

**MEMORANDO**

450

Bogotá, D.C.,

**PARA:** **GERMÁN HUMBERTO MEDELLÍN MORA**  
Alcalde Local de Sumapaz

**DE:** Director de Contratación

**ASUNTO:** Respuesta a la consulta elevada a través de radicados No. 20212100077853 del 16 de marzo de 2021 y 20217020003873 del 6 de abril de 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 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”<sup>1</sup>. 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”<sup>2</sup>. 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”<sup>3</sup>

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:

*(...) Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, la propuesta del FDLS es reiniciar los contratos para que el consultor y el interventor presenten un informe final del estado del contrato a nivel técnico, financiero y jurídico con el fin de realizar un acta de terminación anticipada de los contratos justificando la situación presentada.*

*Asimismo, tenemos presente que el consultor a pesar de no haber podido facturar, ha asumido costos de profesionales para el desarrollo del contrato, razón por la cual con el informe que presente la interventoría se evaluaría la posibilidad de remunerar al Consultor en la etapa de liquidación por los gastos asumidos, de tal forma que no se genere un desequilibrio económico.*

<sup>1</sup> Jaime Orlando Santoimio, Tratado De Derecho Administrativo Tomo II pág. 196 y ss

<sup>2</sup> Gustavo Penagos, El Acto Administrativo, Tomo I pág. 228 y ss,

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sección Cuarta, Auto Diciembre 13 de 1976.

*Finalmente y el motivo de la presente comunicación, al ser un caso fortuito para el FDLS, es solicitar concepto jurídico frente a la situación presentada y el acompañamiento para realizar la conciliación y liquidación de los contratos de obra e interventoría de tal forma que no genere repercusiones para la Entidad.*

Para dar respuesta a la comunicación elevada por parte del Alcalde Local, es necesario primero resaltar algunos aspectos, así:

1. Respecto a la necesidad que dio origen a la contratación

Teniendo en cuenta que la contratación adelantada en 2019, se realizó bajo unos supuestos que acreditaron la necesidad de contar con un diseño para la construcción de la nueva sede administrativa de la Alcaldía Local, es preciso que, para definir si efectivamente el contrato celebrado no puede ejecutarse, se verifique si los diseños contratados en el año 2006 y 2007 corresponden en la actualidad a estudios que conserven su vigencia técnica, y respondan a la misma necesidad identificada en el año 2019. Lo anterior, dado que han pasado 15 años y puede suceder que los estudios adelantados en su momento, no respondan a las necesidades actuales.

2. Respecto a la terminación anticipada de mutuo acuerdo

De acuerdo con lo señalado en el artículo 1602 del Código Civil, todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

En Sentencia del Consejo de Estado con radicación 42656 del 31 de agosto de 2015, se indicó que *“esa figura no es más que la finalización o extinción de la vigencia de un determinado vínculo obligacional de la Administración, siguiendo los lineamientos que al respecto ha trazado la doctrina, resulta perfectamente posible distinguir entre modos normales y modos anormales de terminación de los contratos. En la primera categoría, esto es entre los modos normales de terminación de los contratos de la Administración, suelen y pueden incluirse las siguientes causales: a).- cumplimiento del objeto; b).- vencimiento del plazo extintivo de duración del contrato; y c).- acaecimiento de la condición resolutoria expresa, pactada por las partes. Los modos anormales de terminación de los contratos de la Administración se configuran, a su turno, por: a).- desaparición sobreviniente del objeto o imposibilidad de ejecución del objeto contratado: ej.- terminación unilateral propiamente dicha; c).- declaratoria de caducidad administrativa del contrato; d).- terminación unilateral del contrato por violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades; ej.- desistimiento -o renuncia-, del contratista por la modificación unilateral del contrato en cuantía que afecte más del 20% del valor original del mismo; f).- declaratoria judicial de terminación del contrato; y ej.- declaratoria judicial de nulidad del contrato. Además se encuentra, como causal de terminación de los contratos de la Administración, el mutuo consentimiento de las partes, la cual se ubica en un estadio intermedio, puesto que no corresponde exactamente a los modos normales de terminación del contrato -puesto que al momento de su celebración las partes no querían ni preveían esa forma de finalización anticipada-, como tampoco corresponde en su totalidad a los modos de terminación anormal, dado que está operando la voluntad conjunta de las partes y ello forma parte esencial del nacimiento y del discurrir normal de todo contrato.”*

Lo anterior quiere decir que, no basta con que el contratista manifieste su intención de terminar de manera anticipada el contrato, sino que además se requiere el consentimiento de la Entidad Estatal. Para el efecto, la administración debe realizar las valoraciones correspondientes respecto al impacto en la satisfacción de las necesidades que dieron origen a la contratación, asegurando que esta no se vea afectada.

3. Respecto al pago por las actividades desarrolladas en el marco del contrato

Frente a este punto, es relevante señalar que, para poder proceder al pago de las actividades desarrolladas, en caso de que se hayan ejecutado algunas, debe acreditarse de manera contundente que las mismas representaron

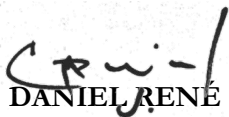
un beneficio para la entidad. Esta Dirección considera que es inconveniente pagar motu proprio una suma, cualquiera que esta sea, si no se satisfizo la necesidad que dio origen al contrato, o por lo menos, se abonó un camino para ello. Además, resulta pertinente mencionar que, si efectivamente los estudios adelantados hace quince años pueden ser utilizados en la actualidad, se estaría generando un doble pago por el mismo concepto, lo cual a todas luces es lesivo para el patrimonio público.

Sin embargo, es necesario que la administración evalúe la procedencia de la aplicación de mecanismos de arreglo directo, o que en el marco de lo señalado en el artículo 13 de la ley 1285 de 2009, si el tercero afectado es de buena fe, tiene la posibilidad de solicitar a la administración que sus derechos sean restablecidos, es aconsejable que se promueva una solicitud de conciliación conjunta ante el Ministerio Público, para que, con la aprobación judicial de la misma, se pueda efectuar cualquier reconocimiento a que haya lugar.

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 Contratista Dirección de Contratación