



Bogotá D.C., 7 de junio de 2017



CONTRALORIA DE CUNDINAMARCA



C17100700212

Radicado: 2017-06-07 15:17:
solicitud concepto juridico

Señor

ELMER GONZALEZ GONZALEZ

Director Ejecutivo ASOMAROQUIA

Carrera 31 # 39-46 /56 Edificio Valcor Ofc 202

Barrio el Centro

Villavicencio - Meta

Asunto: Solicitud Concepto jurídico de viabilidad para la Contratación Directa con la Asociación de Municipios en Cundinamarca.

Respetado Señor González:

Con el fin de dar respuesta a la solicitud que con radicado C17109800045 del 02 de junio de 2017, en su calidad de Director Ejecutivo de la Asociación de Municipios - ASOMAROQUIA- presenta a esta entidad, a efectos de resolver las inquietudes relacionadas con la viabilidad para la contratación directa con las Asociaciones de Municipios en Cundinamarca, de conformidad a los interrogantes formulados, "1- Las Asociaciones de Municipios como entidades públicas, podrán suscribir contratos y convenios interadministrativos con entidades de su misma naturaleza y de cualquier orden para ejecutar obras publicas de interés general, ¿cumplir funciones administrativas y prestar servicios de públicos en cumplimiento de su OBEJTO SOCIAL?; 2.- ¿Se requiere que un Municipio para que pueda celebrar convenio o contrato interadministrativo con una Asociación de Municipios, encontrarse afiliado a dicha Asociación?; 3.- Se cuentan las Asociaciones de Municipios inmersas en el Decreto No. 092 de 2017?; 4.- Que otras actividades podrán ejecutar las Asociaciones de Municipios con entidades de su misma naturaleza?", me permito dar respuesta en los siguientes términos:

I ALCANCE DEL CONCEPTO

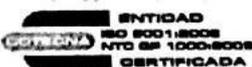
El artículo 267 de la Constitución Política de Colombia señala:

"El Control Fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley..."

Es decir, que la función de vigilancia que ejerce el organismo de control fiscal se realiza después que las autoridades a quienes corresponde manejar los recursos públicos (sujetos de control) han adoptado y ejecutado las decisiones pertinentes.

Calle 49 No. 13-33 PBX 3394460
www.contraloriadecundinamarca.gov.co



De manera que los entes fiscales no tienen competencia para participar en la toma de decisiones o atender las actividades en ejecución de los responsables del manejo de los recursos públicos, pues la función fiscalizadora no implica participación ni aprobación previa en la toma de decisiones de la administración o en el manejo de sus recursos, fondos, bienes o valores.

Por tal razón el ente de control es independiente y autónomo y no forma parte de las entidades que controla, pues no tiene facultades para detentar poderes que le permitan interferir en la actividad administrativa.

En este sentido el numeral 4º del artículo 267 de la Constitución Política señala: "*La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización*", por lo cual no le está permitido a los organismos de control intervenir en las decisiones administrativas de los sujetos pasivos de control fiscal. (Negrilla fuera de texto)

Al respecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-113 de 1999, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, precisó:

"... La tarea de los entes como las contralorías no es la de actuar dentro de los procesos internos de la Administración cual si fueran parte de ella, sino precisamente la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal, a partir de su propia independencia, que supone también la del ente vigilado, sin que les sea permitido participar en las labores que cumplen los órganos y funcionarios competentes para conducir los procesos que después habrán de ser examinados desde la perspectiva del control. De lo contrario, él no podría ejercerse objetivamente, pues en la medida en que los entes controladores resultarán involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función".

Por lo tanto, la función fiscalizadora no implica participación en la toma de decisiones de la administración o en el manejo de sus recursos, fondos bienes o valores, sino en el examen y control del sujeto, ya que quien controla no debe participar en aquellas actuaciones que posteriormente van a ser objeto de control, pues tal actuación equivaldría a coadministrar.

Es por ello, que, en concordancia con lo expuesto, la Contraloría de Cundinamarca no se encuentra habilitada para emitir conceptos que se encuentren relacionados con las decisiones que en materia administrativa deban tomar los sujetos sometidos a control fiscal, o pronunciarse o emitir conceptos respecto a escenarios que son ajenos a la potestad, y competencia, que rige la función del control fiscal.

Sin embargo, este órgano de control procederá a dar alcance al interrogante planteado bajo lineamientos orientadores, y consideraciones de carácter general que no comprenden soluciones a eventos específicos o particulares ni comprometen el criterio de la entidad en forma definitiva, de conformidad al contenido del artículo 28 de la ley 1437 de 2011, como quiera que los conceptos proferidos no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución y solo tendrán alcance de interpretación de las normas jurídicas, en asuntos de competencia de este ente de control fiscal.

Así las cosas, con el fin de abordar el tema objeto de consulta, se procederá en primer lugar a hacer una relación detallada del referente normativo por el cual se rige la naturaleza, alcance, organización, facultad y finalidad, de las Asociaciones de Municipios,

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La Asociación de Municipios encuentra su naturaleza jurídica en la Constitución Política, específicamente en el Título XVI "De las Asociaciones de Municipios", en la Ley 136 de 1994 por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, complementada por la ley 1454 de 2011 por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial, el Decreto 1333 de 1986 Código de Régimen Municipal, entre otras, a partir de las cuales se reconoce a favor de los Municipios la facultad de asociarse entre sí, para llevar a cabo la prestación de los servicios públicos, la ejecución de obras o el cumplimiento de funciones administrativas en garantía al desarrollo integral de sus territorios.

Es así como las Asociaciones de Municipios de conformidad a lo establecido en el artículo 327 de la Constitución Política y 149 de la Ley 136 de 1994 se definen como "**entidades administrativas de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los Municipios que las constituyen; se rigen por sus propios estatutos y gozan, para el desarrollo de su objeto, de los mismos derechos, privilegios, exenciones y prerrogativas acordados por la ley a los Municipios**". (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

Las cuales podrán limitar su objeto a un determinado servicio u obra de interés común, o extenderlo a varios servicios municipales, así como pactar para planear, financiar y ejecutar las obras para la prestación de tales servicios, prestar o administrar los servicios mismos o comprender solamente cualquier de tales actividades (artículo 326 de la Constitución Política).

Permitiendo que cada Municipio pueda formar, a la vez, parte de varias asociaciones que atiendan distintos objetivos, como quiera que estos no pierden ni comprometen su autonomía física, política o administraba por afiliarse o pertenecer a una asociación, pero



estos al haberse asociado no podrán prestar separadamente, los servicios o funciones que hayan sido encomendados a la respectiva asociación. (artículos 148, 151 y 152 de la Ley 136 de 1994).

Es por ello que las Asociaciones de Municipios al ser entidades administrativas de derecho público, forman parte de los organismos de origen estatal, cuyo capital o patrimonio también es estatal o público, a los cuales el ordenamiento jurídico les ha reconocido el carácter de personas jurídicas y que por regla general se encuentran sometidos al derecho público.

Al respecto, la Ley 80 de 1993 en su artículo 2 literal a) establece que serán entidades estatales "a) La Nación, las regiones, **los departamentos**, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, **las asociaciones de municipios**, los territorios indígenas **y los municipios**; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles". (Negrilla y Subrayado fuera de texto).

Las cuales, según lo establecido en el Decreto 1510 de 2013 por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública, deberán procurar el logro de los objetivos del sistema de compras y contratación pública, como partícipes de la contratación pública. Las cuales, en los términos de la ley, podrán asociarse para la adquisición conjunta de bienes, obras y servicios.¹

Ahora bien, es importante tener en cuenta que las Asociaciones de Municipios no son una asociación de entidades públicas de que trata el artículo 95 de la ley 489 de 1998, como quiera que estas, surgen si bien 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 mismas, (ii) son el resultado de la unión de entidades públicas que pueden ser de diferentes niveles o tipos (departamentos, provincias, territorios indígenas, empresas industriales y comerciales del estado, sociales del estado, de economía mixta y descentralizadas de los niveles nacional, departamental o municipal, (iii) que se constituyen por convenios interadministrativos o por escritura pública como personas

¹ Decreto 1510 de 2013 por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública Artículo 2. *Partícipes de la Contratación Pública*. Los partícipes del sistema de compras y contratación pública para efectos del Decreto-ley número 4170 de 2011 son 1. Las Entidades Estatales que adelantan Procesos de Contratación. En los términos de la ley, las Entidades Estatales pueden asociarse para la adquisición conjunta de bienes, obras y servicios. (...).

jurídicas sin ánimo de lucro y (iv) su régimen es de derecho privado, y se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil.

Por lo que al ser las asociaciones de entidades públicas, entidades públicas reguladas en ordenamientos distintos, con naturaleza y actos de creación diferentes y conformados por entidades que no son coincidentes, estas al constituirse en personas jurídicas sin ánimo de lucro se regirán por disposiciones del código civil y por tanto del Derecho Privado, las cuales encuentran en el Decreto 092 de 2017, por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, el fundamento para que el Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal celebren con recursos de los respectivos presupuestos, contratos a fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo.

De lo que se diferencia las Asociaciones de Municipios, como quiera que estas son (i) una figura especial regulada expresamente por el Título IX de la ley 136 de 1994, que da lugar a una entidad administrativa conformada sólo por municipios en virtud del acuerdo entre ellos, (iii) que no requiere escritura pública de constitución y (iv) **y cuyo régimen aplicable como se ha hecho referencia es el de derecho público**, característica que sustentará la procedencia para estas de suscribir contratos interadministrativos con municipios o departamentos mediante la modalidad de selección directa, por aplicación cabal del inciso primero del literal c) del numeral 4° del artículo 2° de la ley 1150 de 2007 al establecer que;

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: **Numeral "4. Contratación directa**. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos; c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos 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, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículo". (Negrilla y Subrayado fuera de Texto)

Es decir, que la procedencia de suscribir y ejecutar convenios interadministrativos según un proceso de selección directa estará condicionado a el cumplimiento de las siguientes exigencias: (i) Que las obligaciones derivadas de ellos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos y 2- Que la asociación de municipios acredite idoneidad, experiencia y capacidad para suscribir y ejecutar el contrato, ello en aplicación a los principios de Transparencia (artículo 24

numeral 8 Ley 80 de 1993) y Selección Objetiva del Contratista (artículo 5 de la Ley 1150 de 2011) al cual las entidades públicas sometidas al estatuto general de contratación pública se encuentra sujetas.

Tal y como lo ha establecido la Corte Constitucional en sentencia C- 671 de 1999 " *las asociaciones de municipios son entidades estatales a 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 determino 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*", y el artículo 18 de la Ley 617 de 2000 por la cual se dictan normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional " *la asociación de municipios y distritos, podrán contratar entre sí, con los departamentos, la Nación, o con las entidades descentralizadas de estas categorías, la prestación de los servicios a su cargo, la ejecución de obras o el cumplimiento de funciones administrativas, de forma tal que su atención resulte más eficiente e implique menor costo*".

Las Asociaciones de Municipios como entidades estatales, por expresa referencia hecha por el numeral 1° del artículo 2 de la ley 80 de 1993, les son aplicables tanto las normas de la Ley 80 de 1993 como sus normas complementarias, por lo que será posible que tanto los municipios asociados como los no asociados contraten directamente con aquellas, al contar con un apoyo institucional, de planeación, ejecución y seguimiento para prestar servicios públicos, ejecutar obras civiles o funciones administrativas, al encontrar bajo una identidad cultural, geográfica, económica o comercial, la garantía en el desarrollo de un mismo objeto, visible en el "desarrollo integral de la región comprendida en sus términos territoriales" (art. 1° decreto 1390 de 1976), "el desarrollo integral de sus territorios" (art. 148 ley 136/94), "la ejecución de obras de ámbito regional" (art. 14 ley 1454 de 2011), "la consecución de objetivos de desarrollo económico y territorial comunes" (numeral 13 del art. 3° de la ley 1454 de 2011), máxime cuando estas como bien lo señala el artículo 149 de la Ley 136 de 1994 **se rigen por sus propios estatutos y gozan, para el desarrollo de su objeto, de los mismos derechos, privilegios, exenciones y prerrogativas acordados por la ley a los Municipios**". (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

Así las cosas, se concluye para fines del presente concepto que, de conformidad con lo expuesto, las Asociaciones de Municipios como entidades públicas, podrán suscribir contratos y convenios interadministrativos con entidades de su misma naturaleza y de



cualquier orden que estén vinculados o no directamente a ellas para ejecutar obras públicas de interés general, cumplir funciones administrativas y prestar servicios públicos en cumplimiento de su objeto social, siempre que acrediten la idoneidad (competencia según su objeto social), y experiencia para ejecutar el objeto del contrato, bajo la comunión de factores o elementos tales como territorialidad, identidad cultural, comercial o económica, que garanticen el debido cumplimiento de los fines y principios por los cuales se rigen la contratación estatal, la gestión fiscal, y la función pública.

El presente concepto exime de todo tipo de responsabilidad a la Entidad, como quiera que los análisis presentados no constituyen un obligatorio cumplimiento, según lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, por lo que será deber del interesado evaluar el concepto emitido, bajo la normatividad y jurisprudencia que sea aplicable a la materia, y asumir una posición.

Cordialmente,


ANDREA MILENA GARZÓN DÍAZ
Asesora de Despacho
Contraloría de Cundinamarca