



Concepto Sala de Consulta C.E. 1982 de 2010 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010).

Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00003-00(1982)

Actor: MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Referencia: AREA METROPOLITANA. FUNCIONES. CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS. CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS DE COOPERACION.

El señor Ministro del Interior y de Justicia, a solicitud del Director del Área Metropolitana del Valle de Aburrá, consulta a la Sala sobre la viabilidad de que esa Área Metropolitana realice convenios interadministrativos de colaboración con los municipios que la integran para el desarrollo de proyectos.

Como antecedentes de la consulta transcribe lo afirmado por el Director del Área Metropolitana del Valle de Aburrá en donde indica que ésta es una entidad administrativa creada con el "compromiso de consolidar el progreso y desarrollo armónico de la gran Región Metropolitana, con funciones de planeación, autoridad ambiental, y de transporte masivo de mediana capacidad". Agrega que la entidad cuenta con un plan integral de desarrollo metropolitano denominado "Proyecto Metrópoli 2008 - 2010", orientado a servir a la comunidad y promover el bienestar general de los municipios que la integran (Barbosa, Bello, Caldas, Copacabana, Envigado, La Estrella, Girardota, Itagüí, Medellín y Sabaneta).

En virtud de lo anterior, y para poder cumplir con sus cometidos y los de los municipios que la conforman, "el Área Metropolitana requiere, necesariamente, ejecutar parte de sus programas y proyectos a través de la suscripción de convenios y contratos con los que se le permita consolidar su misión institucional, fundamentados en el artículo 2 de la ley 1150 de 2007, reglamentado por el artículo 78 del decreto 2474 de 2008".

Se citan como fundamentos constitucionales los artículos 38, que garantiza el derecho de asociación; 319, relacionado con las áreas metropolitanas; 288, sobre las competencias atribuidas a las entidades territoriales y 209, contentivo de los principios de la función administrativa.

En cuanto a los fundamentos legales acude al objeto, naturaleza jurídica, jurisdicción y funciones de las Áreas Metropolitanas, previstos en los artículos 1 a 4 de la ley 128 de 1994, respectivamente, así como al artículo 95 de la ley 489 relativo a la asociación entre entidades públicas.

Igualmente, se mencionan normas de la ley 80 de 1993 y 1150 de 2007 sobre modalidades de selección y contratos interadministrativos.

No sin antes aludir a la sentencia C - 040 de 2000 de la Corte Constitucional y a un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil que no identifica, formula los siguientes interrogantes:

"1. Puede el Área Metropolitana del Valle de Aburrá adelantar los procesos contractuales requeridos para la adquisición de bienes muebles e inmuebles sustentándose en lo prescrito en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 y proceder a la entrega de éstos vía convenios interadministrativos a sus Municipios integrantes, sin que con ello se desatienda lo establecido en el decreto 4444 de 2008, reglamentario de la ley 1150 de 2007 en lo que respecta a la enajenación de bienes, teniendo en cuenta el artículo 1 de la ley 128 de 1994?"

"2. ¿Puede el Área Metropolitana del Valle de Aburrá transferir a sus Municipios vía convenio los recursos financieros para que sean ellos en forma directa quienes adelanten los procesos contractuales requeridos para la adquisición (compra) de los bienes muebles e inmuebles?" (Paréntesis textual).

"3. ¿Es posible que (el) Área Metropolitana del Valle de Aburrá, a través de convenios interadministrativos de colaboración, adquiera bienes muebles para ser entregados a otras entidades públicas para el cumplimiento de sus funciones legales?"

"4. ¿En el evento de no ser posible la adquisición de bienes nuevos para entregarlos a otras entidades públicas como apoyo a la gestión, o colaboración para el cumplimiento de la misión institucional, se pregunta desde qué esquema podría realizarse esa figura bajo el entendido de la cooperación interinstitucional?"

CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO.

De conformidad con las preguntas formuladas, la Sala entiende que el problema jurídico a resolver consiste en determinar las normas aplicables a los procesos de contratación de las Áreas Metropolitanas y, en particular, la celebración de contratos o convenios interadministrativos para la intermediación en la adquisición de bienes muebles e inmuebles, así como la transferencia de recursos a los municipios integrantes del Área, bajo el supuesto de una cooperación interinstitucional.

Para resolver la consulta, se considera procedente analizar: *i)* la naturaleza jurídica de las Áreas Metropolitanas; *ii)* el régimen de contratación de tales entidades; *iii)* el ámbito funcional como requisito para la procedencia de los contratos interadministrativos; *iv)* las funciones de las Áreas Metropolitanas; *v)* la aplicación del artículo 95 de la ley 489 de 1998, y *vi)* cooperación interinstitucional para la enajenación de bienes por parte de las entidades estatales.

2. NATURALEZA JURÍDICA.

Concepto Sala de Consulta C.E. 1982 de 2010 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

La Sala en los conceptos 850 y 935 de 1996, se refirió a los antecedentes y características que permiten precisar la naturaleza jurídica de las Areas Metropolitanas, destacándose de tales pronunciamientos lo siguiente:

A finales de la década de los sesentas del siglo XX, se evidenció la existencia en Colombia de núcleos urbanos conformados por varios municipios que constituyan una realidad geográfica y sociológica especial, a los cuales era oportuno darles una entidad jurídica propia.

El profesor Jaime Vidal Perdomo explicó en su momento las circunstancias que determinaban un Area Metropolitana: "Se dice geográfica porque es la vecindad de municipios, dentro de los cuales uno tiene las características de gran ciudad o metrópoli y la expansión de ésta, lo que va integrando una unidad territorial que genera otros nexos y hace necesario un especial tratamiento jurídico administrativo. //Es una entidad sociológica el área metropolitana porque esa proximidad territorial va espontáneamente produciendo relaciones más estrechas o vínculos de dependencia entre las diferentes comunidades"^[1].

Fue así como en el artículo 63 del Acto Legislativo 01 de 1968, se estableció la posibilidad de crear Areas Metropolitanas, para lo cual se reformó el artículo 198 de la anterior Constitución, que en lo pertinente disponía:

"Artículo 198. La ley podrá establecer diversas categorías de municipios de acuerdo con su población, recursos fiscales e importancia económica, y señalar distinto régimen para su administración.

Para la mejor administración o prestación de servicios públicos de dos o más municipios de un mismo departamento, cuyas relaciones den al conjunto las características de un área metropolitana, la ley podrá organizarlos como tales bajo autoridades y régimen especiales, con su propia personería, garantizando una adecuada participación de las autoridades municipales en dicha organización. Corresponde a las asambleas, a iniciativa del Gobernador y oída previamente la opinión de los concejos de los municipios interesados, disponer el funcionamiento de las entidades así autorizadas....".

La norma precitada fue desarrollada por el decreto - ley 3104 de 1979, y a pesar de la dificultad para reunir los requisitos exigidos, se constituyeron con base en ella varias Areas Metropolitanas cuyos municipios núcleo fueron Medellín, Barranquilla, Bucaramanga, Cúcuta y Pereira. Posteriormente, el decreto - ley 1333 de 1986-“Código de Régimen Municipal”, reguló la materia en los artículos 348 a 373.

En las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 fue voluntad expresa, manifestada en el seno de ese órgano, fortalecer las entidades territoriales y, en particular, el derecho de éstas de participar en las decisiones que las afectan. En este sentido, se reconoció la existencia de las Areas Metropolitanas y se amplió su campo de acción, estableciéndose finalmente en el artículo 319 de la Constitución Política facilidades para su conformación, permitiéndose la participación ciudadana, de la siguiente manera:

"Artículo 319. Cuando dos o más municipios tengan relaciones económicas, sociales y físicas, que den al conjunto características de un área metropolitana, podrán organizarse como entidad administrativa encargada de programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo su autoridad; racionalizar la prestación de los servicios públicos a cargo de los municipios que la integran y, si es el caso, prestar en común algunos de ellos; y ejecutar obras de interés metropolitano...".

La misma norma dispone que la ley orgánica de ordenamiento territorial adoptará para las Areas Metropolitanas un régimen administrativo y fiscal de carácter especial, con adecuada participación de las autoridades de los municipios que la conforman en sus órganos de administración y “señalará la forma de convocar y realizar las consultas populares que decidan la vinculación de los municipios”.

En desarrollo de ese mandato constitucional el Congreso de la República adoptó la ley 128 de 1994 “por la cual se expide la ley orgánica de las áreas metropolitanas”^[2], norma que se encuentra actualmente vigente y regula la materia^[3].

El artículo 1º de esta ley define las Areas Metropolitanas de la siguiente forma:

“...Las Areas Metropolitanas son entidades administrativas formadas por un conjunto de dos o más municipios integrados alrededor de un municipio núcleo o metrópoli, vinculados entre sí por estrechas relaciones de orden físico, económico y social, que para la programación y coordinación de su desarrollo y para la racional prestación de sus servicios públicos requiere una administración coordinada”.

El artículo 2º de la misma ley, complementa y precisa la naturaleza jurídica de esas entidades, así:

“Las Areas Metropolitanas están dotadas de personalidad jurídica de derecho público, autonomía administrativa, patrimonio propio, autoridades y régimen especial”.

De lo expuesto se tiene que actualmente las Areas Metropolitanas son entidades administrativas dotadas de personalidad jurídica de derecho público, lo que les permite ser sujeto de derechos y contraer obligaciones, con autonomía administrativa, patrimonio propio, autoridades y régimen especial. Dicho régimen es el previsto en la Constitución Política y la ley 128 de 1994.

La naturaleza y régimen expuesto es aplicable a las Areas Metropolitanas constituidas con anterioridad a la vigencia de la ley 128 de 1994, por expresa mandato del párrafo 3 del artículo 5 ibidem^[4].

Precisada la naturaleza jurídica de las Areas Metropolitanas, a continuación se analizarán las normas que rigen la contratación de tales entidades.

3. EL REGIMEN DE CONTRATACION DE LAS AREAS METROPOLITANAS.

El régimen especial previsto en la ley 128 de 1994 prevé lo relativo a los contratos que ellas celebren, en los siguientes términos

“Artículo 25. Contratos. Los contratos que celebren las Areas Metropolitanas se someterán a lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

A su vez, el artículo 2 de la ley 80 de 1993, “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, dispone que para los efectos de esa ley se denominan entidades estatales: “...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...”. (Resalta la Sala).

La sujeción por parte de las Areas Metropolitanas al régimen contractual público, es ratificada en diferentes apartes de la ley 128, existiendo así plena concordancia con lo dispuesto en el artículo 25, arriba trascrito. En efecto:

El artículo 14 sobre las atribuciones básicas de la Junta Metropolitana, señala que dentro de las de orden administrativo le corresponde: “1. En concordancia con la ley fijar los límites, naturaleza y cuantía dentro de los cuales el Gerente pueda celebrar contratos, así como señalar los casos en que requiere obtener autorización previa de la Junta para el ejercicio de esta facultad. // 2. Autorizar al Gerente para negociar empréstitos, contratos de fiducia pública y la ejecución de obras por el sistema de concesión según la ley”.

Por su parte el artículo 18 establece que el Gerente del Área Metropolitana es empleado público del Área, será su representante legal y su elección corresponderá a la Junta Metropolitana. Y el 19, referente a las funciones del Gerente dispone que a éste le compete "...4. Celebrar los contratos necesarios para la administración de los servicios, la ejecución de obras metropolitanas y, en general, para el buen desempeño y cumplimiento de las funciones propias del Área, con sujeción a lo previsto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y a las autorizaciones, límites y cuantías que le fije la Junta Metropolitana...".

No cabe duda, entonces, que las Areas Metropolitanas son entidades estatales para efectos de los contratos en que sean parte, se sujetan al régimen contractual público previsto en la ley 80 de 1993, y en las normas que lo modifiquen, adicionen o reglamenten, en concordancia con las disposiciones especiales para ellas previstas en la ley 128 de 1994.

En atención a que el supuesto fáctico de la consulta está referido a contratos que se celebrarán entre un Área Metropolitana y los municipios que la integran para la adquisición y enajenación de bienes muebles e inmuebles, o la intermediación de recursos, la Sala pasará al examen de las normas que regulan los contratos entre entidades estatales.

4. EL AMBITO FUNCIONAL COMO REQUISITO PARA LA CELEBRACION DE CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS.

Como quedó expuesto en el punto precedente las Areas Metropolitanas y los municipios son considerados entidades estatales en los términos del artículo 2 de la ley 80 de 1993.

El artículo 13 de la ley 80 dispone: "Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo las materias particularmente reguladas en esta ley".

Ahora, cuando dos entidades estatales, como son las Areas Metropolitanas y los municipios, celebran contratos entre ellas, se está en presencia de los denominados contratos interadministrativos, caso en el cual la ley 80, reformada por la ley 1150 de 2007[5], ordena que deberá acudirse al mecanismo de la contratación directa. Sobre este punto, el artículo 2 de esta última ley, establece:

"ARTICULO 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCION. 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:

1. Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo...".

Así las cosas, el numeral 4 de ese artículo dispone:

"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.

En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de Instituciones de Educación Superior Públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política (...).

(...)

Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales...". (Se resalta).

Como puede advertirse, la ley 1150 reguló con mayor detalle los denominados contratos interadministrativos, con el fin de asegurar el propósito de cooperación entre las entidades públicas y así evitar que con dichos contratos se desarrollen prácticas para eludir los procedimientos de selección.

En este sentido, cuando la norma dispone que el contrato debe tener relación "*directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos*", no hace más que reiterar para el caso concreto el principio de legalidad previsto en los artículos 6 y 121 Constitución Política[6] como postulado esencial del Estado Social de Derecho y de toda manifestación del poder público, conforme al cual, será legítima la actuación de las autoridades en cuanto se desarrolle dentro del preciso ámbito funcional definido por el legislador, proscribiendo las actuaciones de los servidores públicos que impliquen omisión o extralimitación en el ejercicio de las mismas.

De esta manera, y a título de ejemplo, si una entidad estatal debe adquirir bienes o servicios para su funcionamiento no puede contratar con la licorera departamental el suministro de equipos de fotocopiado, o comprarle a un municipio la gasolina para abastecer los vehículos de su propiedad.

Así las cosas, las preguntas que debe absolver la Sala pasan primero por dilucidar si las funciones atribuidas a las Areas Metropolitanas le permiten a éstas celebrar contratos interadministrativos con los municipios que la integran, cuyo objeto consista en la intermediación para la adquisición y enajenación de bienes muebles e inmuebles, o la intermediación de recursos.

5. LAS FUNCIONES DE LAS AREAS METROPOLITANAS.

Como se indicó en el punto 2 de este concepto, además de la tradicional función de prestación de los servicios públicos, la Constitución de 1991 le otorgó a las áreas metropolitanas, funciones de programación y coordinación con el fin de lograr el desarrollo armónico e integrado del territorio, así como la ejecución de obras de interés metropolitano.

La ley 128 de 1994, en cuanto concierne a las funciones de las Areas Metropolitanas, estableció en el artículo 4 ibídem:

"Artículo 4 Funciones. Son funciones de las Areas Metropolitanas, entre otras, las siguientes:

1a. Programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo su jurisdicción.

2a. Racionalizar la prestación de los servicios públicos a cargo de los municipios que la integran, y si es el caso, prestar en común alguno de ellos.

3a. Ejecutar obras de interés metropolitano".

Concepto Sala de Consulta C.E. 1982 de 2010 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Como quiera que la norma transcrita no es taxativa, se revisó en su integridad el texto de la ley 128 encontrándose que el artículo 22, relativo al patrimonio y rentas del Área Metropolitana, en lo pertinente establece:

“Artículo 22. Patrimonio. El patrimonio y renta del Área Metropolitana estará constituido por:

- (...)
- c) Los derechos o tasas que puedan percibir por la prestación de servicios públicos metropolitanos;
- (...)
- e) El producto o rendimiento de su patrimonio o de la enajenación de sus bienes;
- f) Los recursos provenientes del crédito;
- (...)
- i) Las sumas que reciba por contrato de prestación de servicios;
- (...)
- k) Los ingresos que reciba el Área por la ejecución de obras por concesión;
- l) Los demás bienes muebles e inmuebles que adquiera a cualquier título”.

Se evidencia que los literales c) y k) ibídem complementan las funciones previstas en el artículo 4 de la ley 128, reiterando la posibilidad para las áreas metropolitanas de prestar servicios públicos, y participar en la ejecución de obras públicas, incluso por el sistema o modalidad de concesión.

Lo expuesto lleva a afirmar que del ámbito funcional atribuido por la Constitución Política y la ley 128 de 1994 a las Areas Metropolitanas no puede derivarse que tales entidades administrativas estén facultadas para la actividad de intermediación de bienes y recursos con los municipios que la integran.

Así las cosas, en atención a lo dispuesto en el literal c) numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007, puede sostenerse que la celebración de contratos interadministrativos entre las Areas Metropolitanas y los municipios que la integran, cuyo objeto consista en la intermediación para la adquisición y enajenación de bienes muebles e inmuebles, o la intermediación de recursos financieros, no hace parte del “*objeto*” de tales entidades y, por lo mismo, no están permitidos por esa ley.

Ello significa que si el Área Metropolitana o el municipio que la integra tiene la necesidad de adquirir o enajenar un bien, o conseguir recursos financieros, debe acudir a las normas de la leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y a aquellas que las modifiquen o reglamenten, siguiendo el procedimiento que las mismas señalan para la celebración del contrato correspondiente.

Contra la anterior conclusión puede argumentarse que los literales e), f), i) y l) del artículo 22 de la ley 128, le otorgan a las Areas Metropolitanas las funciones de intermediación por las que precisamente se aboga en la consulta y constituyen el objeto de la misma.

La Sala estima que tal argumento no es de recibo, comoquiera que tales literales más que atribuir funciones a las Areas Metropolitanas, realmente corresponden a la descripción de tipos contractuales que pueden celebrar esas entidades administrativas, bien porque con ellos pueden disponer de su patrimonio, o en dado caso acrecentar sus rentas.

Ciertamente, la potestad de adquirir los bienes necesarios para el cumplimiento de sus funciones o enajenar los propios y utilizar su producto o rendimiento, no puede entenderse como una autorización a la Areas Metropolitanas para realizar una intermediación de bienes, es decir, adquirir para posteriormente enajenarlos o entregarlos a cualquier título. En efecto, del ámbito funcional previsto para las Areas Metropolitanas claramente se establece que su actividad no es adquirir bienes para luego, vía convenios o contratos interadministrativos, dotar a los municipios.

En este sentido, es pertinente recordar que la intermediación de bienes y servicios es una típica actividad comercial, según el artículo 20 del Código de Comercio, y que sólo excepcionalmente las entidades estatales cumplen tal cometido mediante instituciones o sociedades expresamente autorizadas por ley para tal fin, como sería el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta, tanto en el nivel nacional como territorial.

De esta forma, es claro que dada la naturaleza jurídica de las Areas Metropolitanas, expuesta en el punto 2 del presente concepto, en manera alguna éstas se enmarcan dentro de las empresas o sociedades mencionadas, ni sus funciones reflejan el desarrollo de una actividad comercial.

Por su parte, el literal f) del artículo 22 faculta a las Areas Metropolitanas para acceder a recursos de crédito, esto es, para el manejo de operaciones propias tendientes a la consecución de recursos con plazo para su pago, en los términos del parágrafo 2 de la ley 80 de 1993^[7].

Dichas operaciones de crédito público están expresamente delimitadas por la mencionada norma y, en modo alguno sus disposiciones permiten inferir una autorización para las Areas Metropolitanas de servir como agente de intermediación de tales operaciones.

Mucho menos las Areas Metropolitanas están autorizadas por el literal f) del artículo 22 de la ley 128 para realizar la actividad de intermediación financiera, es decir, captar recursos a cualquier título (operación pasiva) para colocarlos a cualquier título (operación activa), ya que tal actividad sólo puede ser ejercida por las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, previa autorización para su funcionamiento, entre las cuales, por supuesto, no se encuentran las Areas Metropolitanas.

En consecuencia, del ámbito funcional atribuido por la Constitución Política y la ley 128 de 1994 a las Areas Metropolitanas no puede derivarse que tales entidades administrativas estén facultadas para la actividad de intermediación de bienes y recursos con los municipios que la integran. Entiende la Sala que los contratos de prestación de servicios en donde las Areas Metropolitanas actúan como contratistas (ya que no de otra manera puede explicarse que reciba recursos por ello), actividad autorizada en el literal i) del artículo 22 de la ley 128, están circunscritos al ámbito funcional de tales entidades administrativas, en los términos expuestos en precedencia, y por tanto, no implica la extensión de sus funciones más allá de lo dispuesto en la constitución y la ley.

Es sabido que el contenido prestacional de tales contratos consistente en una obligación de hacer mediante la cual una entidad estatal obtiene la colaboración de contratistas para el cumplimiento de tareas “relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”, según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993^[8].

Así las cosas, como las Areas Metropolitanas no están facultadas para desarrollar la actividad de intermediación de bienes y recursos con los municipios que la integran, según se ha demostrado, ello impide la celebración de contratos prestación de servicios cuyo objeto involucre el

cumplimiento de tales obligaciones, so pena de transgredir el principio de legalidad.

Expuesto lo anterior, y dado que en una de las preguntas formuladas en la consulta se alude a la aplicación del artículo 95 de la ley 489 de 1998, pasa la Sala a dilucidar tal situación.

6. LOS CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS DE COOPERACION.

El artículo 95 de la ley 489 de 1998[9], dispone lo siguiente:

"Artículo 95. Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse 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 personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal[10].

La Sala estima que la asociación entre entidades públicas prevista en la norma está dada para una materia genérica diferente a la regulación especial que la Constitución y la ley 128 de 1994 prevén para las Areas Metropolitanas.

En efecto, el artículo 95 es una autorización general para que las entidades públicas se asocien entre sí, propósito que se materializa a través de dos instrumentos: i) celebración de convenios administrativos de cooperación, o ii) conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

A su vez, las Areas Metropolitanas si bien tienen un sustrato asociativo, corresponden a un vínculo que se da exclusivamente entre municipios o distritos con características especiales previstas en la ley 128 de 1994, según se ha explicado, y por lo mismo, no corresponden al tipo asociativo que regula la ley 489 de 1998.

Se agrega a las anteriores diferencias que la forma de materializar el propósito asociativo regulado en el artículo 95 en nada corresponde a la manera como se constituyen las Areas Metropolitanas.

En efecto, un Area Metropolitana no se constituye ni mediante convenio administrativo de cooperación, ni mucho menos es una persona jurídica sin ánimo de lucro tal como quedó expuesto en el punto 1 de este concepto.

Ciertamente, el artículo 5 de la ley 128 establece que para constituir un Area Metropolitana se requiere de: i) iniciativa (radicada en los alcaldes de los municipios interesados, la tercera parte de los concejales de dichos municipios o el 5% de los ciudadanos que integran el ceso electoral de los mismos); ii) proyecto de constitución, el cual será entregado a la Registraduría Nacional del Estado Civil para su difusión; iii) consulta popular; el proyecto se someterá a consulta entre los habitantes de los municipios, y si es aprobada, iv) se protocolizará su conformación mediante instrumento elevado ante notario público.

Lo expuesto permite afirmar que, respecto de la materia regulada, el artículo 95 de la ley 489 de 1998 no es aplicable a la organización, constitución y funciones previstas para las Areas Metropolitanas, comoquiera que éstas se rigen por un régimen especial y, en todo caso, su constitución no implica el nacimiento de una persona jurídica sin ánimo de lucro.

Ahora, cabe preguntarse: *¿un Area Metropolitana luego de su constitución como tal, puede celebrar convenios administrativos de cooperación con uno o varios de los municipios que la conforman?*

La Sala entiende que el supuesto de hecho previsto en el artículo 95 parte del ánimo asociativo que debe acompañar a las entidades participantes, lo que significa la existencia de un interés común, tendiente a alcanzar unos fines concordantes con las competencias atribuidas por las normas que rigen su organización y funcionamiento.

Se habla de cooperación porque la entidad pública celebra el convenio cuando tiene algo que aportar desde su ámbito funcional, obligándose a ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos contratantes, compartiendo tareas entre ellas.[11].

Es en el anterior contexto que puede entenderse la finalidad de los mencionados convenios, los cuales abarcan "el cumplimiento de funciones administrativas o prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo", según lo dispuesto en el artículo 95 de la ley 489 de 1998. Este límite material, como se explicó en el punto anterior, no es más que la reiteración para el caso concreto del principio de legalidad.

Entonces, si las Areas Metropolitanas no cumplen la función ni tienen a su cargo la intermediación para la adquisición y enajenación de bienes muebles e inmuebles, o la intermediación de recursos financieros, según se ha expuesto, necesariamente debe concluirse que no es jurídicamente viable celebrar convenios interadministrativos de cooperación entre aquéllas y los municipios que la conforman, cuyo objeto consista en cumplir con tales prestaciones.

7. COOPERACION INTERINSTITUCIONAL EN LA ENAJENACION DE BIENES DEL ESTADO.

Ha quedado establecido en los puntos anteriores de este concepto que a las Areas Metropolitanas le son aplicables en su integridad las disposiciones sobre contratación estatal previstas en la leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y aquellas que las modifiquen o reglamenten.

Igualmente, se ha afirmado que el ámbito funcional atribuido por la Constitución Política y la ley 128 de 1994 a las Areas Metropolitanas no conlleva que tales entidades administrativas estén facultadas para la actividad de intermediación de bienes y recursos con los municipios que la integran.

A pesar de lo anterior, la Sala encuentra que exclusivamente para la enajenación de bienes de propiedad de las entidades estatales, se han establecidos mecanismos que eventualmente permitirían la celebración de contratos interadministrativos.

En efecto, el literal e) numeral 2 del artículo 2 de la ley 1150 establece que para la enajenación de bienes del Estado se podrá acudir a la modalidad de selección abreviada:

"ARTICULO 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCION (...)

2. Selección abreviada. La selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia. Serán causales de selección abreviada las siguientes:

(...)

e) La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995".

En los procesos de enajenación de los bienes del Estado se podrán utilizar instrumentos de subasta y en general de todos aquellos mecanismos autorizados por el derecho privado, siempre y cuando en desarrollo del proceso de enajenación se garantice la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva.

En todo caso, para la venta de los bienes se debe tener como base el valor del avalúo comercial y ajustar dicho avalúo de acuerdo a los gastos asociados al tiempo de comercialización esperada, administración, impuestos y mantenimiento, para determinar el precio mínimo al que se debe enajenar el bien, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno nacional. (...)" (Destaca la Sala).

Dicha norma fue reglamentada por el decreto 4444 de 2008, estableciéndose en el artículo 2 lo siguiente:

"Artículo 2. Enajenación de bienes

En los procesos de selección abreviada de enajenación de bienes, la entidad podrá hacer uso de los mecanismos que se consagran en el presente decreto, atendiendo a las normas de transparencia, selección objetiva y eficiencia. En todo caso, la convocatoria pública será regla general, y se aplicarán en lo pertinente las reglas del título I del Decreto 2474 de 2008, y las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, sin perjuicio de las reglas especiales establecidas en el presente decreto.

La entidad podrá realizar directamente la enajenación, o contratar para ello a promotores, bancas de inversión, martilllos, comisionistas de bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, o cualquier otro intermediario idóneo, según corresponda al tipo de bien a enajenar. También podrá hacerlo a través de la sociedad Central de Inversiones CISA S.A., caso en el cual, se suscribirá el respectivo contrato interadministrativo". (Subraya la Sala).

Los artículos 8 y 24 de dicho decreto materializan las condiciones y forma en que se podrá celebrar con CISA S.A. el correspondiente contrato interadministrativo, incluyendo la posibilidad de que mientras se desarrolla el proceso de enajenación o se perfecciona la entrega de los bienes, la entidad enajenante entregue en administración los bienes a CISA, para que ésta se encargue de realizar todas las actividades propias de la administración, saneamiento, mantenimiento y recuperación de los bienes en contraprestación del reembolso de los gastos directos y de una comisión.

En la actualidad, la Central de Inversiones S.A. - CISA, es una sociedad de economía mixta, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público[12] y sujeta en sus actos y contratos al régimen del derecho privado.

El objeto social de CISA se encuentra contemplado en el artículo 1º del decreto 3409 del 10 de septiembre de 2008, el cual dispone:

"Artículo 1º.- Modifícase el artículo segundo del Decreto 4819 de 2007, modificado por el artículo primero del Decreto 1207 de 2008, el cual quedará así:

'Artículo 1º.- Objeto.- CISA tendrá por objeto gestionar, adquirir, administrar, comercializar, cobrar, recaudar, intermediar, enajenar y arrendar, a cualquier título, toda clase de bienes inmuebles, muebles, acciones, títulos valores, derechos contractuales, fiduciarios, crediticios o litigiosos, incluidos derechos en procesos liquidatorios, cuyos propietarios sean entidades públicas de cualquier orden o rama, organismos autónomos e independientes previstos en la Constitución Política y en la ley, o sociedades con aportes estatales de régimen especial y patrimonios autónomos titulares de activos provenientes de cualquiera de las entidades descritas, así como prestar asesoría técnica y profesional a dichas entidades en el diagnóstico y/o valoración de sus activos y sobre temas relacionados con el objeto social. (...)"

Es claro que CISA está habilitada para adquirir toda clase de bienes que sean de propiedad de entidades públicas de cualquier naturaleza o nivel (nacional o territorial) o de organismos autónomos e independientes previstos en la Constitución y en la ley.

Entonces si el interés del Área Metropolitana o un municipio integrante de ésta es enajenar bienes de su propiedad, la ley 1150 y el decreto reglamentario 4444 de 2008 lo autoriza para acudir directamente a CISA S.A. con el fin de proceder en tal sentido, previa celebración del contrato interadministrativo correspondiente, en los términos que en cada caso se pacten.

En consideración a lo anteriormente expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil,

RESPONDE:

"1. Puede el Área Metropolitana del Valle de Aburrá adelantar los procesos contractuales requeridos para la adquisición de bienes muebles e inmuebles sustentándose en lo prescrito en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 y proceder a la entrega de éstos vía convenios interadministrativos a sus Municipios integrantes, sin que con ello se desatienda lo establecido en el decreto 4444 de 2008, reglamentario de la ley 1150 de 2007 en lo que respecta a la enajenación de bienes, teniendo en cuenta el artículo 1 de la ley 128 de 1994?"

"3. ¿Es posible que el Área Metropolitana del Valle de Aburrá, a través de convenios interadministrativos de colaboración, adquiera bienes muebles para ser entregados a otras entidades públicas para el cumplimiento de sus funciones legales?"

El ámbito funcional atribuido por la Constitución Política y la ley 128 de 1994 a las Áreas Metropolitanas, no faculta a tales entidades administrativas para la actividad de intermediación de bienes muebles e inmuebles con los municipios que la integran. Por tanto, no es jurídicamente viable celebrar convenios interadministrativos de cooperación entre aquéllas y éstos, en los términos del artículo 95 de la ley 489 de 1998, cuyo objeto consista en la intermediación para la adquisición o enajenación de bienes muebles e inmuebles.

"2. ¿Puede el Área Metropolitana del Valle de Aburrá transferir a sus Municipios vía convenio los recursos financieros para que sean ellos en forma directa quienes adelanten los procesos contractuales requeridos para la adquisición (compra) de los bienes muebles e inmuebles?"

El ámbito funcional atribuido por la Constitución Política y la ley 128 de 1994 a las Áreas Metropolitanas, no faculta a tales entidades administrativas para la actividad de intermediación de recursos financieros. Por tanto, no es jurídicamente viable celebrar convenios interadministrativos de cooperación, o contratos interadministrativos, cuyo objeto sea la intermediación de recursos financieros.

"4. ¿En el evento de no ser posible la adquisición de bienes nuevos para entregarlos a otras entidades públicas como apoyo a la gestión, o colaboración para el cumplimiento de la misión institucional, se pregunta desde qué esquema podría realizarse esa figura bajo el entendido de la cooperación interinstitucional?"

Si un Área Metropolitana tiene el propósito de enajenar bienes de su propiedad, la ley 1150 de 2007 y el decreto reglamentario 4444 de 2008 la autorizan para acudir directamente a CISA S.A. con el fin de proceder de conformidad, previa celebración del contrato interadministrativo correspondiente, en los términos que en cada caso se pacten.

Por Secretaría transcribábase al Señor Ministro del Interior y de Justicia y envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO
Presidente de la Sala

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
Consejero

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

[1] Ver en "La reforma constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos", Universidad Externado de Colombia, 1970 y "Estudios sobre la evolución del régimen departamental y municipal", Cámara de Comercio de Barranquilla, 1978.

[2] Publicada en el Diario Oficial 41.236 del 23 de febrero de 1994.

[3] El artículo 30 de la ley 128 derogó expresamente los artículos 348 a 373 del decreto - ley 1333 de 1986 "Código de Régimen Municipal".

[4] "Artículo 5 Constitución.

(...)

Parágrafo 3. Las Areas Metropolitanas ya constituidas continuarán vigentes sin el lleno de los requisitos señalados en este artículo para su creación y seguirán funcionando con las atribuciones, financiación y autoridades establecidas en esta Ley".

[5] "por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos". Publicada en el Diario Oficial No. 46.691 del 16 de julio de 2007.

[6] Art. 6 C.P. "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

Art. 121.C.P. "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley".

[7] El parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, dispone:

"Parágrafo 2º.- Operaciones de Crédito Público. Sin perjuicio de lo previsto en leyes especiales, para efectos de la presente ley se consideran operaciones de crédito público las que tienen por objeto dotar a la entidad de recursos con plazo para su pago, entre las que se encuentran la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales..."

Las operaciones a que se refiere el presente artículo y las conexas con éstas se contratarán en forma directa..."

La disposición anterior fue reglamentada mediante el Decreto 2681 de 1993 que define a las operaciones de crédito público como "los actos o contratos que tienen por objeto dotar a la entidad estatal de recursos, bienes o servicios con plazo para su pago o aquellas mediante las cuales la entidad actúa como deudor solidario o garante de obligaciones de pago" y adicionalmente, establece que son contratos de empréstitos "los que tienen por objeto proveer a la entidad estatal contratante de recursos en moneda nacional o extranjera con plazo para su pago" e indica, que "Los empréstitos se contratarán en forma directa, sin someterse al procedimiento de licitación o concurso de méritos".

[8] "...Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.//En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable."

[9] "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".

[10] Norma declarada exequible de manera condicionada en la sentencia C - 671 de 1999. En dicha providencia se consideró lo siguiente:

"Ello significa que las entidades descentralizadas indirectas, con personalidad jurídica, que puedan surgir por virtud de convenios de asociación celebrados con exclusividad, entre dos o más entidades públicas deben sujetarse a la voluntad original del legislador que, en ejercicio de la potestad conformadora de la organización -artículo 150, numeral 7 de la Constitución Política-, haya definido los objetivos generales y la estructura orgánica de cada una de las entidades públicas participantes, y los respectivos regímenes de actos, contratación, controles y responsabilidad.//En consecuencia, la disposición en estudio sólo podrá considerarse ajustada a las normas superiores cuando la asociación surgida se sujeté al mismo régimen que, en consonancia con la naturaleza de las entidades participantes y el régimen propio de función administrativa o de servicio público a su cargo hubiere señalado la ley de creación o autorización de éstas.

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".

[11] CHAVES MARIN, Augusto Ramón. Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual. Colección Textos de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, D.C. 2008. Págs., 133 a 136.

[12] La constitución de la sociedad se efectuó mediante la escritura pública No. 1084 del 5 de marzo de 1975, otorgada en la Notaría 4^a de Bogotá D.C., inscrita en la Cámara de Comercio de la misma ciudad el 26 de marzo de 1975 bajo el No. 25.471 del Libro IX.