

MEMORANDO

450

PARA: **YEIMY CAROLINA AGUDELO HERNANDEZ**
Alcaldesa Local de Kennedy

DE: **Director de Contratación**

ASUNTO: Respuesta solicitud de concepto jurídico “Modificación de Contrato 317 de 2019 del Fondo de Desarrollo Local de Kennedy sobre Eventos de Deporte y Procesos de Formación Deportiva”.
Rad. 20205820024493.

Respetada señora Alcaldesa,

Conforme al memorando del asunto, la Dirección de Contratación en el marco de sus competencias, procede a dar respuesta a la solicitud de concepto jurídico, en los siguientes términos:

1. COMPETENCIA DIRECCION DE CONTRATACION

Conforme con lo dispuesto en el literal l) del artículo 25 del Decreto Distrital 411 de 2016, que a su 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 solo 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.

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.

3. CONTEXTO JURÍDICO PREVIO

3.1 SUPERVISIÓN DE CONTRATOS

El Legislador mediante la expedición de la Ley 1474 de 2011, en su artículo 83, define la función de supervisión en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 83. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos. (Negrilla fuera de texto)

De igual forma, la actividad de supervisión encuentra soporte en las siguientes disposiciones de la Ley 80 de 1993 (artículo 26 numeral 1º y el artículo 51) que a la letra disponen:

“ARTÍCULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio:

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

10. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

ARTÍCULO 51. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PUBLICOS. El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley."

Adicionalmente, la Guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos suscritos por las Entidades Estatales- G-EFSICE-02- de Colombia Compra Eficiente, establece que:

"La supervisión es el seguimiento integral que debe hacer la Entidad Estatal a la ejecución de un contrato para asegurar que cumpla con su propósito. La supervisión del contrato requiere revisión constante de la ejecución de las prestaciones del contrato, sus aspectos técnicos, administrativos, financieros, contables y jurídicos².

La interventoría es el seguimiento técnico especializado a la ejecución de un contrato a través de un tercero independiente de la Entidad Estatal. La interventoría procede cuando el objeto del contrato, es complejo, extenso o su seguimiento suponga conocimiento especializado. A pesar de que la interventoría corresponde al seguimiento del contrato, la Entidad Estatal, si lo encuentra justificado y de acuerdo con la naturaleza del contrato principal³, puede incluir en la interventoría el seguimiento de las obligaciones administrativas, financieras, contables y jurídicas derivadas del mismo⁴".

Por ende, aunque estas dos figuras pueden tener concurrencia durante la ejecución de un contrato, *"la interventoría es un seguimiento especializado y la supervisión no tiene el nivel de especialización propio de la interventoría"*

Frente a las actividades generales a cargo de los supervisores e interventores, la Guía arriba referenciada establece, entre otras, las siguientes:

- *"Conocer y entender los términos y condiciones del contrato.*
- *Advertir oportunamente los Riesgos que puedan afectar la eficacia del contrato y tomar las medidas necesarias para mitigarlos de acuerdo con el ejercicio de la etapa de planeación de identificación de Riesgos y el manejo dado a ellos en los Documentos del Proceso.*
- *Hacer seguimiento del cumplimiento del plazo del contrato y de los cronogramas previstos en el contrato.*
- *Identificar las necesidades de cambio o ajuste.*
- *Manejar la relación con el proveedor o contratista. Administrar e intentar solucionar las controversias entre las partes.*
- *Revisar si la ejecución del contrato cumple con los términos del mismo y las necesidades de la Entidad Estatal y actuar en consecuencia de acuerdo con lo establecido en el contrato.*

² Inciso segundo del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011

³ El uso de la expresión "contrato principal" en este documento no significa que implica que el contrato de interventoría no sea autónomo o que esté subordinado al contrato objeto de seguimiento

⁴ Inciso tercero del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011.

⁵ Guía para el ejercicio de las funciones de supervisión e interventoría de los contratos suscritos por las Entidades Estatales

- *Aprobar o rechazar oportuna y de forma justificada el recibo de bienes y servicio de acuerdo con lo establecido en los Documentos del Proceso.*
- *Informar a la Entidad Estatal de posibles incumplimientos del proveedor o contratista, elaborar y presentar los soportes correspondientes.*
- *Solicitar los informes necesarios y convocar a las reuniones requeridas para cumplir con su función”.*

3.2 RESPONSABILIDAD DE LOS INTERVENTORES

Los Supervisores e interventores, como consecuencia de las acciones u omisiones de la actuación contractual, responden civil, fiscal, penal y disciplinariamente por las faltas que cometan en el ejercicio de sus funciones, que a la luz de la Guía citada a lo largo del presente documento las define en los siguientes términos:

1. Responsabilidad civil: Los supervisores e interventores deben responder a través de la acción de repetición o el llamamiento en garantía cuando con ocasión de sus actos u omisiones hayan causado daño.

El interventor o supervisor que no informe oportunamente a la Entidad Estatal del posible incumplimiento parcial o total de obligaciones a cargo del contratista que vigila, puede ser considerado solidariamente responsable de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento

2.Responsabilidad fiscal: La responsabilidad fiscal busca proteger los recursos públicos y garantizar la reparación de los daños causados por el gasto público irregular. Los administradores de recursos públicos son responsables fiscalmente y responden con su patrimonio. Los supervisores o interventores pueden ser responsables fiscales cuando el incumplimiento de sus funciones de control y vigilancia ocasiona un detrimento patrimonial para la Entidad Estatal.

3. Responsabilidad penal: La responsabilidad penal es aquella derivada de actuaciones que transgreden, sin justificación legítima, los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento penal.

En el caso particular de los supervisores e interventores la responsabilidad penal se configura cuando cualquiera de ellos incurra en alguna de las conductas tipificadas como delitos contra la administración pública, es decir, peculado, concusión, cohecho, celebración indebida de contratos, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y prevaricato.

Responsabilidad disciplinaria: La responsabilidad disciplinaria se configura cuando un servidor público o particular que ejerce funciones públicas incurra en alguna de las faltas estipuladas en el Código Disciplinario Único, que implique el incumplimiento de sus deberes funcionales, la extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones, o la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por una causal de exclusión de responsabilidad .

Para el caso específico de los supervisores e interventores, la responsabilidad disciplinaria se configura cuando: (i) no se exigen la calidad de los bienes y servicios contratados acordada en el contrato vigilado o exigida por las normas técnicas obligatorias; (ii) se certifica como recibida a satisfacción una obra que no ha sido ejecutada a cabalidad; y (iii) se omite el deber de informar a la Entidad Estatal contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente un posible incumplimiento.

4. CASO EN CONCRETO

El interventor FAMA CONSULTORES en el marco de las responsabilidades y funciones arriba detalladas, en concordancia con las obligaciones pactadas en el Contrato de Interventoría N° 445 de 2018 emitió Concepto de Ejecución, mediante el cual da viabilidad de modificación al Contrato CPS 317-2019 de fecha 11 de agosto de 2020, en el que se destaca lo siguiente:

*“(…) La interventoría desde el área técnica conforme al CPS 317 de 2019 cuyo objeto es “REALIZAR LOS PROCESOS DE FORMACION DEPORTIVA Y EVENTOS DE RECREACION Y DEPORTE DE LA LOCALIDAD DE KENNEDY” de acuerdo a las reunión (sic) realizadas de revisión de la propuesta técnica donde a participado (sic) la Alcaldía Local de Kennedy, interventoría, representante de deportes de la Alcaldía y el ejecutor. **Se emite el aval a la propuesta técnica de ejecución del contrato en mención** el cual se pretende realizar de manera virtual durante la PANDEMLA y el cual involucra cambios en los siguientes componentes; en virtud de la situación que se presenta:*

COMPONENTE 1: CARRERA ATLÉTICA

COMPONENTE 2: SALIDAS RECREO DEPORTIVAS DE PERSONA MAYOR

COMPONENTE 3: CENTROS DE ACTIVIDAD FÍSICA PARA PERSONA MAYOR

COMPONENTE 4: ESCUELAS DE FORMACIÓN DEPORTIVA

COMPONENTE 5: VACACIONES RECREATIVAS

COMPONENTE 6: CAMPEONATO INTERBARRIOS KENNEDY JUEGA LIMPIO (Desarrollo de la actividad)

COMPONENTE 7: KENNEDY INCLUYENTE”

Más adelante, en el numeral 4 de dicho documento, la interventoría señala:

*Una vez revisada, analizada, ajustada y concertada la propuesta de ejecución del contrato CPS 317-2019 bajo la situación actual de pandemia de COVID19; en donde de acuerdo a un nuevo proceso de operación que incluye una adecuación metodológica de las actividades a desarrollar para dar cumplimiento al contrato en mención; **esta Interventoría CONCEPÚA FAVORABLEMENTE sobre una modificación del contrato, con el fin de superar las dificultades que se presentan bajo la actualidad situación de salud pública, la cual se ve afectada ya que las actividades que están pendientes involucran aglomeración de personas.***

En este sentido también la interventoría verificó la adecuación metodológica que debe implementarse, al igual que los precios del mercado para los nuevos elementos que debieron ser involucrados para el buen desarrollo de las actividades, lo que garantizara a la Alcaldía Local de Kennedy, a la comunidad y al ejecutor UT Kennedy Deportiva el buen uso de los recursos públicos comprometidos en el proyecto formulado y el contrato.

Finalmente, la Interventoría deja claro que en esta modificación no se realizó adición al presupuesto del contrato y no se modificará el objeto principal del mismo” (Negrilla fuera de texto)

De conformidad con la anterior viabilidad, así como con lo dispuesto en la Guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos suscritos por las Entidades Estatales, al igual que lo establecido en los artículos 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011, se evidencia que la interventoría ejercida a través del contrato CIN-445-2018 con la firma FAMA CONSULTORES, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, brindó concepto técnico y administrativo, donde realizó la justificación a la modificación del contrato de prestación de servicios 317 de 2019, suscrito con la UNIÓN TEMPORAL KENNEDY DEPORTIVA, y en ese orden de ideas, el FDL deberá solicitar al interventor un alcance a dicho concepto, que responda las

observaciones planteadas por el apoyo a la supervisión frente a los eventuales riesgos y demás aspectos que no contempló el documento, a fin de lograr las claridades del caso que permitan tomar la decisión de suscribir o no el otrosí del contrato 317 de 2019.

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, 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, quedado a su entera disposición.

Cordialmente,



DANIEL JENE CAMACHO SÁNCHEZ
Director de Contratación

Revisó: German Giraldo Agudelo - Abogado Contratista Dirección de Contratación

Elaboró: Mónica Parra- Abogada Contratista Dirección de Contratación