

MEMORANDO

450

Bogotá, D.C.,

PARA: **ÁNGELA MARÍA MORENO TORRES**
Alcaldesa Local de Engativá**DE:** Director de Contratación**ASUNTO:** Respuesta a la consulta elevada a través de radicado No. 20216020012913 del 19 de abril de 2021, y remitida a la Dirección de Contratación el día 26 de abril de 2021.

Respetada Dra. Ángela María,

En respuesta a la solicitud del asunto, procede esta Dirección a pronunciarse en los siguientes términos:

1. MARCO JURÍDICO PREVIO

Conforme con lo dispuesto en los literal M del artículo 25 del Decreto Distrital 411 de 2016, cuyo tenor indica:

*“Artículo 25 Dirección de Contratación. Corresponde Dirección de Contratación (sic) el ejercicio de las siguientes funciones:**m. Atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia”*

Revisado el contenido de la anterior disposición, es claro que, a partir de la vigencia del citado Decreto, surge la obligación de la Dirección de Contratación, como dependencia adscrita a la Subsecretaría de Gestión Institucional de la Secretaría Distrital de Gobierno, de emitir concepto sobre los diferentes asuntos contractuales no sólo de la Secretaría, sino también de la gestión contractual de Fondos de Desarrollo Local. Sin embargo, si bien, dicha competencia funcional posibilita el seguimiento y control de las actuaciones circunscritas a la gestión contractual de la Secretaría y los citados Fondos, la misma no debe sobrepasar los límites funcionales, las competencias y por ende las responsabilidades propias de los Alcaldes Locales como ordenadores de gasto de los recursos asignados a los Fondos de Desarrollo Local, a la luz de las disposiciones contenidas en el artículo 40 del Decreto 1421 de 1993, artículo 1 del Decreto 460 de 1993 y lo consagrado en el Decreto 768 de 2019.

En tal sentido, la Dirección de Contratación de la Secretaría Distrital de Gobierno no es competente para pronunciarse sobre la actividad contractual particular de los Fondos de Desarrollo Local, que a través de los Alcaldes Locales como autoridades delegatarias ordenan el gasto y asumen las responsabilidades propias de las decisiones que toman para la correcta ejecución de su gestión contractual.

2. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURIDICOS

Reviste especial relevancia, recalcar la disposición contenida en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que establece: *“Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”*

En tal sentido, la doctrina administrativa en Colombia frente a los conceptos ha enseñado que estos *“no obligan a la administración (...) No son actos administrativos, en la medida que no adoptan decisiones, ni están llamados a producir efectos jurídicos”*¹. Por su parte, el profesor Gustavo Penagos, profundizó así *“los conceptos que emitan las autoridades (...) ni comprometen la responsabilidad de la entidad ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución, simplemente, por tratarse de meros conceptos, que no contienen decisiones, sino pareceres o criterios de la respectiva entidad”*². El mismo autor indica que en virtud del parágrafo del artículo 57 del Decreto 2117 de 1992, solamente se pueden considerar obligatorios los conceptos emitidos por la DIAN, mediante su Subdirección Jurídica, y su desconocimiento podrá acarrear sanción disciplinaria.

Por otro lado, existe importante jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, a saber *“De la formulación de consultas escritas o verbales las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y en relación con las respuestas, establecen que ellas no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución. Mediante los conceptos se absuelven consultas tanto de funcionarios como de particulares formuladas en procura de conocer, desde el punto de vista jurídico, criterios y opiniones acerca del problema consultado...”* (Sección Primera, Auto mayo 6 de 1994, M.P. Yesid Rojas Serrano).

En igual sentido mediante sentencia de la Sección Segunda del 06 de febrero de 1997 radicado 7736, se sostuvo que los conceptos jurídicos *“no contienen una decisión capaz de crear, modificar, ni extinguir situación jurídica de ninguna índole, ya sea de carácter general o particular”*. Y otra jurisprudencia de la misma Alta Corporación fue enfática en señalar que *“Fácilmente se advierte que la simple opinión de un funcionario en un caso particular, no tiene virtualidad alguna de obligatoriedad”*³

En este orden de ideas, es preciso concluir que, aunque por expresa disposición normativa e imperativo jurisprudencial, a la Dirección de Contratación le ha sido asignada la función de atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia, los mismos no obligan tal como se ha argumentado con suficiencia.

3. CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO.

¹ Jaime Orlando Santofimio, Tratado De Derecho Administrativo Tomo II pág. 196 y ss

² Gustavo Penagos, El Acto Administrativo, Tomo I pág. 228 y ss,

³ Consejo de Estado. Sección Cuarta, Auto Diciembre 13 de 1976.

La consulta se presentó en los siguientes términos:

¿En virtud de las normas antes citadas, la Alcaldesa Local de Engativá tiene facultades y competencia para suscribir MEMORANDOS DE ENTENDIMIENTO?

Para abordar la temática planteada, es necesario, en primera instancia, aproximarnos a una definición teórica del “memorando de entendimiento”, y verificar la viabilidad de un acuerdo de esta naturaleza en tratándose de entidades públicas.

De acuerdo con lo señalado por Colombia Compra Eficiente en respuesta a consulta con el radicado 4201814000009906, del 6 de diciembre de 2018, *“los memorandos de entendimiento o cartas de intención constituyen acuerdos entre dos partes, que por sí solos no contemplan obligaciones de comportamiento reales, sino compromisos programáticos basados en declaraciones de intención. Las normas que regulan los memorandos de entendimiento o cartas de intención corresponden a aquellas que de manera general le asignan las funciones a las Entidades Estatales. En este orden de ideas, este tipo de acuerdos no tienen el alcance de contrato estatal en la medida en que no generan obligaciones para quienes lo suscriben, en consecuencia, no están sujetos a la normativa del Sistema de Compra Pública. Al ser un documento a través del cual se materializan lineamientos o acuerdos puntuales con al ánimo de culminar en un futuro y eventual un acuerdo final, su celebración, condiciones y reglas dependen de las necesidades particulares de cada uno de sus firmantes. Sin embargo se debe tener presente que lo que determina la naturaleza jurídica de un documento suscrito por dos partes es el contenido del mismo y no la denominación que se le dé, si un acuerdo de voluntades denominado memorando de entendimiento, implica el cumplimiento de obligaciones reales para las partes que van más allá de la intención de llevar a cabo un propósito común o implica que la Entidad Estatal recibe bienes, obras o servicios, ese documento tendrá carácter de contrato entendido como un acto mediante el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer algo y en ese sentido, se deberán aplicar las norma del Sistema de Compra Pública que regulan los contratos estatales.*

Con fundamento en este análisis, concluyó el ente rector en materia de contratación estatal:

“Las Entidades Estatales pueden suscribir memorandos de entendimiento o cartas de intención para lograr el cumplimiento de sus fines. Este tipo de acuerdos no tienen el alcance de contrato estatal al no generar obligaciones para las partes, y, por lo tanto, no se encuentran regulados en la normativa del Sistema de Compra Pública. En consecuencia, su celebración deberá realizarse de acuerdo con los procedimientos internos de cada Entidad.”

Por otra parte, es necesario tener en cuenta que esta situación fue previamente analizada por la Dirección Jurídica Distrital mediante concepto 7409 de 2011, donde claramente expresó:

“Por otra parte, según las definiciones referentes a Memorandos de Entendimiento y Contrato Estatal y teniendo en cuenta que la mayor diferencia que presentan estas dos figuras consiste en que mientras el Contrato Estatal tiene contenido obligacional, el Memorando de Entendimiento contiene declaraciones de intención, se concluye que los primeros no son Contratos Estatales; y por tanto que la capacidad de contratación conferida a los alcaldes locales no contiene en sí misma la autorización para que los alcaldes locales suscriban Memorandos de Entendimiento. (destacado fuera de texto)

En cuanto a las declaraciones de intención que contienen los Memorandos de Entendimiento, es de anotar que le corresponde hacerlas a quien ostenta la personería jurídica y la representación legal del organismo o entidad distrital.”

Con fundamento en lo anteriormente indicado, y teniendo como referencia las funciones atribuidas a esta Dirección, por medio del artículo 25 del Decreto Distrital 411 de 2016, al no constituir el memorando de entendimiento un acuerdo que tenga el alcance de un contrato estatal, que no hace parte del Sistema de Compra Pública, se tiene que, un pronunciamiento frente a la viabilidad o no de suscribir por parte de la Alcaldía Local un documento de esta naturaleza, excedería la competencia otorgada.

Sin embargo, con el ánimo de contribuir con herramientas que permitan vislumbrar el panorama, y tomando como referencia las definiciones antes indicadas, a continuación se señalan algunas normas que deben tenerse en cuenta en el momento de definir si se acude o no a la figura del acuerdo de entendimiento por parte de la Alcaldía Local:

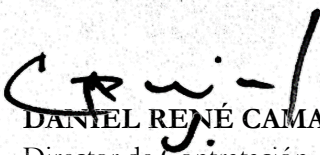
- El artículo 86 del Decreto Ley 1421 de 1993 señala que es atribución de los alcaldes locales ejercer las demás funciones que les asignen la Constitución, la ley, los acuerdos distritales y los decretos del alcalde mayor.
- El numeral 3 del artículo 38 de Decreto 854 de 2001, delega en los Alcaldes Locales de Bogotá D.C. entre otras, la facultad de celebrar todos aquellos convenios que se encuentren dentro del marco de sus competencias y que no impliquen erogación presupuestal respecto al Fondo de Desarrollo Local.
- El artículo 1 del Decreto 374 de 2019, delega en los alcaldes locales la facultad para contratar, ordenar los gastos y pagos con cargo al presupuesto de los Fondos de Desarrollo Local, de conformidad con las disposiciones que regulan las inversiones y gastos con cargo a tales Fondos.
- El artículo 4 del Decreto 768 de 2019, reglamentario del Acuerdo Distrital 740 de 2019, señala que la Alcaldía Local es la responsable de formular, ejecutar y hacer seguimiento a los proyectos de inversión en el marco del Plan de Desarrollo Local con cargo a los recursos del respectivo Fondo de Desarrollo Local, a través de la elaboración y ejecución del presupuesto, la gestión de proyectos de inversión y procesos contractuales, así como la ordenación de gastos y pagos, y la administración de bienes de propiedad del Fondo.

De acuerdo con lo anterior, la facultad de suscribir este tipo de acuerdos no se encuentra taxativamente atribuida a los Alcaldes Locales, por lo cual, es necesario un ejercicio de análisis e interpretación sistemática para llegar a una conclusión. Sin embargo, reiterando lo ya manifestado, al no ser un asunto contractual, la Dirección de Contratación no podría adoptar una postura, por ende, corresponde al alcalde local, a luz de sus atribuciones y competencias legales y reglamentarias, diferentes a las relacionadas con la actividad contractual, analizar la viabilidad de suscribir los memorandos de entendimiento, o en su defecto, acudir a otra herramienta jurídica que permita con mayor claridad, en el marco de las facultades conferidas, obtener beneficios en materia académica para los colaboradores del Fondo de Desarrollo Local y otras autoridades locales, cuyo propósito es compatible si se tiene como *finalidad promover el desarrollo integral de la Ciudad y sus localidades*, bajo los principios del *interés general de la ciudadanía y los fines del Estado Social de Derecho*. (Apartes propios del Acuerdo Distrital 740 de 2019).

En los términos anteriores se emite el presente concepto, tomando como base la información que fue remitida electrónicamente a la Dirección de Contratación, y para la toma de decisiones exclusivamente de la órbita de las

competencias de la Alcaldía Local, y es su responsabilidad acoger el contenido del presente concepto de forma total, parcial o negativamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,



DANIEL RENÉ CAMACHO SÁNCHEZ

Director de Contratación

Elaboró: Brenda Viviana Jiménez Díaz– Abogada Contratista Dirección de Contratación