

MEMORANDO

450

Bogotá, D.C.,

PARA: ANA DUNIA PINZÓN BARON
Alcaldesa Local (E) de Teusaquillo**DE: Director de Contratación****ASUNTO: Concepto Jurídico – Respuesta Memorando N° 20216320004873 de fecha 29/07/2021**

Respetado Dr. Pinzón

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, 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).

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

Para la Secretaría de Gobierno se encuentra proscrita la posibilidad de interferir en la función de ordenación del gasto de los representantes legales de las entidades distritales o sus delegados y dado el grado de especificidad de las situaciones puestas en conocimiento, los pronunciamientos efectuados sobre el particular tendrán un carácter orientador, ya que las decisiones que se adopten en el marco de un proceso licitatorio o en la ejecución contractual, hacen parte de la autonomía contractual, presupuestal y administrativa de cada entidad.

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 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 mi calidad de Alcaldesa Local de Teusaquillo (E), de conformidad con el asunto de la referencia, me permito informar que el día 19 de julio de 2021 se reiniciaron los contratos de obra No. COP-088-2016 e Interventoría No. CI-096-2016, en virtud de la cláusula tercera del Acta de Suspensión No. 3, siendo éste su último día de ejecución; por lo cual el estado de dichos contratos es de terminados por vencimiento del plazo de ejecución.

Conforme a ello, se informa que la edificación no se encuentra terminada en su totalidad, presentándose varias situaciones de orden técnico que han sido de conocimiento por parte de Ustedes mediante el seguimiento que se ha venido realizado. En ese orden de ideas, para efectos de que se valore de manera integral esta situación, me permito presentar a sus despachos el informe del estado de la construcción con los aspectos principales, para su conocimiento y valoración. (Anexo 1)

De acuerdo con ello, también elevo ante sus despachos las siguientes consultas:” (...)

4. RESPUESTA A LA CONSULTA REALIZADA BAJO EL CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO.

Una vez descritos los argumentos esbozados por el consultante, dispone este despacho a darle respuesta a cada uno de los interrogantes planteados en la consulta, de la siguiente manera:

1. Ante la terminación de los contratos de obra e interventoría por vencimiento del plazo de ejecución la Alcaldía Local o la Secretaría Distrital de Gobierno y ante el incumplimiento evidente por la no entrega de la obra a la fecha de terminación del contrato y otros perjuicios que ha sufrido la entidad ¿se puede demandar por controversias contractuales al consorcio constructor solicitando además del incumplimiento del contratista de obra, la reparación a las edificaciones colindantes, es decir de los presuntos terceros afectados, sin que medie aún sentencia declarando la responsabilidad de la entidad en los perjuicios sufridos por los tercero, aunque las mismas puedan ser evidentes?

La Dirección de Contratación, procede a atender este primer interrogante, emitiendo una opinión aproximada desde una óptica contractual, dejando a salvo que el criterio de la Dirección Jurídica podría ser más pertinente al respecto.

Controversias Contractuales. En cuanto al medio de control de Controversias Contractuales, el artículo 141 del C.P.C.A. establece:

(...) “ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.” (...)

Entonces la finalidad u objetivo del medio de control de controversias contractuales, es debatir en sede judicial todas aquellas diferencias existentes entre las partes de un contrato (cuando al menos una de las partes es una entidad pública), es decir, entre contratante y contratista.

Régimen sancionatorio en materia Contractual. Las entidades estatales generalmente cuentan, entre otras, con las siguientes prerrogativas dentro de la relación jurídica contractual: (i) Supervisión; (ii) Cláusulas

excepcionales; (iii) Multas siempre que se halle pendiente la ejecución de obligaciones a cargo del contratista; (iv) Declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria; (v) Declaratoria de caducidad.

Frente a las cláusulas excepcionales, son denominadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado y por la doctrina como estipulaciones virtuales en los contratos de concesión, obra, prestación de servicios públicos y aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, pues en ellos, sin importar si se incorporaron o no dentro del instrumento negocial, se entienden incluidas por el ministerio de la ley, como lo dispone de forma clara el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que establece:

“Art. 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

“1o. 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 2o. 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.” (subrayas fuera del texto).

Respecto de las multas, podrían definirse como cláusulas de privilegio o del derecho común y su sustento está en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 que permite una aplicación extensiva de normas civiles y comerciales cuando no exista reglamentación especial; cuentan con una muy particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, lo cierto es que es indispensable que en uno u otro caso se hayan pactado en forma inequívoca dentro del contrato.

Por su parte, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 es claro en precisar que la declaración de incumplimiento tiene como propósito *«hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato»*

En este punto, conviene resaltar lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado⁴, en relación con las diferencias entre las multas y la cláusula penal, esto es:

«aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común -en lo sustancial-, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato».

Por lo expuesto y de acuerdo a lo planteado por el FDL de Teusaquillo, no hay norma que prohíba o impida iniciar el medio de control de controversias contractuales para pretender que se declare un presunto incumplimiento y la indemnización de perjuicios, teniendo como fuente los contratos mencionados, sin embargo, la Dirección de Contratación considera que la facultad sancionatoria con que cuenta el Fondo de Desarrollo Local constituye un medio necesario e idóneo, que atendiendo las garantías propias del debido proceso, podría resultar más eficiente para resolver el asunto objeto de controversia, ya sea parcialmente, y en tal sentido, correspondería a la ordenadora de gasto evaluar posibles cuestionamientos o reproches, en caso de

⁴ Sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17.009 y, C.P. Enrique Gil Botero

que decida acudir exclusivamente a la jurisdicción contencioso administrativa, derivados de situaciones que podrían verse como una renuncia a la facultad sancionatoria o un abandono de la potestad de autotutela, sin que exista justificación alguna.

Responsabilidad Civil Extracontractual

Se considera al respecto que, el contrato de seguro que ampara la responsabilidad de la entidad, la protege de eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que surja de las actuaciones, hechos u omisiones de su contratista, también de los perjuicios ocasionados por eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que surjan de las actuaciones, hechos u omisiones de los subcontratistas autorizados, en tal sentido resulta conveniente que el Fondo de Desarrollo Local analice lo establecido en el Decreto 1082, especialmente frente a requisitos, cubrimiento y cobertura, así como, el contrato de seguro de responsabilidad expedido por la aseguradora y allegado por el contratista a la entidad, para de tal manera decidir las actuaciones posteriores.

En todo proceso judicial se debe contar siempre con quien tiene la legitimación para reclamar, legitimación por activa, y aquí es importante señalar que en el contrato de seguro gozan de tal aptitud quienes sean beneficiarios; así, los terceros afectados y la entidad tendrían legitimación por activa para acudir en demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa.

El medio de control para las reclamaciones que se hagan por los presuntos daños ocasionados a terceros que se considera idóneo es la reparación directa de que trata el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 -CPACA-, y no el de controversias contractuales.

El fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado, se encuentra de manera especial en el artículo 90 superior, que consagró:

(...) “Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”(...)

(Subrayado fuera de texto)

De esta norma se desprende que existe un régimen específico de derecho administrativo en el que: i) La responsabilidad del Estado es directa, por lo cual se desvanece la exigencia de requerir primero al servidor público y, sólo subsidiariamente, al Estado; ii) el Estado responde por el daño antijurídico, no por la conducta dolosa o culposa de sus agentes y; iii) en el caso de resultar condenado el Estado, este debe repetir contra sus servidores.

Es así que a través del medio de control de reparación directa la legitimación en la causa por activa la tiene todo aquel que alega la condición de damnificado con el hecho que se imputa al demandado, siendo la condición de damnificado la que se debe acreditar en el curso del proceso para tener derecho a la indemnización que se reclama, en este caso los terceros que se han visto afectados por las presuntas consecuencias derivadas de los contratos suscritos por el FDL de Teusaquillo.

2. Frente a esta situación, ¿es viable promover acta de liquidación con salvedades, reconociendo únicamente la obra ejecutada y aprobada por la entidad, dejando por fuera los

montos sin ejecutar y las obras ejecutadas que no fueron de recibo por parte de la entidad? o por el contrario ¿es recomendable que el contrato se liquide en instancia judicial para efectos de cuantificar las posibles actividades realizadas de manera insatisfactoria (como es el caso de la cimentación) y que ya se encuentran pagadas y los demás perjuicios que ha sufrido la entidad por causa del incumplimiento, que en la actualidad el Fondo de Desarrollo Local no tiene ni el personal ni los recursos para poder cuantificarlos?

La Dirección de Contratación, procede a atender este segundo interrogante, emitiendo una opinión aproximada desde una óptica contractual, dejando a salvo que el criterio de la Dirección Jurídica podría ser más pertinente al respecto.

Liquidación Contrato Estatal. Frente a la liquidación de los contratos estatales el artículo 60 de la Ley 80 de 1993⁵, y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007⁶ regularon la liquidación como un instrumento, a través del cual, las partes se obligan a verificar la realización de las prestaciones mutuas, bien sea a través de un acto bilateral o unilateral, según sea el caso, en el cual se documenta por escrito la comprobación del cumplimiento contractual.

Como ha sido establecido por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, «la liquidación del contrato interesa a las partes contratantes y no sólo a la administración», dado que sobre la entidad y el contratista recae «la responsabilidad de liquidar el contrato para definir las prestaciones a cargo de las partes, de extinguir las obligaciones surgidas del contrato y de no dejarlo en un estado de indefinición [...] ⁷».

Sobre la finalidad de la liquidación, el Consejo de Estado⁸, ha expresado que:

“La liquidación del contrato administrativo (según la terminología del Decreto-ley 222 de 1983) o estatal (según lo consagra la Ley 80 de 1993), la cual puede ser bilateral, unilateral o judicial, según el caso, tiene por objeto establecer: (i) el estado en el cual quedaron las obligaciones que surgieron de la ejecución del contrato; (ii) los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, según lo ejecutado y lo pagado; (iii) las garantías inherentes al objeto contractual y, excepcionalmente, (iv) los acuerdos, conciliaciones y transacciones a las cuales llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse mutuamente a paz y salvo. (...)”

Así las cosas, el acta de liquidación bilateral del contrato constituye el acuerdo en el cual las partes del contrato en documento escrito hacen constar el balance de su relación y establecen, de manera definitiva, el estado en que queda cada una de ellas respecto de las obligaciones y derechos provenientes del contrato.

Modalidades o formas de liquidación. La liquidación puede ser bilateral, unilateral o judicial. Así, consistirá en: a) un acuerdo de voluntades, cuando se hace de forma bilateral; **o b) en un acto administrativo, cuando la entidad procede unilateralmente porque: (i) no se presenta el contratista a la liquidación bilateral, o (ii) no se logra la liquidación bilateral o (iii) se logra parcialmente;** o c) en una decisión judicial, cuando el juez competente profiere la providencia correspondiente, en el caso de que se le pida a través del medio de

⁵ ART. 60. De su ocurrencia y contenido de la liquidación. (Artículo modificado por el artículo 217 del Decreto 19 de 2012). El nuevo texto es el siguiente: Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación (...).

⁶ Artículo 11. Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. (...).

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 16 de agosto de 2001, Exp. núm. 14384.

⁸ C. de Estado, Secc. 3ª, Rad. 16246 de 31 de mar. de 2011, C.P. Hernán Andrade Rincón

control de controversias contractuales, bien porque (i) no se ha producido la liquidación o bien (ii) respecto de puntos no liquidados.

Término para liquidación del Contrato Estatal. Considerando la existencia de modalidades de liquidación de los contratos estatales, el legislador a través del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 consagró un plazo legal perentorio y exclusivo para su trámite.

En este sentido se dispuso que la liquidación del contrato se podrá realizar hasta antes que caduque el medio de control de controversias contractuales, esto es, en el plazo de dos años (2) contados a partir de que se venzan los términos iniciales para hacerlo en forma bilateral (cuatro meses cuando se guarda silencio) y unilateral (dos meses).

De acuerdo con el artículo ibídem, la liquidación bilateral inicialmente tendrá lugar dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes o, en su defecto, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la culminación del plazo de ejecución del contrato o a su terminación anormal, o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación en ejercicio de las facultades exorbitantes de la Administración, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En el supuesto caso de que no se liquide bilateralmente, procederá la liquidación unilateral, dentro del término inicial de dos (2) meses siguientes a la expiración del plazo para la liquidación bilateral o de común acuerdo.

Lo anterior resultó necesario para contextualizar sobre la liquidación contractual, no obstante, para el caso planteado conviene hacer referencia a los siguientes escenarios a fin de dar mediana claridad: (i) Si la Alcaldesa Local decide iniciar el proceso sancionatorio contractual, como a juicio exclusivo de esta Dirección se torna necesario, en el momento de resolver sobre el cumplimiento y la efectividad de la cláusula penal pecuniaria se deberá ordenar la liquidación, la cual en principio sería unilateral, habida cuenta de una aparente falta de voluntad en el contratista para concurrir a suscribirla de común acuerdo; en todo caso, estando dentro del término para la liquidación de común acuerdo, y habiéndose citado al contratista para concurrir a ella y este no lo hiciere, se recomienda de tal situación dejar constancia en el trámite de la audiencia; (ii) Si se acude a la Jurisdicción Contenciosa, las pretensiones necesariamente coincidirían con la declaratoria de incumplimiento, la indemnización de perjuicios y la consecuente liquidación.

3. La Alcaldía Local o la Secretaría Distrital de Gobierno, ¿puede solicitar en instancias judiciales el siniestro de la póliza de responsabilidad civil extracontractual?, ¿teniendo en cuenta que el daño es sufrido por un tercero?

La Dirección de Contratación, procede a atender este tercer interrogante, emitiendo una opinión aproximada desde una óptica contractual, dejando a salvo que el criterio de la Dirección Jurídica podría ser más pertinente al respecto.

Como se había mencionado anteriormente, es a través del *medio de control de reparación directa* que se puede demandar la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado, y su legitimación en la causa por activa para conformar uno de los extremos de la relación jurídica procesal, la tendría todo aquel que alega la condición de damnificado con el hecho que se imputa al demandado, siendo la condición de damnificado la que se debe acreditar en el curso del proceso para tener derecho a la indemnización que se reclama, que para el caso del seguro de responsabilidad civil extracontractual tiene la calidad de beneficiario, junto con la entidad, el tercero afectado.

Esta Dirección encontraría escenarios probable para el FDL en el sentido de promover activamente acciones judiciales en algunos de las siguientes hipótesis: (i) Que los terceros afectados promuevan sus acciones en contra del FDL, caso en el cual se deberá llamar en garantía al contratista y aseguradora; (ii) Que el FDL resulte condenado, entonces habrá que repetir en contra del contratista y aseguradora como garante; (iii) Que los terceros afectados promuevan acciones judiciales o medio de control de reparación directa en contra del contratista y llamado en garantía a la aseguradora, en tal evento se deberá evaluar la pertinencia de intervenir como coadyuvante de las pretensiones.

4. El peritaje técnico para determinar los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal, incluyendo los estudios que se deben realizar para verificar que el estado actual de la obra, más los costos de las reparaciones que haya a lugar y los necesarios para la terminación de la obra, ¿debe contratarse antes de promoverse la acción de controversias contractuales o debe contratarse con posterioridad, previa orden judicial, atendiendo la nueva causal de contratación?

La Dirección de Contratación, procede a atender este tercer interrogante, emitiendo una opinión aproximada desde una óptica contractual, dejando a salvo que el criterio de la Dirección Jurídica podría ser más pertinente al respecto.

La pertinencia y su finalidad del Dictamen Pericial dentro de la actividad contractual, se debe abordar desde dos aspectos, *i) el administrativo y ii) el judicial.*

Procedimiento Administrativo Sancionatorio. El procedimiento Administrativo Sancionatorio, surge con la finalidad de conminar al contratista para que cumpla lo pactado dentro del contrato estatal y así prevenir un detrimento patrimonial. Como lo hemos mencionado la Ley 1150 de 2007, la cual en su artículo 17, establece parámetros, fijando un procedimiento para establecer algún tipo de incumplimiento generado por el respectivo contratista dentro del desarrollo del objeto contractual.

Es así que, en desarrollo del artículo en mención, y en relación con la declaratoria de incumplimiento que se desprende de la actividad contractual del Estado, dentro de la Ley 1474 de 2011, se consagró el Procedimiento Administrativo Sancionatorio plasmado en el artículo 86 de la mencionada Ley. Esta norma, establece el procedimiento especial que se debe llevar a cabo para decretar el incumplimiento por parte del contratista, en donde genera la imposición de una multa o hace efectiva su cláusula penal estipulada en el contrato estatal, regida bajo los parámetros establecidos al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

Dentro del procedimiento que ocupa la consulta es obligatorio, respetar el debido proceso de las personas vinculadas al procedimiento, ya sea contratista o compañía garante teniendo en cuenta el Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que señala el debido proceso como principio rector en materia sancionatoria dentro de las actuaciones contractuales. Por tal razón, la administración y en virtud del mismo artículo 86 debe citar al contratista y a su asegurador, para que, dentro de este procedimiento en audiencia, presenten sus descargos con el fin de desvirtuar los hechos que generaron el presunto incumplimiento.

Es así y con el fin de respetar el principio al debido proceso, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que durante las actuaciones administrativas, en lo que se relaciona con el tema probatorio *“Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el código de Procedimiento civil”* (Ley 1474 de 2011).

Así las cosas, Código General del Proceso en su artículo 165 establece cuales son los medios de prueba, entre los cuales encontramos al *Dictamen Pericial* como uno de los medios probatorios que pueden ser utilizados dentro del proceso.

En consecuencia, el dictamen pericial podrá ser decretado por la entidad como medio de prueba en el procedimiento sancionatorio contractual, siempre que resulte o se estime pertinente, conducente y útil para la acreditación del perjuicio irrogado. También es importante resaltar que en caso de que el dictamen sea aportado por el Contratista, este deberá ser cotejado por la entidad.

Proceso Judicial. La Ley 2080 de 2021, introduce reformas, en los siguientes aspectos pertinentes al Dictamen Pericial dentro del proceso judicial, así:

“Artículo 54.- Prueba pericial. La prueba pericial se regirá por las normas establecidas en este código, y en lo no previsto por las normas del Código General del Proceso.

Las partes podrán aportar el dictamen pericial o solicitar al juez que lo decrete en las oportunidades establecidas en este código.”

En cuanto a la facultad de aportar el Dictamen Pericial por parte de la administración y su modalidad de contratación se establece:

Artículo 58.- Reglas especiales para las entidades públicas:

1. Para aportar el dictamen pericial o contradecirlo en los casos previstos en la ley, se faculta a las entidades públicas para que mediante contratación directa seleccionen los expertos que atenderán la prueba pericial requerida en un proceso judicial. Esta pericia también podrá ser contratada durante las restricciones establecidas en la Ley 996 de 2005. Con el mismo fin se podrán contratar asesorías técnicas. (Subrayado fuera de texto)

Entonces, el FDL de Teusaquillo podrá dentro del proceso que se promueva ante la jurisdicción contencioso administrativa aportar el dictamen pericial o solicitar al Juez que se decrete como medio de prueba pertinente que resulta, para lo cual la entidad, en virtud de la disposición normativa señalada anteriormente, lo podrá contratar directamente.

5. En el evento que el peritaje técnico se requiera para la cuantificación del perjuicio como requisito para promover la instancia judicial correspondiente ¿es viable contratar el peritaje a través de contratación directa en virtud de la causal k del numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007 o debe contratarse mediante otra modalidad de selección?

La Dirección de Contratación, procede a atender este tercer interrogante, emitiendo una opinión aproximada desde una óptica contractual, dejando a salvo que el criterio de la Dirección Jurídica podría ser más pertinente al respecto.

Como quedó señalado en la respuesta anterior, el dictamen pericial podrá ser solicitado al juez para que sea decretado en el periodo correspondiente, por lo cual no se tiene como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción a través del medio del control de controversias contractuales.

Adicionalmente, se considera que la causal de contratación directa que incorporó la Ley 2080 de 2021, es clara al señalar que la contratación directa está autorizada siempre que la prueba pericial sea requerida en un proceso judicial, y no por fuera del mismo.

6. En el evento que el peritaje técnico previo para la cuantificación del perjuicio como requisito para promover la instancia judicial no sea viable su contratación mediante la causal k del numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007 ¿la misma puede adelantarse mediante contrato de prestación de servicios profesionales o debe contratarse mediante un nuevo concurso de méritos?

La Dirección de Contratación, procede a atender este tercer interrogante, emitiendo una opinión aproximada desde una óptica contractual, dejando a salvo que el criterio de la Dirección Jurídica podría ser más pertinente al respecto.

De acuerdo a lo desarrollado por la Ley 2080 de 2021 en su artículo 54 establece:

Artículo 58.- Reglas especiales para las entidades públicas:

1. Para aportar el dictamen pericial o contradecirlo en los casos previstos en la ley, se faculta a las entidades públicas para que mediante contratación directa seleccionen los expertos que atenderán la prueba pericial requerida en un proceso judicial. Esta pericia también podrá ser contratada durante las restricciones establecidas en la Ley 996 de 2005. Con el mismo fin se podrán contratar asesorías técnicas.

(Subrayado fuera de texto)

Es así que, bajo la modalidad de Contratación Directa, se podrá contratar con el fin de aportar el dictamen pericial dentro del proceso judicial.

El acudir a contratar el peritaje técnico bajo una contratación directa por medio de la causal de contrato de prestación de servicios profesionales o a través de un concurso de méritos por corresponder a una consultoría, es un análisis propio del Fondo de Desarrollo Local que inicia con la comprensión de las disposiciones que define cada uno de los contratos, numerales 2 y 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el Decreto 1082 de 2015⁹, frente al objeto contractual que se proyecta contratar, las obligaciones que le sirven al mismo, el nivel de especialidad, especificidad o complejidad técnica, apoyado también en lo que al respecto ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, que a través de decisiones jurisprudenciales ha explicado las diferencias entre una y otra tipología; al respecto, se trae a colación la Sentencia de la Sección 3ª, Rad. 41719 de dic. 2 de 2013, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa:

“(...) la distinción entre el contrato de prestación de servicios y el de consultoría no depende, en lo mínimo, del grado de «intelecto» aplicado a la ejecución del objeto contractual (1), pues ambas actividades son de carácter intelectual y por tanto intangible. En sentido contrario, hay lugar a establecer un criterio diferenciador a partir del alcance que la Ley le concede al contrato de consultoría; de manera que, al hilo del numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, si las necesidades que tiene la administración pública conciernen a la realización de estudios «para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos “así como «asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión» e interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos, no habrá duda alguna que deberán ser suplidas acudiendo a un contrato de consultoría; es decir, para el cumplimiento de estos específicos objetos

⁹ Al respecto se cita el inciso segundo del artículo 2.2.1.2.1.4.9.: “Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.”

contractuales mencionados (de la Ley 80 de 1993) y los demás definidos en leyes especiales el operador jurídico debe recurrir, exclusivamente, al instrumento contractual establecido por la Ley: el contrato de consultoría.

Lo anterior encuentra pleno sentido si se tiene en cuenta que se está haciendo un análisis normativo a la luz del principio de legalidad estricta, a partir del cual se produce un acotamiento del radio de acción del contrato de prestación de servicios por vía de la exclusión de ciertas actividades y objetos contractuales específicos, los mismos que, por disposición legal expresa, deben ser satisfechos por medio del contrato de consultoría; de manera tal que corresponderá al operador verificar si el objeto a contratar se incluye dentro de aquellos que específicamente la Ley, y sus disposiciones reglamentarias, ubican dentro del ámbito propio de la consultoría, dado que siendo esto así implicará dar curso a un procedimiento de selección diferente al propio que establece la Ley para los contratos de prestación de servicios (de allí las amplias repercusiones prácticas de clarificar este punto); contrario sensu si el funcionario encuentra razonadamente que el objeto recae en el marco jurídico del contrato de prestación de servicios, podrá darle curso por vía de este específico modelo contractual, tal como lo había planteado de tiempo atrás esta Corporación (2).

(...)

mientras que el contrato de consultoría está revestido de una cláusula de estricta tipicidad cerrada (que condiciona de manera detallada la procedencia de dicho contrato), el de prestación de servicios goza de una regulación jurídica amplia, que se instrumentaliza por vía de los mencionados tres contratos (profesional, de simple apoyo a la gestión y de ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales), de manera que los objetos contractuales que no estén comprendidos dentro del contrato de consultoría (de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y las demás disposiciones legales especiales actuales o futuras) podrán ser satisfechos por medio del de prestación de servicios siempre que satisfaga los referentes conceptuales que establece el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, conforme a la debida planeación contractual y en armonía con los criterios jurídicos que han sido decantados en el precedente de esta Corporación y en esta providencia. (...)

[(1) Ambas figuras contractuales comparten un tronco común ya que tanto en esta como aquella la labor del contratista está orientada hacia el ejercicio de una actividad que compromete, de manera preponderante, el desempeño intelectual, de modo, entonces, que se trata de actividades intangibles. Por lo tanto, no puede extraerse de allí diferencia alguna entre las dos figuras.

Por consiguiente, el criterio útil de diferenciación entre ambos tipos contractuales es únicamente de orden legal (más no real o empírico), razón por la cual debe decirse que frente al contrato de consultoría opera una suerte de tipificación legal cerrada que supone que cuando la Administración pretenda satisfacer específicamente una de las necesidades enlistadas en el artículo 32, No. 2º de la Ley 80 de 1993 (y en demás normas legales y reglamentarias especiales) deberá hacer uso de este instrumento, mientras que, por exclusión, las demás cuestiones que comprometan un ejercicio marcadamente intelectual pueden ser satisfechas por la Entidad por vía del contrato de prestación de servicios profesionales.

(2) Así las cosas, la diferencia específica que permitirá distinguir con claridad entre un contrato estatal de prestación de servicios y un contrato estatal de consultoría, aunque en principio y en teoría en el objeto de ambos contratos se incluyan actividades similares —como por ejemplo brindar asesoría, cumplir labores de control y supervisión, ejercer la interventoría de otro contrato, etc.—, estará dada por el campo en el cual han de desarrollarse tales actividades.

Si las actividades que integran el objeto del respectivo vínculo —brindar asesoría, cumplir labores de control y supervisión, ejercer la interventoría de otro contrato—, están llamadas a ejecutarse en relación directa e inmediata con proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, estudios de factibilidad, estudios de prefactibilidad, proyectos específicos, etc., que correspondan a obras, proyectos de infraestructura, proyectos tecnológicos o técnicos, indubitadamente se estará en presencia de un típico contrato estatal de consultoría.

Por el contrario, si las actividades que integran el objeto de la relación correspondiente —brindar asesoría, cumplir labores de control y supervisión, ejercer la interventoría de otro contrato, etc.—, están concebidas y estipuladas para ser desarrolladas en campos o asuntos directamente vinculados a la administración propiamente dicha de la entidad contratante o a su funcionamiento, el contrato estatal respectivo deberá catalogarse como de prestación de servicios". Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Aclaración de Voto suscrita por el Consejero Mauricio Fajardo Gómez al fallo de 30 de noviembre de 2006, exp. 30832]."

7. ¿Es posible presentar demanda de controversias contractuales con cuantificación indeterminada de los perjuicios que sufrió la entidad a causa del incumplimiento del contratista de obra, para que los mismos sean calculados por el Juez, mediante peritajes que se soliciten en el desarrollo de la actuación judicial?

La Dirección de Contratación, procede a atender este tercer interrogante, emitiendo una opinión aproximada desde una óptica contractual, dejando a salvo que el criterio de la Dirección Jurídica podría ser más pertinente al respecto.

Al respecto se considera que, si es posible, por cuanto la entidad al presentar la demanda de controversias contractuales puede presentar una tasación de perjuicios no definitiva, con base en el informe del interventor, sumado a los elementos o la aproximación de daños y perjuicios que cuantifique el FDL.

8. ¿Es posible contratar la terminación de la nueva sede de la Alcaldía Local, con unos nuevos contratistas de obra e interventoría, hasta tanto no se realice la evaluación del estado técnico

de la edificación? O ¿es necesario esperar a que se practique el peritaje técnico y se resuelva las instancias judiciales que se derivan del incumplimiento evidenciado?

La Dirección de Contratación, procede a atender este tercer interrogante, emitiendo una opinión aproximada desde una óptica contractual, dejando a salvo que el criterio de la Dirección Jurídica podría ser más pertinente al respecto.

Al respecto se debe evaluar los dos escenarios planteados en la consulta, con el fin de establecer cual es mecanismo apropiado para el interés general, esto es dentro del proceso administrativo sancionatorio y ante un proceso judicial.

Proceso Administrativo Sancionatorio. Es obligación de las partes dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas en virtud de la celebración de un contrato estatal, las cuales serán verificadas por el supervisor o interventor. De no evidenciarse el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, la entidad iniciará el procedimiento administrativo sancionatorio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, le otorgó a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación la posibilidad de declarar el incumplimiento e imponer las sanciones a los administrados que incumplan las obligaciones contraídas, en aras de garantizar los fines del Estado.

Entonces será mediante Acto administrativo debidamente motivado que la entidad pública resolverá sobre la declaratoria de incumplimiento, ordenará la liquidación con fundamento en la cual se liberarán los recursos, decisión contra la cual solo procede recurso de reposición que será resuelto en la misma audiencia.

Ejecutoriado el acto en mención, efectuada la liquidación y consecuente liberación de recursos a que haya lugar, se verificará el estado técnico y presupuestal de la obra, para luego proceder a realizar contratación de conformidad con lo establecido en el Estatuto Contractual; por tal razón, se considera que, la oportunidad para iniciar un nuevo proceso se genera una vez liberados los recursos que se comprometieron, lo cual se da en virtud de la liquidación contractual, ya que a juicio de esta Dirección, no resulta acorde con la normatividad presupuestal y contractual apropiar recursos para un nuevo contrato teniendo vigente uno anterior para satisfacer una misma necesidad.

Proceso Judicial. Existiendo en curso el medio de control de controversias contractuales, aplicaría la misma conclusión o consideración expuesta en el párrafo anterior, sin embargo, se debe tener en cuenta el tiempo de duración de estos procesos judiciales, que como es sabido, pueden tardar varios años en resolverse.

Como conclusión, se considera que antes de la valoración técnica será necesario la liberación de recursos, toda vez que no podrán haber dos apropiaciones que tengan el mismo propósito.

9. Respecto del contrato de compraventa No 136-2019, suscrito con UNION TEMPORAL K-3D, correspondiente al contrato que elaboraría e instalaría el mobiliario para la edificación de la obra no terminada de la nueva sede administrativa de la Alcaldía Local de Teusaquillo, el cual se encuentra actualmente suspendido por cuanto no es posible realizar los planos de taller hasta tanto la obra se encuentre finalizada, con los cuales se diseñarían los muebles y por consiguiente tampoco se puede recibir los mismos, pues no se cuenta con la edificación terminada para poder ser recibidos, se presenta la situación de que el contratista ha

manifestado la ruptura del equilibrio económico del contrato, por cuanto los precios mediante el cual se adjudicó el contrato son del 2019 y que los efectos postpandemia han cambiado drásticamente los precios de los insumos, y además ha manifestado su incomodidad de continuar con el contrato suspendido y manifiesta la reclamación de perjuicios por la negativa de la entidad de reanudar el contrato y permitir la ejecución del mismo; al respecto de esta situación, ¿Se debe terminar de manera unilateral el contrato de compraventa por imposibilidad en su ejecución, reconociendo los perjuicios que el contratista de mobiliario alegue a su lugar por la pérdida de la utilidad esperada con la ejecución del contrato u otros perjuicios? o ¿Qué alternativas jurídicas y contractuales tiene la Alcaldía Local frente a este contrato?

La Dirección de Contratación considera que una opinión sin conocer el expediente contractual al que se hace referencia no es lo más responsable ni acertado, sin embargo, se pronunciará de manera general en los siguientes términos:

Frente a la aplicación de las cláusulas excepcionales en los contratos estatales, el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente¹⁰:

“En el primer grupo se encuentran los contratos en los cuales las cláusulas excepcionales se tienen que pactar, es decir que son legalmente obligatorias, razón por la cual, si no se incluyen, se entienden pactadas; -son las denominadas “cláusulas virtuales”-. Los contratos que pertenecen a este grupo son: el de obra, los que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyan monopolio estatal⁴¹.

Al segundo grupo pertenecen los contratos en los cuales se encuentra prohibido pactar dichas cláusulas, de manera que, si se incluyen habrá nulidad absoluta de la cláusula. A este grupo pertenecen, según el parágrafo del art. 14 de la ley 80 “... los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales...”

El tercer grupo lo integran los contratos en los cuales la ley autoriza, pero no impone, que las partes del negocio jurídico acuerden su inclusión; el pacto de tales cláusulas, en estos casos, es opcional, de manera que la falta de estipulación significa que los poderes exorbitantes no existen. Este grupo está integrado por los contratos de prestación de servicios y suministro⁴².”

Frente al cuarto grupo, de aquellos contratos no contemplados por la ley, como es el contrato de compraventa, al respecto se consideró:

¹⁰ Puede verse la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del trece (13) de febrero de dos mil trece (2013). Radicación: 76001233100019990262201 (24996) Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

“(…)Esta situación genera, necesariamente, el siguiente interrogante: ¿es posible pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos que pertenecen a este cuarto grupo? Para la Sala la respuesta debe ser negativa, por las siguientes razones:

De un lado, porque, como se ha visto, este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales.

De este modo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios⁴³.”

(Subrayado fuera del texto).

Por ende y de acuerdo a lo expuesto, no es posible declarar la terminación unilateral del contrato de compraventa.

Ahora bien, es fundamental que se revise la pertinencia de acudir a los mecanismos de solución directa de las controversias contractuales, según hayan sido convenidos, se estudie la procedencia del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en virtud de lo establecido en los artículos 4, 5 y 27 de la Ley 80 de 1993; o se avance hacia una liquidación bilateral donde concurra el contratista expresando sus salvedades si hay lugar a ellas.

10. Autorizar o dar viabilidad a la Alcaldía Local de Teusaquillo para contratar los estudios necesarios para tasar los perjuicios sufridos por las falencias en la construcción de la Alcaldía Local de Teusaquillo, por parte de CONSORCIO JRSEDE, en calidad de contratista de obra, teniendo en cuenta la cotización allegada por parte de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, y que se adjunta a la presente.

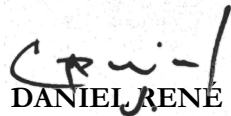
La Dirección de Contratación no tiene dentro de sus competencias o atribuciones la de autorizar o dar viabilidad para contratar a los FDL, organismos que cuentan con autonomía administrativa y presupuestal, en los cuales funge como ordenador de gasto el Alcalde Local respectivo, en virtud de delegación otorgada por la Alcaldesa Mayor.

En cuanto a los escenarios jurídicos para contratar el dictamen pericial de tasación de perjuicios por el incumplimiento del contrato de obra, esta Dirección de Contratación ya se ha pronunciado en el tema, en las respuestas a los interrogantes 4, 5 y 6 del presente concepto.

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

Apoyó la proyección: John Alexander Chalarca Gómez – Abogado Dirección de Contratación