

80112
Bogotá, D.C.,

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 07-11-2013 15:41
Al Constar Cite Este No.: 2013EE0141374 Fol:7 Anex:U FA:0
ORIGEN 80112 OFICINA JURIDICA / GERMAN SILVA GARCIA
DESTINO GUSTAVO BOLAÑO PASTRANA / AREMCA
ASUNTO CONCEPTO
OBS

2013EE0141374



Doctor
GUSTAVO BOLAÑO PASTRANA,
Director ejecutivo AREMCA
Carrera 49 No. 74-154
Barranquilla, Atlántico

ASUNTO. ASOCIACIONES DE MUNICIPIOS.- RÉGIMEN CONTRACTUAL.

1. ANTECEDENTE.

Esta Oficina conoce su oficio con el cual solicita nuestro pronunciamiento para efectos de actualizar el concepto jurídico No. EE35702 de 06 de junio de 2012, relacionado con el régimen contractual de las Asociaciones de Municipios. Lo anterior teniendo en cuenta la expedición del Decreto 1510 de 2013.

2. NORMATIVIDAD APLICABLE.

Ley 136 de 1994.
Ley 1150 de 2007.
Decreto 1510 de 2013.

3. CONCEPTOS DE LA OFICINA JURÍDICA. Alcance y competencia.

Los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución¹, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados

¹ Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.

Doctor GUSTAVO DOLAÑO PASTRANA, Director ejecutivo AREMCA

de las mismas y las entidades vigiladas "sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General"², así como las formuladas por las contralorías territoriales "respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General"³ y las presentadas por la ciudadanía respecto de "la consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"⁴.

En este orden, mediante su expedición se busca "orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal"⁵ y "asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten"⁶.

Finalmente se aclara que no todos nuestros conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el Art.43, Numeral. 16⁷ del D.L.267/00, ésta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

4. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Esta Oficina nuevamente ha realizado el estudio sobre el tema y en tal virtud, también analizó todos los conceptos que sobre el asunto han emitido entidades como el Departamento Administrativo de Planeación, el Departamento de la Función Pública, la Contraloría Departamental de Montería, la Contraloría General de Antioquia, la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y por supuesto el formulado por este Ente de Control en el año 2012. Visto lo anterior esta Oficina no puede arribar a una conclusión diferente a aquella posición asumida en pronunciamientos anteriores de este Despacho.

Las Asociaciones de Municipios se rigen por lo dispuesto en la Ley 136 de 1994 y por ende su constitución es distinta de las entidades públicas que se asocian a la luz de lo dispuesto en la Ley 489 de 1998 y así también la normatividad aplicable a una u otra es también diferente. Mientras que a las Asociaciones de Municipios por su naturaleza jurídica de entidad pública, le son aplicables las disposiciones de esta índole, las Asociaciones entre Entidades Públicas, se sujetan a las disposiciones del Código Civil

² Art. 43, numeral 4 del Decreto Ley 267 de 2000.

³ Art. 43, numeral 5 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁴ Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁵ Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁶ Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁷ Art. 43. OFICINA JURÍDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

Doctor GUSTAVO BOLAÑO PASTRANA, Director ejecutivo AREMCA

y a las normas que rigen las entidades de este género, tal como lo señaló la Corte Constitucional: "(...) "Además, en todo caso, el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias." Así las cosas la disposición acusada será declarada exequible bajo la consideración de que las características de persona jurídica sin ánimo de lucro y la sujeción al derecho civil se entienden sin perjuicio de los principios y reglas especiales propios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución, que para el derecho civil y normas complementarias no resultan de aplicación estricta e imperativa".⁸

De otro lado, el Consejo de Estado al absolver una consulta elevada por el Contralor General de la República, analiza el tema, a la luz de la Sentencia de la Corte Constitucional C- 671 de 1999 y sobre el asunto, indica:

"El alcance de la aplicación del derecho civil a las personas jurídicas que se creen en virtud del artículo 95 de la ley 489 de 1998 merece un estudio adicional al que hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-671 de 1999 frente a las disposiciones contenidas en el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

En efecto, esta Sala considera que dicha providencia, al señalar que "el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales," no agota la materia, máxime si se considera que las normas contenidas en aquél estatuto son jerárquicamente superiores a las de la ley 489 de 1998⁹, razón suficiente para revisar si estas personas jurídicas están o no sujetas al mismo. (...)

La aplicación de la ley 80 de 1993 a las personas jurídicas creadas en virtud del artículo 95 de la ley 489 de 1993(sic), resulta concordante con la aplicación del Estatuto Orgánico de Presupuesto en la medida en que la contratación pública se sitúa en uno de los extremos del proceso de presupuestación y los principios en materia presupuestal son una garantía adicional al manejo de los recursos y la racionalidad del gasto público."¹⁰

En este orden jurídico tenemos que las asociaciones entre entidades públicas se sujetan al régimen señalado en la ley de creación o en el acto de autorización de éstas, pero en cuanto al ejercicio de potestades públicas y en materia contractual se regirán por las normas de derecho público.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C- 671 de 1999.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-478 de 1992. "El rango cuasi-constitucional de las leyes orgánicas, que les permite ser el paradigma y la regla de otras leyes en las materias que regula".

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, radicación: 11001-03-06-000-2006-00079-00 número: 1.766.9 de noviembre de 2006.

Doctor GUSTAVO BOLAÑO PASTRANA, Director ejecutivo AREMCA

Continuando el tema objeto de este análisis, es claro que las Asociaciones de Municipios tienen su régimen legal el cual debe ser aplicable sin que sea dable recurrir a otros ordenamientos para tales efectos.

En materia contractual estas entidades y más específicamente en lo que a los contratos interadministrativos se refiere el Decreto 1510 de 2013 reglamento la Ley 1150 de 2007, modificada por la 1474 de 2011, así lo prescribe la citada disposición:

"Artículo 76. 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 73 del presente decreto. Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales."

Norma que debe interpretarse en armonía con lo dispuesto en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011. Para el caso que nos ocupa, recurrimos a los actuales planteamientos del Consejo de Estado. Así se refiere a la suscripción de convenios administrativos:

" 2.1 El primer inciso del literal) c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, fue modificado por el artículo 92 de la ley 1474 de la siguiente manera:

"Artículo 92. *Contratos interadministrativos*. Modifícase el inciso primero del literal c) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

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."

Desde el punto de vista formal se puede observar que lo que era un solo inciso se divide en dos, de manera que el original inciso segundo del literal c.), pasa a ser el inciso tercero del mismo, como se verá enseguida.

En cuanto al fondo de la disposición transcrita, se constata que la ley 1474 mantiene la exigencia de que la suscripción de contratos interadministrativos tenga relación

Doctor GUSTAVO BOLAÑO PASTRANA, Director ejecutivo AREMCA

directa con el objeto de la entidad ejecutora, lo cual por demás está relacionado con la obligación general de toda entidad contratante de verificar que el contratista público o privado tenga capacidad jurídica para celebrar el contrato, es decir, que el mismo se encuentre dentro de su objeto¹¹. (Este resaltado es fuera del texto).

Igualmente, se amplió la lista de contratos interadministrativos que, además de tener que estar relacionados con el objeto de la entidad ejecutora, deben sujetarse al sistema de licitación pública o selección abreviada; como se observa, a ella se adicionaron los contratos de "prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos"¹² y también los suscritos con Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas o federaciones de entidades territoriales:

2.2 Por su parte, el original inciso segundo del literal c) del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, que viene a ser el inciso que sigue en la disposición que se acaba de transcribir, fue modificado por el artículo 95 de la Ley 1474, así:

"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."¹³

¹¹ Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Así mismo, el Decreto 734 de 2012: "Art. Artículo 6.1.1.2 (...) 9. *Requisitos habilitantes.* Son las condiciones de experiencia, la capacidad jurídica, financiera y de organización de los proponentes que se les exige para la participación en el proceso de selección, conforme las condiciones del contrato a suscribir y a su valor."

¹² A esta modificación se alude en segundo debate en Senado, donde se señala que la subcomisión encargada para el Primer Debate acordó la necesidad de excluir de contratación directa los contratos interadministrativos de consultoría con universidades, lo cual se justificó señalando que "Artículo nuevo. *Contratos Interadministrativos.* Esta solicitud tiene como finalidad que las instituciones públicas de educación superior tengan que aplicar el Estatuto General de la Contratación Pública para celebrar contratos de consultoría." (Gaceta del Congreso 1002 del 1 de diciembre de 2010). En segundo debate en Cámara de Representantes se alude a la modificación del texto inicial a la redacción que se acogería finalmente: "Se incorpora dentro de las prohibiciones para realizar contratos interadministrativos sin licitación pública la prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos." (Gaceta del Congreso 128 del 30 de marzo de 2011).

¹³ En el pliego de modificaciones del segundo debate del proyecto de ley en el Senado se señaló: "Artículo nuevo (aplicación del Estatuto Contractual): se crea una nueva disposición en virtud a la cual la ejecución de los contratos de aquellas entidades que en principio no están sometidas a la Ley 80 de 1993 deberán sujetarse a la misma cuando la entidad desarrolle su actividad sin competencia con el sector privado." (Gaceta del Congreso 1002 del 1 de diciembre de 2010).

Doctor GUSTAVO BOLAÑO PASTRANA, Director ejecutivo AREMCA

Como se observa, con esta segunda modificación de la ley 1474 de 2011 la ejecución de los contratos interadministrativos quedó sometida, por regla general, al Estatuto General de Contratación Pública, aún si la entidad ejecutora está sometida a un régimen especial y diferente a la Ley 80 de 1993; se exceptúan únicamente los casos en que la entidad ejecutora actúa en régimen de competencia o cuando el contrato tenga relación directa con su actividad.

En consecuencia, con las modificaciones introducidas por los artículos 92 y 95 de la ley 1474 de 2011, el literal c) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 quedó así:

"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:

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.

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 aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

Doctor GUSTAVO BOLAÑO PASTRANA, Director ejecutivo AREMCA

Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales." ¹⁴ (Resaltado es del texto original).

Como se observa de lo señalado en las normativas anotadas y lo expresado por la Alta Corporación, es viable la celebración de 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.

Nótese que la disposición legal determina que en tal caso se trata de la celebración de contratos interadministrativos y no de convenios, los cuales tienen una connotación diferente.

En el caso específico de la consulta, reiteramos lo señalado por esta oficina en el concepto jurídico No EE35702 de 6 de junio de 2012, en el cual se indicó que las Asociaciones de Municipios son entidades estatales la luz de lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 y por ende están facultadas para celebrar contratos interadministrativos, siempre que se cumpla con lo dispuesto en las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, modificada por la Ley 1474 de 2011, es decir que las obligaciones derivadas del contrato tengan relación directa con el objeto de la asociación de Municipios o como expresamente lo determinó el Consejo de Estado, que al celebrarse un contrato interadministrativo las entidades contratantes deben constatar que sus contratistas, cualquiera que sea su naturaleza, pública o privada tenga la capacidad jurídica para celebrar el contrato, es decir, que el mismo se encuentre dentro de su objeto.

Cordialmente,


GERMÁN SILVA GARCÍA
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Lucenith Muñoz Arenás
N.R. 2013ER0116723

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: William Zambrano Celina, Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00016-00(2092) 28 de junio de 2012.