

MEMORANDO

450

Bogotá, D.C.,

PARA: **JUAN CARLOS TRIANA RUBIANO**
Alcalde Local de San Cristóbal

DE: Director de Contratación

ASUNTO: Concepto Jurídico – Respuesta Memorando No. 20215400547541 de fecha 24/08/2021, traslado por competencia desde la Secretaría Jurídica Distrital mediante radicado 2-2021-17353 de 31/08/2021, recibido el en la SDG el día 02/09/2021.

Respetado Dr. Triana,

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).

También, 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.

1. CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO.

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

(...) “De manera atenta y a través del presente escrito me permito presentar solicitud de concepto jurídico, en el sentido de indicar quién es el funcionario que tiene la obligación de suscribir los informes de supervisión celebrados con personas jurídicas cuando los periodos corresponden a actividades anteriores a la fecha de posesión del alcalde entrante.

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.

(...)

En otras palabras, la supervisión contractual consiste en el cumplimiento del objeto del contrato, el cual es ejercido por el mismo Fondo de Desarrollo Local y el hecho de que el alcalde saliente, esto es, ANDERSON ACOSTA TORRES, no acredite el cumplimiento del informe de actividades, por un periodo en que fue responsable de dicha vigilancia, hace inviable que el alcalde entrante realice los pagos de los periodos certificados bien sea de manera parcial o total, máxime cuando no concurren circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor que le impidan certificar dicho cumplimiento de las obligaciones contractuales, toda vez que en la actualidad labora en la Secretaría Distrital de Gobierno y no se evidencia una imposibilidad de tal magnitud para no suscribir dichos informes.

(...)

En consideración a que el supervisor saliente no entregó al supervisor entrante un informe detallado del estado de ejecución de los contratos, certificando el cumplimiento del mismo hasta la fecha en que ejerció como supervisor, tal y como lo dispone la norma, esto es, por las fechas en que el señor ANDERSON ACOSTA TORRES ejerció como supervisor, se le solicitó mediante memorando con radicado 20215400510971, que suscribiera el informe de actividades de supervisión núm. 2 del periodo comprendido entre el 18 de noviembre de 2020 y el 14 de febrero de 2021, contrato de prestación de servicios 004 - 2020 - 484 - 2020 Compensar y se le invitó a coordinar una reunión con el objeto de hacer entrega de los informes de supervisión para los contratos con proveedores de personas jurídicas que requieren de la firma del supervisor por el periodo del ejercicio como Alcalde Local Encargado.

(...)

En síntesis, en atención al deber de diligencia que conlleva a actuar al actual Alcalde Local de San Cristóbal para proteger la seguridad jurídica del Fondo de Desarrollo Local, en cabeza de la Alcaldía Mayor y que la afectación en los pagos de los contratistas, en este caso, personas jurídicas, puede acarrear perjuicios a la administración, por cuanto el supervisor saliente, esto es, el señor ANDERSON ACOSTA TORRES, pese a ser requerido por distintos medios y no estar exceptuado por fuerza mayor o caso fortuito, para firmar los informes de supervisión cuya vigencia comprendía hasta el 7 de julio de 2021, tiempo en que pudo verificar y corroborar el cumplimiento real de las obligaciones, procedo a elevar la siguiente: (...)

2. 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:

(...) “¿Sobre qué funcionario (Supervisor saliente o entrante) recae la obligación de suscribir y/o firmar los informes de supervisión comprendidos hasta el día 7 de julio de 2021, en contratos de personas jurídicas?

¿En caso de que la obligación de firmar corresponda al señor ANDERSON ACOSTA TORRES, y continúe la renuencia en suscribir los informes de supervisión de contratos con proveedores personas jurídicas por el lapso comprendido con anterioridad al 7 de julio de 2021, qué procedimiento se debe seguir para realizar los pagos? (...)

4.1. Análisis Normativo y Jurisprudencial

Supervisión de los Contratos Estatales

El seguimiento de la ejecución del contrato para su dirección, control y vigilancia de su correcto cumplimiento es un deber legal que permite a las entidades estatales tomar medidas orientadas a la satisfacción de los fines de la contratación, dentro de las cuales se encuentra la posibilidad de pactar y ejercer las cláusulas exorbitantes en algunos supuestos, la designación de una supervisión o la contratación de una interventoría para vigilar la ejecución del contrato y la facultad de pactar e imponer multas, cláusula penal o hacer efectivas las garantías del contrato, previa declaratoria de incumplimiento de las obligaciones del contrato, en aras de lograr la satisfacción de las necesidades de bienes, obra o servicios que se pretenden suplir con la celebración de los contratos estatales.

De acuerdo a esa obligación legal, la Ley 1474 de 2011 enmarcó el seguimiento, control y vigilancia de la ejecución del contrato estatal dentro del principio de moralidad administrativa; el artículo 83 estableció que *“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*. El legislador además definió las nociones de supervisión e interventoría, como mecanismos que pueden usar las entidades estatales para vigilar el contrato, en estos términos:

(...) “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.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen.

No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.” (...)

Designación del Supervisor

Ahora bien, en cuanto a la designación del supervisor, el Manual de Supervisión e Interventoría de la Secretaría de Gobierno⁴ menciona:

(...) “La designación del supervisor debe recaer en una persona idónea, con conocimientos, experiencia y perfil apropiado al objeto de la supervisión. Para tal efecto, el servidor público responsable de designar al Supervisor deberá tener en cuenta que el perfil profesional de la persona designada o seleccionada se ajuste al objeto del contrato, así como la disponibilidad y logística para desarrollar las funciones; para los eventos en que se contrate la interventoría, el proceso de selección debe recaer en una persona natural o jurídica idónea, con conocimientos, experiencia y perfil apropiado al objeto del contrato y de la interventoría.

⁴ http://gaia.gobiernobogota.gov.co/sites/default/files/sig/manuales/2-gco-gci-m004_v4_0.pdf

La persona que desarrolla estas actividades de control y vigilancia deberá conocer con precisión y detalle el alcance de sus obligaciones, cada uno de los elementos y características del objeto contractual, el ámbito jurídico, técnico y financiero dentro del cual debe desarrollarse el contrato y sus requisitos, las condiciones del contrato, tales como: plazo, calidad de los bienes a suministrar, de los servicios a prestar o de las obras a realizar, precio total o unitario, forma de pago, requisitos para el pago, formas de comprobación de calidades y características de los bienes, los servicios, de los materiales empleados o de la verificación de las cantidades según fuere el caso, vigencia de garantías.” (...)

Al respecto y frente a la designación del supervisor Colombia Compra eficiente recomienda⁵:

“El supervisor designado, además, debe ser comunicado de la labor encomendada y debe conocer las obligaciones del contrato para efectos de que pueda desempeñar su labor de manera idónea. La designación podrá hacerse por el representante legal de la entidad o por el ordenador del gasto, en caso de que esta función se encuentre delegada y para el efecto podrán definirse las funciones en el pliego de condiciones, en el estudio previo, en una cláusula del contrato, en el manual de contratación o en el acto de la asignación de la función al servidor público escogido para ejercer la supervisión.”

La obligación de controlar y vigilar la correcta ejecución del objeto contratado

En desarrollo al principio de responsabilidad, las Entidades Estatales están en la obligación de vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y tener un contacto permanente con el contrato que se supervisa, con el fin que se verifique el desarrollo del contrato, situación que servirá de base para expedir el certificado de cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista y así proceder al pago.

En este mismo sentido, Colombia Compra Eficiente menciona lo siguiente⁶:

El Estado acude a la contratación de bienes, obras y servicios para cumplir los fines que le impone el ordenamiento jurídico, la continuidad y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados y de quienes colaboran en la consecución de dichos fines⁷, entre otros. Para la garantía de los fines de interés general involucrados en la contratación de las entidades estatales, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública previó que, en la etapa de ejecución contractual, las entidades estatales y los servidores públicos que participan en ella tengan la obligación de controlar y vigilar la correcta ejecución del objeto contratado, para efectos de que las finalidades perseguidas con la celebración de los negocios jurídicos se logren de manera satisfactoria.

Frente al ejercicio y la responsabilidad en la supervisión de contratos, los artículos 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011 establecen:

(...) “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.

⁵ N° Radicado: 2202013000002025 Concepto C – 077 de 2020

⁶ N° Radicado: 2202013000002604 Concepto C – 180 de 2020

⁷ Artículo 3 de la Ley 80 de 1993

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual, en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.

ARTÍCULO 84. FACULTADES Y DEBERES DE LOS SUPERVISORES Y LOS INTERVENTORES. *La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista. Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de 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 tal incumplimiento se presente.*

Al respecto y frente a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de supervisión e interventoría, el Manual de Supervisión e Interventoría de la Secretaría menciona lo siguiente:

(...) “Teniendo en cuenta que los supervisores o interventores de los contratos estatales son los encargados de velar por la correcta ejecución e inversión de los recursos, la ley ha previsto cuatro tipos de responsabilidad por la acción defectuosa u omisión en el ejercicio de esta función.

• Responsabilidad Civil: Lo (a)s supervisores(a)s o interventores(a)s, responderán pecuniariamente como consecuencia de sus acciones u omisiones, cuando La Secretaría Distrital de Gobierno o el FDL sufra algún daño.

• Responsabilidad Penal: Lo(a)s supervisores(a)s o interventores(a)s, serán responsables penalmente cuando por sus acciones u omisiones en el desarrollo de las actividades de supervisión o interventoría, se establezca la ocurrencia de alguno de los delitos tipificados en la ley en materia de contratación estatal. De acuerdo con el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, para efectos penales el interventor se considera como un particular que ejerce funciones públicas en todo lo relacionado con la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, por lo cual está sujeto a la responsabilidad que en esta materia señala la ley para los servidores públicos. En caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia.

• Responsabilidad Fiscal: Lo(a)s supervisores(a)s o interventores(a)s, serán responsables fiscalmente cuando por acción u omisión de las obligaciones de supervisión o interventoría, se produzca detrimento del patrimonio público. Esta responsabilidad se desprende entonces de las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicas que causen daño a los contratistas, caso en el cual la Entidad debe pagar el daño emergente y el lucro cesante. (Ley 610 de 2000.)

• Responsabilidad Disciplinaria: Lo(a)s servidores (a)s público(a)s o particulares que desempeñen labores u obligaciones de supervisión o interventoría, están sometidos a lo establecido en el Código Disciplinario Único.” (...)

De acuerdo a lo expuesto, la Supervisión estará en cabeza del ordenador de gasto o de quien este designe; con la aclaración que la designación de las supervisiones por el Ordenador del Gasto Local no corresponde a la figura de la delegación, sino a un reparto o distribución de funciones de vigilancia y control en materia contractual desconcentrándolas en otros funcionarios de planta asignada a cada ente Local.

Ahora bien, es importante señalar que, la Dirección de Contratación a través de la iniciativa de atender los requerimientos que en materia de contratación se presenten, procedió a atender una inquietud que abordó el tema, y que por resultar pertinente se cita integralmente:

“Pregunta: ¿Cuándo un contratista presenta un informe de actividades de un periodo en donde el actual directivo o supervisor del contrato no se encontraba ejerciendo el cargo, es obligatorio que el contratista busque la firma del anterior directivo?”

Respuesta de la Dirección: No resultaría obligatorio en el entendido en que se designa la supervisión a un funcionario que ejerce un empleo público, quien al dejar el cargo tiene el deber de entregarlo con los correspondientes informes. Si el funcionario es trasladado o reubicado en otro empleo de la misma entidad podrá proceder a la firma del informe siempre y cuando corresponda al periodo que ejerció la supervisión; si no está en la entidad quien ocupe el cargo que deja asume la supervisión y podrá proceder a revisar los informes con las evidencias que encuentre y que haya dejado quien ocupaba el cargo anteriormente para posteriormente firmar o no.”

(Subrayado fuera de texto)

Conveniente resulta señalar que el deber de vigilar la correcta y cumplida ejecución de los contratos, objeto y contenido obligacional, asignado por la ley a la entidad y ejercido por un funcionario designado para llevar a cabo el seguimiento contractual, es de naturaleza permanente, no puede verse interrumpida o alterada de manera extraordinaria por situaciones relacionadas con cambio del titular del empleo a quien había sido asignada la supervisión, lo cual se reconoce, podría traer consigo alteraciones normales, pero exclusivamente internas, como puede ser cambio de roles, entrega de informes de empalme, entre otras, sin embargo, tales situaciones no pueden constituir afectaciones en los derechos de los contratistas, como es el referente a recibir oportunamente la remuneración pactada, derivada de una suspensión prolongada o inactividad en el trámite de cuentas de cobro.

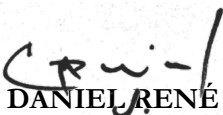
Amén de las consideraciones expuestas, se precisa que, la responsabilidad en el control y vigilancia de la ejecución de los contratos suscritos por el FDL de San Cristóbal está a cargo del actual Alcalde, desde la fecha de su posesión, con lo cual debe verificar el estado de cada uno de los contratos cuya supervisión está a su cargo, y proceder según sus atribuciones y deberes, pues es quien está como titular del empleo público y despliega todas las facultades o competencias inherentes a él.

Finalmente, debe señalarse que, la Dirección de Contratación no es la dependencia competente para dirimir controversias o resolver situaciones particulares que se presenten ante cambios de titular de un empleo público, ni tampoco lo relacionado con el deber de entregar informes de gestión y el tratamiento de sus objeciones u observaciones.

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

Proyectó: John Alexander Chalarca Gómez – Abogado Dirección de Contratación