

80112-EE114

Bogotá, D. C. Enero 04 de 2010.

Doctor

Humberto Martínez Fajardo

Alcalde Municipal

Municipio de Manaure

Plaza Principal Calle 2 No 3 A – 09

Manaure – La Guajira

Asunto: Ley de Garantías Electorales – Contratos Interadministrativos.

Respetado doctor Martínez Fajardo

1- ANTECEDENTES

Recibimos su solicitud de concepto con fecha del 18 de noviembre de 2009, con radicado 2009ER84107 mediante el cual solicita concepto sobre *“si con ocasión a la Ley de Garantías, y sus restricciones en los diferentes momentos que la misma norma dispone, la CONTRATACIÓN DIRECTA por CONTRATO INTERADMINISTRATIVO encuadraría para su celebración en la prohibición fijada a partir del 13 de Noviembre de 2009 del 2009, o si por el contrario, al tratarse precisamente de una causal de CONTRATACIÓN DIRECTA, diferente a los *CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS, su restricción se aplica a partir del 29 de Enero del 2009.”*

2- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

En la ya citada solicitud de concepto por usted allegada a esta Oficina Asesora, se hace una distinción entre los Convenios y los Contratos Interadministrativos, indicando que en los primeros existe una contraposición de intereses que ubica a uno de los contratantes en una posición similar a la que asumiría un particular en lo que a ejecución contractual se refiere. En los segundos, por el contrario, no existen tales intereses contrapuestos por cuanto están concebidos como un mecanismo para el cumplimiento de los fines impuestos a las entidades estatales por la Constitución y la Ley, por medio de la suma de esfuerzos entre entidades para el cumplimiento de las misiones y objetivos de los intervinientes.

Lo anterior, para indicar que la restricción para la celebración de los convenios interadministrativos es desde el 13 de noviembre de la actual anualidad, y la restricción que recae sobre los contratos operaría desde el 29 de enero de 2010.

Es pertinente indicar que la diferenciación que usted propone entre convenios y contratos administrativos es más de carácter doctrinal que legal, pues no conocemos disposición legal que haga dicha distinción. No obstante este Despacho la ha considerado plausible y la ha acogido, entre otros, en los conceptos 80112-EE37288 y 80112-EE40091 de 3 y 17 de julio del año en curso, respectivamente. En el segundo concepto citado se hizo la siguiente precisión:

“No obstante lo señalado, más allá de la denominación “contrato interadministrativo” ó “convenio interadministrativo”, se debe verificar dentro del contenido de lo pactado si se dan los elementos que caracterizan al contrato ó al convenio para evitar disfrazar un contrato a través de la denominación de un convenio simplemente por el hecho de llamarlo así”

Al margen de dicha distinción, sin duda útil para efectos de la ejecución de las obligaciones de las partes, su consulta debe ser resuelta a partir de la concepción de la contratación directa a partir de la ley 1150 de 2007. Sin entrar en profundidad, bástenos con indicar que la contratación directa constituye un modo de selección objetiva cuya procedencia está necesariamente precedida de autorización legal, sin que por ello se considere un modo excepcional de contratación.

Los convenios interadministrativos, aun cuando no aparejen aquel interés contrapuesto que los ubicaría en el marco del contrato en los términos doctrinales por usted indicados, indudablemente están circunscritos en el marco de la contratación directa. Esto toda vez que la entidad estatal interesada en la suscripción de un convenio interadministrativo ha de buscar como contraparte a otra entidad estatal interesada en aunar esfuerzos para el mejor cumplimiento de las finalidades de ambas. Si bien la totalidad de los entes estatales están afectos al cumplimiento de las finalidades esenciales del Estado (Art. 2 Constitución Política) ello no quiere decir que todos cumplan funciones iguales ni que estén ubicados en un mismo campo de acción, lo cual impone un proceso enfocado a la selección de aquella entidad cuyo objeto permita aunar de la mejor forma posible los esfuerzos enfocados al logro de la finalidad común. Así por ejemplo si lo que se buscara es aunar esfuerzos en contra de la corrupción, tendría más sentido que el convenio se celebrara entre los órganos de control del Estado o sus organismos de inteligencia y no entre aquellos dedicados, por ejemplo, al bienestar integral de la infancia.

En suma, considera este Despacho que aun en ausencia de intereses contrapuestos, la necesidad de seleccionar a una entidad estatal cuyo objeto sea compatible con los de la otra u otras entidades participantes del convenio impone un ejercicio metodológico de verificación de compatibilidad entre las finalidades a alcanzar, de manera tal que se justifique una determinada entidad estatal sea la llamada a participar del convenio y no otra; ejercicio que sin duda alguna se entiende enmarcado dentro del marco de la contratación directa.

Dispone el artículo 33 de la ley 996 de 2005 lo siguiente:

*ARTÍCULO 33. RESTRICCIONES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.
<Artículo CONDICIONALMENTE executable> Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.*

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

Como podrá notarse, no hace la norma distinción alguna respecto de las finalidades perseguidas por las entidades, sino que se refiere genéricamente a la prohibición para todos los entes del Estado de hacer uso de la contratación directa, dentro de la cual, según nuestra argumentación previa, está comprendida la relativa a los convenios interadministrativos. Es importante tener en cuenta que toda vez que la norma no hizo distinción alguna entre contrato y convenio interadministrativo a efectos de aplicación de la ley, no resulta viable que la misma se realice a título de interpretación, pues contraviene ello la regla hermenéutica en virtud de la cual donde el legislador no hace distinción no le es dado hacerla al intérprete.

Es importante tener en cuenta que la Directiva Presidencial 11 del 13 de noviembre de los corrientes dispuso lo siguiente:

2.2. Se entiende por entes del Estado, todas las entidades que integran la Rama Ejecutiva -en todos sus órdenes y niveles-, la Rama Legislativa y la Rama Judicial del Poder Público, así como los órganos de control, los entes autónomos e independientes, y demás entidades y organismos estatales sujetos a regímenes especiales.

Esta expresión "todos los entes del Estado" hace referencia a los sujetos o destinatarios de la prohibición, que son los organismos o entidades autorizadas por la Ley para suscribir contratos, y en consecuencia, comprende la totalidad de los entes del Estado, sin que resulte relevante su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía. (Concepto 1727 del 20 de febrero de 2006 de la Sala de Consulta y Servicio Civil)

3- CONCLUSIÓN

Por las consideraciones anteriormente expuestas, esta Oficina Asesora considera que no está permitida la celebración de convenios interadministrativos en vigencia de las restricciones contempladas por la ley de garantías.

Por último, le informamos que Usted puede conocer y consultar los conceptos que, con relación a éste y otros temas, ha proferido la Oficina Jurídica, visitando el enlace normatividad - conceptos de nuestro portal institucional: <http://www.contraloriagen.gov.co>

Cordial Saludo,

LUIS GUILLERMO CANDELA CAMPO

Director Oficina Jurídica

*Revisó: Juan Carlos Luna Rosero. Coordinador de Gestión.
Apoyó: Sandra Roperó Morales. Profesional Universitario.
Radicado: 2009ER84107*