

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Concepto No. 15821

Bogotá D.C., Martes, 13 de Septiembre de 2011

Asunto: Consulta relacionada con las asociaciones de municipios.

Señor
ARNOBYS ANDRES DIAZ COTUAZ
Carrera 3°• No. 28-38 Esquina Edificio Malena Of. 406
Montería — Córdoba

Respetado Señor:

Por medio del presente oficio damos respuesta a su consulta No. 20116630263812 en la cual consulta sobre la naturaleza jurídica de las asociaciones de municipios, su régimen contractual y el alcance del estatuto anticorrupción frente a tales entidades. Adicionalmente pregunta sobre el alcance de la expresión contratación abreviada contenida en el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011.

Como punto inicial, cabe aclarar que el Departamento Nacional de Planeación según las funciones atribuidas por el Decreto 3517 de 2009 y los documentos Conpes 3248 y 3249 de 2003, tiene limitada su competencia en materia de Contratación Pública a la orientación y el seguimiento del proceso de implementación de la estrategia transversal de reforma a la contratación pública; la cual tiene como eje la formulación de una Política Pública en la materia, que se base en la lucha contra la corrupción y en la búsqueda de la eficiencia en la ejecución de los recursos públicos.

En vista de lo anterior, haremos una breve exposición de la normatividad que rige la materia desde una perspectiva en abstracto para que adopte las decisiones que considere más conducentes conforme la situación particular y concreta que corresponda.

1. Naturaleza jurídica de las Asociaciones de Municipios

Las asociaciones de municipios son personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, a la luz de lo preceptuado en la Ley 136 de 1994, según la cual:

"ARTÍCULO 148. ASOCIACIÓN DE MUNICIPIOS. Dos o más municipios de uno o más departamentos podrán asociarse para organizar conjuntamente la prestación de servicios públicos, la ejecución de obras o el cumplimiento de funciones administrativas, procurando eficiencia y eficacia en los mismos, así como el desarrollo integral de sus territorios y colaborar mutuamente en la ejecución de obras públicas.

ARTÍCULO 149. DEFINICIÓN. Las asociaciones de municipios son entidades administrativas de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio e Independiente de los entes que la conforman; se rigen por sus propios estatutos y gozarán para el desarrollo de su objetivo, de los mismos derechos, privilegios, excepciones <sic> y prerrogativas otorgadas por la ley a los municipios. Los actos de las asociaciones son revisables y anulables por la Jurisdicción Contencioso - administrativa."

En vista de lo anterior, las asociaciones de municipios, al igual que las demás asociaciones de entidades territoriales, se rigen por sus propios estatutos y tienen los mismos derechos, privilegios y prerrogativas otorgadas por la Ley a los municipios.

2. Régimen contractual de las asociaciones de municipios y alcance del estatuto anticorrupción frente a tales entidades

El parágrafo del art. 2 de la Ley 80 de 1993 disponía que las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales estarían sujetas a las reglas

de dicho Estatuto contractual, especialmente en desarrollo de convenios interadministrativos. Así lo disponía dicho artículo actualmente derogado por la Ley 1150 de 2007:

"PARÁGRAFO. Derogado. Ley 1150 de 2007. Art. 32. Congreso de la República. Para los solos efectos de esta ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades: (negritas fuera de texto)

Al respecto de dicha disposición, la Corte Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el alcance del párrafo referido en el siguiente sentido:

"A juicio de la Corte, al someter a las cooperativas y a las asociaciones que conformen las entidades territoriales al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, lejos de contrariar la Constitución Política, la disposición en comento la desarrolla fehacientemente pues, es bien sabido que este último, propende por hacer efectivos los principios de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad en la contratación pública.

(...)

De otra parte, la Corporación, lo encuentra también consonante con los artículos 286 y 288 de la Carta, conforme a los cuales las entidades territoriales -que son los departamentos, los distritos, los municipios, los territorios indígenas, y las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la Ley- deben ejercer sus competencias con observancia de los principios coordinación, concurrencia y subsidiariedad, todo lo cual hace constitucionalmente válida la previsión normativa contenida en el párrafo del artículo 2°. de la Ley 80 que se cuestiona, y explica que el Legislador se ajustó a los mandatos de la Carta, al someter al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a las cooperativas y a las asociaciones que aquellas conformen, especialmente cuando celebren convenios interadministrativos por cuenta de esas entidades.

En sentir de la Corte, los esquemas contractuales que vinculen cooperativas formadas por las entidades territoriales o a las asociaciones conformadas por las entidades territoriales, son prístina expresión de la autonomía de gestión que les es propia dentro del esquema definido por el artículo 1º. de la Constitución. Ciertamente, unas y otras constituyen manifestaciones claras de las acciones conjuntas que deben acometer en desarrollo de los principios de coordinación y concurrencia, que al tenor de lo preceptuado por el artículo 288 de la misma, han de guiar las relaciones entre los distintos niveles territoriales. De ahí que, el precepto en cuestión constituya cabal desarrollo de los preceptos de la Carta Política, en cuanto, además somete a un régimen de derecho público la contratación de estas entidades, con lo cual propende por la eficaz protección de los recursos públicos con los que esta se efectúa. (...)" 1

En su exposición la Corte indica que el hecho de que entre entidades públicas se pueda acudir a la contratación directa, ello no genera, automáticamente, la posibilidad de vulnerar principios que son esenciales a la contratación pública, como son el de transparencia y selección objetiva. Por eso, en su concepción inicial, esta norma mencionada de la Ley 80 de 1993 es declarada exequible y menciona:

"De igual modo, respecto de la crítica del demandante que tacha la contratación directa de excursionista y, por esa vía, de contraria a la igualdad de oportunidades, tampoco encuentra la Corte que haya un principio de razón suficiente en ese argumento pues, no es cierto que dicha clase de contratación implique que la entidad estatal contratante pueda inobservar los principios de economía, transparencia y de selección objetiva. Por el contrario, en ella también rigen, para asegurar que en esta modalidad de contratación también se haga realidad la igualdad de oportunidades"

Dicho párrafo fue derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007 que lo sustituyó con un artículo

más expreso (Art. 10 de la Ley 1150) que propende precisamente por fortalecer el deber de las asociaciones y cooperativas de entidades principalmente territoriales, de competir con particulares en condiciones de igualdad. En efecto, de la exposición de motivos del proyecto de Ley No. 20, actual Ley 1150, se desprende lo siguiente al respecto de este artículo:

"Dentro del propósito de hacer más transparente la contratación en el artículo 10 se dispone la vinculación de las administraciones públicas cooperativas y asociaciones

conformadas por entidades territoriales a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, con el fin de acabar con la práctica de estas entidades que valiéndose de las ventajas que comporta para la selección y entrega de recursos tener el carácter de entidad estatal por vía de los llamados convenios interadministrativos y a pesar de no contar con la idoneidad y experiencia requerida para la ejecución de contratos, se han venido convirtiendo en los grandes contratistas del Estado, en especial a nivel territorial.

En ese sentido, tales entidades deberán participar en los procesos de selección en igualdad de condiciones con los particulares." (negritas y subrayas fuera de texto)

Así lo dispuso el referido artículo 10 de la Ley 1150:

ARTÍCULO 10. TRATAMIENTO PARA LAS COOPERATIVAS Y ASOCIACIONES DE ENTIDADES TERRITORIALES. Las cooperativas, las asociaciones conformadas por entidades territoriales y en general los entes solidarios de carácter público estarán sometidos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La celebración de contratos de entidades estatales con asociaciones o cooperativas de entidades territoriales ven general con entes solidarios, se someterá a los procesos de selección de ^{que trata la} ~~Presente ley~~, en los que participarán en igualdad de condiciones con los particulares? (negritas y subrayas fuera de texto)

De esta manera, se restringió la contratación directa a dicho tipo de asociaciones o cooperativas de entidades principalmente territoriales, obligando a que su contratación siempre fuera en condiciones

Corte Constitucional, "Sentencia C-040 de 2000", ponente Fabio Morón Díaz.

de igualdad con los particulares, vale decir, se redujo el campo de acción del contrato o convenio interadministrativo con dichas entidades.

No obstante lo anterior, algún sector de la doctrina había interpretado que las "asociaciones de municipios" (letra a) num. 1 del Art. 2; letra b) num. 3 Art. 11 de la Ley 80/93) no eran sinónimo de la expresión "asociaciones conformadas por entes territoriales" (parágrafo del Art. 2° de la Ley 80/93) porque la Ley 80 de 1993 se "refirió de manera independiente y en numerales distintos" a cada una de esas categorías ², entendiendo que se trata de modalidades de asociación diferentes, por lo cual las reguló separadamente.

Sin embargo, con la expedición de la Ley 1474 de 2011, se incorporaron modificaciones al régimen de los contratos interadministrativos en el literal c) del numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 modificado por la Ley 1474 de 2011 donde se indica lo siguiente:

"c) (incisos modificados por el Artículo 92 Ley 1474 de 2011) 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.

(inciso modificado por el Artículo 95 Ley 1474 de 2011) 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 inter administrativo 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.

Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales;"

Como se nota de la norma transcrita, se limita la figura del contrato interadministrativo a 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 cuando las mismas sean ejecutoras de contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública, en consecuencia, obliga la norma anticorrupción, a que dichos

2(1) Suarez Beltrán, Gonzalo. La Nueva Contratación Publica en Colombia, primera edición , Ed. Legis .Bogotá, 2009

contratos solo podrán celebrarse con tales entidades cuando participen a través de cualquier modalidad de selección que implique convocatoria pública.

En efecto, la redacción de esta norma es aún más amplia que la establecida en el artículo 10 de la Ley 1150 en el entendido que incluye no solo a cooperativas y asociaciones de entidades territoriales sino que abarca a las asociaciones de entidades públicas y federaciones de entidades territoriales con lo que incluyó incluso a las asociaciones de municipios en la prohibición de celebración por vía directa de los contratos interadministrativos enlistados en la norma de la Ley 1474 de 2011.

3. Concepto de Contrato y convenio interadministrativo

Sobre los Contratos y convenios interadministrativos, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define de forma general los contratos estatales como:

"actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad"

En este sentido, el concepto jurídico que para efectos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es amplio y se refiere de forma general a actos jurídicos generadores de obligaciones; sin tener en cuenta otras consideraciones.

Así, teniendo en cuenta el concepto de contrato estatal, los conceptos de contrato interadministrativo y convenio interadministrativo son asimilables. En este sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado en auto de 7 de mayo de 2008 con ponencia del Dr. Enrique Gil Botero, indica que:

'El artículo 2.4 c de la ley 1150 permite que las entidades estatales celebren 'contratos interadministrativos" - comúnmente denominados 'convenios interadministrativos", sin importar - en principio - el objeto del negocio, bajo la modalidad de la contratación directa - de la misma manera que se hacía en vigencia de la Ley 80 original –“

Dicho lo anterior, cabe aclarar que los contratos interadministrativos y convenios interadministrativos, vale decir, entre entidades públicas, para efectos de la contratación bajo el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se refieren al concepto técnico-legal de contrato y no existe diferencia práctica entre sí.

4. Conclusiones

1. Las instituciones de educación superior públicas o las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado y cualquier tipo de asociación de entidad pública, federación de entidades territoriales y cooperativas conformadas por entidades territoriales incluidas las de los municipios, NO PUEDEN celebrar contratos o convenios interadministrativos para ejecutar contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública. Para celebra dichos contratos tales entidades deberán participar en condiciones de igualdad a través de cualquiera de las modalidades previstas en la Ley que implique convocatoria pública.

2. Para los demás contratos o convenios interadministrativos en los 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 ley 80 y 1150, de conformidad con el artículo 95 Ley 1474 de 2011, salvo las excepciones previstas en dicha norma.

3. Las asociaciones de entidades públicas, incluidas las asociaciones, federaciones y corporaciones de entidades territoriales y las de los municipios, están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para su contratación y a los mecanismos de control previstos por la Constitución y la Ley para las entidades territoriales.

4. La expresión "contratación abreviada" hace referencia a la modalidad de selección abreviada contenida en el numeral 2° del art. 2° de la Ley 1150 de 2007.

Conforme a lo establecido en el artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, las respuestas dadas por esta entidad a las consultas que se elevan, no comprometen su responsabilidad ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución; por lo tanto, es deber del interesado evaluar las opiniones jurídicas consignadas en los conceptos, sopesarlas a la luz de la normatividad y jurisprudencia, aplicables en la materia, y asumir su propia posición, conforme al grado de análisis y convencimiento adquirido.

Atentamente,

SONIA ASTRID AMAYA VEGA

Directora

Programa de Renovación de la Administración Pública- PRAP