

MEMORANDO

450

PARA: **LIZETH JAHIRA GONZÁLEZ VARGAS**

Alcaldesa Local de Bosa

DE: **Director de Contratación**

ASUNTO: Respuesta solicitud alcance al concepto jurídico – Contrato de Interventoría No. 258 de 2018
Consortio Bogotá DC. - conforme al memorando No. 20205720017003.

Respetada señora Alcaldesa,

La Dirección de Contratación en el marco de sus competencias, procede a dar respuesta a su solicitud de alcance al memorando No. 20204500282363 en el sentido de: ***“(…) esclarecer con claridad (sic) la interpretación de la cláusula de la forma de pago del Contrato No. 258 de 2018 (…)”***, en los siguientes términos:

1. COMPETENCIA DIRECCION DE CONTRATACION

Conforme con lo dispuesto en los literales L y M del artículo 25 del Decreto Distrital 411 de 2016, cuyo tenor indica:

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

(…)

l. Organizar el seguimiento y control jurídico sobre el ejercicio de los contratos a que hace parte la Secretaría de Gobierno y de aquellos suscritos por la Secretaría como unidad Ejecutiva Local con cargo a los Recursos de los Fondos de Desarrollo Local.

(…)

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

2. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURIDICOS

Reviste de 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”* (Jaime Orlando Santofimio TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Tomo II pag 196 y ss). Por su parte en la obra EL ACTO ADMINISTRATIVO Tomo I pag. 228 y ss, 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”*. 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 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"*¹

En este orden de ideas, es preciso concluir que por expresa disposición normativa e imperativo jurisprudencial, a la Dirección de Contratación le ha sido asignada la función atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia, los cuales no obligan tal como se ha argumentado con suficiencia. Se recuerda que toda controversia o diferencia sobre aspectos contractuales entre contratante y contratista debe ser resuelta por medios tales como los mecanismos alternativos de solución de conflictos, de conformidad con las Leyes 446 de 1998, 640 de 2001, 1285 de 2009 y el Decreto 1716 de 2009 incorporado en el Decreto Único 1069 de 2015 y dado el caso, la conciliación extrajudicial que adelanta la Procuraduría General, que se convierte en el instrumento pertinente y conducente, si así lo consideran las partes y previo análisis y aprobación del Comité de Conciliación a cargo de la Dirección Jurídica de la Secretaría.

3. DE LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL

Al respecto la Sección Tercera del Consejo de Estado² ha indicado que frente a la interpretación de las cláusulas contractuales materia de conflicto, y conforme a lo que el ordenamiento jurídico indica se deberá seguir las siguientes tres pasos: *"interpretación en sentido estricto, calificación e integración"*, los cuales se definen así:

1. *La interpretación en sentido estricto corresponde al proceso a través del cual se determina la común intención de las partes objetivada en el texto o en las declaraciones o comportamientos congruentes y relevantes, mediante la utilización de los criterios subjetivos y objetivos comprendidos en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil*
2. *La calificación corresponde al encuadramiento o tipificación del acuerdo alcanzado por las partes dentro de las categorías legales comprendidas en la Ley 80 de 1993, el código civil, el código de comercio o en las leyes especiales que resulten aplicables al caso concreto, en otras palabras a la definición del tipo contractual legal dentro del cual se subsume la convención de los contratantes.*
3. *La integración corresponde al fenómeno en virtud del cual, una vez determinado el tipo contractual, las partes o el juez encuentran que al lado de las determinaciones convencionales que tienen fundamento en la autonomía de las partes, se agregan, adicionan o suman otras obligaciones y otros derechos que tienen título en las normas imperativas y supletorias y en las otras fuentes externas al contrato, como los usos y costumbres, la buena fe y la equidad.*

En tal sentido, en las cláusulas materia de contradicción, se deberá buscar la común intención de las partes en el sentido literal, y ser entendidas de conformidad con un criterio de interpretación auténtica, esto es, de acuerdo con lo que las propias partes hayan podido interpretar sobre el propio texto, bien sea por escrito o modificación, pero siempre vinculado a las partes.

¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Auto Diciembre 13 de 1976.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicación número: (24221), del 3 de mayo de 2013, C.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH

Ahora bien, es pertinente adicionalmente, tener como contexto que *“Para resolver una disputa originada en una relación contractual, mucho se ha discutido sobre las reglas de interpretación que se deben seguir a efectos de determinar el alcance obligacional del respectivo negocio jurídico. Si bien el Código Civil establece en sus artículos 1618 y subsiguientes reglas de interpretación de los contratos, no indica un orden metodológico para hacer uso de estas. Sin embargo, la jurisprudencia ha establecido un orden para acudir a dichas reglas. En primer lugar, se ubican las reglas principales -subjetivas- derivadas del artículo 1618 cuya finalidad es interpretar el contrato de conformidad con la intención real de los contratantes. Por ejemplo, en esta categoría se encuentra la regla de interpretación según la cual las cláusulas de un contrato pueden interpretarse por la aplicación que las partes le dieron en la práctica (art.1622, inc.3). Subsidiariamente, cuando estas reglas no resultan suficientes para determinar la común intención de los contratantes, se debe acudir a las reglas objetivas de interpretación que buscan proteger el contrato. Dentro de estas reglas se encuentran la aplicación del efecto útil (art. 1620) y la interpretación según la naturaleza del contrato (art. 1621). Así, para encontrar el sentido de las obligaciones que pactaron las partes de un contrato, la forma en que lo ejecutaron es el criterio que permite vislumbrar su voluntad en su estado más puro pues corresponde a la interpretación auténtica, viva y animada de las partes respecto del entendimiento que tuvieron del mismo”*.³

En igual sentido la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que: *“(…) no en vano se ha afirmado que “la hermenéutica contractual fija el contenido y reconstruye el sentido de las declaraciones y comportamientos asumidos por las partes”. Por eso, hizo ver que del contenido de los artículos 1618 a 1624 del Código Civil emergen los principios y reglas aplicables en materia de interpretación de los contratos. Según la doctrina especializada, son dos los principios rectores que se desprenden de tales disposiciones: 1. La búsqueda de la común intención de las partes (communis intentio o voluntas spectanda). 2. La buena fe contractual.*

Las reglas, por su parte, son cinco: 1. La especificidad. 2. La interpretación efectiva, útil o conservatoria. 3. La interpretación naturalista o fundada en la naturaleza del contrato, y de la interpretación usual. 4. La interpretación contextual, extensiva y auténtica. 5. La interpretación incluyente o explicativa. 6. La interpretación de cláusulas ambiguas en favor del deudor y en contra del estipulante o predisponente. Ahora bien, la tarea de encontrar la verdadera intención de los contratantes es la tradicionalmente conocida como criterio subjetivo de interpretación, en contraste con el criterio objetivo, que más bien busca privilegiar la voluntad externa o declarada de las partes del contrato.

*La doctrina y la jurisprudencia nacional reconocen que existe jerarquía entre los criterios de interpretación del contrato y, en esa medida, han señalado que el subjetivo prevalece sobre el objetivo, a partir de la idea de que el principio de la búsqueda de la real voluntad de los contratantes es fundamental dentro de la labor hermenéutica y que los demás principios y reglas son subsidiarios. **Con todo, la búsqueda de la común intención de las partes se erige como punto de partida de la labor interpretativa de los contratos. De ahí que un adecuado ejercicio hermenéutico contractual deba empezar siempre por determinar cuál era la communis intentio, a la que alude el artículo 1618 del Código Civil, y solo en caso de que esa labor resulte infructuosa es posible aplicar las pautas objetivas de interpretación antes reseñadas, como las previstas en los artículos 1619, 1620, 1621, 1623 y 1624 de esa misma codificación***.⁴ (negritas fuera de texto)

Finalmente, refuerza lo anterior, la jurisprudencia del mismo Alto Tribunal que sobre reglas de interpretación de los contratos estatales recuerda que las reglas de interpretación aplicables a los contratos estatales son aquellas que se hallan previstas entre los artículos 1618 y 1624 del Código Civil.⁵

³ Alfonso Linares <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/la-prevalencia-de-la-interpretacion-autentica-de-contratos-2816348>

⁴ Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 13001233100020030168101 (40353). C.P. María Adriana Marín. Junio 21 de 2018

⁵ Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 41001233100019970984901 C.P. Mauricio Fajardo Gómez. 12 de febrero de 2014

4. DEL CASO CONCRETO

Como se ha expuesto ampliamente con base en los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, frente a las interpretaciones de la cláusula cuarta del contrato de interventoría, el Consejo de Estado⁶ ha sostenido que *“deberá prevalecer la intención de los extremos contractuales”*, lo anterior conforme al artículo 1622 del Código Civil, que contempla las reglas aplicables a la interpretación de los contratos, en los siguientes términos:

“ARTICULO 1622. INTERPRETACIONES SISTEMÁTICA, POR COMPARACION Y POR APLICACION PRÁCTICA. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”

Respecto al artículo anterior se deduce que, frente al comportamiento de las partes posterior a la celebración del contrato, como criterio para aclarar el significado de sus expresiones o cláusulas, cuando indica en su inciso 3° que “la aplicación práctica” que han hecho del contrato “ambas partes o una de las partes con aprobación de la otra parte”, se tendrá en cuenta para la interpretación respectiva.

Es por esta razón que respecto a la interpretación de la cláusula cuarta acerca de la forma de pago del contrato de interventoría No. 258 de 2018, se sugiere entre otras posibles soluciones, establecer la *“interpretación en sentido estricto, calificación e integración”*, para de esta manera establecer la *“aplicación práctica”*, sin desconocer que tanto el contrato de consultoría como el de interventoría tienen la misma redacción de la cláusula respecto a la forma de pago, y que tienen obligaciones contractuales diferentes, por lo cual la interpretación de la cláusula forma de pago e, no pueden ser dilucidadas de la misma forma.

De la misma manera, se sugiere además, hacer uso de las reglas de interpretación que la codificación civil (artículos 1618 a 1624) consagra, así:

1. Prevalencia de la intención.
2. Limitaciones del contrato a su materia.
3. Preferencia del sentido que produce efectos.
4. Interpretación por la naturaleza del contrato.
5. Interpretaciones sistemática, por comparación y por aplicación práctica.
6. Interpretación de la inclusión de casos dentro del contrato.
7. Interpretación a favor del deudor.

Así las cosas, en los anteriores términos se emite el presente concepto, con base en la información y documentación que fue remitida a la Dirección de Contratación, y para la toma de decisiones exclusivamente de la órbita de las competencias de la Alcaldía Local, acorde con la facultad delegada por el Decreto 768 de 2019, y es su responsabilidad acoger el contenido del presente concepto de forma total, parcial o negativamente. Finalmente se reitera el alcance de los conceptos contenido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por demás ampliamente argumentado jurídicamente en el numeral 2 del presente documento.

⁶ Ibidem

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No. 20204500310833

Fecha: 22-10-2020

20204500310833

Página 5 de 5

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, quedado a su entera disposición.

Cordialmente,



GERMAN HUMBERTO MEDELLÍN MORA
Director de Contratación

Revisó: German Giraldo Agudelo - Abogado Contratista Dirección de Contratación 
Elaboró: Mónica Parra— Abogada Contratista Dirección de Contratación **M.P.**