

MEMORANDO

450

Bogotá, D.C.,

PARA: **ÁNGELA MARÍA MORENO TORRES**
Alcaldesa Local de Engativá

DE: Director de Contratación

ASUNTO: Respuesta al radicado No. 20216020000513 “*Solicitud concepto jurídico sobre el pago de costos por implementación de protocolos de seguridad y mayores costos por Covid 19, con ocasión de la ejecución de contratos de obra e interventoría.*”.

Respetada señora Alcaldesa Local,

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 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 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”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 de 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. CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO

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

“(...) de manera respetuosa acudimos a usted para que se emita un concepto con el propósito de contar con mayor ilustración para resolver diferentes solicitudes presentadas por nuestros contratistas de infraestructura vial y de parques, así como de las respectivas interventorías, peticiones consistentes en que se les reconozcan los costos en los cuales han incurrido para implementar los protocolos de bioseguridad que se han sugerido desde las entidades del orden nacional y distrital para reactivar las obras contratadas y mitigar la velocidad de propagación del virus conocido como Covid – 19 que ha dado lugar a una pandemia mundial y a declarar la emergencia sanitaria a nivel nacional, situación que es de conocimiento público.

Entendiendo que de conformidad con el alcance de su competencia no se emiten pronunciamientos sobre situaciones particulares, si consideramos importante que desde el nivel central se impartan lineamientos para resolver situaciones concretas a manera de una política pública¹ puesto que es una situación de reclamación por parte de contratistas de todos los FDL y de otras entidades del

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

Distrito Capital. En este orden de ideas, los antecedentes jurisprudenciales que sirven de fundamento para nuestra solicitud y su eventual pronunciamiento, son los siguientes:

➤ *Iniciamos en llamar la atención en cuanto que, en materia de contratos funge el principio del pacta sunt servanda, conforme al cual el contrato es ley para las partes y debe ser ejecutado en la forma y términos pactados², por lo que las estipulaciones acordadas por ellas al celebrarlo, deben prevalecer durante todo el término de su ejecución, y sólo pueden variarse por un nuevo acuerdo de voluntades; lo que se traduce, en consecuencia, en que una de las partes no puede, unilateralmente, desconocer las condiciones en las que se obligó inicialmente, y debe cumplir las prestaciones a su cargo exactamente en los términos en que se comprometió a hacerlo.*

➤ *También es cierto, que esta exigencia de cumplimiento exacto de lo pactado, opera en la medida en que las condiciones existentes al momento de celebrar el contrato, se mantengan incólumes, por lo que se recurrió al principio del rebus sic stantibus, conforme al cual, las condiciones originales del contrato se deben mantener, siempre y cuando se conserve durante la etapa de ejecución o cumplimiento, la situación de cargas y beneficios que soportaban las partes en el momento de su celebración, pero no se puede ni debe mantener, cuando esa situación sufre modificaciones entre el momento en que se trabó la relación negocial y una época posterior durante la ejecución del contrato; con fundamento en dicho principio, se abrió paso el derecho de la parte afectada por una situación imprevista y sobreviniente durante la ejecución de las prestaciones, a que se le restablezca la ecuación contractual, cuando haya sido gravemente afectada.*

➤ *En concordancia con lo citado en la viñeta anterior, el artículo 5º de la ley 80 de 1993, consagra los derechos y deberes de los contratistas, previendo en el inciso segundo del numeral 1 los siguiente: “(...) previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas”.*

➤ *Como reiteradamente lo ha reconocido la jurisprudencia, el equilibrio económico del contrato puede verse afectado por diversas causas, provenientes de la Administración contratante o exógenas a las partes del negocio jurídico, que si bien no corresponden a eventos de responsabilidad culposa en el ámbito de la contratación, sí dan lugar a reconocimientos económicos a favor de la parte afectada, en aras de restablecer el balance de la ecuación contractual que surgió al momento de celebrarse el negocio jurídico, cuando se consideraron equivalentes las prestaciones pactadas a cargo de las partes.*

➤ *Entre los factores exógenos o ajenos a las partes, tenemos la llamada teoría de la imprevisión que se presenta cuando hechos extraordinarios, sobrevinientes a la celebración del contrato, y que se dan durante su ejecución, que no eran razonablemente previsibles por las partes cuando se suscribió el acuerdo de voluntades, afectan de manera grave el cumplimiento de las obligaciones, haciéndolo más gravoso para una de ellas. Son pues, requisitos para que se configure este evento de rompimiento del equilibrio económico del contrato, que dé lugar al reconocimiento de los mayores costos a favor de la parte afectada, los siguientes: 1. Que con posterioridad a la celebración del contrato, se presente un hecho ajeno a las partes, no atribuible a ninguna de ellas; 2. Que ese hecho altere de manera anormal y grave, la ecuación económica del contrato, es decir, que constituya un álea extraordinaria; 3. Que esa nueva circunstancia, no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes; y 4. Que esa circunstancia imprevista, dificulte la ejecución del contrato, pero no la imposibilite.*

Finalmente, es oportuno resaltar que la jurisprudencia³ ha expresado que “en este caso de la imprevisión, el contratista no está relevado de su obligación de cumplir y debe ejecutar las obligaciones a su cargo, así ellas sean más gravosas de lo inicialmente pactado”, además precisó que “un elemento sine qua non para la procedencia de las pretensiones fundadas en el alegado rompimiento del equilibrio económico del contrato, es que se haya dado el cabal cumplimiento del mismo por parte del co-contratante que hace la reclamación”. Es decir que las circunstancias que pueden dar lugar a dicha ruptura, no constituyen una justificación del incumplimiento contractual del afectado, “quien está impelido por la fuerza obligatoria del negocio jurídico, a ejecutar las prestaciones a su cargo, así sea a costa de las aspiraciones económicas que se puedan ver afectadas con tales hechos imprevistos e imprevisibles,

que se presentan con posterioridad a la celebración del contrato y hacen mucho más onerosa su ejecución, aunque sin impedirla. Caso en el cual, surgirá su derecho a reclamar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato”

De todo lo citado anteriormente, podemos concluir, que la implementación del protocolo de bioseguridad al cual se ha hecho referencia, es resultado de la pandemia que se ha decretado mundialmente con ocasión del virus conocido como Covid 19 y las recomendaciones hechas por las autoridades de salud y gubernamentales para mitigar su propagación, es decir, un hecho imprevisto ajeno a las partes contratantes, no obstante, para resolver el problema concreto consistente en definir si la implementación del citado protocolo de bioseguridad afecta de manera grave la ecuación económica del contrato y eventualmente da lugar a un reconocimiento para restablecer dicha ecuación, es importante el análisis que desde su despacho se haga posiblemente con la concurrencia de la Secretaría Jurídica Distrital y la Secretaría de Gobierno Distrital de conformidad con la normatividad aplicable, con el propósito de tomar una decisión de fondo sobre el asunto, puesto que las decisiones a tomar son relevantes en todas las localidades del Distrito de Bogotá.

Es de resaltar que las consideraciones expuestas también nos permitieron concluir que, en este caso de la teoría de la imprevisión, el contratista no está relevado de su obligación de cumplir y por lo tanto vienen ejecutando las obligaciones a su cargo, así ellas sean más gravosas de lo inicialmente pactado.

Teniendo en cuenta las consideraciones mencionadas, y en aras de contar con toda la información e ilustración necesaria para resolver las solicitudes de reconocimiento de mayores costos por implementación de protocolos de bioseguridad, solicitamos de manera respetuosa lineamientos respecto a la situación general planeada.”

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 no permitimos citar concretamente de la siguiente manera:

“(...) definir si la implementación del citado protocolo de bioseguridad afecta de manera grave la ecuación económica del contrato y eventualmente da lugar a un reconocimiento para restablecer dicha ecuación, (...)”

Antecedentes Fácticos:

Como primera medida es necesario traer a este escrito los antecedentes de la situación que generó la implementación de protocolos de seguridad como consecuencia de la situación de salud que se presenta a nivel mundial:

La aparición del virus Covid 19 y su declaración por la Organización Mundial de la Salud, OMS, como pandemia a inicios de la vigencia 2020, trajo consigo la toma de decisiones por parte de los diferentes gobiernos mundiales que permitiesen la conservación de la vida y la salud de sus gobernados, considerando la importancia y letalidad del virus Covid 19.

Es así como, el Gobierno colombiano a través del Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria a nivel nacional (Resolución No. 385 del 12 de marzo de 2020), la cual ha sido prorrogada en diferentes ocasiones y dentro de sus medidas adoptadas, se encuentra un aislamiento preventivo como medida de contingencia para evitar la propagación del virus y con ello, colaborar con el sistema de salud para no incurrir en colapso del mismo, con el fin de que los integrantes del territorio nacional tuvieran la posibilidad de acceso a los servicios de salud para la conservación de la vida.

Como una de las medidas del Gobierno Nacional y los Gobiernos Territoriales para reactivar determinadas actividades del sector productivo, se ordenó la implementación de protocolos de bioseguridad a través de la Resolución 666 del 24 de abril de 2020², la cual define un protocolo de bioseguridad como *“un conjunto de normas y medidas de protección personal, de autocuidado y de protección hacia las demás personas, que deben ser aplicadas en diferentes actividades que se realizan en la vida cotidiana, en el ambiente laboral, escolar, etc., que se formulan con base en los riesgos de exposición a un determinado agente infeccioso y, que están orientados a minimizar los factores que pueden generar la exposición al agente y su transmisión.”*

(...) El ámbito de aplicación de los protocolos de bioseguridad son todos los empleadores y trabajadores del sector público y privado, aprendices, cooperativas o de pre cooperativas de trabajo asociado, afiliados partícipes, contratantes públicos y privados, contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios, de los diferentes sectores económicos, productivos y entidades gubernamentales que requieren desarrollar sus actividades durante el periodo de la emergencia sanitaria y las ARL (Art. 2 Res 666).”

Como consecuencia de la normativa transcrita, la implementación de los respectivos protocolos de bioseguridad fueron de carácter obligatorio por la población mencionada en el párrafo anterior y por lo tanto, esto conlleva la incursión en algunos costos para su creación e implementación.

Análisis Normativo:

Conforme a la situación fáctica, es necesario determinar la concepción de la situación frente a la normatividad aplicable en los siguientes términos:

Los códigos Civil y de Comercio establecen (a través de sus artículos 64, 842, 847, 858, 990, 1604, 1616, 1731, 1733, 1983, 1984, 2041, 2072, 2073, 2176, 2254, 2266, 2203 y 2350 del Código Civil, y artículos 928, 930, 1003, 1378 y 1417 del Código de Comercio) contemplan las siguientes reglas: *“(i) los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, en tanto que imprevisibles e irresistibles, eximen de responsabilidad al deudor en todos aquellos casos en los que se acredite que hicieron objetivamente imposible el cumplimiento de la obligación respectiva; (ii) la prueba de la ocurrencia del evento de fuerza mayor o caso fortuito corresponde a quien la alega, así como la de la afectación contractual específica; (iii) el deudor puede pactar libremente que asume la responsabilidad derivada de todo evento de fuerza mayor o caso fortuito, o de algunos en especial.”*

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 contempla en materia de imprevistos lo siguiente:

“Artículo 4. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

...

3. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato ...

8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios ...”

“Artículo 5. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3 de esta ley, los contratistas:

² Ver <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/abece-resolucion-666.pdf>

1. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia, tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.
...

“Artículo 14.- Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1. 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 2 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. En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial (...).”

“Artículo 25.- En virtud de este principio [economía]:

...

14 Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados”.

“Artículo 27.- En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derecho y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos o pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.

De lo anterior se puede observar que aunque dichas normas contemplan reglas para que no se perjudique a las partes involucradas bajo la ocurrencia de fenómenos externos, las mismas hacen énfasis en que el valor del contrato pactado, no puede ser objeto de variación en contra del contratista, pues conforme a la norma “*Artículo 27 (...) las partes suscribirán los acuerdos o pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25.*”, la entidad debe “*(...) adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate*

Así las cosas, si las medidas relacionadas con la pandemia causaren afectación a la ecuación económica del contrato y que no fueran imputables al contratista, deben ser contempladas por la entidad en el sentido de considerar la restitución de los mayores valores incurridos por el contratista a un punto de no pérdida, bajo los términos de una negociación equitativa y equilibrada, reiterando que, la parte afectada únicamente tiene derecho al reconocimiento de los mayores costos en que haya tenido que incurrir, a un punto de no pérdida, aspecto propio de la teoría de la imprevisión, que en línea con los pronunciamientos jurisprudenciales citados en la consulta, también se ha considerado que el contratista está obligado a ejecutar el contrato a pesar del hecho imprevisto, ante lo cual, para obtener el derecho a que se restablezca la ecuación contractual, como requisito sine qua non para las pretensiones de restablecimiento, deviene que el cocontratante haya dado cumplimiento a sus obligaciones, pues la imprevisión no constituye una justificación del incumplimiento contractual de la parte afectada.

Bajo estas consideraciones, no resultaría acertado asumir una postura unificada y que comprenda un sinnúmero de relaciones contractuales, pues cada caso habrá de analizarse en torno a la realidad de la ejecución contractual, el grado de afectación, la dificultad para la ejecución y por supuesto la imprevisibilidad del hecho.

No obstante se deja la claridad, que el análisis anterior se predica de los contratos que fueron suscritos con anterioridad a la declaratoria de la emergencia derivada del Covid 19 y los cuales durante su desarrollo fueron objeto de implementación de los mencionados protocolos de bioseguridad, ya que en los contratos que se suscribieron con posterioridad a la declaratoria mencionada, deberán contemplar en su análisis de riesgo esta situación de implementación de protocolos, pues la naturaleza de fenómeno o situación imprevisible fue desfigurada, ya que la misma ahora es previsible y de amplio conocimiento.

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 del Fondo de Desarrollo 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 RENE CAMACHO SANCHEZ**

Director de Contratación

Revisó: Daniel Camacho - Director de Contratación

Elaboró: Viviana Gómez- Abogada Contratista Dirección de Contratación. 