



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

7
Radicado No. 20174500292303

Fecha: 06-07-2017



MEMORANDO

Bogotá, D. C.

PARA: DIEGO ALEJANDRO RIOS BARRERO
Alcalde Local de Suba (E)

DE: DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN
Secretaría Distrital de Gobierno

ASUNTO: Respuesta a la solicitud de análisis jurídico para darle continuidad a la suscripción de un convenio interadministrativo para “Contratar a precios unitarios fijos, sin formula de reajuste las obras de demolición de estructuras y/o obras de urbanismo que hayan sido identificadas y que mediante actos administrativos debidamente ejecutoriados se haya ordenado su demolición, por contravenir las normas urbanísticas o por ocupar indebidamente el espacio público con base en la Ley 810 de 2003”

En atención al memorando radicado bajo el número del asunto, y en cumplimiento de la Directiva 012 de noviembre 11 de 2016, suscrita entre el Alcalde Mayor de Bogotá y el Secretario Distrital de Gobierno, una vez efectuada la revisión exclusivamente frente a los Estudios y documentos previos, estudio del sector y anexo técnico, me permito hacer las siguientes recomendaciones desde el punto de vista jurídico así:

Con el fin de tener claridad acerca de la procedencia o viabilidad para la suscripción de convenios y/o contratos interadministrativos con el tercero AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP., se debe precisar en primera medida, la definición, naturaleza y alcance tanto del convenio interadministrativo, como del contrato interadministrativo, para luego frente a la definición y alcance del objeto del contrato, determinar si es viable o no la suscripción del respectivo convenio y/o contrato o si en su defecto el mecanismo de selección del contratista sería a través de un proceso competitivo o de convocatoria pública veamos: P

De los Convenios Interadministrativos:



Los convenios interadministrativos nacen del desarrollo y aplicación del principio de armonía y colaboración estatal previsto en el artículo 209 de la Constitución Política, el cual fue desarrollado posteriormente en los artículos 6 y 95 de la Ley 489 de 1998 así:

Artículo 6º.- Principio de coordinación. *En virtud del principio de coordinación y colaboración, las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales.*

En consecuencia, prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones y se abstendrán de impedir o estorbar su cumplimiento por los órganos, dependencias, organismos y entidades titulares.

Parágrafo.- *A través de los comités sectoriales de desarrollo administrativo de que trata el artículo 19 de esta Ley y en cumplimiento del inciso 2 del artículo 209 de la C.P. se procurará de manera prioritaria dar desarrollo a este principio de la coordinación entre las autoridades administrativas y entre los organismos del respectivo sector.*

Artículo 95º.- Asociación entre entidades públicas. *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 sus 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.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, podemos manifestar que, el convenio interadministrativo es el negocio jurídico en el cual están presentes dos (2) entidades públicas en desarrollo de relaciones interadministrativas cuyo objeto es coordinar, cooperar, colaborar o distribuir competencias en la realización de funciones administrativas de interés común a los sujetos negociales.

La coordinación implica que, cada uno de los sujetos negociables va a realizar separadamente sus funciones, pero en cuanto sean concordantes para lograr un fin común; se trata de mantener una separación de competencias, pero para ejercerlas de tal manera que se logre evitar una duplicidad de funciones y esfuerzos e ineficiencias.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500292303

Fecha: 06-07-2017



En relación con esta clase de coordinación, es preciso señalar que esta debe ser voluntaria entre las partes y no alude al concepto de coordinación tradicional donde un superior jerárquico impone medidas para la integración de las partes.

La cooperación, en cambio, se refiere a una ayuda, un auxilio, la solidaridad entre los sujetos desde su ámbito competencial que ejecutan actividades que interesan mutuamente a las partes para alcanzar un fin común de forma más eficaz. Es decir, cada una de las partes ejerce sus propias competencias, que son diferentes pero que es necesario relacionar para efectos de realizar la función administrativa de una manera más eficiente.

La colaboración, por su parte, se refiere al apoyo que una entidad específica presta a otra, desde su propio ámbito de competencias, para que de esta manera se logre cumplir la función de la entidad apoyada, lo cual interesa también a quien presta el apoyo, pero, en todo caso, no es su propia función o competencia. En otras palabras, en la colaboración una entidad apoya a otra para que cumpla su propia competencia, pero cuyo cumplimiento interesa a la entidad que presta el apoyo.

En consecuencia, se tiene que, los convenios previstos en el primer inciso del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 se caracterizan en primer lugar porque son celebrados por entidades públicas, lo pueden celebrar las personas jurídicas y organismos que formen parte de la organización estatal.

En segundo lugar, surgen por la intención de unir esfuerzos, teniendo ambas entidades un propósito común.

En tercer lugar, el fin común por el cual se unen las dos entidades públicas consiste por una parte en cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas y por la otra, en prestar conjuntamente los servicios y competencias que se hallen a su cargo.

De los contratos Interadministrativos:

El contrato interadministrativo por su parte surge de la regulación expresa consignada tanto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 en cuanto a una de las modalidades de selección del contratista, y en donde jurisprudencial y doctrinariamente ha sido definido como aquel celebrado entre dos entidades públicas con capacidad de tener relaciones interadministrativas, con la particularidad de que el contrato interadministrativo es un negocio jurídico generador de obligaciones al cual acuden las partes contratantes con diversidad de intereses. En el contrato interadministrativo se pueden identificar claramente



tanto al contratante como al contratista, y el segundo, el hecho de que la persona pública, tiene intereses y está en un mercado de forma similar a como lo hace el particular.

Finalmente, en el contrato interadministrativo existe la prestación directa de una de las partes para la prestación de un bien o servicio, el cual debe tener relación directa con el objeto y naturaleza jurídica de la entidad ejecutora, (artículos 92, 95 de la Ley 1474 de 2011).

ARTÍCULO 92

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

ARTÍCULO 95. APLICACIÓN DEL ESTATUTO CONTRACTUAL. *Modifíquese el inciso 2o del literal c) del numeral 4 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:*

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.

Ahora bien, una vez revisado tanto el objeto social como las actividades del tercero encargado de realizar las obras de demolición y adecuación urbanística requeridas por el Fondo de Desarrollo Local de Suba, es decir para el caso en concreto, la empresa AGUAS BOGOTÁ S.A. ESP., se pudo constatar que, ninguna de ellas tiene relación directa con el objeto y alcance del contrato y/convenio a suscribir, por lo que hace improcedente la suscripción del contrato interadministrativo pretendido por el Fondo.

No obstante lo anterior, y pese a la imposibilidad de la suscripción del mencionado contrato interadministrativo se hace necesario diferenciar las dos figuras jurídicas tanto la del Contrato Interadministrativo como la del Convenio Interadministrativo a efectos de tener claridad frente a la procedencia en la utilización de una u otra figura jurídica. †



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500292303

Fecha: 06-07-2017



Principales diferencias entre el Convenio y el Contrato Interadministrativo:

En primer lugar, el convenio interadministrativo nace del principio de colaboración armónica entre entidades previsto en el artículo 209 de la Carta Política, desarrollado en los artículos 6 y 95 de la Ley 489 de 1998, mientras que el Contrato Interadministrativo surge de la aplicación directa de la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Ley 1474 de 2011, como una de las modalidades de contratación directa.

En segundo lugar, no deben agotarse los procedimientos de selección previstos en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 para efectos de la celebración de los convenios. Así, en el caso de los convenios interadministrativos, no se aplican las restricciones referidas a la relación directa del objeto de la entidad con el objeto del convenio, ni es necesario contar con un acto administrativo que justifique la contratación.

En tercer lugar, es claro que en materia de convenios no es posible que las entidades administrativas cuenten con poderes excepcionales en medio de la relación negocial. Esto a diferencia de los contratos estatales, donde se admite la inclusión de dichos poderes.

En cuarto lugar, en materia de contratación estatal, el inciso segundo del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 contiene una limitación en la adición que puede realizarse al contrato, bajo el anterior presupuesto los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales (L. 80/1993, Art. 40)

Esta limitación resulta aplicable a todos los contratos estatales y se deriva de los principios igualdad, libre concurrencia y de planeación. A diferencia de lo anterior, en materia de convenios, no existe una limitación a la posibilidad de adicionar el valor inicial de los convenios. Así, en cada caso deberá analizarse cómo los mencionados principios entran en colisión con el principio de eficiencia. Esto hace que, dependiendo las circunstancias, sea viable adicionar el convenio y en otras no.

En quinto y último lugar, es necesario mencionar que el deber de restablecer el equilibrio económico de los contratos no tiene cabida en las relaciones convencionales. Esta obligación se encuentra, entre otros, en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993. De acuerdo con este deber, la entidad está obligada a mantener la equivalencia de prestaciones y derechos que caracteriza al contrato estatal, como contrato conmutativo.



Esto, sin embargo, no puede tener cabida en materia de convenios. Al respecto, la jurisprudencia ha sido reiterada en señalar que en el contrato estatal se aplica la institución de la conservación del equilibrio contractual que obliga a la entidad estatal a restablecerla en caso de que se rompa por razones no imputables al contratista, generándose en consecuencia la posibilidad de pagar indemnizaciones o compensaciones a favor del contratista por la ruptura del equilibrio económico del contrato por causas no imputables a éste, tal situación en el convenio no procede, dado que, ninguna de las entidades cooperantes le presta un servicio a la otra ni mucho menos existe una remuneración por el servicio prestado, lo que excluye la posibilidad de la ruptura del equilibrio económico financiero del convenio

Ahora bien, definidas las principales características, así como también las diferencias sustanciales y conceptuales entre los convenios y/ contratos interadministrativos, resulta conveniente precisar, frente a la definición y alcance del objeto del contrato sujeto al presente análisis, si efectivamente procede la suscripción del Contrato y/o Convenio Interadministrativo o si definitivamente se debe adelantar un proceso de selección para la escogencia de las actividades contempladas en el mencionado objeto.

Requiere la Alcaldía Local de Suba Contratar a precios unitarios fijos, sin formula de reajuste las obras de demolición de estructuras y/o obras de urbanismo que hayan sido identificadas y que mediante actos administrativos debidamente ejecutoriados se haya ordenado su demolición, por contravenir las normas urbanísticas o por ocupar indebidamente el espacio público con base en la Ley 810 de 2003, la anterior descripción del objeto contractual se enmarca claramente dentro de un contrato de obra pública, el cual fue definido en el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 en los siguientes términos así:

(...)

1o. Contrato de Obra

Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

Frente al contrato de obra se puede precisar que, este tiene como finalidad la ejecución de una obra pública, considerándose dentro del alcance de la misma, todo trabajo que tiene por objeto, crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles incorporándose a dicho concepto trabajos como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y *demolición de los bienes inmuebles*, así como también la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y *demolición de aquellos bienes*



destinados a un servicio público o al uso común.

En este orden de ideas, se recomienda al Fondo de Desarrollo Local de Suba estructurar los estudios y documentos previos objeto del presente análisis, consistente en la contratación a precios unitarios fijos, sin fórmula de reajuste las obras de demolición de estructuras y/o obras de urbanismo que hayan sido identificadas y que mediante actos administrativos debidamente ejecutoriados se haya ordenado su demolición, por contravenir las normas urbanísticas o por ocupar indebidamente el espacio público con base en la Ley 810 de 2003, para la selección del contratista mediante un proceso de Licitación Pública o de Selección Abreviada de Menor Cuantía, atendiendo el presupuesto estimado para el respectivo proyecto.

El mencionado proceso deberá sujetarse a los siguientes parámetros:

Análisis del sector

El análisis del sector debe proyectarse desde de la perspectiva de una obra pública, en tal sentido de conformidad con los lineamientos trazados por Colombia Compra Eficiente, la Entidad contratante podrá verificar los estudios sectoriales de la Superintendencia de Sociedades, así como también la base de datos del SIREM en el link: <http://www.supersociedades.gov.co/asuntos-economicos-y-contables/estudios-y-supervision-porriesgos/SIREM/Paginas/default.aspx>.

Por otra parte, desde el punto de vista gremial, se puede obtener información de la Cámara Colombiana de Infraestructura (<http://www.infraestructura.org.co/>) o de la Sociedad Colombiana de Ingenieros y finalmente desde la perspectiva de las Entidades Estatales, se pueden consultar los diferentes Procesos de Contratación que adelantan las Entidades Estatales en el SECOP tales como el INVIAS, la Agencia Nacional de Infraestructura, el IDU entre otras.

Es de resaltar que, un adecuado análisis del sector le permite a la Entidad contratante tal y como lo venimos precisando, conocer los indicadores de capacidad financiera y capacidad de organizacional de los diferentes proveedores relacionados con la obra a contratar, esta información le posibilita una determinación de los requisitos habilitantes de manera proporcional y adecuada a la complejidad, valor y características de la obra, obtener la información necesaria para realizar un adecuado análisis y administración de los riesgos y prever y ampliar el número de proponentes que se presentarán en el proceso. h

En la etapa de planeación "Estudios Previos"



De conformidad con el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, los estudios previos para la contratación de las obras de demolición y de adecuación urbanística para la localidad de Suba deberán incluir:

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.
2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.
3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.
4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.
5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.
6. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.
7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación.
8. La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercial.

En la etapa de selección "pliego de condiciones"

De igual forma, y atendiendo señalado en el artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015, el pliego de condiciones para el proceso de selección deberá contener como mínimo:

1. La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo.
2. La modalidad del proceso de selección y su justificación.
3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando



a ello haya lugar.

4. Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista.
5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato.
6. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta.
7. El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar.
8. Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes.
9. Las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones.
10. La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial.
11. Los términos, condiciones y minuta del contrato.
12. Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato.
13. El plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir Adendas.
14. El Cronograma.

Recomendaciones generales a tener en cuenta:

Ahora bien, como parte de la actividad de acompañamiento de esta Dirección a los respectivos Fondos de Desarrollo Local en materia contractual, nos permitimos efectuar las siguientes recomendaciones a fin de que las mismas sean consideradas en el curso del proceso de selección que llegare adelantar la Alcaldía Local de Suba, así:

1. Incluir previamente a la contratación la respectiva necesidad en el Plan Anual de Adquisiciones, determinando claramente entre otros aspectos; el código de

↳



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500292303

Fecha: 06-07-2017



clasificador de bienes y servicios UNSPSC, objeto, valor, plazo de ejecución, la modalidad del proceso de selección "Selección Abreviada de Menor Cuantía y/o Licitación Pública" y fecha estimada de apertura del proceso de selección y nombre del responsable.

2. Efectuar un adecuado análisis del sector, el cual le permita a la Entidad adelantar el proceso contractual no solo transparente, si no también participativo dentro del ámbito de la libre competencia, y en donde se posibilite una selección objetiva acorde con las necesidades previamente definidas e identificadas por la Entidad.
3. Se recomienda expedir y publicar las adendas dentro de los plazos consagrados en el artículo 2.2.1.1.2.2.1 del Decreto 1082 de 2015.
4. Se recomienda efectuar un cronograma en el cual se puedan consignar todas las actividades que implican la fase de selección del contratista, teniendo en cuenta para el efecto los requisitos obligatorios que impone el ordenamiento jurídico a esta modalidad de selección, como lo es por ejemplo los plazos de publicación de los proyectos de pliego de condiciones, los plazos para efectuar las audiencias obligatorios y los plazos para efectuar la publicación de los respectivos informes.
5. Se recomienda que los términos para presentar observaciones a los proyectos de pliego de condiciones, término durante el cual no se pueden expedir y publicar adendas y término de traslado del informe de evaluación, sean completos, es decir que sean publicados con anterioridad a la vigencia del plazo para cada uno de ellos.
6. Se recomienda que los plazos determinados para evaluar las ofertas deben ser conformes con la naturaleza del bien o servicio y atendiendo el análisis del sector de los posibles interesados en participar.
7. Se recomienda efectuar la revisión de las exigencias en lo que se refiere a los criterios habilitantes y los de ponderación, esto a fin de contar con claridad y uniformidad en la redacción de los mismos y de tal forma evitar las interpretaciones diversas en la fase de selección del contratista, dada la importancia de ello.
8. Se recomienda dar respuesta a todas las observaciones que se presenten en el curso de los procesos de selección, pero además que las mismas sean completas, de fondo y dentro del término señalado en el respectivo cronograma. 1



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500292303

Fecha: 06-07-2017



9. Se recomienda efectuar la publicación de los documentos contractuales dentro de los plazos legales que imponen las normas en materia de contratación estatal y que para cada modalidad de selección se enuncian de forma precisa en la Ley y en los respectivos reglamentos.
10. Se recomienda que previo al inicio de la ejecución del contrato debes contar con los requisitos de perfeccionamiento y ejecución, según sea el caso.
11. Se recomienda que los expedientes físicos que contienen el respectivo proceso de selección sean ordenados y foliados, según las normas archivísticas legales.

Finalmente, esta Dirección hace la salvedad que, es responsabilidad de la Alcalde Local de Suba, como representante legal del Fondo de Desarrollo Local, acorde con la facultad delegada por el artículo 8° del Decreto Distrital 101 de 2010, adelantar el trámite objeto de estas recomendaciones, acogiendo las mismas de forma total, parcial o negativamente.

Cordialmente,

CARMEN YOLANDA VILLABONA
Directora de Contratación

Proyectó: Carlos Alberto Osorio Cifuentes

Con Copia: Diana del Pilar Morales Betancurt
Directora para la Gestión del Desarrollo Local