Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

TODOS POR UN NUEVO PAÍS
PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN

Al contestar por favor cite estos datos:
No. de Radicado: 20181030048671-OAJ
Fecha de Radicado: 31-07-2018

Bogotá D.C.,

[redacted]

[redacted]

Respetado señor Ec[redacted]verry:

De manera atenta damos respuesta a la comunicación radicada en esta Entidad vía correo electrónico, el 15-07-2018, bajo el número del asunto, mediante la cual solicita se absuelvan los siguientes interrogantes:

" 1. ¿Es legal que un contratista, quien ejerce la defensa judicial de un municipio, presida el respectivo Comité de Conciliación?
2. ¿En caso que dicho contratista haya presidido el Comité de Conciliación de un municipio por disposición de acto administrativo suscrito por el respectivo Alcalde, que así lo facultaba, incurre éste contratista en falta penal o disciplinaria?"

La consulta formulada se resolverá más adelante previas las siguientes consideraciones de orden legal, sobre las competencias de esta entidad.

Competencia de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Entidad creada a partir de las disposiciones establecidas en la Ley 1444 de 2011, actualmente asume las atribuciones legales y reglamentarias que correspondían a la desaparecida Dirección de Defensa Jurídica del Estado, que no son otras distintas a las referidas en el artículo 2º del Decreto Ley 4085 de 2011 (Hoy compilado en el Decreto 1069 de 2015, Art. 1.2.1.3.), el cual dispone que la Agencia tiene como objetivo "el diseño de estrategias, planes y acciones dirigidos a dar cumplimiento

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO
Firmado Digitalmente por AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA
Fecha: 2018.07.31 11:31:53 COT
Asunto: Radicado Numero 20181030048671

a las políticas de defensa jurídica de la Nación y del Estado definidas por el Gobierno Nacional; la formulación, evaluación y difusión de las políticas en materia de prevención de las conductas antijurídicas por parte de servidores y entidades públicas, del daño antijurídico y la extensión de sus efectos, y la dirección, coordinación y ejecución de las acciones que aseguren la adecuada implementación de las mismas, para la defensa de los intereses litigiosos de la Nación".

Con respecto a las funciones y la competencia con la que cuenta la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho No. 1069 de 2015, implicó la derogatoria de algunas normas que regían el quehacer de este Despacho, sin embargo, en la actualidad mantiene vigentes las disposiciones del Decreto Ley 4085 de 2011, en especial las que hacen referencia a sus objetivos y funciones.

Así las cosas y de acuerdo con lo anterior, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, dará una orientación que contribuya a la solución de sus inquietudes con indicación del marco normativo aplicable al caso en cuestión, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 15 del Decreto No. 4085 de 2011 que señala como función de la Oficina Asesora Jurídica de este Despacho, "6. Atender las peticiones y consultas relacionadas con asuntos de su competencia y de la Agencia".

- **Normatividad sobre los Comités de Conciliación.**

Para efectos del desarrollo del tema en cuestión, se traen a colación las disposiciones que regulan la figura de los Comités de Conciliación de las entidades públicas, en virtud de lo cual es menester citar el siguiente marco normativo, comenzando por la Ley 446 de 1998 que en su artículo 75 estableció lo siguiente:

"ARTICULO 75. COMITÉ DE CONCILIACIÓN. *La Ley 23 de 1991[1] tendrá un nuevo artículo, así:*

"ARTICULO 65-B. Las entidades y organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los Entes Descentralizados de estos mismos niveles, ***deberán integrar un comité de conciliación, conformado por los funcionarios del nivel directivo que se designen y cumplirá las funciones que se le señalen.*** *Las*

[1] "Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestión de los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones".

entidades de derecho público de los demás órdenes tendrán la misma facultad". (Resaltado fuera del texto)"

Del contenido de la norma en cita se establece que los miembros del Comité que se designen, deben ser funcionarios del nivel directivo de las respectivas entidades.

Así mismo, el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho (Decreto 1069 de 2015) estableció en la Subsección 2ª del Capítulo 3º lo siguiente respecto a estos comités:

***"ARTICULO 2.2.4.3.1.2.1. Campo de aplicación**. Las normas sobre comités de conciliación contenidas en el presente capítulo son de obligatorio cumplimiento para las entidades de derecho público, los organismos públicos del orden nacional, departamental, distrital, los municipios que sean capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles.*

Estos entes pondrán en funcionamiento los comités de conciliación, de acuerdo con las reglas que se establecen en el presente capítulo".

De conformidad con lo señalado, los Comités de Conciliación deben acogerse para su conformación y funcionamiento a las disposiciones establecidas en la norma arriba citada, la cual derogó el Decreto 1716 de 2009.

Respecto de la conformación de los comités tenemos que el Decreto 1167 del 19 de julio de 2016, que modificó y suprimió algunas disposiciones del Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho (Decreto 1069 de 2015) estableció en el artículo 2º lo siguiente en relación con la conformación de los comités de conciliación:

***"ARTICULO 2º Modificación del artículo 2.2.4.3.1.2.3. del Decreto 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.** El artículo 2.2.4.3.1.2.3. del Decreto 1069 de 2016 quedará así:*

***"Artículo 2.2.4.3.1.2.3. Integración**. El Comité de Conciliación estará conformado por los siguientes **funcionarios**, quienes concurrirán con voz y voto y serán **miembros permanentes**:*

1. *El jefe, director, gerente, presidente o representante legal del ente respectivo o su delegado.*
2. *El ordenador del gasto o quien haga sus veces.*

3. *El jefe de la Oficina Jurídica o de la dependencia que tenga a su cargo la defensa de los intereses litigiosos de la entidad. En el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, concurrirá el Secretario Jurídico o su delegado.*
4. *Dos (2) funcionarios de dirección o de confianza que se designen conforme a la estructura orgánica de cada ente.*

La participación de los integrantes será indelegable, salvo las excepciones previstas en los numerales 1 y 3 del presente artículo.

Parágrafo 1º. *Concurrirán solo con derecho a voz los funcionarios que por su condición jerárquica y funcional deban asistir según el caso concreto, el apoderado que represente los intereses del ente en cada proceso, el Jefe de la Oficina de Control Interno o quien haga sus veces y el Secretario Técnico del Comité.*

Parágrafo 2º. *Los comités de conciliación entidades y organismos del orden nacional podrán invitar a sus sesiones a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, quien podrá participar cuando lo estime conveniente con derecho a voz y voto.*

Parágrafo 3º. *En lo que se refiere a la integración de los Comités de Conciliación de los municipios de 4ª, 5ª y 6ª categoría se deberá aplicar lo dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 47 de la Ley 1551 de 2012, para los efectos de que tratan los artículos 46 y 48 ibídem." (Resaltado fuera del texto).*

Respecto al tema de su conformación es importante anotar que, desde la Ley 23 de 1991 y ahora según lo establecido en el artículo 2.2.4.3.1.2.3 del decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1167 del 19 de julio de 2016, se estableció con meridiana claridad que los comités de conciliación se deben conformar con los funcionarios, es decir, aquellos vinculados a la administración, mediante una relación legal y reglamentaria, o mediante contrato de trabajo, en tratándose de trabajadores oficiales.

Definido lo anterior, respecto del contrato de prestación de servicios, que es el tema objeto de la consulta, es oportuno resaltar que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, dispone:

"ARTICULO 32. "DE LOS CONTRATOS ESTATALES (...)

3o. Contrato de prestación de servicios.

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."

De acuerdo con esta norma, los contratos de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Ahora bien, resulta oportuno resaltar que el contrato de prestación de servicios es una de las formas excepcionales y temporales a través de la cual los particulares pueden desempeñar funciones públicas, cuya finalidad es suplir necesidades especiales de la Administración que no pueden cubrirse con la planta de personal; no obstante, lo anterior, conviene precisar que los contratistas no adquieren por ese hecho la connotación de servidores públicos.

Lo anterior nos lleva a dilucidar que, bajo ninguna circunstancia, el Comité de Conciliación puede conformarse con personas vinculadas a la administración mediante la figura de contratos administrativos de prestación de servicios, sin que lo anterior sea óbice, para que el jefe de la dependencia a cargo de la defensa de los intereses litigiosos de la entidad, se asesore y acompañe dentro de las sesiones del comité, del abogado a cargo del asunto, independiente de su forma de vinculación.

A título ilustrativo sea oportuno señalar que esta misma regla se aplica al Secretario Técnico del comité; al respecto el Decreto 1069 de 2015 reglamenta entre otros aspectos, lo concerniente a las funciones que debe ejercer el Comité de Conciliación, en donde se determinó la naturaleza jurídica que debe ostentar quien ejercerá las citadas funciones: la disposición normativa que interesa para este análisis se manifestó al respecto bajo el siguiente tenor:

***"ARTÍCULO 2.2.4.3.1.2.5. FUNCIONES**. El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:*
(...)
*9. **Designar al funcionario que ejercerá la Secretaría Técnica del Comité, preferentemente un profesional del Derecho**.*

10. Dictar su propio reglamento" (Negritas fuera del texto).

Como puede observarse del contenido de la norma transcrita, una de las funciones del Comité de Conciliación es designar a su Secretario Técnico, que según lo señala la misma norma debe recaer en un funcionario, y los que ejercen funciones son los servidores públicos, no los contratistas.

Precisado lo anterior se procede a resolver los puntos materia de consulta.

" 1. ¿Es legal que un contratista, quien ejerce la defensa judicial de un municipio, presida el respectivo Comité de Conciliación?

Respuesta: De acuerdo con lo analizado en este escrito y en especial, en atención a lo establecido en el artículo 65-B de la Ley 23 de 1991, en concordancia con lo señalado en el artículo 2.2.4.3.1.2.3., del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1167 del 19 de julio de 2016, no es jurídicamente viable que un contratista sea miembro del comité de conciliación de la entidad; no obstante, esto no es impedimento para que apoye, en su condición de abogado, desde el punto de vista jurídico al Comité de Conciliación y a la dependencia a cargo de la defensa de los intereses litigiosos de la entidad, dado que dicha función puede recaer en otra oficina del nivel Directivo.

2. ¿En caso que dicho contratista haya presidido el Comité de Conciliación de un municipio por disposición de acto administrativo suscrito por el respectivo Alcalde, que así lo facultaba, incurre éste contratista en falta penal o disciplinaria?"

Respuesta: Sea lo primero aclarar que dentro de las competencias asignadas a la Entidad, no se encuentra la de pronunciarse sobre temas puntuales, ni menos aún, la de determinar la configuración de faltas disciplinarias y/o penales, que en todo caso, ameritan la existencia de una investigación. Sin embargo, se reitera lo expuesto a lo largo de la presente comunicación, en relación con la normatividad que deben cumplir las entidades frente a la composición y funcionamiento de los comités de conciliación, las cuales al tenor de lo dispuesto en el artículo 2.2.4.3.1.21, son de obligatorio cumplimiento para las entidades de derecho público, los organismos públicos del orden nacional, departamental, distrital, los municipios que sean capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles y en ese sentido, no le es dable a ninguna entidad sustraerse de su cumplimiento.

Se concluye entonces que, para que las decisiones del Comité de Conciliación se encuentren ajustadas a la normatividad vigente, deben haber sido aprobadas por la mayoría de sus miembros, quienes de acuerdo con la norma antes señalada deben ser servidores públicos, no contratistas; en cuyo caso, resulta obligatorio el estudio y definición de los casos por los miembros de la instancia administrativa, una vez se conforme con apego a la norma. Lo anterior no es óbice para que, en caso de incumplimiento de las disposiciones anotadas, los organismos de control asuman las investigaciones del caso, de acuerdo con sus competencias.

El presente concepto se formula bajo los parámetros del Artículo 28 de la Ley 1755 del 30 de junio de 2015[2], toda vez que los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, constituyen orientaciones, planteamientos y puntos de vista que no comprometen la responsabilidad de la Entidad y no tienen carácter obligatorio ni vinculante.

Finalmente, para la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, es de gran importancia conocer su opinión, es por esto que hemos diseñado una encuesta, con el propósito de conocer su satisfacción frente a la respuesta suministrada, por tanto, lo (a) invitamos a diligenciarla ingresando al link http://orfeo.defensajuridica.gov.co/url.php?enc_5b6076c31edd5.

Cordialmente,

Margarita María Miranda

MARGARITA MARÍA MIRANDA HERNÁNDEZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

Elaboró: Denny Rodríguez Espitia, Abogada Externa OAJ
Revisó: Carolina Azuero Alfonso, Abogada OAJ

[2] "Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".