Decreto 2474 de 2008.

Tal como se señaló en el primer acápite de este escrito las obligaciones de los sujetos de control fiscal se cumplen de acuerdo con la norma contractual que aplican, así de conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Decreto 3512 de 2003 quienes tienen régimen especial de contratación deben inscribirse y registrar contratos, estas obligaciones frente a lo establecido en el nuevo Decreto quedan incólumes, toda vez que la disposición en su regulación hizo referencia a las entidades con régimen contractual del Estatuto de Contratación Administrativa, en este orden jurídico, las entidades y particulares que en sus procesos contractuales se rigen por un régimen especial de contratación deben cumplir con las obligaciones establecidas en el artículo 14 del Decreto 3512 de 2003 y el acuerdo 011 de 2007.

2.3. Implicaciones del artículo 86 del Decreto 2474 de 2008 frente al Acuerdo 011 de 2007.

El Acuerdo 011 de 3 de septiembre de 2007 señala la obligación de las entidades públicas sujetas al Estatuto de Contratación Pública y con régimen especial de contratación de

registrar la totalidad de sus contratos en el portal del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal SICE, salvo las excepciones de que trata el artículo 18 del Decreto 3512 de 2003 los Acuerdos 04 de 2005 y el 009 de 2006.

El Acuerdo 011 de 2007 fue expedido por el Comité para la Operación el SICE con fundamento en la Ley 598 de 2000, el Decreto 3512 de 2003 y también en la Ley 80 de 1993, esta última disposición fue derogada parcialmente por la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, el Acuerdo en mención no hace referencia a ninguna disposición de la Ley 80 de 1993 que haya sido retirada del mundo jurídico, pero sí a lo establecido en los artículos 13 y 14 del Decreto 3512 de 2003.

Como se señaló anteriormente, el artículo 86 del Decreto 2474 de 2008 subroga el artículo 13 del Decreto 3512 de 2003, una de las normas en las cuales se fundamenta el mencionado Acuerdo. Nótese que esta disposición se refiere a las entidades que se sujetan al Estatuto de Contratación Pública, lo cual genera la derogatoria parcial del Acuerdo 011 de 2007, es decir en lo que se refiere a estas entidades.

Así las cosas, el Acuerdo 011 de 2007 fue derogado parcialmente por el artículo 86 del Decreto 2474 de 2008 en lo que se refiere al registro de contratos de las entidades que en sus procesos aplican las normas del Estatuto Contractual, ya que en el Acuerdo se regulaba el registro para todos los contratos y para todas las entidades, es decir con los dos regímenes de contratación y ahora la nueva disposición reguló solamente lo pertinente a las entidades con régimen contractual público y nada prescribió de las entidades con sistema especial de contratación.

En consecuencia el Acuerdo 011 de 2007 goza de plena vigencia y legalidad en las disposiciones referidas a las entidades y particulares que administran fondos públicos con régimen especial de contratación, es decir que éstas deben registrar en el SICE la totalidad de sus contratos.

2.4. Acciones a seguir frente al artículo 86 del Decreto 2474 de 2008.

De conformidad con lo ordenado en el artículo 267 de la Constitución Política el control fiscal es una función pública que ejerce la Contraloría General de la República y las contralorías en sus respectivos órdenes, la facultad para determinar la forma para su ejercicio está deferida al Contralor General de la República y los contralores territoriales en el ámbito de su jurisdicción.

En consonancia con el mandato constitucional la Ley 598 de 2000 es una norma expedida para el ejercicio del control fiscal al contrato estatal, ésta crea una herramienta

tecnológica acorde con las nuevas tendencias de las tecnologías de información y comunicaciones TIC.

La Ley 598 de 2000 fue reglamentada por el Decreto 3512 de 2003 y todas sus disposiciones están íntimamente relacionadas con el ejercicio del control fiscal a su vez, el Decreto 2474 de 2008 fue expedido para reglamentar la Ley 1150 de 2007, en este orden jurídico el mencionado Decreto está reglamentando la ley de contratación administrativa.

En la Ley 1150 de 2007 se implementa lo relacionado con el Sistema Electrónico de Contratación Pública, SECOP creado por el Decreto 2178 de 2006 el cual se articula con el SICE de acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 1150 de 2007, pero no quiere ello significar que el Decreto 2474 de 2008 pueda reglamentar el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal SICE, como en efecto se hizo. En este orden, se considera que el Gobierno Nacional pudo haber excedido sus facultades al regular lo relacionado con las obligaciones de las entidades que tienen régimen contractual público, frente al SICE.

El artículo 1° de la Ley 598 de 2000 crea un sistema de información para efectos del control fiscal y que de igual forma en el artículo 5° ibídem, se establece que para la ejecución de los planes de compras de las entidades estatales y la adquisición de bienes y servicios de los particulares o entidades que manejan recursos públicos, se deberán consultar el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia RUPR del SICE. Nótese que el legislador no estableció excepciones en la utilización el Sistema, toda vez, que tal como lo concibió el legislativo, el mismo persigue el ejercicio de la fiscalización del contrato estatal a través de un medio electrónico y así también imprimirle transparencia al proceso contractual a fin de bajar los índices de corrupción.

Así lo señaló el Consejo de Estado en el Auto de febrero 5 de 2003, con ocasión de la suspensión provisional del literal e) del artículo 18 del Decreto 3512 de 2003, al señalar:

“Así, es claro que el legislador al establecer la obligación de consultar el RUPR y el CUBS lo hizo para todas las entidades estatales y en todos los casos y no se estableció un límite pues, como se dijo dicha consulta no es vinculante y, adicionalmente, busca el desarrollo de principios de economía, transparencia y publicidad los cuales se deben respetar en todos los procesos de contratación sin importar la cuantía de los mismos.”

En estas condiciones, so pretexto de reglamentar una norma, el decreto reglamentario introdujo una restricción indebida, pues no debe olvidarse que la potestad reglamentaria permite al gobierno expedir normas generales, impersonales

y abstractos a fin de que la ley tenga un debido cumplimiento, pero no puede, en ejercicio de la facultad mencionada, modificar, ampliar o restringir el sentido de la ley dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en las mismas, porque ello no sería reglamentar sino legislar.”

En igual forma el Consejo de Estado hace referencia a unas de sus providencias para indicar que una norma reglamentaria debe limitarse a la materia que reglamenta y no exceder sus facultades, señala que “el *Decreto reglamentario no puede adicionar la ley que reglamenta, ni variar su sentido, ni exceder sus términos. El reglamento debe coincidir en su sentido general con la ley. Su objeto no es crear normas; esa función normativa corresponde al legislador. El reglamento tiene por finalidad desarrollar los preceptos de la ley, desenvolverlos, precisarlos, concretarlos, crear los medios para su ejecución, dictar las medidas para su cumplimiento, sin que al hacer esto pueda modificar en ningún aspecto esta ley. Se trata de hacerla viable, activa, que produzca los resultados y los efectos que determinó el legislador*”ⁱⁱⁱⁱ (Resaltado fuera de texto).

En este contexto, reiteramos que el Decreto 2474 de 2008 no es reglamentario de la Ley 598 de 2000, sino de la Ley 1150 de 2007, por tanto no podría incluir normas relacionadas con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal SICE y en consecuencia se denota un presunto exceso en el ejercicio de las facultades al entrar a regular aspectos de una norma diferente a aquella que estaba reglamentando y además con una posible violación de la Ley 598 de 2000.

En estas condiciones es procedente que la Contraloría General de la República adelante la acción de nulidad contra del artículo 86 del Decreto 2474 de 2008, habida cuenta que bien puede presentarse la violación del artículo 5° de la Ley 598 de 2000, en razón a que la aludida disposición reglamentaria estableció una excepción en la consulta del SICE que la ley no estipuló ni permitía. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 446 de 1998.

2.5. Artículo 6° del Decreto 2170 de 2000 y el Decreto 2474 de 2008.

El artículo 86 del Decreto 2474 de 2008 establece que la consulta del CUBS y del precio indicativo se incluirá como parte del análisis realizado por las entidades en desarrollo del numeral 4° del artículo 3° del Decreto 2474 de 2008, es decir como soporte del análisis del valor del contrato en los estudios previos. Quiere ello significar que si los estudios de mercado se realizan en el SICE de acuerdo con lo estipulado en el numeral 4° del artículo 3° del Decreto 2474 en mención, esto genera una subrogación del artículo 6° del Decreto 2170 de 2002 que establecía que los estudios de mercado se debían realizar a través del SICE.

2.6. Publicación de contratos en el SECOP y en el SICE.

El numeral 17 del artículo 8° del Decreto 2474 de 2008 ordenó la publicación de los contratos en el SECOP sin hacer referencia a la cuantía al prescribir que se publicará en el SECOP el contrato, las adiciones, modificaciones o suspensiones. Si interpretamos esta norma debemos en su contexto con lo establecido en el artículo 86 del Decreto 2474 de 2008, se publican en el SECOP los contratos cuyo valor sea igual o superior al 10% de la menor cuantía.

En cuanto a la obligación del registro de contratos en el SICE, la misma debe cumplirse hasta tanto se de la articulación SICE- SECOP y se expida la norma que así lo establezca, toda vez, que esta es una obligación legal que las entidades deben cumplir salvo norma en contrario y que hayan publicados en la imprenta nacional u otro medio de publicación establecido legalmente, en códigos CUBS y a precios unitarios, tal como lo establece el literal f) del artículo 13 del Decreto 3512 de 2003.

Finalmente, indicamos que para elaborar el proyecto de Decreto que reemplazará el 3512 de 2003 deben puntualizarse todos los aspectos, puntos de encuentro y diferencias entre SECOP –SICE, para efectos de eliminar las duplicidades de deberes de las entidades públicas y particulares que administran fondos o bienes públicos, para lo cual debe discutirse lo pertinente con el Gobierno Nacional, todo dentro del marco que la Constitución y la ley imponen para efectos del control fiscal.

Cordialmente,

(ORIGINAL FIRMADO)

LUIS GUILLERMO CANDELA CAMPO

Director Oficina Jurídica.

Proyectó. Lucenith Muñoz Arenas.

Revisó. Juan Carlos Luna Rosero, Asesor de Gestión (E)

N.R. 2008IE32529

- ⁱ *Apuntes de Luis Prieto Sanchís, Teoría del Derecho. Editorial Trotta. pgs. 173-174.*
- ⁱⁱ *Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Curso para Jueces de la República. Hermenéutica del derecho.*
- ⁱⁱⁱ *Consejo de Estado, Sección Primera, Providencia del 26 de julio de 1998, Exp. No. 650.*