

MEMORANDO

450

Bogotá, D.C.,

PARA: **EDUARD HUMBERTO QUINTANA ARELLANO**
Alcalde Local Rafael Uribe Uribe

DE: Director de Contratación

ASUNTO: Respuesta a la consulta elevada a través de radicado No. 20226820006983 del 22 de marzo de 2022, trasladada a la Dirección de Contratación a través del radicado 20222100140773 del 26 de abril de 2022.

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 los literal 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:**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, dicha competencia funcional posibilita 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”*¹. 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”*². El mismo autor indica que en virtud del párrafo 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”*³

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.

La consulta se presentó en los siguientes términos:

1. (...) Solicito su concepto para la viabilidad jurídica, técnica, administrativa y financiera para en un mismo proceso contractual se puedan ejecutar la consultoría y obra.

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

² Gustavo Penagos, El Acto Administrativo, Tomo I pág. 228 y ss,

³ Consejo de Estado. Sección Cuarta, Auto Diciembre 13 de 1976.

Para atender la consulta es preciso diferenciar las dos tipologías de contratos señaladas. En primera instancia nos referiremos al contrato de consultoría.

De acuerdo con lo señalado en el numeral 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el contrato de consultoría se define de la siguiente manera:

“Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos (...)”. (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, el numeral 3° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, señala:

Concurso de méritos: Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes mediante resolución motivada, que se entenderá notificada en estrados a los interesados, en la audiencia pública de conformación de la lista, utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso (...) (Subrayado fuera de texto)

Así mismo, es necesario revisar también la definición que trae la norma sobre el contrato de obra, el cual se encuentra contenido en el numeral 1° del artículo 31 de la Ley 80 de 1993, así:

Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto.

De acuerdo con lo señalado en la Guía para Procesos de Contratación de Obra Pública de Colombia Compra Eficiente, la escogencia del contratista de obra pública puede desarrollarse a través de las siguientes modalidades de selección:

- Licitación pública: Aplica por regla general.
- Selección abreviada: Aplica cuando el valor de la obra está en el rango de la menor cuantía de la Entidad Estatal y cuando se trata de Servicios para la Defensa y Seguridad Nacional.
- Contratación directa: Esta modalidad es de carácter restrictivo, y por lo tanto sólo aplica cuando se trate de urgencia manifiesta o de la contratación del sector defensa y seguridad nacional que requiera reserva.

- Mínima cuantía: Aplica cuando el valor de la obra está en el rango de la mínima cuantía de la Entidad Contratante.

Teniendo en cuenta que la solicitud elevada por parte de la alcaldía local no precisa el objeto de la consultoría, es decir, si se llevaría a cabo para contratar los estudios y diseños, o se requeriría para contratar la interventoría de la obra, nos referiremos a las dos opciones.

En la primera hipótesis, es decir, en caso de que la consultoría se quiera adelantar para contratar los estudios y diseños, jurídicamente no existe restricción alguna para que se incluyan todas las actividades referidas a la obra en el mismo proceso de selección y se celebre un solo contrato. La Guía para Procesos de Contratación de Obra Pública de Colombia Compra Eficiente señala como una de las modalidades para pactar el valor o la forma de pago en este tipo de contratos la denominada como “llave en mano”, la cual, aunque no está expresamente contemplada en la Ley 80 de 1993, si puede ser pactada por las entidades públicas. La definición de contrato llave en mano que da el ente rector de la contratación pública en Colombia, es la siguiente:

Llave en mano: en esta modalidad, el contratista se compromete a realizar todas las labores relacionadas con la obra incluyendo los diseños, estudios de factibilidad, construcción, contratación del personal, instalaciones y suministros y la contraprestación a cargo del contratista es la obra terminada y en funcionamiento. El precio corresponde a un valor previamente establecido que opera como remuneración por todas las gestiones que adelanta el contratista. (Subrayado fuera de texto)

De este modo, resulta claro que el contrato “llave en mano” es un sistema de contratación para construcción de obras, en el que el contratista se compromete a ejecutar la totalidad de prestaciones, incluyendo estudios previos, diseños, suministro de equipos, ejecución de la obra en condiciones tales que, al finalizar la labor, permita a la entidad contratante la puesta en marcha de obra en el momento en que se efectúe su entrega. En esa medida, es posible afirmar que resulta jurídicamente posible contratar los diseños, la obra y el resto de las actividades en un solo proceso de selección, el cual deberá realizarse bajo la modalidad que corresponda, según las particularidades propias de la contratación.

Ahora bien, en la segunda hipótesis, si lo que se pregunta es sobre la posibilidad de contratar la obra y la interventoría en un mismo proceso de selección, es preciso tener en cuenta dos aspectos importantes. El primero es que, de acuerdo con lo señalado en el inciso segundo del numeral 1° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, solamente es obligatorio contar con interventoría en los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación pública, es decir que, si la cuantía del proceso no supera el monto definido en la Entidad para acudir a esta modalidad, no será mandatorio contar con un interventor; sin embargo, según lo señalado en el párrafo 1 del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, los estudios previos de los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, se pronunciarán sobre la necesidad de contar con interventoría.

El segundo punto importante a tener en cuenta es que, el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011 preceptúa:

Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 20 de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad. (Subrayado fuera de texto)

Esto tiene sentido si se entiende que el deber principal del interventor es realizar el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligatorio por parte de la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista. En esa medida, quien ejecuta el contrato principal no podrá ser la misma persona natural o jurídica que lleve a cabo la interventoría, por lo mismo, no sería viable jurídicamente realizar un solo proceso de selección para contratar la consultoría y la obra.

Finalmente, es preciso señalar que en el marco de las competencias atribuidas a esta Dirección a través del artículo 25 del Decreto 411 de 2016, no nos resulta posible pronunciarnos sobre la viabilidad técnica, administrativa y financiera para ejecutar en un mismo proceso contractual la interventoría y la obra, por lo cual en el presente concepto solo nos referimos a la posibilidad jurídica contractual de realizarlo.

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 GONZÁLEZ BARRERO
Director de Contratación

Elaboró: Brenda Viviana Jiménez Díaz– Abogada Contratista Dirección de Contratación

