

450

Bogotá, D.C.,

PARA: **EDUARD HUMBERTO QUINTANA ARELLANO**
Alcalde Local Rafael Uribe Uribe

DE: Director de Contratación

ASUNTO: Respuesta Solicitud de Concepto Memorando Radicado No. 20226820006173.

REF: Memorando de Traslado Dirección Jurídica Radicado N° 20222100105213.

Respetado Alcalde,

En respuesta a la solicitud del asunto, procede esta Dirección a pronunciarse en los siguientes términos:

1. MARCO JURÍDICO PREVIO

Conforme con lo dispuesto en el literal m) del artículo 25 del Decreto Distrital 411 de 2016, cuyo tenor literal indica:

“Artículo 25 Dirección de Contratación. Corresponde Dirección de Contratación (sic) el ejercicio de las siguientes funciones:

m. Atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia”

Revisado el contenido de la anterior disposición, es claro que, a partir de la vigencia del citado Decreto, surge la obligación de la Dirección de Contratación, como dependencia adscrita a la Subsecretaría de Gestión Institucional de la Secretaría Distrital de Gobierno, de emitir concepto sobre los diferentes asuntos contractuales no sólo de la Secretaría, sino también de la gestión contractual de Fondos de Desarrollo Local. Sin embargo, si bien, las disposiciones normativas posibilitan el seguimiento y control de las actuaciones circunscritas a la gestión contractual de la Secretaría y los citados Fondos, la misma no debe sobrepasar los límites funcionales, las competencias y por ende las responsabilidades propias de los Alcaldes Locales como ordenadores de gasto de los recursos asignados a los Fondos de Desarrollo Local, a la luz de las disposiciones contenidas en el artículo 40 del Decreto 1421 de 1993, artículo 1 del Decreto 460 de 1993 y lo consagrado en el Decreto 768 de 2019.

En tal sentido, la Dirección de Contratación de la Secretaría Distrital de Gobierno no es competente para pronunciarse sobre la actividad contractual particular de los Fondos de Desarrollo Local, que a través de los Alcaldes Locales como autoridades delegatarias ordenan el gasto y asumen las responsabilidades propias de las decisiones que toman para la correcta ejecución de su gestión contractual.

2. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURIDICOS

Reviste especial relevancia, recalcar la disposición contenida en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que establece: *“Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en*

contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”

En tal sentido, la doctrina administrativa en Colombia frente a los conceptos ha enseñado que estos “no obligan a la administración (...) No son actos administrativos, en la medida que no adoptan decisiones, ni están llamados a producir efectos jurídicos”¹. Por su parte, el profesor Gustavo Penagos, profundizó así “los conceptos que emitan las autoridades (...) ni comprometen la responsabilidad de la entidad ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución, simplemente, por tratarse de meros conceptos, que no contienen decisiones, sino pareceres o criterios de la respectiva entidad”². El mismo autor indica que en virtud del parágrafo del artículo 57 del Decreto 2117 de 1992, solamente se pueden considerar obligatorios los conceptos emitidos por la DIAN, mediante su Subdirección Jurídica, y su desconocimiento podrá acarrear sanción disciplinaria.

Por otro lado, existe importante jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, a saber “De la formulación de consultas escritas o verbales las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y en relación con las respuestas, establecen que ellas no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución. Mediante los conceptos se absuelven consultas tanto de funcionarios como de particulares formuladas en procura de conocer, desde el punto de vista jurídico, criterios y opiniones acerca del problema consultado...” (Sección Primera, Auto mayo 6 de 1994, M.P. Yesid Rojas Serrano).

En igual sentido mediante sentencia de la Sección Segunda del 06 de febrero de 1997 radicado 7736, se sostuvo que los conceptos jurídicos “no contienen una decisión capaz de crear, modificar, ni extinguir situación jurídica de ninguna índole, ya sea de carácter general o particular”. Y otra jurisprudencia de la misma Alta Corporación fue enfática en señalar que “Fácilmente se advierte que la simple opinión de un funcionario en un caso particular, no tiene virtualidad alguna de obligatoriedad”³

En este orden de ideas, es preciso concluir que, aunque por expresa disposición normativa e imperativo jurisprudencial, a la Dirección de Contratación le ha sido asignada la función de atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia, los mismos no obligan tal como se ha argumentado con suficiencia.

3. CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO.

En primera instancia, se cita la consulta del FDL de Rafael Uribe Uribe, en los siguientes términos:

(...) “

Este Despacho procede a solicitar concepto jurídico como cabeza del sector que permita generar precisiones en el proceso que en la actualidad adelanta el FDLRUU junto al Instituto Distrital de Gestión de Riesgo y Cambio Climático (IDIGER) y el Fondo Distrital para la Gestión de Riesgos y Cambio Climático (FONDIGER), en relación si es jurídicamente viable realizar proceso de contratación y suscribir contrato con recursos amparados por certificado de disponibilidad presupuestal emitido por el FONDIGER y de igual manera, con certificado de Registro Presupuestal emitido por esta entidad sin que dichos recursos ingresen

¹ Jaime Orlando Santofimio, Tratado De Derecho Administrativo Tomo II pág. 196 y ss

² Gustavo Penagos, El Acto Administrativo, Tomo I pág. 228 y ss,

³ Consejo de Estado. Sección Cuarta, Auto Diciembre 13 de 1976.

al rubro presupuestal del Fondo de Desarrollo Local ni se encuentre suscrito un Convenio interadministrativo, en atención que a la fecha se encuentra la restricción establecida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

(...)

Teniendo en cuenta, las formas de transferencias de los recursos establecidas en el Reglamento Operativo de FONDIGER, el Director General de IDIGER por medio del oficio N. 20216810053042, señalo que para iniciar el trámite correspondiente debía realizarse un Plan de Acción para la ejecución de los recursos asignados, Plan que remitió la Alcaldía Local mediante el oficio N. 20216820486761 de 9 de julio de 2021 y aprobado por el IDIGER en pro de la necesidad de atender la emergencia del barrio Colinas.

A pesar de las diferentes reuniones y gestiones realizadas por esta Alcaldía Local a la fecha no es claro jurídicamente si la Alcaldía Local al estar adscrita a la Secretaría de Gobierno y por su naturaleza jurídica puede realizar el proceso de contratación y la ejecución contractual bajo la figura que plantean las entidades referenciadas en atención que según conocimiento de este Despacho ninguna Alcaldía Local ha realizado dicha figura de transferencia por ejecución directa del plan de acción, es decir, la forma de transferencia establecida en el numeral primero artículo 14 anteriormente referenciado, la cual está basada en un Plan de Acción donde se establece la ejecución de los recursos asignados, que una vez aprobado FONDIGER procede a expedir el certificado de disponibilidad presupuestal pero estos recursos no ingresan a rubros presupuestales del Fondo de Desarrollo Local sino que por el contrario se mantienen en el FONDIGER, sobre el CDP expedido en un principio el Fondo de Desarrollo Local inicia el proceso de contratación y una vez adjudicado, se debe comunicar al FONDIGER para que expida el certificado de registro presupuestal a nombre del Adjudicatario y dichos recursos se mantienen en la entidad de FONDIGER en toda la ejecución presupuestal y basándose en los informes rendidos por el Fondo de Desarrollo realizan los pagos a los contratistas.

En vista de lo anterior, aunque es evidente la necesidad de iniciar proceso de contratación para la realizar la consultoría de estudios y diseños y su respectiva interventoría para posteriormente adelantar el proceso de contratación de la licitación pública para la obra y su interventoría. Solicitamos de manera urgente concepto si es jurídicamente viable realizar los procesos de contratación y suscribir contrato con recursos amparados por certificado de disponibilidad presupuestal emitido por el FONDIGER y de igual manera, con certificado de Registro Presupuestal emitido por esta entidad sin que dichos recursos ingresen al rubro presupuestal del Fondo de Desarrollo Local y tampoco se encuentre suscrito un Convenio interadministrativo, en atención que a la fecha se encuentra la restricción establecida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

De otra parte, en caso de ser jurídicamente posible realizar la transferencia por ejecución directa del plan de acción ¿Cuál sería el nexo contractual entre el FDL y el IDIGER-FONDIGER dadas las circunstancias antes descritas? y ¿Cuáles podrían ser las obligaciones del FDL, del IDIGER y de los contratistas en dicho vínculo contractual? ” (...)

4. RESPUESTA A LA CONSULTA REALIZADA BAJO EL CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO.

Una vez descritos los argumentos esbozados por el consultante y transcritos parcialmente, dispone este despacho a darle respuesta a su solicitud frente a los contratos mencionados y a las observaciones descritas:

4.1. Análisis Normativo

FONDIGER -Naturaleza Jurídica-

El Fondo Distrital para la gestión de Riesgos y Cambio Climático-FONDIGER, conforme a lo establecido en el Artículo 12 del Acuerdo 546 de 2013⁴, reglamentado por el Decreto 174 de 2014, es una cuenta especial del Distrito Capital con independencia patrimonial, administrativa, financiera, contable y estadística, como lo establece el Decreto 1421 de 1993 y la ley 1523 de 2012, administrado por el IDIGER, sin personería jurídica para el cumplimiento del objeto y alcance del Sistema Distrital de Gestión de Riesgos y Cambio Climático - SDGR-CC

Su objeto general, conforme a lo establecido en el Artículo 13 del Acuerdo 546 de 2013, corresponde a obtener, recaudar, administrar, invertir, gestionar y distribuir los recursos necesarios para la operación del Sistema Distrital de Gestión de Riesgos y Cambio Climático-SDGR-CC, bajo esquemas interinstitucionales de cofinanciación, concurrencia y subsidiariedad, para el desarrollo de los procesos de gestión de riesgos y cambio climático en el Distrito Capital.

Sistema Distrital de Gestión de Riesgos y Cambio Climático

En desarrollo del Acuerdo 546 en sus artículos 2 y 3, se establece que el Sistema Distrital de Gestión de Riesgos y Cambio Climático -SDGR-CC, tiene por objeto articular las políticas, estructuras, relaciones funcionales, métodos, recursos, procesos y procedimientos de las entidades públicas y privadas, las comunidades y la ciudadanía en el ámbito de sus competencias, con el propósito común de generar sinergia en los procesos que integran la gestión de riesgos y cambio climático de Bogotá, D.C.

Aunado en lo anterior, menciona que son integrantes del SDGR-CC, todas las entidades y organismos de los sectores central y descentralizado de Bogotá, D.C., **del sector de las localidades**, y las entidades de carácter privado en las cuales tenga participación Bogotá, D.C., como accionista, asociado o fundador; y tendrán representación en el SDGR-CC las entidades públicas del ámbito nacional y regional con jurisdicción en el Distrito Capital, las organizaciones privadas con o sin ánimo de lucro y las organizaciones comunitarias y ciudadanas cuyo objeto social incluya la gestión de riesgos y/o cambio climático.

Recursos del FONDIGER

Los recursos de FONDIGER⁵, se orientan con base en las directrices que establezca el Consejo Distrital de Gestión de Riesgos y Cambio Climático, de conformidad con Plan Distrital de Gestión de Riesgos y los lineamientos distritales para la adaptación al cambio climático; éstos recursos son asignados a las entidades que conforman el SDGRD-CC, por parte de la Junta Directiva del FONDIGER a través de subcuentas de Conocimiento del Riesgo y de los Efectos del Cambio Climático, Reducción del Riesgo, Manejo de Emergencias, Calamidades y/o Desastres, Adaptación al Cambio Climático, Protección Financiera y Recuperación⁶.

⁴ ACUERDO 546 DE 2013 “Por el cual se transforma el Sistema Distrital de Prevención y Atención de Emergencias -SDPAE-, en el Sistema Distrital de Gestión de Riesgo y Cambio Climático-SDGR-CC, se actualizan sus instancias, se crea el Fondo Distrital para la Gestión de Riesgo y Cambio Climático “FONDIGER” y se dictan otras disposiciones”

⁵ Acuerdo 546 DE 2013 - Artículo 13 Parágrafo.

⁶ Acuerdo 546 DE 2013 - Artículo 15 Parágrafo.

Al respecto mediante Circular 05 del 30 de diciembre de 2021, el Director del IDIGER, estableció lineamientos para la ejecución de recursos y trámite de cierre de los planes de acción financiados con recursos asignados por la junta directiva del FONDIGER en el marco del reglamento operativo –Acuerdo N° 002 de 2019:

(...) “En este sentido, mediante acto administrativo, denominado Acuerdo, la Junta Directiva del FONDIGER realiza la incorporación de recursos en las subcuentas existentes y a su vez efectúa la asignación de los mismos a las entidades que conforman el SDGRCC, conforme con las directrices del Consejo Distrital para la Gestión de Riesgos y Cambio Climático y las establecidas en el PDGR-CC, determinando el objeto de dicha asignación. En este orden de ideas, el Director del IDIGER, comunica a las entidades beneficiarias la asignación efectuada por la Junta Directiva, indicando el mecanismo, por medio del cual pueden ser transferidos, los cuales de conformidad con el artículo 14 del Acuerdo 002 de 2019 - Manual Operativo, de Administración y Manejo de los recursos del Fondo Distrital para la Gestión de Riesgos y Cambio Climático de Bogotá D.C. - FONDIGER, son:

1. Transferencia por ejecución directa de plan de acción: Las entidades ejecutoras deben elaborar y suscribir el plan de acción y de acuerdo con este ejecutarán los recursos. Es de señalar que, de acuerdo con esta modalidad, el valor asignado sigue estando en la fiducia pública que administra los recursos del FONDIGER y en ese sentido los CDPS y RPS son expedidos por el IDIGER, como administrador del FONDIGER cuando la entidad ejecutora lo requiera; sin embargo, todos los procesos precontractuales, contractuales y pos contractuales se realizan desde cada una de las entidades ejecutoras de acuerdo con la normatividad aplicable para cada una de ellas.

2. Transferencia de los recursos a la entidad ejecutora: Se efectúa el traslado de los recursos asignados por la Junta Directiva a la cuenta bancaria que indique la entidad ejecutora, hecho que ocurre con posterioridad a la suscripción del plan de acción. Estos recursos son ejecutados desde la entidad, el FONDIGER para este caso no efectúa ninguna operación financiera razón por la cual los rendimientos que generen los recursos transferidos, así como los saldos que resulten de los mismos, deben ser reintegrados al FONDIGER.

3. Convenio interadministrativo de transferencia: Contempla la opción uno y dos antes mencionadas, la diferencia es que para su desarrollo media un convenio interadministrativo de transferencia a solicitud de la entidad ejecutora, el cual funge como una formalidad de la asignación realizada por la Junta, en el que se establece la forma de la transferencia de los recursos, pues bien puede ser ejecución de los mismos de acuerdo a un plan de acción sin que los recursos salgan de la Fiducia pública (opción uno) o transfiriéndolos de manera total o por fases a la cuenta que determine la entidad ejecutora (opción dos). Es de indicar que, en cualquiera de las dos opciones, las entidades deben elaborar y suscribir el plan de acción y conforme a éste se ejecutarán los recursos.

Es entonces que frente al mecanismo de “Transferencia por ejecución directa”, la cuantía aprobada o valor asignado en el plan de acción presentado por la entidad ejecutora (*Alcaldía Local de Rafael Uribe Uribe*), están incorporados en una fiducia pública administrada por el FONDIGER, por ende los CDPS y RPS son expedidos por IDIGER como administrador; y por otro lado la entidad ejecutora se obliga bajo este mecanismo a adelantar los procesos precontractuales, contractuales y postcontractuales a cargos de los recursos incluidos en la fiducia.

Frente a la ejecución de los recursos asignados, la entidad ejecutora es la responsable del adecuado manejo y ejecución de estos, y en consecuencia, su representante legal en nuestro caso (*Alcalde/ sa Local*), es el responsable de los aspectos precontractuales, contractuales, de pagos y poscontractuales gozando de plena autonomía para el desarrollo de sus proyectos⁷.

En referencia al régimen de contratación para la ejecución de los recursos asignados, en el Artículo 12 del Acuerdo 002 de 2019 de la Junta Directiva del FONDIGER, contempla lo siguiente:

⁷ Artículo 11 del Acuerdo 002 de 2019 “Por medio del cual se expide el Reglamento Operativo, de Administración y Manejo de los recursos del Fondo Distrital para la Gestión de Riesgos y Cambio Climático de Bogotá D.C. - FONDIGER”

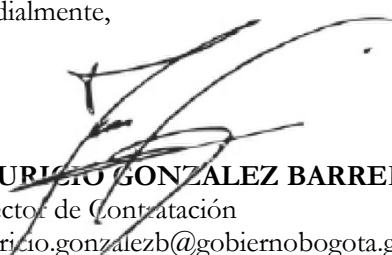
(...) “Artículo 21 ° - Del régimen de contratación. El Fondo Distrital para la Gestión de Riesgos y Cambio Climático se someterá al régimen de contratación de la administración pública. En situaciones de desastre y/o calamidad pública declarada, tanto el IDIGER como las entidades ejecutoras de los recursos del FONDIGER se someterán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con sujeción al régimen especial dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 20017 y podrán contemplar cláusulas excepcionales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y las disposiciones establecidas en la Ley 1523 de 2012.” (...) (Subrayado fuera de texto).

Con base en las anteriores premisas y de acuerdo con el mecanismo de *Transferencia por ejecución directa de plan de acción* se entiende que de acuerdo al Plan de Acción aprobado por la Junta Directiva del IDIGER, la entidad ejecutora deberá iniciar a cargo del presupuesto asignado, el proceso precontractual de acuerdo con la normatividad contractual vigente.

En los términos anteriores se emite el presente concepto, tomando como base la información que fue remitida electrónicamente a la Dirección de Contratación, y para la toma de decisiones exclusivamente de la órbita de las competencias de la Alcaldía Local, y es su responsabilidad acoger el contenido del presente concepto de forma total, parcial o negativamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Esperamos de esta forma haber dado respuesta a la solicitud no sin antes señalarle que, cualquier otra inquietud sobre el particular con gusto estaremos dispuestos a atenderla.

Cordialmente,



MAURICIO GONZALEZ BARRERO

Director de Contratación

mauricio.gonzalezbar@gobiernobogota.gov.co

Elaboró: John Alexander Chalarca Gómez – Abogado Dirección de Contratación

