

MEMORANDO

450

Bogotá, D.C.,

PARA: GERMÁN HUMBERTO MEDELLÍN
Alcalde Local (E) de Sumapaz**DE: Director de Contratación****ASUNTO: Concepto Jurídico – Respuesta Memorando Radicado 20217020006883 Fecha: 28-06-2021**

Respetado Dr. Medellín

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”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 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”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.

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

(...) “Desde el mes de julio del 2020, atendiendo los requerimientos de la comunidad y en cumplimiento a las obligaciones del área de infraestructura, respecto a realizar seguimiento a las obras contratadas por el FDRS con pólizas de estabilidad vigentes, se han realizado diferentes requerimientos al CONSORCIO PARAMO SUMAPAZ 2018 y al CONSORCIO INTERVIAL SUMAPAZ, para atender las presuntas fallas presentadas en las siguientes obras entregadas en el marco del contrato COP-150-2018:

(...)

¹ Jaime Orlando Santoofimio, 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.

Inicialmente y siguiendo el conducto regular, se realizaron solicitudes de modo verbal y mediante las comunicaciones 20207020009791, 20207020009821 y 20207020014361, los días 26 de agosto y 06 de noviembre de 2020, respectivamente, donde se le requirió al contratista y el interventor presentar un informe técnico sobre las fallas presentadas y un plan de acción para las reparaciones locativas a realizar. No obstante, frente a la presunta omisión de respuesta de las partes, el día 19 de enero de 2021 se citó al Consorcio Paramo Sumapaz 20'18, Consorcio Intervial Sumapaz y a las respectivas aseguradoras, para realizar la presentación del presunto incumplimiento generado en el marco del contrato COP-150-2018, el cual fue suspendido hasta nueva orden, mientras el área de infraestructura revisaba las pruebas aportadas por el contratista de obra.

Posteriormente, el día 10 de marzo de 2021 el área de infraestructura realizó un recorrido de obra con el Contratista y el interventor, para identificar los daños presentados en cada uno de los tramos y verificar la afectación que ha presentado para la Localidad. Durante la visita, las partes reiteran las decisiones tomadas en su momento con el apoyo a la supervisión lo que los eximia de responsabilidad frente a las afectaciones causadas, al finalizar el recorrido, el área de infraestructura actuando bajo el principio de la buena fe y de acuerdo con la respuesta del Ing. Fredy Silva, dio por concluido el proceso para evaluarlo internamente en la Entidad”.

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 y en vista de que la situación presentada pasa de ser técnica a jurídica, solicitamos amablemente el concepto del área de contratación de la Secretaría Distrital de Gobierno para definir la dirección a tomar frente al proceso de presuntas fallas en las obras entregadas por el CONSORCIO PARA.MO SUMA.PAZ 2018 y aprobadas por la interventoría CONSORCIO INTERVIAL SUMA.PAZ, considerando las evidencias aportadas.”

(...)

4.1. Contrato de Obra Pública 150-2018

No. CONTRATO Y FECHA	COP-150-2018 del 24/10/2018
TIPO DE CONTRATO	OBRA
OBJETO DEL CONTRATO	CONTRATAR LAS OBRAS PARA LA CONSERVACION DE LA MALLA VIAL LOCAL DE SUMAPAZ, POR EL SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS FIJOS, SIN FORMULA DE REAJUSTE Y A MONTO AGOTABLE
NOMBRE DEL CONTRATISTA	CONSORCIO PARA.MO SUMA.PAZ 2018
FECHA DE ACTA DE INICIO	20 DICIEMBRE DE 2018
PLAZO DE EJECUCIÓN INICIAL	12 MESES
VALOR INICIAL	\$14.628.514.440
	ADICIÓN Y PRORROGA No.1 (19/12/2019): mediante el cual se adicional al valor del contrato la suma de MIL CIENTO DIEZ MILLONES DE PESOS

MODIFICACIONES CONTRACTUALES	(\$1.110.000.000, 00) y donde se prorroga el plazo del contrato por el termino de TRES (03) MESES contados a partir del veinte (20) de diciembre de 2019 con fecha de terminación del diecinueve (19) de marzo de 2020.
VALOR FINAL	\$ 15,738,514,440
PLAZO EJECUCIÓN FINAL	15 MESES
FECHA TERMINACIÓN FINAL	19 DE MARZO DE 2020
INTERVENTORIA	CONSORCIO INTERVIAL SUMAPAZ
No. CONTRATO	CIN-165-2018

4.2. Informe Técnico Alcaldía Local de Sumapaz

Que el informe técnico de la FDL de Sumapaz⁴, luego de hacer la visita técnica de campo establece como prejuicios los siguiente:

(...) “ 5. IDENTIFICACIÓN DE PERJUICIOS.

- Para el sector de la placa huella de Nazareth, se estima la necesidad de realizar la reconstrucción total del tramo (incluye costos de formulación, estudios y diseños y construcción), que cumplan con las especificaciones técnica.
- En los tramos que se encuentran en el sector de Animas, se proyecta la reconstrucción del área afectada junto con la construcción de obras de contención.
- En las obras de drenaje de la vía Vegas – Chorreras, se recomendaría realizar un estudio detallado sobre el funcionamiento del drenaje y las reparaciones puntuales a las que haya lugar en los 5.5km intervenidos.
- Retrasos e inconvenientes en el inicio de las obras del Convenio interadministrativo 1554 de 2018.”

Teniendo en cuenta el estado actual del Contrato de Obra y de acuerdo al informe técnico anexo por el FDL de Sumapaz en el cual se establece el incumplimiento al contrato en mención, se procede a manifestar lo siguiente:

4.3. La potestad sancionadora Entidad Estatal contratante.

En materia contractual, la administración tiene la dirección y control de la celebración y ejecución del contrato, función que desarrolla, entre otras formas, a través de las cláusulas exorbitantes, caracterizadas, esencialmente, por la inaplicabilidad de algunos principios contractuales del derecho civil, toda vez que, precisamente, al practicarse quebrantan la igualdad y conmutatividad propias del acuerdo de voluntades. En efecto el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, establece:

(...)

“Art. 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

⁴ Anexo Informe Técnico FDL de Sumapaz pág. 32

“1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.” (subrayas fuera del texto)

Ahora bien, las cláusulas excepcionales son -de acuerdo con la Ley 80 de 1993: La interpretación unilateral de los documentos contractuales y de las estipulaciones en ellos convenidas, la introducción de modificaciones a lo pactado, la terminación unilateral, la caducidad administrativa, la reversión y el sometimiento a las leyes nacionales.

4.4. Proceso Sancionatorio Administrativo de Incumplimiento.

Teniendo claro que el Contrato de Obra No. 150 de 2018 tuvo como fecha de terminación el 19 de marzo de 2020, es importante mencionar el pronunciamiento del Consejo de Estado⁵ en relación con la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Al respecto sostiene, invariablemente, que no sólo puede hacerlo durante el plazo de ejecución, sino también cuando ha vencido, incluso hasta su liquidación, de manera que la vigencia del plazo no limita la competencia sancionatoria.

(...) ***“5. Competencia temporal de la entidad estatal para declarar el incumplimiento del contrato, y hacer efectivas la cláusula penal pecuniaria.***

“Definido el anterior problema, se debe considerar ahora si era posible declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, vencido su plazo, teniendo en cuenta que BENEDAN impuso la sanción dos semanas después de vencido el término del contrato –resolución No. 392-, decisión confirmada cuatro meses después –resolución No. 811-. “La Sala recuerda que en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 – aplicable al contrato sub índice- la jurisprudencia admitió que la administración podía declarar el incumplimiento -no la caducidad- de los contratos de tracto sucesivo, después de vencido el plazo de ejecución, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, y en todo caso antes de efectuarse la liquidación del contrato, tal como se desprende del siguiente pronunciamiento, que recoge una línea jurisprudencial ininterrumpida hasta hoy: “Ha dicho la jurisprudencia que los poderes exorbitantes que tiene la entidad pública contratante sólo pueden ejercerse dentro de la vigencia del contrato. Así podrá terminarlo unilateralmente, declararlo caducado por incumplimiento o por las demás causales permitidas en la ley, modificarlo o interpretarlo unilateralmente, imponer multas o sanciones o liquidarlo motu proprio, etc., etc. (...) “Para la Sala, la doctrina expuesta merece ratificación parcial, pero con algunas precisiones en torno a la declaratoria de incumplimiento, la que, en ciertas circunstancias, sí podrá hacerse por la Administración contratante después del vencimiento del término del contrato.” (...)

(Subrayado y negrilla fuera de texto)

En los términos indicados, queda claro que en vigencia de todos los estatutos contractuales, incluidas las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, la potestad sancionatoria para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria se puede ejercer durante el plazo del contrato e incluso con posterioridad a su vencimiento.

De acuerdo a lo expuesto, el FDL de Sumapaz podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que haya vencido el plazo contractual sin que éste haya ejecutado la totalidad de la obra, como medida obligada para

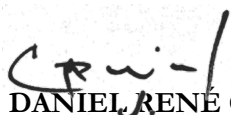
⁵ Subsección C de la Sección Tercera –sentencia del 25 de mayo de 2011, exp. 18.017-

hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, de acuerdo a lo estipulado en la “CLAUSULA DECIMA SEXTA⁶” del contrato mencionado y siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

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,



DANIEL RENÉ CAMACHO SÁNCHEZ
Director de Contratación

Elaboró: Brenda Viviana Jiménez Díaz – Abogada Dirección de Contratación
John Alexander Chalarca Gómez – Abogado Dirección de Contratación

⁶ Contrato 150 de 2018 -CLÁUSULA DECIMA SEXTA. PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO, APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL, LA IMPOSICIÓN DE MULTAS, Y DEMÁS SANCIONES.