

MEMORANDO

450

Bogotá, D.C.,

PARA: LIZETH JAHIRA GONZALEZ VARGAS
Alcaldesa Local de Bosa**DE: Director de Contratación****ASUNTO: Concepto Jurídico – Respuesta Memorando N° 20225700001023.**

Respetada Alcaldesa:

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).

También, 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.

1. CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO.

En primera instancia, cabe iniciar citando la consulta del FDL de Bosa, en los siguientes términos:

(...) “Ahora bien, para el caso puntual, la solicitud versa en determinar si es procedente, teniendo en cuenta la naturaleza de la Junta Administradora Local -JAL, designar como apoyo a la supervisión al Presidente de la corporación, a la luz de los lineamientos previamente citados, a fin de apoyar con el correcto ejecución de los contratos de persona naturales asignados a la corporación, teniendo en cuenta que para tal caso el Manual de Supervisión e Interventoría, Código: GCO-GCI-M004 establece unas características mínimas para este rol:

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.

CRITERIO TÉCNICO, para discernir entre distintas alternativas que permitan ejecutar eficientemente el contrato o convenio.
CAPACIDAD DE ORGANIZACIÓN, para planificar, estructurar y ejecutar todos los controles y verificaciones que se deben adelantar para garantizar el cumplimiento del objeto y las obligaciones contractuales, en la debida oportunidad y con las calidades exigidas, y principalmente, para vigilar de manera eficiente la ejecución presupuesta/ del contrato.
EXPERIENCIA, para enfrentar con conocimiento y habilidad las situaciones propias de la dinámica del contrato o convenio.
PROFESIONALISMO Y ÉTICA, para cumplir con todas las obligaciones que asume con su designación, acudiendo a los criterios propios de su formación profesional y/o técnica, en el servicio objeto de la contratación.
HONESTIDAD, para actuar de acuerdo con los valores de la verdad y la justicia y privilegiando siempre los criterios objetivos frente a cualquier consideración de tipo subjetivo.

Por lo anterior y, para el oportuno cumplimiento de estos lineamientos, de manera atenta y respetuosa solicito a su Dirección, emitir concepto respecto a la oportunidad de designar como apoyo a la supervisión en los Fondos de Desarrollo Local directamente al presidente de la Junta Administradora Local JAL, para el correcto control, seguimiento y apoyo en el desarrollo de un contrato con persona natural. (...)"

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

Una vez descritos los argumentos esbozados por el consultante y transcritos en su totalidad, dispone este despacho a darle respuesta a su inquietud, la cual nos permitimos citar concretamente de la siguiente manera:

4.1. Análisis Normativo y Jurisprudencial

Supervisión de los Contratos Estatales

El seguimiento de la ejecución del contrato para su dirección, control y vigilancia de su correcto cumplimiento es un deber legal que permite a las entidades estatales tomar medidas orientadas a la satisfacción de los fines de la contratación, dentro de las cuales se encuentra la posibilidad de pactar y ejercer las cláusulas exorbitantes en algunos supuestos, la designación de una supervisión o la contratación de una interventoría para vigilar la ejecución del contrato y la facultad de pactar e imponer multas, cláusula penal o hacer efectivas las garantías del contrato, previa declaratoria de incumplimiento de las obligaciones del contrato, en aras de lograr la satisfacción de las necesidades de bienes, obra o servicios que se pretenden suplir con la celebración de los contratos estatales.

De acuerdo a esa obligación legal, la Ley 1474 de 2011 enmarcó el seguimiento, control y vigilancia de la ejecución del contrato estatal dentro del principio de moralidad administrativa; el artículo 83 estableció que “*con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.*” El legislador además definió las nociones de supervisión e interventoría, como mecanismos que pueden usar las entidades estatales para vigilar el contrato, en estos términos:

(...) “La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen.

No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.” (...)

De acuerdo con la anterior norma, la supervisión la realizará directamente la entidad estatal a través de sus empleados cuando no requiera conocimientos especializados. No obstante, cuando lo amerite el respectivo caso, podrá contratar personal de apoyo, para que le brinde el soporte requerido al Supervisor del contrato a través de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con el objeto de realizar adecuadamente su labor de supervisión que en todo caso estará a cargo del Supervisor respectivo.

Designación del Supervisor

Ahora bien, en cuanto a la designación del supervisor, el Manual de Supervisión e Interventoría de la Secretaría de Gobierno⁴, menciona:

(...) “La designación del supervisor debe recaer en una persona idónea, con conocimientos, experiencia y perfil apropiado al objeto de la supervisión. Para tal efecto, el servidor público responsable de designar al Supervisor deberá tener en cuenta que el perfil profesional de la persona designada o seleccionada se ajuste al objeto del contrato, así como la disponibilidad y logística para desarrollar las funciones; para los eventos en que se contrate la interventoría, el proceso de selección debe recaer en una persona natural o jurídica idónea, con conocimientos, experiencia y perfil apropiado al objeto del contrato y de la interventoría.

La persona que desarrolla estas actividades de control y vigilancia deberá conocer con precisión y detalle el alcance de sus obligaciones, cada uno de los elementos y características del objeto contractual, el ámbito jurídico, técnico y financiero dentro del cual debe desarrollarse el contrato y sus requisitos, las condiciones del contrato, tales como: plazo, calidad de los bienes a suministrar, de los servicios a prestar o de las obras a realizar, precio total o unitario, forma de pago, requisitos para el pago, formas de comprobación de calidades y características de los bienes, los servicios, de los materiales empleados o de la verificación de las cantidades según fuere el caso, vigencia de garantías.” (...)

Además de lo mencionado, respecto a la supervisión en el nivel local se menciona:

En cuanto a las labores de supervisión, consistentes en controlar, colaborar, vigilar, exigir, prevenir solicitar y evaluar la ejecución de los contratos, en sus aspectos legales, administrativos, técnicos, financieros y contables, debe ser desarrollada por la persona que designe el ordenador del gasto, dado que como se observó, él es quien responde por la debida ejecución de los recursos públicos asignados al contrato y en este sentido, para el caso de contratos en curso con supervisor asignado, deberá evaluar la pertinencia de mantener o cambiar el supervisor designado.

⁴ http://gaia.gobiernobogota.gov.co/sites/default/files/sig/manuales/2-gco-gci-m004_v4_0.pdf

Alcaldías Locales – Estructura Organizacional

Al respecto el artículo 6 del Acuerdo 740 de 2019⁵ establece:

ARTÍCULO 6.- Misión de la Alcaldía Local. *La Alcaldía Local es una dependencia de la Secretaría Distrital de Gobierno responsable de las competencias asignadas a los Alcaldes Locales. En este sentido, se ocupa de facilitar la acción del Distrito Capital en las localidades y ejecutar las funciones delegadas por el Alcalde Mayor, o desconcentradas según las disposiciones legales, en cumplimiento de los fines del Distrito Capital.* (Subrayado fuera de texto).

Además de lo mencionado, los alcaldes(as) tiene entre sus competencias asignadas, la de Administrar las alcaldías locales y los Fondos de Desarrollo Local, en consonancia con los principios de concurrencia, subsidiariedad, complementariedad y coordinación.

Juntas Administradoras Locales – Naturaleza Jurídica

Las JAL son una institución de origen constitucional; cabe advertir que no obstante lo anterior, de acuerdo con lo señalado por la propia Constitución y a lo prescrito por el Decreto Ley 1421 de 1993, para Bogotá existe un régimen especial que fija algunas particularidades al respecto.

Las Juntas Administradoras Locales son órganos colegiados que tiene como objetivo “mejorar la prestación de los servicios y asegurar la participación de la ciudadanía en el manejo de los asuntos públicos de carácter local...”.

Sus funciones están consagradas igualmente a nivel constitucional en el artículo 318 de la Carta Superior y a nivel distrital, concretamente, en el artículo 69 del Decreto Ley 1421 de 1993- **Modificado por el art. 8, Ley 2116 de 2021.**

Sobre la naturaleza del cargo, la Corte Constitucional en sentencia C- 715 de 1998, señaló:

"...que si bien es verdad que los ediles de las Juntas Administradoras Locales, como integrantes de estas Corporaciones Públicas son servidores públicos conforme a lo dispuesto por el artículo 123 de la Constitución Nacional, no tienen, sin embargo, la categoría de empleados públicos, a los que se refiere el artículo 122 de la Carta Política, pues estos últimos son vinculados por una relación legal o reglamentaria, al paso que aquellos ostentan su investidura en virtud de una elección popular, aun cuando tienen en común que, unos y otros están al servicio del Estado y de la comunidad." (Negrilla fuera de texto)

De otra parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado mediante concepto radicado 1359 de 05 de julio de 2001, conceptuó:

"Estas juntas son corporaciones públicas, cuerpos de representación elegidos por el pueblo, que participan en la elaboración de planes y programas, de propuestas de inversión, que tienen funciones de vigilancia y control de la gestión pública, etc. -, y hacen parte de la administración municipal o distrital; obligadas por tanto a cumplir, en todas sus atribuciones, incluidas las electorales, las normas constitucionales de manera prevalente, entre ellas, el artículo 263 constitucional, que prevé el empleo del sistema del cuociente electoral siempre que estas corporaciones voten por dos o más individuos. A esta conclusión se llega del análisis

⁵ ACUERDO 740 DE 2019 “Por el cual se dictan normas en relación con la organización y el funcionamiento de las localidades de Bogotá, D.C.” **Reglamentado por el Decreto Distrital 768 de 2019** y este modificado y adicionado por el **DECRETO 168 DE 2021**

de los artículos 40, 148, 260, 261, 291 de la Constitución Política, 119 a 135 de la ley 136 de 1994, 64 a 83 del decreto 1421 de 1993 y 48 de la ley 617 de 200, así como de la naturaleza, atribuciones, funcionamiento - reuniones, sesiones, quórum, etc. - de las juntas administradoras locales, forma de elección de los ediles, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, prohibiciones y honorarios de los mismos." (Negrilla fuera de texto)

De las consideraciones expuestas, se precisa que, las Juntas Administradoras Locales (JAL) no hacen parte de la estructura de la Secretaría de Gobierno y por ende de las Alcaldías Locales, por tal razón y en el caso en particular el Fondo de Desarrollo Local de Bosa no cuenta con un marco normativo que le habilite la competencia y facultad de designar como supervisor a un integrante del cuerpo colegiado.

Por lo anterior se recomienda designar a un funcionario de la alcaldía como apoyo a la supervisión de acuerdo a lo establecido en las normas contractuales vigentes.

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.gonzalezbb@gobiernobogota.gov.co

Elaboró: John Alexander Chalarca Gómez – Abogado Dirección de Contratación

