

MEMORANDO

450

Bogotá, D.C.,

PARA: **OSCAR YESID RAMOS CALDERÓN**
Alcalde Local de Chapinero

DE: Director de Contratación

ASUNTO: Respuesta a la consulta elevada a través de radicado No. 20215220001033 del 11 de febrero de 2021

Respetado Dr. Ramos,

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”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.

La consulta se presentó en los siguientes términos:

1. (...) teniendo en cuenta la solicitud de prórroga presentada por el Contratista de Obra, mediante el comunicado C&C - 142 - 2018 425 2021, en relación con los alcances, tiempos del proyecto, y en consideración a los análisis de las situaciones que motivan tal petición, las consideraciones interpuestas por la interventoría y a su vez la necesidad del acompañamiento de la misma, se solicita concepto jurídico en relación a la procedencia o no de la solicitud anexa.

Para responder el interrogante, es preciso traer a colación algunos pronunciamientos jurisprudenciales respecto a la figura de la prórroga de los contratos estatales, así:

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.

En sentencia del 29 de agosto de 2012, exp. 25.390, la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado señaló *“Las partes de un contrato obran dentro de los límites de la autonomía que les reconoce el ordenamiento jurídico cuando, sin contrariar las normas imperativas, acuerdan el término de duración del vínculo respectivo y cuando, frente a la posibilidad de prorrogarlo, toman una decisión positiva, caso en el cual la duración se extiende por el término que indique la prórroga, o toman una decisión negativa y se extingue el contrato dentro del término de duración originariamente acordado. Tal y como lo ha expuesto la Sala, “ninguna de las partes de un contrato está obligada a prorrogar o suscribir un contrato adicional al mismo en tiempo o en valor, salvo que la ley lo prevea expresamente, o que en el propio contrato se acuerde claramente, estipulación que en este último caso debe estar ajustada a la ley”*

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-300⁴, expresó: *“Ahora bien, como se indicó en ese concepto, el que la mutabilidad de los contratos estatales sea posible no significa que pueda llevarse a cabo por la mera voluntad de las partes o de la entidad contratante; por el contrario, la modificación del contrato debe ser excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica. Por ello la Corte concuerda con la Sala de Consulta y Servicio Civil en que **la modificación debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, sustentada y probada, y acorde con los fines estatales a los que sirve la contratación estatal.**”*¹⁹

Por otra parte, el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, prevé que los servidores públicos y los particulares que celebren contratos con el Estado deberán buscar el cumplimiento de los fines del estado, así como la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

En este sentido, es claro que los fines esenciales del Estado constituyen un axioma fundamental sobre el cual se edifican el objeto y la finalidad perseguida con la contratación estatal.

Esto quiere decir que, es jurídicamente viable para las partes de un contrato, pactar su prórroga en tiempo, en el entendido que su relación está cimentada sobre las bases de la autonomía de la voluntad, lo que permite que se celebren los acuerdos que sean necesarios, y que resulten legamente válidos, para dar cumplimiento al objetivo que dio origen al pacto contractual.

Ahora bien, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no impuso un límite para la ampliación del plazo del contrato estatal, no obstante, con fundamento en el principio de responsabilidad, **los servidores públicos están obligados a vigilar la correcta ejecución del contrato y a justificar adecuadamente la adición en términos de éstos**⁵ (destacado fuera de texto)

Por otra parte, es importante revisar el papel que tiene la interventoría del contrato, pues sobre la misma recae la responsabilidad de verificar el cumplimiento del objeto contractual, de tal manera que se asegure el cumplimiento de la calidad, cantidad, costo y cronograma del contrato, para lo cual debe, entre otras cosas, verificar que los informes, estudios, conceptos y resultados del contrato, se adapten a las normas, estándares y especificaciones que forman parte del contrato, así como a los parámetros de calidad establecidos para la profesión o especialidad a la que pertenezca el proyecto, evaluar el avance y resultados del contrato, en comparación con el cronograma y plan previstos, y exigir que se tomen las medidas correctivas necesarias en caso de que se prevean atrasos en el programa, así como evaluar, dar concepto y recomendaciones por escrito sobre modificaciones al alcance del contrato solicitudes de adición en plazo y/o valor al contrato, reclamaciones presentadas por el contratista, etc.

⁴ Sentencia de 25 de abril de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁵ Contraloría General de la República. Concepto de la Oficina Jurídica No. 80112- EE72867. Octubre 29 de 2010

En este sentido, es fundamental para que la administración decida sobre la aceptación o no de la prórroga del contrato, tener en cuenta el concepto emitido por la interventoría.

De acuerdo con la información remitida, frente a este particular la interventoría señaló:

Que, dadas las condiciones del proyecto y conforme al plazo que resta, no es posible concluir el alcance de metas físicas ni financieras dispuestas dentro del objeto del contrato.

Que, en el propósito de cumplir con el cometido estatal, concluir las obras que se encuentran en pleno desarrollo, entregarlas al servicio y evitar más afectaciones a la comunidad vemos procedente convenir en la prórroga al plazo, en los términos solicitados por el contratista, condicionado a que éste, en tal otrosí, asuma:

(a) Los mayores costos que ocasione la permanencia de la interventoría, lo cual se causará y cobrará, vía pacto de descuento de los valores que por actas de avance de obra genere el contratista.

(b) Que el contratista asuma el pago de un valor, a título de descuento, de los valores debidos, por concepto de indemnización convenida en favor de la entidad, como así lo ofertó.

(c) Que renuncie a reclamar cualquier supuesto sobre costo, daño o perjuicio que se derive de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato, por todo o cualquier hecho ocurrido durante su plazo. Negrita por fuera de texto original.

Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia que las razones aducidas para establecer la necesidad de la prórroga, están fundamentadas en criterios técnicos orientados a proteger la ejecución del proyecto para salvaguardar los intereses de la comunidad sobre la culminación de las obras de conservación de la infraestructura del espacio público de la localidad de Chapinero. Igualmente, se evidencia que se cuenta con la recomendación técnica emitida por el Consorcio M&A 05, razones por las cuales, esta Dirección considera que se cuenta con el respaldo jurídico necesario para que el ordenador del gasto tome una decisión que dé respuesta a la solicitud elevada por el contratista.

Ahora bien, respecto a la mayor permanencia de la interventoría, y los costos que se señala debe asumir el contratista, es necesario, primero, que se tenga la certeza y evidencia que los atrasos en la ejecución de las obras han sido por causas atribuibles al contratista de obra, situación que no se deja clara en la información remitida a esta oficina: segundo, que haya sido prevista esta posibilidad desde la conformación del contrato, sea un riesgo previsto atribuido al contratista y no se introduzcan nuevos condicionamientos que afecten la ecuación contractual.

Por su parte, respecto al cobro de indemnizaciones por perjuicios tasados de manera anticipada, es necesario recordar estos solo pueden hacerse hasta el monto de lo pactado en la cláusula penal, y además, que existe un procedimiento administrativo para realizar su cobro, por lo cual no resulta posible hacerlo vía descuento de las sumas debidas sin haberse agotado el debido proceso.

El Consejo de Estado ha sostenido en forma reiterada que la facultad de cobrar perjuicios unilateralmente se restringe al valor de la cláusula penal, y que en el evento en que la entidad considere que los perjuicios excedan el valor de esa cláusula, tales detrimentos se rigen por el principio de la prueba debida del perjuicio. Así, esta línea jurisprudencial se opone al cobro unilateral de cualquier perjuicio cuantificado por la entidad -motu proprio- que exceda el valor de la cláusula penal.

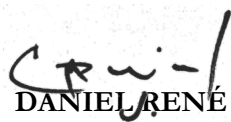
Las potestades excepcionales son de aplicación e interpretación restrictiva, pues rompen la igualdad contractual, por lo que deben ejercerse observando el principio de legalidad, en los términos estrictos autorizados por el legislador. Por ello, derivar de la expresión “cuantificar perjuicios”, la potestad de tasación y cobro unilateral de la totalidad de perjuicios, sin importar si exceden el monto de la cláusula penal, es contrario a la naturaleza restrictiva de las cláusulas exorbitantes.

La Corte Constitucional declaró exequible el Artículo 86 de la Ley 1474 (C-499/15) al considerar que esa preceptiva consagra instrumentos para combatir la corrupción, pero es bueno relieves que la Corte no señaló que la posibilidad de cuantificar perjuicios se extendiera a la facultad de tasarlos y cobrarlos unilateralmente cuando excedan el monto de la cláusula penal pactada. Por tanto, el cobro unilateral debe limitarse a la cláusula penal acordada, y cualquier cobro superior dependería de la prueba del perjuicio adicional, pues lo contrario no encuentra fundamento en la jurisprudencia nacional.

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