

MEMORANDO

450

Bogotá, D.C.,

PARA: MANUEL CALDERÓN RODRIGUEZ
Director para la Gestión de Desarrollo Local

DE: Director de Contratación

ASUNTO: Respuesta Solicitud de Concepto Memorando N° Radicado 20222100199203

Respetado Director,

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

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.

1. 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.

2. CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO.

En primera instancia, se cita la consulta de la Dirección para la Gestión de Desarrollo Local, en los siguientes términos:

(...)

La Dirección para la Gestión del Desarrollo Local se permite elevar a su despacho solicitud de concepto en „virtud de tener la claridad jurídica si las entidades descentralizadas indirectas, sector descentralizado por servicios, sector central de la Presidencia de la República, para fines de vinculación con entidades públicas del orden nacional, regional o local, pueden ser consideradas entidades estatales conforme el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, y por consiguiente es posible gestionar la celebración de convenios o contratos

¹ Jaime Orlando Santoofimio, 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.

del sector Administrativo de Planeación Nacional", el cual señala que, la modalidad de selección para la interadministrativos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.4. del Decreto 1082 de 2015 "por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional", el cual señala que la modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa y en consecuencia, es viable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto"; siendo posible contratar directamente con otras entidades estatales incluidas las del orden territorial" (...)

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

Una vez transcrita la solicitud por parte del consultante, dispone este despacho a darle respuesta a su solicitud:

4.1. Análisis Normativo y Jurisprudencial

Concepto - Entidades Descentralizadas Indirectas

La descentralización como forma de organización administrativa que permite la transferencia de competencias a organismos distintos del Estado, puede ser territorial, especializada o por servicios y por colaboración. Al respecto se define: i) *La territorial* se da cuando se otorgan competencias o funciones administrativas a las entidades territoriales para que las ejerzan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad; ii) *la especializada o por servicios* dichas competencias se conceden a entidades creadas para ejercer una actividad determinada y la llamada por iii) *colaboración* se presenta cuando personas privadas ejercen funciones administrativas.

Como concepto de *entidades descentralizadas*⁴ se establece como las personas jurídicas creadas por el Estado para el logro de los fines que le son propios y la adecuada atención de las necesidades generales de los asociados; son producto de la llamada descentralización *especializada o por servicios*. Estas entidades pueden ser directas o indirectas.

De acuerdo a lo anterior tomamos como definición la establecida por el Consejo de Estado⁵:

(...) "*Son entidades descentralizadas directas aquellas cuya creación es obra de la ley, la ordenanza o el acuerdo; **en tanto que las descentralizadas indirectas, son las que surgen por la voluntad asociativa de los entes públicos entre sí o con la intervención de particulares, previa autorización legal.***"

⁴ La Ley 489 de 1998- ARTÍCULO 68. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio."

⁵ Consejo de Estado - Radicación número: 1291 Consejero Ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO (26) de octubre (2000).

De acuerdo al concepto anterior, La Ley 489 de 1998 regula en forma expresa tres tipos de entidades descentralizadas indirectas, esto es, las que surgen por la voluntad asociativa de las entidades públicas entre sí o con la intervención de particulares, y establecidas en los artículos 94, 95 y 96:

(...) **“ARTICULO 94. ASOCIACION DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO-** Las empresas y sociedades que se creen con la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales se rigen por las disposiciones establecidas en los actos de creación, y las disposiciones del Código de Comercio.

(...) **ARTICULO 95. ASOCIACION ENTRE ENTIDADES PUBLICAS.** Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal.

(...) **“ARTÍCULO 96.- Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares.** Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

En este sentido, son entidades estatales que deben necesariamente adscribirse a un ente u organismo del nivel nacional o territorial, según lo determine el acto de creación en virtud de lo dispuesto en el artículo 50 de esta misma ley⁶.

De la misma manera, la Corte Constitucional, en la sentencia C-230 de 1995 sostuvo⁷:

(...) “Las referidas corporaciones y fundaciones de participación mixta han sido reconocidas en nuestro derecho como entidades descentralizadas indirectas, es decir, constituyen modalidades de la descentralización por servicios. Por lo tanto, son entes que poseen una vinculación con el Estado en cuanto participan en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquél al asociarse a ellas le entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos.” (...)

Entonces las entidades descentralizadas indirectas del orden territorial, desarrollan actividades de interés público; tienen en su conformación aportes públicos y pueden ejecutar recursos de igual naturaleza en desarrollo de su objeto.

De acuerdo con los conceptos planteados podemos indicar que, las entidades descentralizadas indirectas, debido al régimen jurídico que en general les ha conferido la ley, son más próximas al derecho privado que al derecho público. Esta circunstancia, sin embargo, no las despoja de su carácter público ni de su pertenencia a la administración pública (en la cual han tenido origen), así sea en virtud de una relación de vinculación

⁶ ARTICULO 50. CONTENIDO DE LOS ACTOS DE CREACION. La ley que disponga la creación de un organismo o entidad administrativa deberá determinar sus objetivos y estructura orgánica, así mismo determinará el soporte presupuestal de conformidad con los lineamientos fiscales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-230 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

administrativa no directa. Por esta circunstancia están sujetas a control administrativo en los términos del artículo 103⁸ y siguientes de la Ley 489 de 1998. Vale agregar que la ubicación de los artículos 94, 95 y 96 en el Capítulo XIII de la Ley 489 de 1998, que se denomina “Entidades descentralizadas”, claramente coloca las entidades descentralizadas indirectas, de cualquier grado, dentro de la estructura de la administración pública, y les atribuye un carácter público.

Convenios o Contratos Interadministrativos

El Decreto 1082 de 2015, “*Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional*”, definió a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales⁹. De esta manera, los convenios o contratos interadministrativos, nominados así en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico o subjetivo, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Frente a la celebración de este tipo de convenios o contratos con entidades exceptuadas, Colombia Compra Eficiente mediante concepto C-347 de 2021 menciona lo siguiente:

(...) “Ahora bien, el hecho de que estos negocios jurídicos estén previstos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues bien puede una entidad estatal de Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal exceptuada de esta y con régimen especial de contratación y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo, conforme se establece en el literal c), numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 –modificada por los artículos 92 y 95 de la Ley 1474 de 2011–:

Artículo 2°. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

[...]

»4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa solamente procederá en los siguientes casos:

[...]

»c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

» Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que

⁸ ARTICULO 103. TITULARIDAD DEL CONTROL. El Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y los ministros y directores de Departamento Administrativo, ejercerán control administrativo sobre los organismos o entidades que conforman la Administración Pública.

⁹Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y, en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo.

En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.

En efecto, la regla contenida en el numeral 4 –literal c., inciso tercero– indica que en los casos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará sometida a dicha ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de la actividad de la entidad ejecutora.” (...)

(Subrayado y negrilla fuera de texto).

En síntesis, la Ley 1150 de 2007 en su artículo 2 -Numeral 4 - literal (C), establece que las entidades estatales pueden celebrar directamente contratos o convenios interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, y del cual se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública, cuando las ejecutoras de estos sean las entidades estatales allí previstas –instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras, caso en el cual deben contratarse mediante procesos competitivos de licitación pública o selección abreviada.

Las anteriores consideraciones permiten inferir que, según el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, los convenios y contratos interadministrativos son acuerdos estatales independientemente del régimen de contratación al que estén sometidas las partes entre quienes se celebra o de las normas por las que deba regirse su ejecución, siempre que se suscriban entre entidades que ostenten la calidad de estatales o de derecho público.

Ahora bien y de acuerdo con lo consultado, se debe concluir si las entidades descentralizadas indirectas pueden o no suscribir convenios o contratos interadministrativos de manera directa con una entidad pública, al respecto se puede indicar que:

De conformidad con lo expresado, las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales que sean las ejecutoras, deberán someterse a procesos competitivos de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos o mínima cuantía. En tal sentido, no se enmarcan en el supuesto de la norma otro tipo de entidades descentralizadas indirectas como por ejemplo las asociaciones conformadas entre entidades públicas y personas jurídicas particulares.

Por ende, es imprescindible verificar la clase de entidad descentralizada indirecta, para establecer si la modalidad de contratación será la directa a través de un contrato interadministrativo o a través de un proceso competitivo bajo las modalidades de licitación pública o selección abreviada.

Asociaciones y Fundaciones entre Entidades Públicas con Participación de Particulares.

Como lo hemos mencionado el Artículo 96 de la ley 498 del 1998, permite la constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares, las cuales son catalogadas como entidades descentralizadas indirectas y por ende hacen parte de la estructura del estado.

En cuanto a la pertenencia de las entidades de participación mixta a la estructura del Estado, la Corte Constitucional en sentencia C-230 de 1995 afirmó:

*(...) “Las referidas **corporaciones** y fundaciones **de participación mixta** han sido reconocidas en nuestro derecho como **entidades descentralizadas indirectas**, es decir, constituyen modalidades de la descentralización por servicios. Por lo tanto, son entes que poseen una vinculación con el Estado **en cuanto participan en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquél al asociarse a ellas les entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos.***

*Es más, dichas entidades **por manejar bienes y recursos públicos, cumplir funciones públicas y constituir formas de la descentralización por servicios, pueden considerarse partes agregadas o vinculadas a la estructura principal de la administración nacional**” (...)*

Por último, dada la ya explicada condición de este tipo de entidades descentralizadas indirectas, y la cual no hace parte de la excepción establecida en la Ley 1150 de 2007 en su artículo 2 -Numeral 4 - literal (C); podrán celebrarse convenios o contratos interadministrativos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.4. del Decreto 1082 de 2015 “*por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional*”, el cual señala que, “La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

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

