

450

Bogotá, D.C.,

PARA: **OSCAR YESID RAMOS CALDERON**
Alcalde Local de Chapinero

DE: Director de Contratación

ASUNTO: Respuesta Solicitud de Concepto Memorando Radicado No. 20225220007253

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 Chapinero, en los siguientes términos:

(...)

En razón de la Resolución 0253 del 14 de junio de 2018, Por la cual se conforma y reglamenta el Comité de Contratación para las Alcaldías Locales y se dictan otras disposiciones” teniendo en cuenta que en la integración del comité estipulada en el artículo 2:

ARTÍCULO 2o. INTEGRACIÓN. El Comité de Contratación de cada una de las Alcaldías Locales estará integrado por los siguientes funcionarios, así:

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.

1. El Ordenador del Gasto, quien lo presidirá, con voz y sin voto.
2. El Profesional Especializado Código 222 Grado 24 del Área Gestión del Desarrollo - Administrativa y Financiera.
3. El Profesional Universitario Código 219 Grado 18 del Área Gestión del Desarrollo- Abogado del Fondo de Desarrollo Local.
4. El Profesional Universitario del Área Gestión del Desarrollo - Planeación que cuente con el Código y Grado más alto. Si existiere más de uno será el que designe el Ordenador del Gasto.
5. El Profesional Universitario Código 219 Grado 15 del Área Gestión del Desarrollo -Presupuesto.
6. El Profesional Universitario Código 219 Grado 15 del Área Gestión del Desarrollo- Contador.

PARÁGRAFO 1 o. El Comité no podrá sesionar sin la presencia del Ordenador del Gasto.

PARÁGRAFO 2o. En los casos en que los funcionarios señalados en los numerales 2 al 6 del presente artículo no se encuentren en el ejercicio de sus funciones, serán reemplazados temporal o definitivamente por quienes hayan sido designados para ejercer en encargo las funciones del respectivo empleo.

Debido a que en la actualidad el Fondo solo cuenta con los siguientes integrantes:

1. El Ordenador del Gasto quien lo presidirá, con voz y sin voto.
2. El Profesional Especializado Código 222 Grado 24 del Área Gestión del Desarrollo -Administrativa y Financiera.
3. El Profesional Universitario del Área Gestión del Desarrollo - Planeación que cuente con el Código". (...)

Sin embargo, en el Fondo de Desarrollo Local de Chapinero, el profesional Código 222 Grado 24 del Área Gestión del Desarrollo -Administrativa y Financiera, tendrá las funciones del Profesional Universitario Código 219 Grado 15 del Área Gestión del Desarrollo -Presupuesto por motivo de vacaciones del mismo.

En razón de ello, se eleva consulta en la cual se solicita se especifique al Fondo si dicho encargo le permite el encargado hacer recomendaciones y fungir como integrante en los 2 cargos, o su intervención será únicamente en su cargo como Profesional Especializado Código 222 Grado 24 del Área Gestión del Desarrollo -Administrativa y Financiera, Por lo que se eleva la presente consulta, con la finalidad de saber si es posible adelantar comité de contratación.

4. 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 solicitud:

4.1. Consideraciones Jurídicas

Comité de Contratación

De acuerdo con al Manual de Contratación de la entidad⁴, el Comité de Contratación se define como el órgano interno y oficial de la Secretaría Distrital de Gobierno y de las Alcaldías Locales, creado para efectos de asesorar

⁴ <http://gaia.gobiernobogota.gov.co/proceso/gesti%C3%B3n-corporativa-institucional>

al ordenador(a) del gasto dentro del ámbito de la actividad contractual de la Entidad, así como se constituye un escenario interdisciplinario para el debate argumentado respecto de las diferentes posturas y análisis en relación con aspectos de orden jurídico, económico, financiero, ambiental, técnico y de riesgo asociados con la contratación.

Es así y para las Alcaldías Locales, mediante **Resolución N° 253 de 2018** expedida por la Secretaría Distrital de Gobierno se conforma y reglamenta el Comité de Contratación, el cual constituye una instancia de consulta, de los ordenadores del gasto con cargo al presupuesto de los Fondos de Desarrollo Local.

Frente a la integración del Comité de Contratación en su artículo 2 establece:

“ARTÍCULO 2o. INTEGRACIÓN. El Comité de Contratación de cada una de las Alcaldías Locales estará integrado por los siguientes funcionarios, así:

1. El Ordenador del Gasto, quien lo presidirá, con voz y sin voto.
2. El Profesional Especializado Código 222 Grado 24 del Área Gestión del Desarrollo - Administrativa y Financiera.
3. El Profesional Universitario Código 219 Grado 18 del Área Gestión del Desarrollo- Abogado del Fondo de Desarrollo Local.
4. El Profesional Universitario del Área Gestión del Desarrollo - Planeación que cuente con el Código y Grado más alto. Si existiere más de uno será el que designe el Ordenador del Gasto.
5. El Profesional Universitario Código 219 Grado 15 del Área Gestión del Desarrollo – Presupuesto.
6. El Profesional Universitario Código 219 Grado 15 del Área Gestión del Desarrollo- Contador.

PARÁGRAFO 1 o. El Comité no podrá sesionar sin la presencia del Ordenador del Gasto.

PARÁGRAFO 2o. En los casos en que los funcionarios señalados en los numerales 2 al 6 del presente artículo no se encuentren en el ejercicio de sus funciones, serán reemplazados temporal o definitivamente por quienes hayan sido designados para ejercer en encargo las funciones del respectivo empleo.

Teniendo en cuenta que el Comité está conformado por seis (6) integrantes, de los cuales uno de ellos (El Ordenador del Gasto,) el cual lo preside teniendo voz, pero sin voto, serán cinco (5) integrantes lo que podrán deliberar y emitir su voto dentro del comité.

En consecuencia, el quórum⁵ será válido para sesionar, con la presencia de la mitad más uno de sus integrantes con derecho a voto y así las decisiones que se tomen dentro del comité serán válidas.

Ahora bien, de acuerdo con lo manifestado por el FDL de Chapinero, uno de los integrantes del Comité de Contratación. el profesional 222 Grado 24 del Área Gestión del Desarrollo -Administrativa y Financiera, tendrá las funciones del Profesional Universitario Código 219 Grado 15 del Área Gestión del Desarrollo -Presupuesto por motivo de vacaciones, al respecto frente a la situación administrativa del encargo y/o asignación de funciones se manifiesta lo siguiente:

Situaciones Administrativas –Encargo–.

Al respecto el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004, establece:

⁵ ARTÍCULO 9o. QUÓRUM. El Comité sesionará válidamente con la presencia de la mitad más uno de sus integrantes con derecho a voto, y adoptará decisiones válidas con la mitad más uno de los votos favorables de los integrantes con derecho a voto presentes en la sesión. En caso de empate, el Presidente del Comité lo dirimirá.

“ARTÍCULO 24. Encargo. Modificado por art. 1, Ley 1960 de 2019. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en este si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.” (Subraya fuera de texto).

A su vez, el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, señala:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.41 Encargo. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.” (Subraya fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, el encargo es una figura eminentemente transitoria que se erige como una herramienta con la que cuenta la administración para evitar que las funciones propias del empleo cuyo titular está ausente, se incumplan.

Es así, y en relación con la **asignación de funciones**, el Decreto 1083 de 2015 Único Reglamentario del Sector de la Función Pública, también establece:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.52 Asignación de funciones. Cuando la situación administrativa en la que se encuentre el empleado público no genere vacancia temporal, pero implique separación transitoria del ejercicio de sus funciones o de algunas de ellas, el jefe del organismo podrá asignar el desempeño de éstas a otro empleado que desempeñe un cargo de la misma naturaleza.” (Subraya fuera de texto).

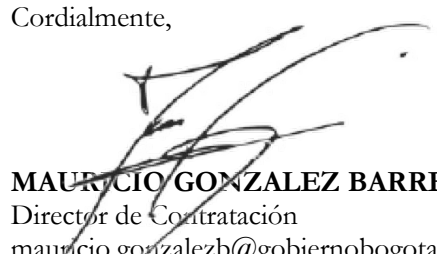
En los términos de la normativa transcrita, cuando la situación administrativa en la que se encuentre el empleado público no genere vacancia temporal, pero implique separación transitoria del ejercicio de sus funciones o de algunas de ellas, el jefe del organismo podrá asignar el desempeño de éstas a otro empleado que desempeñe un cargo de la misma naturaleza; es decir, que dichas funciones deben hacer referencia a las funciones propias del cargo que se desempeña por el funcionario a quien se asignan, y dentro de los límites que establece la Constitución y la ley, teniendo en cuenta las competencias y el perfil requerido en el Manual de Funciones de la Secretaría de Gobierno.

En conclusión, teniendo en cuenta que mediante acto administrativo se asignaron funciones al profesional 222 Grado 24 del Área Gestión del Desarrollo -Administrativa y Financiera, del cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 15 del Área Gestión del Desarrollo -Presupuesto, por la separación temporal por vacaciones, el profesional encargado en funciones podrá fungir y votar en los dos (2) cargos dentro del Comité de Contratación.

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.gonzalezbarb@gobiernobogota.gov.co

Elaboró: John Alexander Chalarca Gómez – Abogado Dirección de Contratación

