

**MEMORANDO**

450

Bogotá, D.C.,

PARA: **GERMÁN HUMBERTO MEDELLIN**  
Alcalde Local (E) de Sumapaz

DE: Director de Contratación

ASUNTO: Concepto Jurídico – Respuesta Radicado No. 20217020010343 de Fecha: 04-11-2021

Respetado Alcalde,

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

**1. MARCO JURÍDICO PREVIO**

Conforme con lo dispuesto en el literal m) del artículo 25 del Decreto Distrital 411 de 2016, cuyo tenor literal indica:

*“Artículo 25 Dirección de Contratación. Corresponde Dirección de Contratación (sic) el ejercicio de las siguientes funciones:*

*m. Atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia”*

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

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

**2. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURIDICOS**

Reviste especial relevancia, recalcar la disposición contenida en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que establece: *“Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en*

*contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”*

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

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

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

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

### 3. CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO.

En primera instancia, cabe iniciar citando la consulta del FDL de Sumapaz, en los siguientes términos:

*(...) “El Fondo de Desarrollo Rural de Sumapaz suscribió contrato de prestación de servicios Nro. CPS- 091-2021 con el Señor JHONATAN VA LBUENA VERGARA identificado con la C.C 1.023.037.487 de Bogotá, cuyo objeto es “prestar los servicios como operario de maquinaria pesada”, con acta de inicio suscrita el día 15 de marzo de 2021 y con fecha de terminación el 22 de diciembre de 2021, actividad que se venía cumpliendo con normalidad hasta el pasado once (11) de junio del año en curso, cuando se presentó como novedad que el contratista nunca se volvió a presentar a sus sitios de trabajo ni desarrollar sus labores, razón por la cual el Apoyo a la supervisión informó lo sucedido y trató de comunicarse con el contratista para saber los motivos de su inasistencia al cumplimiento de sus labores pero nunca obtuvo respuesta, y en este sentido, durante el primer mes el apoyo a la supervisión redactó un informe diario sobre la situación con el contratista.*

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

<sup>2</sup> Gustavo Penagos, El Acto Administrativo, Tomo I pág. 228 y ss,

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sección Cuarta, Auto Diciembre 13 de 1976.

*La inasistencia del contratista se ha mantenido hasta la fecha de hoy sin saber los motivos; se ha intentado contactarlo por todos los medios posibles, mensajes de texto, correos electrónicos, comunicación escrita enviada por correo certificado, incluso se han contactado a sus familiares quienes manifiestan no tener conocimiento de su ubicación; de todas las acciones que se han tomado para tratar de localizarlo ninguna arrojó resultados positivos.” (...)*

#### **4. RESPUESTA A LA CONSULTA REALIZADA BAJO EL CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO.**

Una vez descritos los argumentos esbozados por el consultante y transcritos en su totalidad, dispone este despacho a darle respuesta a su inquietud, la cual nos permitimos citar concretamente de la siguiente manera:

*(...) “Considerando los hechos expuestos el Fondo de Desarrollo Rural de Sumapaz, ha proyectado una RESOLUCIÓN DE TERMINACIÓN UNILATERAL para poder realizar la acción contractual necesaria para el contrato en mención, por lo que se solicita amablemente el concepto del área de contratación de la secretaria Distrital de Gobierno para recomendar sobre el documento adjunto a la presente comunicación.”*

*(...)*

##### **4.1. Contrato Estatal de Prestación de Servicios.**

El contrato de prestación de servicios es definido en el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece lo siguiente:

*3. 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 lo enunciado, se puede inferir que la característica fundamental del contrato de prestación de servicios previsto en el numeral 3º artículo 32 de la Ley 80 de 1993, tiene por objeto "desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad", con la condición de que tales actividades o funciones no puedan cumplirse con el personal de planta por ser insuficiente o porque se requieran conocimientos especializados.

Al respecto el Consejo de Estado y frente a las características del contrato de prestación de servicios menciona lo siguiente<sup>4</sup>:

*(...)“El contrato de prestación de servicios es un instrumento de gestión utilizado por la Administración Pública para la ejecución de algunas de las actividades a su cargo e incluso para apoyar la prestación de algunos servicios públicos; las características de autonomía del contratista, especialidad de la gestión y excepcionalidad del contrato son, como se verá, los rasgos identificativos de mayor significación para esta especie de negocio jurídico tipificado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, se trata de un contrato que se ha caracterizado por ofrecer la posibilidad de comprender en su objeto una gama tan amplia de variantes que en la praxis se toma difícil su concreción, con lo cual igualmente se acerca a otras tipologías contractuales, a relaciones jurídico- laborales e incluso al ejercicio mismo de funciones administrativas?” (...)*

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 16 de agosto de 2012, expediente No 22 822. actor Carlos Ernesto Pérez Garzón. demandado Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM.

Teniendo en cuenta la definición y característica principal de los contratos de prestación de servicios, y que, dentro del desarrollo de la ejecución del contrato, se pueden surtir situaciones que pueden terminar anticipadamente el contrato, es importante abordar las clases y características de aquellas potestades excepcionales a cargo de la administración.

#### **4.2. Terminación Unilateral del Contrato Estatal.**

De acuerdo a las formas o modalidades de terminación unilateral del contrato estatal, la jurisprudencia ha establecido lo siguiente<sup>5</sup>:

(...) *"Dentro del aludido género de la terminación unilateral de los contratos estatales por determinación de la entidad contratante, se encuentran las siguientes especies o modalidades de la figura:*

*i) La terminación unilateral propiamente dicha, regulada por el artículo 17 de la Ley 80;*

*ii) La declaratoria de caducidad administrativa del contrato, y*

*iii) La terminación unilateral a cuya aplicación hay lugar cuando se configuran algunas causales de nulidad absoluta respecto del contrato estatal correspondiente, de conformidad con las previsiones del inciso 2° del artículo 45 de la misma Ley 80.*

*Como aspectos comunes a todas esas figuras se pueden señalar, entre otros, a) el hecho de que en todos esos casos es la ley la que consagra, de manera expresa, la facultad para que la entidad estatal contratante pueda realizar su declaración; b) cada una de esas figuras produce, en principio, el mismo efecto, consistente en poner fin al respectivo contrato estatal, como quiera que el objeto de todas ellas es, precisamente, el de dar por terminado el contrato estatal en cuestión; e) como corolario obligado de la característica anterior, se impone destacar que la terminación unilateral del contrato en cualquiera de sus modalidades, por razones de lógica elemental sólo es posible aplicarla en relación con contratos vigentes, puesto que resulta ontológicamente imposible dar por terminado un contrato que ya hubiere finalizado con anterioridad; d) la declaratoria correspondiente, en cuanto debe ser adoptada por una entidad estatal en desarrollo de su actividad contractual, constituye un verdadero acto administrativo de naturaleza contractual; e) como obvia consecuencia de la nota anterior, cabe indicar que en todos esos casos el respectivo acto administrativo que pone fin a un contrato estatal de manera unilateral, será pasible de control judicial en virtud de la acción de controversias contractuales, cuyo ejercicio deberá realizarse dentro del término de caducidad establecido en la ley; f) una vez ejecutoriada la decisión administrativa que dispone o determina la finalización unilateral del correspondiente contrato estatal será necesario proceder a la liquidación del contrato estatal en cuestión."* (...)

#### **i) Terminación Unilateral Artículo 14 y 17 Ley 80.**

Frente a la modalidad de terminación unilateral establecida en los artículos **14 y 17 de la Ley 80**, la jurisprudencia citada, menciona lo siguiente:

(...) *"2.4.2.1 La terminación unilateral propiamente dicha encuentra su regulación básica y fundamental en los artículos 14 y 17 de la Ley 80.*

*De conformidad con dichas disposiciones legales, es posible precisar que la misma se encuentra consagrada como una institución a la cual pueden acudir las entidades estatales para efectos de desarrollar las funciones que expresamente les consagra la ley (artículo 14-1, Ley 80), consistentes en tener "... la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato".*

<sup>5</sup> Consejo de Estado - Sección Tercera - Referencia: 250002331000200001696 01 Expediente: 32.720 Año:2013

*Según los explícitos dictados de la referida Ley 80, es claro que dicha forma de terminación unilateral tiene "... el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo [se refiere a la entidad estatal contratante] y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación ..." de los mismos.*

*Esta modalidad de terminación unilateral únicamente puede tener aplicación respecto de aquellos específicos contratos estatales señalados en el numeral 2° del artículo 14 de la Ley 80, esto es:*

*a) "en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal"; b) en los contratos que tengan por objeto "la prestación de servicios públicos"; c) en los contratos que tengan por objeto "la explotación y concesión de bienes del Estado" y d) "en los contratos de obra", en cuanto en todos ellos resulta imperativa la inclusión de la cláusula excepcional de terminación unilateral; así mismo podría aplicarse en aquellos f) "contratos de suministro" y g) contratos "de prestación de servicios", en los cuales se hubiere incluido expresamente esa cláusula excepcional, comoquiera que en estos dos (2) últimos dicha estipulación resulta facultativa.*

*Tal como lo ordena el inciso 2° del numeral 1° del citado artículo 14 de la Ley 80, cada vez que una entidad estatal ejerza esta potestad excepcional de terminación unilateral "... deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensación e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial". (...)*

*Tales causales, recogidas en el también citado artículo 17 de la Ley 80, son las siguientes*

*"1° Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.*

*"2° Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.*

*"3° Por interdicción judicial o declaratoria de quiebra del contratista.*

*"4° Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.*

*" Sin embargo, en los casos a que se refieren los numeral 2° y 3° de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación" (...)*

(Subrayas fue de texto)

De acuerdo a lo mencionado por la jurisprudencia, se concluye que cada vez que se ejerza ésta potestad, deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tenga derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener el equilibrio inicial.

Lo anterior indica que la modalidad de terminación unilateral del contrato estatal NO es una sanción y por tanto, a partir de su ejecutoria no se genera inhabilidad alguna en relación con el contratista afectado. Y Para dar aplicación a esta modalidad de terminación unilateral, la entidad contratante deberá ceñirse a las causales establecidas en la Ley.

## **ii) La caducidad administrativa del contrato.**

De conformidad con lo prescrito por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993<sup>6</sup>, la Administración está habilitada para declarar la caducidad del contrato por medio de acto administrativo debidamente motivado, siempre que se

<sup>6</sup> ARTÍCULO 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que

reúnen los siguientes presupuestos: **(i) un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; (ii) que dicho incumplimiento afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y (iii) que el mismo evidencie que puede conducir a la paralización del contrato.**

Frente a los efectos de dicha declaratoria de caducidad el Consejo de Estado<sup>7</sup> menciona:

*(...) “Según la norma en cita, dicha declaratoria trae aparejada la pérdida de los derechos que dimanaban del negocio jurídico para el contratista y, particularmente, que se traducen en: (i) dar por terminado el vínculo negocial sin que haya lugar a indemnización para el contratista; (ii) ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre; (iii) hacer exigibles garantías por configuración del siniestro del incumplimiento; (iv) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y (v) configurar la inhabilidad para contratar con entidades públicas por 5 años.” (...)*

(Subrayas fuera de texto).

En los términos indicados, se debe tener en cuenta entonces, que la caducidad es una atribución para afrontar el incumplimiento del contrato, de manera que su ejercicio es viable dentro del término de ejecución de las obligaciones y que vencido este término o plazo, la administración, pierde la potestad y con ello la facultad de imponer la sanción mencionada.

#### 4.2. Contrato de Prestación de Servicios CPS-091-2021

De acuerdo a lo mencionado por el FDL de Sumapaz, el Fondo suscribió el Contrato de Prestación de Servicios CPS-091-2021 con el señor JHONATAN VALBUENA VERGARA, cuyo objeto es: “PRESTAR LOS SERVICIOS COMO OPERARIO DE LA MAQUINARIA PESADA DE PROPIEDAD O TENENCIA DEL FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE SUMAPAZ”, con un plazo de ejecución hasta el 22 de diciembre de 2021; y que, en desarrollo y ejecución del contrato, el contratista dejó de cumplir con sus obligaciones por la inasistencia intempestiva desde el día 11 de junio del año en curso.

Como consecuencia de lo anterior, el FDL de Sumapaz, conmino al contratista por correo electrónico institucional y por correo certificado, advirtiéndole su incumplimiento a las obligaciones suscritas en el contrato en mención, comunicaciones que, hasta la fecha, no han sido atendidas por el contratista.

En este orden de ideas y de acuerdo a lo expuesto por la norma y la jurisprudencia, lo que se evidencia en el caso en particular, es un incumplimiento a las obligaciones contractuales a cargo del contratista y que como consecuencia está afectando de manera grave la ejecución del contrato suscrito con el FDL de Sumapaz.

Por ende y teniendo en cuenta la fecha de vencimiento del contrato, se recomienda iniciar el proceso sancionatorio respectivo, en aras de respetar el debido proceso, con el fin aplicar las sanciones correspondientes,

---

puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.

<sup>7</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección B Radicación número: 25000-23-26-000-2000-02151-01(26705) Año: 2014

si es del caso, y con plena observancia de las reglas procedimentales establecidas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011<sup>8</sup>.

En los términos anteriores se emite el presente concepto, tomando como base la información que fue remitida electrónicamente a la Dirección de Contratación, y para la toma de decisiones exclusivamente de la órbita de las competencias de la Alcaldía Local, y es su responsabilidad acoger el contenido del presente concepto de forma total, parcial o negativamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Esperamos de esta forma haber dado respuesta a la solicitud no sin antes señalarle que, cualquier otra inquietud sobre el particular con gusto estaremos dispuestos a atenderla.

Cordialmente,



**MAURICIO GONZALEZ BARRERO**

Director de Contratación

mauricio.gonzalez@gobiernobogota.gov.co

Elaboró: John Alexander Chalarca Gómez – Abogado Dirección de Contratación



<sup>8</sup> ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento: (...)