

**MEMORANDO**

450

Bogotá, D.C.,

PARA: **LILIANA PARDO MONTENEGRO**
Profesional Planeación Fondo de Desarrollo Local Mártires - FDLM

DE: Director de Contratación

ASUNTO: Respuesta a la consulta elevada a través de correo electrónico del día 3 de mayo de 2021.

Respetada Liliana,

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.

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.



La consulta se presentó en los siguientes términos:

El contratista Fundación Merani ha solicitado un Modificadorio del Anexo Técnico con aprobación de la Interventoría, en el cual, entre otros puntos, expresa la necesidad de cambiar el perfil de las hojas de vida de los docentes a contratar para el proceso de formación, esto refiere al apartado "8. Talento Humano", a continuación, se presenta fragmento del original y propuesta de modificadorio:

b. Diez (10) profesionales para el proceso de formación: profesional en ciencias sociales o humanas, o ciencias administrativas, económicas o contables, con más de dos (2) años de experiencia profesional general afines con las temáticas planteadas, con experiencia en herramientas pedagógicas y metodologías de aprendizaje mínima de un (1) año con conocimiento de las dinámicas comunitarias y/o procesos de formación en las localidades de Bogotá (En total se requiere 3 de experiencia previamente descrita).

b. Diez (10) profesionales para el proceso de formación: profesional en ciencias sociales o humanas, ciencias de la educación o ciencias administrativas, económicas o contables, con más de dos (2) años de experiencia profesional general afines con las temáticas planteadas, con experiencia en herramientas pedagógicas y metodologías de aprendizaje mínima de un (1) año con conocimiento de las dinámicas comunitarias y/o procesos de formación en las localidades de Bogotá (En total se requiere 3 de experiencia previamente descrita).

Acudo a este concepto dado que según el Manual de Supervisión de la Dirección de Contratación de la Secretaría Distrital de Gobierno no existen restricciones que impidan las modificaciones contractuales, a menos que se cambiase el objeto contractual.

Sin embargo, se ha argumentado que es improcedente esta modificación dado que fue un ítem decisorio en el proceso de selección registrado en la "evaluación técnico habilitante".

Para responder la consulta elevada, es preciso tener claridad sobre el concepto de modificación contractual, la existencia de límites, la necesidad de atender los fines estatales que pretenden satisfacerse, la definición del “calibre” del cambio requerido y su impacto jurídico. Para el efecto, abordaremos dos puntos, de la siguiente manera:

1. Sobre la modificación de los contratos estatales

Más allá de la cláusula excepcional de modificación unilateral y los límites cuantitativos para el contrato adicional, no existe un desarrollo legal o reglamentario sobre las reglas aplicables a la modificación del contrato estatal.

Como bien lo indica el Consejo de Estado en el Concepto 2385 del 23 de abril de 2019 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, al no existir una regulación expresa sobre la modificación de los contratos estatales, en el ejercicio del “*ius variandi*” o surgido por mutuo acuerdo, han sido los aportes de la jurisprudencia, de la función consultiva del Consejo de Estado y de la doctrina comparada, los que han permitido estructurar los límites y requisitos de la modificación que deben ser respetados por la entidad contratante, en especial cuando el contrato está precedido de un proceso de selección o de elegibilidad.



De acuerdo con el desarrollo del asunto, es posible indicar que la modificación del contrato puede tener dos orígenes: i) como consecuencia del procedimiento administrativo de modificación unilateral consagrado en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, con los supuestos de hecho y requisitos allí consagrados; o ii) por el acuerdo entre las partes, sin sujeción a este procedimiento.

Bajo estos dos preceptos, y de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado en el concepto arriba aludido, los contratos podrían ser modificados no solo en cuanto a su valor, sino en sus demás estipulaciones: La forma en que se va a ejecutar, materiales más idóneos que emplear, alterando las especificaciones técnicas previstas para la prestación, la forma de pago y su duración. Lo anterior, ha puesto en cuestión si una vez perfeccionado el contrato, la Administración o las partes tendrían plena libertad de configuración para alterar lo pactado, o si están sometidos a límites o restricciones que obligarían a revisar los criterios esbozados por las fuentes del derecho.

En una primera etapa, parte de la doctrina había propugnado por señalar la imposibilidad de establecer límites a este poder singular contenido en el *“ius variandi”*, y por ende, a la obligación del contratista de aceptar y cumplir la modificación, al fin y al cabo, no se justificaría que se ejecutara una prestación de obra, bien o servicio, ineficaz o totalmente contraria a la necesidad insatisfecha de la Administración, salvo limitaciones de índole formal, o surgidas de la facultad de desistimiento del contratista.

Como señala el Consejo de Estado en Concepto del 13 de agosto de 2009 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, con radicado 1952, el fundamento de esta interpretación se consideraba consonante con el fin de interés público del contrato, y no tendría límites en su facultad de modificación, siempre y cuando atendiera al cumplimiento de su objetivo. Las restricciones estaban relacionadas con la conservación de la equivalencia económica de los derechos del contratista, dentro de los límites legales.

En una segunda etapa, se reiteró la importancia de la facultad de adecuar el contrato a nuevas necesidades del servicio, pero armonizada con la necesidad de respetar los principios de la contratación y del proceso de selección.

Teniendo en cuenta las dos fases por las cuales ha atravesado el concepto, es posible concluir la viabilidad de introducir modificaciones al contrato estatal, sin embargo, deben observarse los límites impuestos.

2. Sobre la posibilidad de modificar un aspecto que fue tenido en cuenta como criterio habilitante

La jurisprudencia y la doctrina, nacional y extranjera, han señalado la existencia de restricciones de orden jurídico a la posibilidad de modificar los contratos, dentro del marco del principio de legalidad de las actuaciones de la Administración, y orientada principalmente a preservar los principios de origen legal, de libertad de concurrencia, de transparencia y de igualdad, como se concluyó en el primer punto de este concepto.

En este orden de ideas, de acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado en concepto con radicación número 11001-03-06-000-2018-00117-00 de 2019, parece surgir una tensión entre las facultades otorgadas a la



Administración para orientar el contrato al fin de interés público, inherente al servicio público a su cargo, y los derechos de los licitadores o interesados en un proceso de selección para que se respete el contenido inicial, propio del principio de igualdad y del derecho a la competencia. Si este fuera el planteamiento, no habría duda que debería prevalecer el primero, al fin y al cabo, el derecho a la competencia es el medio más idóneo, y no un fin en sí mismo, para garantizar el bienestar de la comunidad.

No obstante, ha manifestado el Alto Tribunal que las dos finalidades y derechos en realidad atienden al mismo objetivo, obtener en régimen de concurrencia y de igualdad, las mejores condiciones de costo, calidad e idoneidad de la prestación requerida. De esta forma, la Administración al celebrar sus contratos, y los particulares al colaborar con ella, y cumplir una función social que implica obligaciones, satisfacen la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

En la medida en que se preserven estos principios y se garantice un proceso de competencia como la fórmula adecuada y necesaria para una selección objetiva de la oferta más favorable, se salvaguarda el mismo fin de interés público.

La aplicación de los principios de transparencia, de libertad de concurrencia y de igualdad, consagrados en el Estatuto Contractual, y las reglas sustanciales del pliego de condiciones, que permitieron elegir la mejor oferta, previo cumplimiento de los requisitos habilitantes y de ponderación, deben ser de estricta observancia por la Administración y por el contratista, y sus efectos trascienden y se aplican durante la ejecución del contrato y en su liquidación, como garantía de inalterabilidad de lo pactado y de acatamiento a la legalidad de las reglas aplicadas en la actuación previa.

La importancia de respetar estos principios en la ejecución del contrato hace imperativo indagar bajo qué postulados podría presentarse su vulneración, o cuándo resultaría procedente su modificación.

La regla general que debe cumplir la entidad estatal corresponde a la inalterabilidad del contrato y, por ende, su modificación tendrá carácter de excepcional y será de interpretación restrictiva.

Al respecto, señaló el Consejo de Estado en Sentencia del 16 de septiembre de 2013, Exp. 3571:

“En relación con este aspecto no puede perderse de vista que en cuanto el pliego de condiciones contiene y establece el procedimiento de selección, esto es el marco que regula todos y cada uno de sus elementos, no resultaría jurídicamente procedente la modificación de sus aspectos sustanciales, tales como, a manera de ejemplo su objeto o los criterios de selección o la ponderación precisa y detallada de aquellos, en la medida en que todos esos aspectos constituyen puntos cardinales, básicos, que fungen como factores característicos de determinado procedimiento en virtud de los cuales los interesados acuden libremente a participar en el mismo y a depositar sus expectativas en las results de la limpia competencia que envuelve, de tal modo que un cambio intempestivo e injustificado de aquellas circunstancias que en un inicio lo hicieron llamativo, sin duda puede convertirse en un obstáculo indebido que impide de forma caprichosa y arbitraria la libre participación de los interesados, variación que no puede ser prohibida ni por el legislador, ni por las instancias judiciales.(...) Lo expuesto cabe igualmente predicarlo de la previsión normativa contemplada en el artículo 89 del Estatuto Anticorrupción, dentro del cual, si bien se consagró con precisión un límite temporal para realizar las modificaciones a las



pliegos de condiciones y/o términos de referencia, nada dijo en relación con los linderos de tipo de material o de contenido a los que en esta oportunidad se refiere la Sala. Por contera, las conclusiones aquí extraídas en cuanto a la inviabilidad de modificar de manera sustancial dichos documentos a la luz de los postulados de la Ley 80, sin duda están llamadas a incorporarse en los procedimientos de selección adelantados bajo la vigencia de la Ley 1474 de 2011”

Continuó el Alto Tribunal:

*“En ese sentido se tiene que en atención a los primeros, esto es los límites materiales, es evidente que las entidades contratantes **no podrán alterar aspectos sustanciales o esenciales del pliego de condiciones (como por ejemplo: el objeto, los criterios de selección, la ponderación de los criterios de escogencia, entre otros).**”* (Subrayas de la Sala).

La modificación de la condición sustancial del contrato dependerá si se ha afectado la posibilidad de presentarse una mejor oferta por los otros interesados, hasta tal punto que de haberse conocido la modificación, se hubiera ampliado la oferta de licitantes o quienes concurren hubieran presentado ofertas sustancialmente distintas a las formuladas, y hubieran tenido la opción de haber presentado una mejor propuesta.

En síntesis, el Consejo de Estado ha señalado la prohibición para la Administración de modificar las condiciones sustanciales del contrato estatal y de su pliego de condiciones, incluido el objeto y los criterios habilitantes y de ponderación aplicados en el proceso de selección. Corresponderá determinar la noción de “*condiciones sustanciales del contrato*”, que debe definirse en función de cada caso en concreto, según la naturaleza del contrato y las obligaciones estipuladas. A partir de este supuesto, algunos elementos pueden precisar este concepto jurídico indeterminado.

Con fundamento en la conclusión a la que arribó el Alto Tribunal, es preciso que la administración tenga en cuenta que la modificación propuesta no contempla la eliminación de alguno de los perfiles que fueron validados como requisito habilitante, y sí la inclusión de un perfil adicional que guarda absoluta relación con la formación previamente requerida y con la finalidad a satisfacer por parte del Fondo. Con base en ello, y con la intención de determinar si el cambio planteado corresponde a la modificación de condiciones sustanciales del contrato, es prudente que se revise si este altera las previsiones señaladas en el proceso de selección de una forma que permita concluir que el resultado de la evaluación hubiera sido otro, se hubiera podido contar con una participación más alta o se deriva en un contrato de naturaleza diferente. Si de este análisis el Fondo establece que no hubiese sido distinto el resultado, podría afirmarse que no constituye una condición sustancial del contrato. Por el contrario, si se resuelve que si hubiese podido variar, entonces es prudente abstenerse de realizar algún cambio a las condiciones técnicas inicialmente definidas.

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