



## De Vivero & Asociados

ABOGADOS

Bogotá D.C., 24 de noviembre de 2015

Señores

TRANSCARIBE S.A.

Atn. Dra. **ERCILIA BARRIOS FLOREZ**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Ciudad

**Asunto:** Fuerza vinculante de las circulares de La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente para las entidades descentralizadas del orden territorial

Respetada doctora Ercilia

En relación con las observaciones sobre la aplicación del formato de la matriz de riesgos adoptada mediante Circular Externa No. 8 del 10 de diciembre de 2013 por la Agencia Nacional de Contratación – Colombia Compra Eficiente, por parte de Transcaribe S.A. en sus procesos de selección, a continuación se expondrán las consideraciones que se encuentran pertinentes sobre ese particular.

Para el efecto, el presente concepto seguirá el siguiente esquema: en primer lugar, (i) se analizará la naturaleza jurídica de Transcaribe S.A.; en seguida, (ii) se realizará un análisis del concepto sobre la autonomía de las entidades territoriales; en tercer lugar, (iii) se examinarán las funciones de Colombia Compra Eficiente en relación con las entidades territoriales; por último, (iv) se presentarán algunas conclusiones y aplicación al caso concreto.

### **1. Naturaleza jurídica de Transcaribe S.A.**



## De Vivero & Asociados

ABOGADOS

El artículo 9 del Decreto 0977 del 20 de noviembre de 2001 “*Por medio del cual se adopta el Plan de Ordenamiento Territorial del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias*”, de ahora en adelante POT, consagró las estrategias para el bienestar social y prosperidad colectiva, en los siguientes términos:

*“4. Bienestar social y prosperidad colectiva.*

*(...)*

*Estrategias*

*(...)*

*En transporte público.*

- Implementación de un sistema de transporte público colectivo multimodal, definido por rutas estructurantes y alimentadoras que articulen los sectores de la ciudad y los espacios de movilidad.*

- Definición de etapas para la puesta en marcha del sistema integrado de transporte, acorde con la capacidad de inversión del distrito y la vinculación del sector privado.*

- Diseño y puesta en marcha de un sistema de movilidad distrital”*

Con base en la estrategia antes mencionada el Acuerdo 004 del 19 de febrero de 2003 del Concejo Municipal de Cartagena autorizó al Alcalde de Cartagena para participar en la constitución de una empresa encargada de desarrollar el sistema integrado de servicio público urbano y de transporte masivo multimodal.

De esta manera, mediante Escritura Pública 0654 del 18 de julio de 2003, se constituye Transcribe S.A. como una sociedad por acciones constituida entre entidades públicas del orden municipal bajo la forma de sociedad anónima de carácter comercial con



## De Vivero & Asociados

ABOGADOS

aportes públicos, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Entre sus accionistas están:

Adicionalmente, de acuerdo con el Documento CONPES 3259 del 15 de diciembre de 2003 sobre el “*sistema integrado del servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros del Distrito de Cartagena – Transcaribe*” en el cual se analizan los términos para la participación de la Nación en el proyecto del SITM y en el cual se determinó que es un proyecto de importancia estratégica para la Nación y el Distrito, en efecto el documento señala:

*“Este documento somete a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES– los términos para la participación de la Nación en el proyecto del Sistema de Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros para el Distrito de Cartagena1, el cual se encuentra incluido dentro del Plan Nacional de Desarrollo 2002 – 2006 “Hacia un Estado Comunitario” y es considerado un proyecto de importancia estratégica para la Nación y el Distrito”*<sup>1</sup>

Por otro lado, los Estatutos de Transcaribe S.A. consagran en su artículo 1º que:

*“Artículo 1º. DENOMINACIÓN Y RÉGIMEN: La sociedad se denominará “TRANSCARIBE S.A.” y es una sociedad por acciones constituida entre entidades públicas, de la especie de las anónimas, vinculada al Distrito de Cartagena y regida en lo pertinente por las disposiciones legales aplicables a las empresas municipales y distritales, y en lo particular a los previsto en el artículo 85 y siguientes de la Ley 489 de 1998 y sus decretos reglamentarios”*<sup>2</sup>

En definitiva, Transcaribe S.A. se constituyó como una sociedad anónima integrada por entidades públicas del orden municipal con carácter comercial, con aportes públicos, personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio autónomo.

<sup>1</sup> Documento Conpes 3259 del 15 de diciembre de 2003

<sup>2</sup> Escritura No. 0071 del 4 de febrero de 2004 de la Notaría Sexta del Círculo de Cartagena.



## De Vivero & Asociados

ABOGADOS

Haciendo una lectura integral de la Constitución, la Ley, el Acuerdo y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado se puede concluir que en virtud de la Ley 489 de 1998, Transcribe S.A. es una persona jurídica, conformada por entidades públicas del orden territorial. Se aclara que la Ley 489 aunque establezca la estructura de la administración pública, también aplica para los niveles territoriales sin perjuicio de la autonomía otorgada a ellas por la constitución.

Por otra parte, es imperioso determinar si Transcribe S.A. es una empresa industrial y comercial del Estado.

Como bien se estableció en el artículo 1º de los Estatutos de Transcribe S.A., esta “*es una sociedad por acciones constituida entre entidades públicas, de la especie de las anónimas, vinculada al Distrito de Cartagena y regida en lo pertinente por las disposiciones legales aplicables a las empresas municipales y distritales, y en lo particular a los previsto en el artículo 85 y siguientes de la Ley 489 de 1998 y sus decretos reglamentarios*”

En esta medida, el artículo 85 de la Ley 489 consagra la definición de empresas industriales y comerciales del estado, de la siguiente manera:

*“Artículo 85. Empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:*

*a) Personería jurídica;*

*b) Autonomía administrativa y financiera;*

*c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas*



## De Vivero & Asociados

ABOGADOS

*que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución. (Nota: Este inciso fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia [C-1442 de 2000](#).)*

*El capital de las empresas industriales y comerciales del Estado podrá estar representado en cuotas o acciones de igual valor nominal.*

*A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2°, 4°, 5°, 6°, 12, 13, 17, 27, numerales 2°, 3°, 4°, 5°, y 7°, y 183 de la [Ley 142 de 1994](#).*

*Parágrafo. Las disposiciones legales que protegen el secreto industrial y la información comercial se aplicarán a aquellos secretos e informaciones de esa naturaleza que desarrollen y posean las empresas industriales y comerciales del Estado”*

En relación con lo anterior, el artículo 2 del Acuerdo 004 de 2003 estableció que la empresa que constituya el Alcalde de Cartagena debe tener personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, y patrimonio independiente, de la siguiente forma:

*“ARTÍCULO SEGUNDO: La empresa que se encargue de desarrollar el sistema integrado de servicio público urbano y de transporte masivo, multimodal de pasajeros, se constituirá bajo la fórmula jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente”*

En virtud de lo anterior, relacionando lo establecido en el Acuerdo y la definición de empresa industrial y comercial del Estado consagrada en la Ley 489 de 1998 se puede concluir que Transcribe S.A. encuadra perfectamente en las características enunciadas en la Ley sobre empresas industriales y comerciales del Estado. En consecuencia, se puede determinar que, en efecto, Transcribe S.A. es una empresa industrial y



## De Vivero & Asociados

ABOGADOS

comercial del estado y le es aplicable, en específico, las normas concordantes con esa naturaleza jurídica.

Por último, es importante establecer en qué sector de la administración pública se encuentra Transcribe S.A.

Habiendo determinado que Transcribe S.A. es una empresa industrial y comercial del estado, conforme al literal b del numeral 2 del artículo 38 de la Ley 489, la entidad se entiende del sector descentralizado por servicios, de la siguiente manera:

*“Artículo 38. Demandado ante la Corte Constitucional. D-10648 de enero 30 de 2015. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:*

*(...)*

*2. Del Sector descentralizado por servicios:*

*(...)*

*b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;”*

De lo anterior, el Consejo de Estado en el concepto anteriormente citado desarrolla el concepto de entidades descentralizadas, así:

*“El concepto de entidades descentralizadas en el derecho colombiano, permite designar a las personas jurídicas creadas por el Estado para el logro de los fines que le son propios y la adecuada atención de las necesidades generales de los asociados; son producto de la llamada descentralización especializada o por servicios. Estas entidades pueden ser directas o indirectas.*



# De Vivero & Asociados

ABOGADOS

*Son entidades descentralizadas directas aquellas cuya creación es obra de la ley, la ordenanza o el acuerdo; en tanto que las descentralizadas indirectas, son las que surgen por la voluntad asociativa de los entes públicos entre sí o con la intervención de particulares, previa autorización legal.”<sup>3</sup>*

En esta medida, conforme a lo dicho por el Consejo de Estado se puede decir que Transcribe S.A. es una entidad descentralizada por servicios directa, en razón a que su creación se debió a un Acuerdo Municipal.

Por todo lo anterior, se concluye que Transcribe S.A. es una sociedad anónima constituida entre entidades públicas del orden territorial con carácter de empresa industrial y comercial del estado, regida por las normas y principios de la función pública y, en especial, las normas sobre empresas industriales y comerciales del estado. Además, se entiende como una entidad del orden municipal descentralizada por servicios directa, constituida conforme a un Acuerdo Municipal del Concejo de Cartagena.

## 2. Autonomía de las entidades territoriales

El principio de la autonomía de las entidades territoriales está consagrado en los artículos 1 y 287 de la constitución, en los siguientes términos:

*“ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, **con autonomía de sus entidades territoriales**, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*

(...)

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 26 de octubre de 2000. Radicación número: 1291. Consejero ponente: Augusto Trejos Jaramillo.



## De Vivero & Asociados

ABOGADOS

**ARTICULO 287. *Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:***

- 1. Gobernarse por autoridades propias.*
- 2. Ejercer las competencias que les correspondan.*
- 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.*
- 4. Participar en las rentas nacionales” (Resaltado fuera del texto).*

Este principio fue reglamentado por la Ley 11 de 1986 “*Por la cual se dicta el estatuto básico de la administración municipal y se ordena la participación de la comunidad en el manejo de los asuntos locales*” específicamente en el artículo 26, el cual reza:

*“ARTICULO 26.- Las entidades descentralizadas municipales se someten a las normas que contengan la ley y a las disposiciones que, dentro de sus respectivas competencias, expidan los Concejos y demás autoridades locales en lo atinente a su definición, características, organización, funcionamiento, régimen jurídico de sus actos, inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de sus juntas directivas, de los miembros de éstas y de sus representantes legales”*

En materia de contratación, la misma disposición aplica este principio en los siguientes términos:

*“ARTICULO 47.- Los contratos que celebren los municipios y sus establecimientos públicos se someten a la ley en lo que tiene que ver con su clasificación, definición, inhabilidades, cláusulas obligatorias, principios sobre interpretación, modificación y terminación unilaterales efectos, responsabilidades de los funcionarios y contratistas. En lo atinente a los requisitos para su formación,*



## De Vivero & Asociados

ABOGADOS

*adjudicación y celebración, a las disposiciones fiscales que expidan los Concejos y demás autoridades locales competentes”*

En este mismo sentido, el artículo 273 del Decreto 1333 de 1986 “*por el cual se expide el código de régimen municipal*” bajo los mismos parámetros de la Ley 11 de 1986 aplicó el principio de la autonomía de las entidades territoriales en materia de contratación, así:

*“Artículo 273. Los contratos que celebren los Municipios y sus establecimientos públicos se someten a la ley en lo que tiene que ver con su clasificación, definición, inhabilidades, cláusulas obligatorias, principios sobre interpretación, modificación y terminación unilaterales, efectos, responsabilidades de las funcionarios y contratistas. En lo atinente a los requisitos para su formación, adjudicación y celebración, a las disposiciones fiscales que expidan los Concejos y demás autoridades locales competentes.*

*Los de obras públicas, consultoría y prestación de servicios que celebren sus empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta municipales en las que la participación oficial sea o exceda del noventa por ciento (90%) del capital social, también se someten, conforme al reparto de materias hecho en el inciso anterior, a la ley y a las normas fiscales que expidan los Concejos y sus propias autoridades. Los demás contratos de las entidades a que se refiere el presente inciso se sujetan a los principios y a las reglas del derecho privado”*

De este modo, la Corte Constitucional<sup>4</sup> ha analizado en reiterada jurisprudencia el principio de autonomía territorial llegando a la siguiente conclusión:

*“Señaló la Corte que, de acuerdo con la modalidad de estructuración territorial consagrada en la Constitución Política, el Estado*

---

<sup>4</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-395 de 2012. Referencia: expediente D-8821. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



## De Vivero & Asociados

ABOGADOS

*colombiano se construye a partir del principio unitario, pero **garantizando, al mismo tiempo, un ámbito de autonomía para sus entidades territoriales.** Agregó que, tal como se ha señalado de manera reiterada por la jurisprudencia constitucional, dentro de ese esquema, y con sujeción a la estructura fijada directamente por la Constitución, la distribución de competencias entre la Nación y los entes territoriales es algo que el ordenamiento superior ha confiado al legislador, para lo cual se le han establecido una serie de reglas mínimas orientadas a asegurar una articulación entre la protección debida a la autonomía territorial y el principio unitario, reglas que en ocasiones otorgan primacía al nivel central, al paso que en otras impulsan la gestión autónoma de las entidades territoriales.*

*Para la Corte, ese diseño constitucional implica la necesidad de armonizar los principios de unidad y de autonomía, que se encuentran en tensión, y, en la Sentencia C-579 de 2001, señaló que la naturaleza del Estado unitario presupone la centralización política, lo cual, por un lado, exige unidad en todos los ramos de la legislación, exigencia que se traduce en la existencia de parámetros uniformes del orden nacional y de unas competencias subordinadas a la ley en el nivel territorial y, por otro, la existencia de competencias centralizadas para la formulación de decisiones de política que tengan vigencia para todo el territorio nacional. Preciso la Corporación que del principio unitario también se desprende la posibilidad de intervenciones puntuales, que desplacen, incluso, a las entidades territoriales en asuntos que de ordinario se desenvuelven en la órbita de sus competencias, pero en relación con los cuales existe un interés nacional de superior entidad. Agregó que, a su vez, al tenor de lo dispuesto en el artículo 287 superior, **la autonomía debe entenderse como la capacidad de que gozan las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, lo cual quiere decir que si bien, por un lado, se afirman los intereses locales, se reconoce, por otro, “... la supremacía de un ordenamiento superior, con lo cual la autonomía***



## De Vivero & Asociados

ABOGADOS

*de las entidades territoriales no se configura como poder soberano sino que se explica en un contexto unitario.” De todos modos, la jurisprudencia constitucional ha remarcado que el principio de autonomía tiene unos contenidos mínimos que comportan para los entes territoriales la facultad de gestionar sus asuntos propios, es decir, aquellos que solo a ellos atañen. Para la Corte, ‘el núcleo esencial de la autonomía está constituido, en primer término, por aquellos elementos indispensables a la propia configuración del concepto, y especialmente por los poderes de acción de que gozan las entidades territoriales para poder satisfacer sus propios intereses. En segundo lugar, encontramos, la inviolabilidad por parte del legislador, de la facultad de las entidades territoriales de gobernarse por autoridades propias. Debe protegerse el derecho de cada entidad territorial a autodirigirse en sus particularidades a través del respeto de la facultad de dirección política que ostentan.’”*

Con base en esta interpretación del principio de autonomía de las entidades territoriales se puede concluir que:

- El principio de la autonomía de las entidades territoriales se enmarca en un contexto de estado unitario, resultado en la subordinación de estas a la constitución y las leyes.
- Por consiguiente, el núcleo esencial del principio comprende los poderes de acción que gozan las entidades territoriales para poder satisfacer sus propios intereses, la facultad de gobernarse por entidades propias y el derecho de cada entidad territorial a autogobernarse por la facultad de dirección política.

### **3. Funciones de Colombia Compra Eficiente en relación con Transcribe S.A.**

El numeral 11 del artículo 3°. Del Decreto 4170 de 2011 contempla las funciones de Colombia Compra Eficiente en relación con las entidades territoriales en los siguientes términos:



## De Vivero & Asociados

ABOGADOS

*“Artículo 3°. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:*

*11. Brindar apoyo a las entidades territoriales para la adecuada aplicación de las políticas, instrumentos y herramientas en materia de compras y contratación pública”*

Como puede observarse, la función principal de la Agencia con las entidades territoriales es brindar apoyo, lo cual tiene pleno sustento en el principio de autonomía de las entidades territoriales. Lo anterior en tanto estas tienen facultades para autogobernarse y dirigirse por sus propias entidades, lo cual resulta en que las entidades del orden nacional no pueden tener injerencia en las decisiones o políticas adoptadas por las entidades territoriales. Sin embargo, esto no obsta para que las entidades territoriales pidan apoyo a entidades del orden nacional.

De esta forma, debe entenderse que Colombia Compra Eficiente, en el marco de la autonomía de las entidades territoriales, puede brindar apoyo en materia de contratación pública pero no puede afectar las decisiones que adopte una entidad territorial. Es decir, todo concepto, circular, guía o manual que expedida Colombia Compra sobre las políticas y manejo de la contratación pública pueden ayudar a los entes territoriales pero no por ello son de carácter vinculante o de obligatorio cumplimiento.

Es preciso señalar que existen unos límites entre la posibilidad de las entidades del orden nacional para interferir en las decisiones y políticas de las entidades territoriales establecidos por la Corte Constitucional<sup>5</sup>, en los siguientes términos:

*“En la Sentencia C-894 de 2003 la Corte expresó que la autonomía actúa como un principio jurídico en materia de organización competencial, lo que significa que se debe realizar en la mayor medida posible, teniendo en cuenta la importancia de los bienes jurídicos que justifiquen su limitación en cada caso concreto. De tal*

---

<sup>5</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-395 de 2012. Referencia: expediente D-8821. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



## De Vivero & Asociados

ABOGADOS

*modo, puntualizó la Corte, lo que le está vedado al Congreso es sujetar por completo a las entidades que gozan de autonomía, a los imperativos y determinaciones adoptados desde el centro. Dentro de esa línea jurisprudencial se ha fijado el criterio conforme al cual las limitaciones a la autonomía de las entidades territoriales y regionales en materias en las cuales exista concurrencia de competencias de entidades de distinto orden, deben estar justificadas en la existencia de un interés superior, y que la sola invocación del carácter unitario del Estado no justifica que se le otorgue a una autoridad nacional, el conocimiento de uno de tales asuntos en ámbitos que no trasciendan el contexto local o regional, según sea el caso. Para la Corte, ello equivale a decir que las limitaciones a la autonomía resultan constitucionalmente aceptables, cuando son razonables y proporcionadas.*

*Desde otra perspectiva, la Corte ha señalado que el núcleo esencial de la autonomía es indisponible por parte del Legislador y que su preservación es necesaria para el mantenimiento de la identidad misma de la Carta, dado que es expresión de dos principios constitucionales de la mayor significación, como son la consagración del municipio como la entidad fundamental del ordenamiento territorial y el ejercicio de las competencias asignadas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiaridad (CP arts 288 y 311). Por esa razón, la jurisprudencia ha puntualizado que la Constitución ha establecido una garantía institucional para la autonomía de las entidades territoriales por virtud de la cual se fija en la materia un núcleo o reducto indisponible por parte del legislador. Así, ha dicho la Corte, “... si bien la autonomía territorial puede estar regulada en cierto margen por la ley, que podrá establecer las condiciones básicas de la misma, en aras de salvaguardar el interés nacional y el principio unitario, la Constitución garantiza que el núcleo esencial de la autonomía será siempre respetado.””*



## De Vivero & Asociados

ABOGADOS

Como se puede observar para que se pueda interferir en las decisiones de las entidades territoriales sin violar el principio de la autonomía se debe fundamentar en la existencia de un interés superior y no solamente en el carácter unitario del Estado. Es por esto que las decisiones de adopte Colombia Compra Eficiente mientras no tengan un carácter de interés superior no pueden ser vinculantes o de obligatorio cumplimiento para las entidades territoriales.

### **4. Conclusiones**

Del análisis antes presentado se puede concluir que los conceptos, circulares, guías o manuales que expide Colombia Compra Eficiente en el marco de sus funciones como ente rector en materia de contratación pública no son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para las entidades territoriales, y para el caso específico a Transcribe S.A., en razón al principio de autonomía consagrado en la Constitución y reglamentado en la Ley. No obstante, las entidades territoriales pueden utilizar como mecanismo de apoyo o guía a la gestión contractual que cumple dichos instrumentos y herramientas para aplicarlas en sus procesos de contratación.

De esta manera, aplicando esta conclusión al caso concreto se debe entender que la matriz de riesgos adoptada por Colombia Compra mediante Circular Externa 08 del 10 de diciembre de 2013 no es vinculante para Transcribe S.A., aunque sea vinculante para las entidades del orden nacional, en virtud del principio de autonomía de las entidades territoriales.

En ese orden, Transcribe S.A. solamente se debe determinar conforme el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011 y Decreto Único Reglamentario No. 1082 de 2015), por expresa remisión del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, respecto de los procesos de contratación que no ejecute en el marco de competencia.

Es por esto que la matriz de riesgos adoptada por Transcribe S.A., incluida en el pliego de condiciones de la licitación pública, se configuró con base en los parámetros establecidos en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto Reglamentario - Compilatorio, sin que sea exigible la inclusión en el formato definido por Colombia



## De Vivero & Asociados

ABOGADOS

Compra Eficiente, porque, se insiste, no es vinculante para las entidades territoriales, siendo Transcribe S.A., una entidad descentralizada por servicios del orden territorial.

En los anteriores términos presento el concepto solicitado quedando atento a aclarar cualquier duda que surja sobre este particular.

Atentamente,



FELIPE DE VIVERO ARCINIEGAS