

450

Bogotá, D.C.,

PARA: INDI IAKU SIGINDIOY CHINDIOY
Subdirector de Asuntos Étnicos

DE: Director de Contratación

ASUNTO: Concepto Jurídico – Respuesta Memorando N° Radicado No. 20213400402153

Respetado Subdirector,

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 gerentes de proyecto de inversión, Supervisores Contractuales, o 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.

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, cabe iniciar citando la consulta de la Subdirección de Asuntos Étnicos, en los siguientes términos:

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.

(...) “En el marco del cumplimiento del Plan Integral de Acciones Afirmativas – PLAA se firmaron compromisos emanados del artículo 66 del Acuerdo 761 del 11 de junio de 2020, “Por medio del cual se adopta el Plan de desarrollo económico, social, ambiental y de obras públicas del Distrito Capital 2020-2024 “Un nuevo contrato social y ambiental para la Bogotá del siglo XXI”, con el pueblo Gitano para “Garantizar (1) espacio de atención diferenciada y participación para el Pueblo Gitano de Bogotá, para promover el goce de derechos de este grupo étnico y mitigar afectaciones al tejido social.* En arriendo o compra dependiendo del concepto jurídico para la compra por un valor de \$209.000.000.00 para las vigencias 2021, 2022 y 2023.

Como usted entenderá, desde el concepto de territorio y territorialidad para nuestros grupos étnicos la certeza de propiedad es muy relevante y en los gitanos no es la excepción, con lo anterior queremos aclarar que ellos consideran de gran relevancia que la asignación de la casa Gitana sea específica y perdure en el tiempo, no dependiente del pago de arriendo, considerando también que por su condición de víctimas cuentan con el Decreto 4634 de 2011 que dictó medidas de reparación colectiva en donde se establece un espacio de atención diferenciada.

Teniendo en cuenta lo anterior y acorde al espíritu de la Ley 489 de 1998 y la Ley 80 de 1993 queremos realizar las siguientes consultas para que se profiera un concepto jurídico:

1. ¿Hay antecedentes de adquisición de bienes inmuebles por parte de la Secretaría Distrital de Gobierno?
2. ¿Se han adquirido inmuebles para su puesta al servicio de otros grupos étnicos?
3. ¿Es viable jurídicamente en este momento la adquisición de un bien inmueble por parte de la SDG para ponerlo a disposición del Pueblo Gitano?
4. ¿Qué figuras jurídicas se han utilizado?
5. ¿Qué actores o dependencias institucionales son los pertinentes para llevar a buen término el proceso de adquisición y posterior administración de estos bienes inmuebles? “(...)

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 la Dirección de Contratación a dar respuesta a cada una de las inquietudes, la cual nos permitimos citar concretamente de la siguiente manera:

1. ¿Hay antecedentes de adquisición de bienes inmuebles por parte de la Secretaría Distrital de Gobierno?

Revisado el SIPSE y los archivos contractuales que reposan en la Dirección, le informamos que en los últimos cinco (5) años, no se han realizado procesos de adquisición de bienes inmuebles por parte de la Secretaría Distrital de Gobierno.

2. ¿Se han adquirido inmuebles para su puesta al servicio de otros grupos étnicos?

Como le habíamos mencionado en la respuesta anterior, revisados los archivos que reposan en la Dirección, no se evidencia la adquisición de bienes inmuebles por parte de la Secretaría, durante los últimos (5) años.

3. ¿Es viable jurídicamente en este momento la adquisición de un bien inmueble por parte de la SDG para ponerlo a disposición del Pueblo Gitano?; 4. ¿Qué figuras jurídicas se han utilizado?

De acuerdo con la naturaleza jurídica de la adquisición de bienes inmuebles por parte de las entidades Distritales nos permitimos manifestar lo siguiente:

Adquisición de Bienes Inmuebles

Frente a la adquisición de bienes inmuebles por parte de los entes distritales, el Manual de Procedimientos Administrativos y Contables para el manejo y control de los bienes en las Entidades de Gobierno Distritales - Versión 1, nos define los bienes inmuebles así⁴:

“Son aquellos bienes que no se pueden transportar de un lugar a otro, así como aquellos que por su uso, destino o aplicación forman parte del inmueble y que no pueden trasladarse sin menoscabo de éste. Teniendo en cuenta lo anterior y de acuerdo con su destino los bienes inmuebles a cargo de los Entes y Entidades se pueden clasificar contablemente como: Inventario, Propiedades, Planta y Equipo, Bienes de Uso Público, Bienes Históricos y Culturales o Propiedades de Inversión.”

De la forma o de la modalidad de contratación para la adquisición de bienes inmuebles, la Ley 1150 de 2007 en su artículo 2 establece:

(...)
“

ARTÍCULO 2o. 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:

(...)

i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles.” (...)

⁴ <https://www.shd.gov.co/shd/sites/default/files/normatividad/Manual%20de%20Bienes.pdf>

En concordancia a lo indicado, es la modalidad de contratación directa la forma de selección para que las entidades públicas puedan adquirir bienes inmuebles, pero en desarrollo de la norma citada, el Decreto Reglamentario 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.2.1.4.10. estableció unas reglas específicas para este caso en particular:

(...)

“Artículo 2.2.1.2.1.4.10. Adquisición de bienes inmuebles. Las Entidades Estatales pueden adquirir bienes inmuebles mediante contratación directa para lo cual deben seguir las siguientes reglas:

- 1. Avaluar con una institución especializada el bien o los bienes inmuebles identificados que satisfagan las necesidades que tiene la Entidad Estatal.*
- 2. Analizar y comparar las condiciones de los bienes inmuebles que satisfacen las necesidades identificadas y las opciones de adquisición, análisis que deberá tener en cuenta los principios y objetivos del sistema de compras y contratación pública.*
- 3. La Entidad Estatal puede hacer parte de un proyecto inmobiliario para adquirir el bien inmueble que satisfaga la necesidad que ha identificado, caso en el cual no requiere el avalúo de que trata el numeral 1 anterior.” (...)*

De las reglas mencionadas, se puede establecer que cobra importancia el principio de planeación en la contratación estatal, ya que el desarrollo que realizó el decreto reglamentario, en los numerales descritos, prevé la obligación de la entidad contratante de sustentar, con base en los estudios previos realizados, la adquisición de bienes inmuebles.

Dicho lo anterior, resulta claro que la planeación contractual es una herramienta de gerencia pública, que exige estructurar el proceso contractual dedicando tiempo y esfuerzos para elaborar estudios previos, los cuales deberán ser adecuados a su alcance y a la necesidad que se deba satisfacer.

Es así, que un proyecto de adquisición de un bien inmueble por parte de la Secretaría, no es viable sin que se dé cumplimiento a los presupuestos normativos y se aplique la debida planeación en virtud de fines públicos inmersos en la contratación de las entidades estatales.

Instrucciones para la modalidad contratación directa SDG

En desarrollo de la normatividad anterior, la Entidad mediante Instructivo GCO-GCI-IN007⁵, establece las actividades que se deben seguir para la realización de los procesos de Contratación directa en la Secretaría Distrital de Gobierno – Nivel Central- y en los Fondos de Desarrollo Local de las Alcaldías Locales, en cumplimiento de la normatividad vigente en materia de contratación estatal, con el fin de dar cumplimiento al plan de adquisiciones de la Entidad.

Es importante resaltar que en la elaboración de los estudios previos y anexos técnicos para efectuar la contratación directa de adquisición de bienes y/o servicios, se debe tener en cuenta el formato asociado

⁵ http://gaia.gobiernobogota.gov.co/sites/default/files/sig/instructivo/gco-gci-in007v005_1.pdf

al presente instructivo y al Plan Anual de Adquisiciones, además de diligenciar de acuerdo con la necesidad, el formato y listas de chequeo, que en el caso en particular será el formato *GCO-GCI-F082 - Arrendamiento o adquisición de inmuebles*⁶.

5. ¿Qué actores o dependencias institucionales son los pertinentes para llevar a buen término el proceso de adquisición y posterior administración de estos bienes inmuebles?

La SDG en cumplimiento de la normatividad contractual vigente, desarrolló el instructivo para la modalidad de contratación directa Código GCO-GCI-IN007, en la cual se incluyeron las dependencias responsables de conformidad con el formato asociado al instructivo y al Plan Anual de Adquisiciones, de las cuales le mencionamos las siguientes:

i) La Dependencia interesada SGD – Nivel Central: Diligenciar de acuerdo con la necesidad, el formato y listas de chequeo correspondiente. (GCO-GCI-F082 - Formato Arrendamiento o adquisición de inmuebles).

ii) Dirección de Contratación: Verifica e identifica las causales de las modalidades de contratación directa con fundamento en los estudios y/o documentos previos cargados, realizando el análisis jurídico y solicitando los ajustes respectivos al proceso a través del aplicativo (cuando aplique) o a través de comunicación oficial. Después de la etapa de revisión y expedido el CDP, elaborar las Condiciones Generales/Minuta del Contrato.

iii) Oficina Asesora de Planeación: En caso de que el proceso tenga como financiación rubros de inversión, el proceso pasará de manera automática mediante el aplicativo a la bandeja del profesional asignado para revisar y expedir la respectiva viabilidad técnica del proceso de contratación, verificando que estén acordes con el Plan de Desarrollo Distrital, con los Productos Metas Resultados – PMR.

iv) Dirección Financiera: Expedir el CDP y RP a través del aplicativo respectivo que permita respaldar la suscripción de los compromisos para atender las obligaciones que pretenda contraer la entidad en desarrollo de su objeto misional.

v) Ordenador del Gasto: Aprueba y/o firma el contrato físico o virtual a través de la plataforma SECOP o mediante la suscripción física de la minuta.

Vi) Dirección Administrativa: De acuerdo con su competencia define los lineamientos para la adquisición, conservación, administración, mantenimiento y dotación de los bienes inmuebles, instalaciones, equipos, parque automotor y servicios públicos. Además, realiza el aseguramiento y mantenimiento de los bienes e infraestructura al servicio de la Secretaría y coordina las bajas o acciones sobre el destino final de los mismos⁷.

⁶ http://gaia.gobiernobogota.gov.co/sites/default/files/sig/formato/gco-gci-f082_v2_0_0.doc

⁷ Decreto 411 de 30 de septiembre de 2016 - artículo 22.

En los términos anteriores se emite el presente concepto, tomando como base la información que fue remitida electrónicamente a la Dirección de Contratación, y será responsabilidad del solicitante 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.gonzalezb@gobiernobogota.gov.co

Elaboró: John Alexander Chalarca Gómez – Abogado Dirección de Contratación

