



Bogotá, D. C.

Doctor
Gotardo Antonio Yáñez Álvarez
Subdirector de Gestión Corporativa
Instituto Distrital de Protección y Bienestar Animal
g.yanez@animalesbog.gov.co
Nit. 9010973246
Carrera 10 26-51 torre sur piso 8
Bogotá

SECRETARIA DISTRITAL DE HACIENDA 04.10.2022 07:47:44

Al Contestar Cite este Nr: 2022EE464120O1 Fol: 1 Anex: 0

ORIGEN:DESPACHO DIR. JURIDICA / LEONARDO ARTURO PAZOS GALINDO

DESTINO:INSTITUTO DISTRITAL DE PROTECCION Y BIEN EST ANIMAL / GOTARDO ANTONIO YÁÑEZ ÁLVAREZ / GOTARDO ANTONI

ASUNTO: Concepto Jurídico - Contratación # autonomía contractual. Protección de los animales - Ref. 2022ER414855O1; 2022IE046723O1

OBS:



CONCEPTO

Referencia	2022ER414855O1; 2022IE046723O1
Descriptor general	Contractual
Descriptores especiales	Contratación – autonomía contractual. Protección de los animales
Problema jurídico	¿Se puede hacer uso por parte del Instituto de Protección Animal de los elementos que fueron adquiridos para un objeto diferente al inicialmente contratado y de ser posible, con ello se contraviene el principio de especialidad de gasto? ¿Se pueden volver adquirir esos mismos elementos en la siguiente anualidad?
Fuentes formales	Constitución Política de 1991, artículos 151 y 352 Decreto Nacional 111 de 1996, artículo 110. Decreto Distrital 714 de 1996, artículo 87 Corte Constitucional Sentencia C-119 del 15 de abril de 2020, Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B consejero ponente: Danilo Rojas Betancourt Bogotá D.C, dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03892-01(36442). Consejo de Estado. Sección Cuarta. Radicado 05001-23-31-000-2005-07797-01(19698), sentencia del 15 de mayo de 2014. Consejero ponente Martha Teresa Briceño de Valencia.

IDENTIFICACIÓN DE LA CONSULTA

El Instituto Distrital de Protección y Bienestar Animal consulta:

¿Se puede hacer uso de los elementos, equipos, insumos y demás bienes recibidos a satisfacción con ocasión del proceso de selección abreviada por subasta inversa electrónica SASI-029-2020 y la terminación de los Contratos 001 de 2021 y 002 de 2021, en el desarrollo de las actividades que adelanta la Unidad de Cuidado Animal de este Instituto?

¿Los elementos, equipos, insumos y bienes, adquiridos a través del proyecto 7556 del IDPYBA, se pueden volver a adquirir en la siguiente anualidad bajo el mismo proyecto

www.shd.gov.co

Carrera 30 N° 25-90 Bogotá D.C. Código Postal 111311

PBX: +57(1) 338 50 00 - Información: Línea 195

NIT 899.999.061-9



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

1

35-F.01

V.10

y, por tanto, programarse en el presupuesto anual para la vigencia 2023, con el mismo objeto y finalidad?

¿La estructura de costos se ve afectada, en caso de que se requieran utilizar los elementos o bienes en un proyecto distinto al inicialmente presupuestado y, si con esto se infringe el principio de especialización del gasto, en el entendido que los mismos se destinarían para suplir una necesidad igual dentro de la entidad, pero en un espacio diferente, es decir, en la UCA?

ANTECEDENTES

El artículo 1 del Decreto 085 de 2013¹ ordenó adecuar en Bogotá el Centro Ecológico Distrital de Protección y Bienestar Animal – CEA – “Casa Ecológica de los Animales”, como equipamiento dotacional de apoyo a los programas de protección ambiental para el manejo integral de la fauna del Distrito Capital.

A la Secretaría Distrital de Ambiente le fue asignada la responsabilidad de la construcción del “Centro Ecológico Distrital de protección y Bienestar Animal – CEA – “Casa Ecológica de los Animales”, con los respectivos recursos para suscribir el Contrato de Obra 20171382-2017, con el cual se está ejecutando la fase uno (1) del proyecto.²

La administración técnica y logística de la infraestructura y equipamientos destinados para la protección y bienestar animal corresponde al Instituto Distrital de Protección y Bienestar Animal, razón por la cual, una vez finalizara la construcción de la obra, este equipamiento de la - CEA pasaría al Instituto de Protección Animal, con el fin de dar cumplimiento a lo preceptuado en el Plan de Desarrollo Distrital³ y el proyecto de inversión 7556 denominado “Dotación y puesta en funcionamiento de la primera etapa e inicio de la construcción de la segunda etapa de la Casa Ecológica de Animales – CEA Bogotá”. El IDPYBA esperaba recibir la Casa Ecológica de Animales – CEA el 26 de noviembre de 2020.

Menciona que el 14 de octubre de 2020 el Instituto de Protección Animal remitió el anteproyecto de presupuesto 2021, el cual contemplaba el cumplimiento de metas y ejecución proyectada para el proyecto de Inversión 7556, “Dotación y puesta en funcionamiento (primera etapa) e inicio de la construcción (segunda etapa) de la Casa

¹ “Por medio del cual se ordena adecuar en el Distrito Capital el Centro Ecológico Distrital de Protección y Bienestar Animal -CEA- “Casa Ecológica de los Animales”.

² Fase 1 incluye los siguientes ítems: “Acceso principal, cuarto frío y subestación; Área de depósitos; Área de empleados; Área de etología; Área de mantenimiento; Aislamiento de perros y gatos; Alojamiento de perros; Alojamiento de gatos; Urbanismo, redes de servicios y parte de las obras generales

³ “Un Nuevo Contrato Social y Ambiental para la Bogotá del Siglo XXI 2020- 2024”

Ecológica de los Animales -CEA Bogotá”, a la cual se anexó certificación con la programación de los recursos que financiarían los procesos de contratación en curso (PCC).

En virtud de lo anterior, el Instituto, frente a la dotación y puesta en funcionamiento de la primera etapa de la CEA, programó para la vigencia 2020 recursos por valor de \$1.227.178.580, con los cuales se adelantó el proceso de contratación de selección abreviada por subasta inversa SASI-029-2020.

Hace mención que les fue comunicado que la entrega de la CEA se había modificado y que no era posible realizarla en la vigencia del año 2020, sino que esta se aplazaba para el primer trimestre de la vigencia del año 2021, motivo por el cual se dio continuidad al proceso en curso para dicho proyecto en aras de adelantar la gestión y así contar con dotación, una vez esta fuera entregada.

Destacó que tanto el CTO-001-2021, como el CTO-002-2021, finalizaron su ejecución y los elementos, equipos, insumos y demás bienes adquiridos fueron recibidos a satisfacción por el Instituto. No obstante, ante el desconocimiento de la fecha probable de entrega de la CEA al Instituto de Protección Animal, es imposible darle el uso para el cual fueron adquiridos dichos elementos. Aclara que los elementos, equipos, insumos y demás bienes adquiridos por el Instituto responden a las necesidades identificadas en la prestación de servicios de carácter misional que se desarrollan en la Unidad de Cuidado Animal - UCA.

Asevera que, en aras de evitar la depreciación de elementos, equipos, insumos y demás bienes adquiridos por su no utilización, resulta necesaria la obtención de una autorización que permita el uso de los elementos, equipos, insumos y demás bienes adquiridos, mientras se materializa la recepción de la CEA por parte del Instituto, para que los mismos sean utilizados en los diferentes programas de la entidad consultante.

CONSIDERACIONES

Con el propósito de resolver la consulta planteada, lo primero que se abordará es la autonomía contractual para luego descender al caso concreto. Por supuesto, este concepto abordará los principios orgánico-presupuestales aplicables, pues la especificidad de los contratos es conocida por el Instituto.

1. Autonomía contractual

Los artículos 151 y 352 de la Constitución Política de 1991 definen el objeto de la Ley Orgánica de Presupuesto y su mayor jerarquía respecto de las leyes ordinarias, tal

como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al punto que ha concluido que esta legislación orgánica hace parte del bloque de constitucionalidad.⁴

En este sentido, uno de los aspectos de los que se ocupa la ley orgánica de presupuesto es el relacionado con la capacidad de las entidades estatales para contratar, tal como lo expresa el artículo 352 de la Constitución Política:

“Artículo 352. Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.”

Con este fundamento constitucional, el Capítulo XVI, “De la capacidad de contratación, de la ordenación del gasto y de la autonomía presupuestal”, del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional, Decreto Nacional 111 de 1996, define la capacidad contractual de las entidades que hacen parte de la cobertura del presupuesto anual como parte de la autonomía presupuestal:

*“ARTICULO 110. Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, **tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley.** Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo, o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes.”* (Negrilla fuera del texto)

Esta misma definición presupuestal es adoptada por el Estatuto Orgánico del Presupuesto Distrital, Decreto Distrital 714 de 1996:

*“ARTÍCULO 87º.- De la Ordenación del Gasto y la Autonomía. Los Órganos y Entidades que conforman el Presupuesto Anual del Distrito Capital, **tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la que, hacen parte y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en su presupuesto, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la Ley.** Estas facultades estarán en cabeza del Jefe de cada Entidad quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes.”* (Resaltado fuera del texto)

⁴ A este respecto pueden mencionarse entre otras las Sentencias de la Corte Constitucional C-478 de 1992, C-018 de 1996, C-629 de 1996, C-772 de 1998, C-1379 de 2000 y C-1645 de 2000.

Con base en estas disposiciones orgánicas del presupuesto, las entidades distritales pueden desarrollar su capacidad de configuración contractual, estableciendo las condiciones técnicas, jurídicas y financieras de sus procesos de selección, debiendo, en todo caso, respetar los principios de igualdad, objetividad y transparencia.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado⁵:

“Es claro que en el marco legal que rige el procedimiento de selección de contratistas de la licitación pública, las entidades estatales gozan de una relativa libertad de configuración del pliego de condiciones, el cual deberán elaborar estableciendo su contenido de acuerdo con las necesidades de la adquisición que se propone, siempre que se respeten las exigencias mínimas de la ley en cuanto a los elementos configuradores de dicho documento. (...) Como ya se advirtió, la entidad cuenta con una relativa libertad para elaborar el pliego de condiciones y por lo tanto, puede establecer en él tanto los requisitos de participación como los criterios de selección que considere pertinentes y necesarios, Así, cuando la entidad exige el cumplimiento de un determinado requisito, el destinatario de dicha exigencia debe presentar pruebas de que efectivamente, lo cumple.”

“4. Los límites de la facultad administrativa de configuración de los pliegos de condiciones.

“... [criterios de evaluación o calificación de las ofertas], posibilitan la selección de la propuesta, esto es, están referidos a calificar la oferta, a darle un puntaje, para establecer el mérito de la misma frente al objeto a contratar y, por ende, tienen una conexión directa con la particular necesidad, esto es, una connotación sustancial para la escogencia de la oferta más favorable a los intereses de la entidad.

... si bien la Administración goza de autonomía en la elaboración de los pliegos de condiciones o términos de referencia de acuerdo con sus particulares necesidades, no es menos cierto que ella está enmarcada en los fines de la contratación estatal y, por consiguiente, los criterios de selección susceptibles de calificación, deben ser congruentes con ellos y comprender . . . la dinámica que envuelve la concepción que de la discrecionalidad administrativa ha venido prohiendo, partiendo de diferenciar entre las denominadas definiciones “materiales” o “positivas” de dicha figura y las catalogadas como “formales” o “negativas” de la misma, en cuanto las primeras consideran que la discrecionalidad opera en circunstancias en las cuales el interés general, para el caso concreto, no se encuentra exhaustivamente precisado por la ley lo cual evidentemente ocurre tratándose de las referidas normas que regulan el contenido mínimo de los pliegos de condiciones, de suerte que la discrecionalidad surge como autorización que se confiere expresa o implícitamente a la Administración para que, previa ponderación de todos los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo intentando «elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourt Bogotá D.C, dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03892-01(36442).

y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional

Lo dicho conduce a concluir que ante los amplios márgenes de los cuales dispone la Administración para confeccionar pliegos de condiciones pues el ordenamiento, en esta materia, las más de las veces apenas fija pautas generales y sólo de forma excepcional contiene normas de acción concretas y específicas, limitarse a la exclusión de aquellas previsiones que, en el pliego de condiciones o sus equivalentes, resulten manifiestamente desproporcionadas o manifiestamente irrazonables o manifiestamente arbitrarias.”

Respecto de la autonomía contractual la Corte Constitucional⁶ expresó:

[...] (v) La autonomía contractual también implica la estructuración del proceso para seleccionar al contratista, dentro del margen de configuración permitido por la Ley y por sus decretos reglamentarios y las condiciones de tiempo, modo y lugar. Para ello, entre otras cosas, precisa las características concretas y específicas del objeto contractual (alcance, tipo de contrato, cantidad, precio, plazo de entrega, forma de pago, etc.), acorde con la necesidad a la que pretende responder y establece el presupuesto y los tiempos en los que se desarrollará el procedimiento, de acuerdo con la Ley. (vi) La dirección del procedimiento de selección del contratista compete, igualmente, a la entidad territorial, hasta la celebración del contrato. (vii) Una vez perfeccionado el contrato, se activan competencias de dirección y vigilancia de la ejecución del contrato que va desde la identificación de las condiciones para comenzar la ejecución del contrato y terminan con su liquidación, pasando por el ejercicio de potestades excepcionales durante la ejecución.”

A partir de lo expresado, el Instituto Distrital de Protección y Bienestar Animal⁷ puede desarrollar su capacidad de configuración contractual para atender su objeto dirigido a la elaboración, ejecución, implementación, coordinación, vigilancia, evaluación y seguimiento de planes y proyectos encaminados a la protección y el bienestar de la fauna silvestre y doméstica que habita en el Distrito, como lo dispone el artículo 4° del Decreto 546 de 2016.⁸

2. Caso concreto

Se expuso en el texto de la consulta que el Instituto de Protección y Bienestar Animal adquirió a través del proceso de contratación de selección abreviada por subasta

⁶ Corte Constitucional Sentencia C-119 del 15 de abril de 2020 Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo

⁷ Artículo 1°. Creación. Créase el Instituto Distrital de Protección y Bienestar animal – IDPYBA – como un establecimiento público del orden distrital, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y presupuestal, y patrimonio propio, adscrito al sector Ambiente. Decreto 546 de 2016.

⁸ Por medio del cual se crea el Instituto Distrital de Protección y Bienestar Animal – IDPYBA

inversa una serie de elementos para dotar el “Centro Ecológico Distrital de protección y Bienestar Animal – CEA – “Casa Ecológica de los Animales”, una vez esta fuera entregada por la Secretaría Distrital de Ambiente. Debido a la incertidumbre frente a la fecha de entrega del inmueble, se pregunta si estos elementos que fueron adquiridos pueden ser utilizados por parte del Instituto para cumplir otras funciones a su cargo.

Es importante destacar que el Instituto, además de gozar de autonomía contractual, cuenta con autonomía para gestionar sus propios intereses⁹, en tal sentido, debe analizar alternativas como la posibilidad de aplazar el recibo de los bienes para la fecha de entrega del inmueble o si ya fueron recibidos los bienes, la necesidad es custodiar y asegurar su buen estado hasta el momento de uso en el inmueble para el que fueron adquiridos.

Esta situación es cuestionable desde el principio de planeación contractual, pero hasta ese punto es una falla administrativa, no hay ninguna otra situación de posible irregularidad administrativa o fiscal.

Realizar acciones para mitigar el efecto de esa posible falta de planeación, es una actitud prudente y diligente, que debe realizarse sin entrar en nuevos riesgos.

Cambiar la destinación de unos bienes que fueron adquiridos bajo una justificación documentada, en donde se especificó sus características y cantidades para ser destinados a cumplir funciones asignadas y seguramente metas del Plan Distrital de Desarrollo, implica tener justificaciones suficientes para no incurrir en posibles delitos.

Si los bienes son fungibles o perecederos, podría ser una debida justificación para ser utilizados para resolver necesidades de la entidad ejecutora de los recursos, en tanto que está en juego la pérdida de los recursos públicos.

Ahora bien, si es necesario el uso de los bienes adquiridos temporalmente en entidad diferente a la destinataria original, se debe realizar los respectivos registros contables para que esos bienes sean registrados a favor de la destinación original y trasladados en préstamo a la entidad que lo requiera temporalmente, mientras el inmueble sea entregado.

⁹*En ese esquema, para la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, el legislador deberá tener en cuenta que el contenido esencial de la autonomía se centra en la posibilidad de gestionar los propios intereses (C.P. art 287), una de cuyas manifestaciones más importantes es el derecho a actuar a través de órganos propios en la administración y el gobierno de los asuntos de interés regional o local. Tal derecho, contenido de manera expresa en el Artículo 287 Superior, hace parte del núcleo esencial de la autonomía, indisponible por el legislador, y se complementa con las previsiones de los Artículos 300-7 y 313-6 de la Constitución, conforme a los cuales corresponde a las entidades territoriales determinar la estructura de sus respectivas administraciones, creando las dependencias que se estimen necesarias y fijándoles las correlativas funciones. Concepto 192241 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública*

CONCLUSIONES

¿Se puede hacer uso de los elementos, equipos, insumos y demás bienes recibidos a satisfacción con ocasión del proceso de selección abreviada por subasta inversa electrónica SASI-029-2020 y la terminación de los Contratos 001 de 2021 y 002 de 2021, en el desarrollo de las actividades que adelanta la Unidad de Cuidado Animal de este Instituto?

Sí, temporalmente una entidad puede hacer uso de los bienes de otra, o de los bienes de un proyecto para otro, constituyendo un préstamo, debidamente justificado.

¿Los elementos, equipos, insumos y bienes, adquiridos a través del proyecto 7556 del IDPYBA, se pueden volver a adquirir en la siguiente anualidad bajo el mismo proyecto y, por tanto, programarse en el presupuesto anual para la vigencia 2023, con el mismo objeto y finalidad?

No se podrían volver a adquirir, se recomienda usar la figura del préstamo de uso.

¿La estructura de costos se ve afectada, en caso de que se requieran utilizar los elementos o bienes en un proyecto distinto al inicialmente presupuestado y, si con esto se infringe el principio de especialización del gasto, en el entendido que los mismos se destinarían para suplir una necesidad igual dentro de la entidad, pero en un espacio diferente, es decir, en la UCA?

Si el uso se realiza a título de préstamo, las compras que requieran las otras entidades pueden continuar conforme a las necesidades y recursos de cada una.

En procura de impulsar la política de mejoramiento continuo en el procedimiento de Asesoría Jurídica de la Secretaría Distrital de Hacienda, solicito verifique si el concepto emitido contribuyó a resolver de fondo el problema jurídico planteado. De no ser así, por favor informe de manera inmediata a la Dirección Jurídica.

Cordialmente,

Leonardo Arturo Pazos Galindo
Director Jurídico
lpazos@shd.gov.co

Proyectó: Carol Murillo Herrera – profesional especializado SJH cmurillo@shd.gov.co