

**MEMORANDO**

450

Bogotá, D.C.,

**PARA:** HORACIO GUERRERO GARCIA  
Alcalde Local ( E ) de Ciudad Bolívar**DE:** Director de Contratación**ASUNTO:** Concepto Jurídico – Respuesta Memorando N° 20216920013033 de fecha 01/06/2021

Respetado Dr. Guerrero

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 el literal m) del artículo 25 del Decreto Distrital 411 de 2016, cuyo tenor literal 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”<sup>1</sup>. Por su parte, el profesor Gustavo Penagos, profundizó así “los conceptos que emitan las autoridades (...) ni comprometen la responsabilidad de la entidad ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución, simplemente, por tratarse de meros conceptos, que no contienen decisiones, sino pareceres o criterios de la respectiva entidad”<sup>2</sup>. El mismo autor indica que en virtud del parágrafo del artículo 57 del Decreto 2117 de 1992, solamente se pueden considerar obligatorios los conceptos emitidos por la DIAN, mediante su Subdirección Jurídica, y su desconocimiento podrá acarrear sanción disciplinaria.

Por otro lado, existe importante jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, a saber “De la formulación de consultas escritas o verbales las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y en relación con las respuestas, establecen que ellas no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución. Mediante los conceptos se absuelven consultas tanto de funcionarios como de particulares formuladas en procura de conocer, desde el punto de vista jurídico, criterios y opiniones acerca del problema consultado...” (Sección Primera, Auto mayo 6 de 1994, M.P. Yesid Rojas Serrano).

En igual sentido mediante sentencia de la Sección Segunda del 06 de febrero de 1997 radicado 7736, se sostuvo que los conceptos jurídicos “no contienen una decisión capaz de crear, modificar, ni extinguir situación jurídica de ninguna índole, ya sea de carácter general o particular”. Y otra jurisprudencia de la misma Alta Corporación fue enfática en señalar que “Fácilmente se advierte que la simple opinión de un funcionario en un caso particular, no tiene virtualidad alguna de obligatoriedad”<sup>3</sup>

En este orden de ideas, es preciso concluir que, aunque por expresa disposición normativa e imperativo jurisprudencial, a la Dirección de Contratación le ha sido asignada la función de atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia, los mismos no obligan tal como se ha argumentado con suficiencia.

### 3. CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO.

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

(...) “De la manera más atenta, solicitamos de su ayuda para la orientación sobre el, tema jurídico para evaluar la mejor solución para las partes involucradas en el contrato de interventoría CIN 493 de 2020 celebrado en el Fonda de Desarrollo Local de Ciudad Bolívar y YOHAN BERMUDEZ cuyo objeto es “REALIZAR LA INTERVENTORIA TECNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, LEGAL, JURÍDICA, SOCIAL, AMBIENTAL Y SST AL CONTRATO DE OBRA PUBLICA QUE TIENE POR OBJETO: “EJECUTAR A MONTO AGOTABLE FOR EL SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS SIN FORMULA DE REAJUSTE, LAS OBRAS DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y/O CORRECTIVO DE LOS EQUIPAMIENTOS PARA LA ATENCION DE LA PRIMERA INFANCIA ADMINISTRADOS FOR LA SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACION SOCIAL UBICADOS EN LA LOCALIDAD DE CIUDAD BOLIVAR”, dado que durante la vigencia 2020 en el mes de diciembre se realizaron los procesos de concurso de méritos y licitación de obra

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

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

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

pública, para adjudicar los mantenimientos de los jardines infantiles de la localidad de Ciudad Bolívar administrados por la SDIS, cabe anotar que el proceso de licitación de obra pública FDLCB-LP-003-2020 cuyo objeto fue "EJECUTAR A MONTO AGOTABLE POR EL SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS SIN FORMULA DE REAJUSTE, LAS OBRAS DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y/O CORRECTIVO DE LOS EQUIPAMIENTOS PARA LA ATENCIÓN DE LA PRIMERA INFANCIA ADMINISTRADOS POR LA SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL UBICADOS EN LA LOCALIDAD DE CIUDAD BOLÍVAR" se declaró desierto mediante RESOLUCIÓN NUMERO 126 DE 2020 31 DE DICIEMBRE DE 2020 "POR MEDIO DE LA CUAL SE DECLARA DESIERTO EL PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA No. FDLCB-LP-003-2020". Sin embargo, el mismo día en el cual se encontraba adjudicándose el proceso de construcción, paralelamente se adjudicaba el proceso de interventoría, razón por la cual dicho proceso de interventoría continuó y fue adjudicado al oferente que ganó la convocatoria YOHAN BERMUDEZ, firmado el día 31 de diciembre de 2020.

Ahora bien, si bien en el presente año 2021 se podría, eventualmente, sacar una nueva licitación de obra pública como contrato principal para esta interventoría, dicha opción no es posible, ya que el actual plan de desarrollo "UN NUEVO CONTRATO SOCIAL Y AMBIENTAL PARA CIUDAD BOLÍVAR 2021- 2024.", no incluye la meta intervención de jardines infantiles administrados por la SDIS dentro de los proyectos sociales planteados a desarrollar durante el cuatrienio."(...)

#### **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 nos permitimos citar concretamente de la siguiente manera:

" (...) De acuerdo a las razones antes mencionadas de la contratación de la interventoría y los impedimentos para utilizar los recursos de los excedentes económicos del anterior Plan de Desarrollo Local para la contratación de la realización de las obras en los jardines, solicitamos el análisis profundo y un estudio dedicado sobre este tema ya que no habíamos tenido antes este tipo de situación y no tenemos claro el actuar para culminar dicho proceso, por eso pedimos de su ayuda y colaboración, dado que debemos tomar la mejor decisión con el fin de dar por terminado este vínculo contractual de la mejor manera posible sin afectar a ninguna de las partes involucradas. (...)"

##### **4.1. Análisis Normativo**

##### **Interventoría en Contratos Estatales**

Las Entidades Estatales tienen la obligación de asegurar el cumplimiento del objeto contractual de los contratos que celebren, para lo cual tendrán la dirección general y responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato (Numeral 1, Artículo 14 de la Ley 80 de 1993).

Como manifestación de este deber, se encuentran las figuras de la supervisión e interventoría. Frente a la interventoría<sup>4</sup> de un contrato estatal es "el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría" (Inciso tercero del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011).

<sup>4</sup> El diccionario de la Real Academia de la Lengua define al interventor como aquel "que interviene" y en su segunda acepción, como la "Persona que autoriza y fiscaliza ciertas operaciones para asegurar su corrección".

Así, la interventoría es llevada por una persona externa a la entidad contratada para tal efecto, la cual debe verificar el cumplimiento del objeto contractual, de tal manera que se asegure el cumplimiento de la calidad, cantidad, costo y cronograma del contrato, entre otros aspectos.

A la luz de lo preceptuado en el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se establece que la interventoría es una especie del contrato de consultoría:

*“Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.*

*Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos (...).”*

Del examen de la disposición transcrita resulta perfectamente posible señalar, como lo hizo la jurisprudencia en la sentencia del 30 de noviembre de 2006, frente a la diferencia sustancial y la naturaleza del contrato de interventoría que menciona:

*“En principio se puede establecer una diferencia sustancial entre estos dos tipos de contratos, pues, el de consultoría consiste, básicamente, en la realización de estudios, diseños y en la asesoría técnica al control y supervisión de proyectos, así como en la interventoría y en la gerencia y dirección de obras o proyectos, lo cual encierra una variedad muy amplia de actividades, todas ellas regidas por un común denominador de índole técnico y cargadas de un matiz especializado en la ejecución de este tipo de contratos.”*<sup>5</sup>  
(Subrayado fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo mencionado, se concluye que el Contrato de interventoría corresponde a una especie del contrato de consultoría cuyo objeto concreto consiste en el control, vigilancia, inspección y verificación del cumplimiento de una, varias o todas las obligaciones derivadas de un contrato celebrado por una entidad estatal, en nombre y representación de ella.

### **El acto de adjudicación del contrato estatal**

La adjudicación del contrato estatal ha sido entendida jurisprudencial y doctrinalmente como el acto (administrativo) mediante el cual una entidad pública manifiesta su aceptación a la propuesta u oferta presentada por alguno de los participantes en un proceso de selección, y se obliga a suscribir con este el contrato proyectado.

Tal decisión implica la escogencia o selección definitiva de dicho oferente, con base en el respectivo informe de evaluación y calificación de las propuestas, descartando, por lo tanto, a los demás oferentes y a las demás propuestas.

En esa medida, el acto de adjudicación se asemeja a la aceptación de la oferta en los contratos de derecho privado<sup>6</sup>, con la diferencia de que en estos, en virtud de los principios de la autonomía de la voluntad y de la consensualidad, la aceptación oportuna perfecciona el respectivo contrato, como regla general, salvo en los denominados contratos solemnes y reales, y hace surgir los derechos y obligaciones pactados o derivados del mismo, mientras que en los contratos estatales, debido a su carácter solemne definido por la ley (artículo 41 de

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 30.832, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>6</sup> Artículos 850 y siguientes del Código de Comercio.

la Ley 80 de 1993), estos no se perfeccionan con la notificación del acto de adjudicación, sino con la suscripción, por las dos partes, del documento que contenga las respectivas cláusulas o estipulaciones.

Consecuencia de lo anterior es que el acto de adjudicación no da lugar, por sí mismo, al nacimiento de las obligaciones y los derechos que genera el contrato, sino a otra clase de obligaciones y derechos recíprocos entre la entidad estatal y el adjudicatario, esto es, a la obligación y al derecho que ambas partes adquieren de suscribir el contrato proyectado<sup>7</sup>, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones y con las previsiones contenidas en dicho documento, en sus modificaciones, adendas, anexos y en la propuesta que haya sido aceptada (siempre que no contradiga aquellos documentos).

### **Características del Acto de Adjudicación**

La jurisprudencia y la doctrina han distinguido tres notas características del acto de adjudicación del contrato estatal, a saber: (i) es un acto administrativo de carácter definitivo y de alcance particular; (ii) es irrevocable, por regla general, y (iii) es obligatorio, tanto para la entidad contratante como para el adjudicatario.

#### *(i) Es un acto administrativo de carácter definitivo y de alcance particular*

Un acto administrativo, razón por la cual debe ser motivado en forma razonada y suficiente, y expedirse con las formalidades propias de este tipo de actos jurídicos y es un acto de carácter definitivo, porque con él termina el proceso de selección y la administración adopta una decisión definitiva sobre la futura celebración del contrato proyectado.

En esa medida, el acto de adjudicación debe ser notificado al adjudicatario y comunicado a los demás proponentes, y puede ser controlado por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como lo permite expresamente el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Si bien no proceden contra dicho acto los recursos propios del procedimiento administrativo (reposición, apelación y queja), esto obedece a que así lo dispuso expresamente el artículo 77 de la Ley 80, y no a que la adjudicación carezca de la condición de acto administrativo definitivo.

#### *(ii) Es irrevocable, por regla general*

El artículo 9º de la Ley 1150, que dispone, en su inciso tercero, lo siguiente:

*“Artículo 9o. De la adjudicación. (...)*

*(...) El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante, lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. (...)*

Como se observa en el artículo, se establecen dos excepciones a la irrevocabilidad del acto de adjudicación, que antes estaba consagrada en términos absolutos. Tales salvedades son: (i) cuando al adjudicatario le sobreviene

<sup>7</sup> En el mismo sentido se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 13 de junio de 2011 (expediente 19936), en la cual se explicó que, a diferencia de lo que ocurre en algunas legislaciones foráneas, en nuestro derecho la adjudicación del contrato estatal no perfecciona el respectivo contrato, sino que para ello se exige el cumplimiento de una formalidad adicional y posterior, consistente en la suscripción del correspondiente documento o minuta por las dos partes

una inhabilidad o incompatibilidad, siempre que sea posterior a la adjudicación y anterior a la celebración del contrato, y (ii) cuando pueda demostrarse que la adjudicación “se obtuvo por medios ilegales”.

También, respecto al acto administrativo de adjudicación, resultan aplicables las causales de revocación consagradas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: 1) Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley, o 2) Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él; o 3) Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

### **Revocabilidad Excepcional del Acto de Adjudicación**

La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha manifestado, sobre la obligatoriedad y la irrevocabilidad del acto de adjudicación. Así, por ejemplo, en sentencia del 13 de junio de 2011<sup>8</sup>, la Sección Tercera sostuvo:

*“... el acto de adjudicación supone -desde una faceta positiva- la selección y por lo mismo la aceptación de la oferta que se estima la más conveniente y favorable con arreglo a lo dispuesto en los pliegos de condiciones y -desde una faceta negativa- la no adjudicación a los otros proponentes.*

*Sin embargo, conviene precisar que el acto de adjudicación, en tanto por él se acepta la oferta del oferente favorecido y se concluye el procedimiento licitatorio, en el derecho nacional aunque no perfecciona el vínculo jurídico en tratándose del contrato estatal, **es presupuesto sine qua non para la ulterior celebración del respectivo contrato, como que crea la obligación tanto para la administración como para el adjudicatario de elevar a escrito el acuerdo de voluntades.***

***De modo que la suscripción no es sino la formalización de la voluntad administrativa de la entidad licitante expresada a lo largo de ese proceso y de la del co-contratante que formuló la oferta seleccionada, en lo que Alessi llama “fase integrativa”, con el fin de lograr el perfeccionamiento del contrato en los términos del artículo 41 de la Ley 80. Con esta perspectiva, el artículo 9° de la Ley 1150 de 2007 establece que el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.***

*Por manera que, el acto administrativo de adjudicación produce una serie de consecuencias jurídicas respecto de las partes intervinientes en el procedimiento: i) el derecho subjetivo del adjudicatario, como situación excluyente para contratar con el Estado; ii) deber jurídico correlativo del licitante de contratar con el adjudicatario; iii) mantenimiento inalterable de los pliegos de condiciones, entre otros, directamente entroncados con la celebración misma del negocio jurídico”.*

(Negrilla y Subrayado fuera de texto).

En el mismo sentido, la referida sección explicó lo siguiente, en sentencia del 13 de mayo de 2015<sup>10</sup>:

*“(...) 4.1. Acto de adjudicación*

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio de 2011, expediente 19936.

<sup>9</sup> Alessi, Renato, Instituciones de Derecho Administrativo, Barcelona, Bosch, 1970, p. 292”.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 2015, expediente 28647.



*Es un acto administrativo por medio del cual se produce la escogencia del futuro contratista y que justifica todo el proceso de selección que inició con el acto de apertura del proceso de selección. Esta manifestación de voluntad debe materializarse a través de un acto motivado... A partir de la notificación de la Resolución de Adjudicación, nacen obligaciones y derechos correlativos entre la Administración y el futuro contratista.” (...)*

Ahora bien, del recuento legal y jurisprudencial efectuado hasta ahora en relación con el acto de adjudicación del contrato estatal, se concluye claramente que, en la actualidad, dicho acto administrativo solamente puede ser revocado sin consentimiento del afectado cuando se presente alguna de las dos situaciones descritas en el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007, o ambas causales simultáneamente, razón por la cual podría afirmarse, en principio, que únicamente en esos casos la entidad estatal que ha hecho la adjudicación no estaría obligada a celebrar el respectivo contrato.

Sobre el particular el Consejo de Estado<sup>11</sup> ha considerado: *“i) en vigencia de la Ley 80 de 1993 el acto de adjudicación era, sencillamente, irrevocable; ii) pero en vigencia de la Ley 1150 esta idea cambió, porque es teóricamente irrevocable, pero en la práctica revocable casi en los mismos casos en que lo regulaba el CCA para cualquier otro acto administrativo particular favorable –pero por aplicación de las causales de la Ley 1150-; y iii) con la Ley 1437 de 2011 cualquier acto administrativo particular favorable es irrevocable –salvo consentimiento del titular-, pero el de adjudicación quedó sujeto a la norma especial que lo regula –la Ley 1150-, de manera que tiene más supuestos de revocabilidad que los del común de los actos administrativos favorables.”*

En desarrollo a lo anterior es importante establecer cuál ha sido el desarrollo jurisprudencial, frente a otras circunstancias diferentes a las establecidas en el artículo 9 de la ley 1150 de 2007, como es la situación planteada en la consulta por parte del FDL de Ciudad Bolívar.

### **Otras situaciones que pueden impedir la celebración del contrato adjudicado**

Mediante Concepto la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado<sup>12</sup>, desarrolla un análisis frente al acto de adjudicación y las circunstancias adicionales que pudieran liberar a una entidad pública de suscribir un contrato previamente adjudicado, el cual manifiesta:

*(...)“**A este respecto, recuerda la Sala que un principio de derecho universalmente aceptado es que “a lo imposible nadie está obligado”. Este principio es el fundamento, entre otros, de la institución del caso fortuito o la fuerza mayor, como circunstancia que extingue las obligaciones y exonera de responsabilidad civil al deudor.***

*Como se sabe, el caso fortuito o fuerza mayor está definido en el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, que subrogó el artículo 64 del Código Civil, en los siguientes términos:*

*“Artículo 1º. Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.*

*Igualmente, debe recordarse que el artículo 1625 del mismo código establece las causales o modos de extinción de las obligaciones, entre las cuales incluye **“la pérdida de la cosa que se debe”** (numeral 7º). Para la doctrina en materia de obligaciones, esta forma de extinción debe entenderse referida a toda situación que **haga imposible, de modo absoluto**, el cumplimiento o la ejecución*

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C, Sentencia del 26 de marzo de 2014, Expediente 25750. Consejero Ponente. Enrique Gil Botero.

<sup>12</sup> Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00098-00(2346) Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS, Fecha (15) de agosto de (2017)

*de la obligación, incluyendo no solo las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto (a las cuales pareciera referirse la norma citada), sino también las obligaciones de hacer y no hacer<sup>13</sup>.” (...)*

(Subrayado y negrillas fuera de texto).

Entonces, el principio de que “a lo imposible nadie está obligado”, se infiere que cuando el cumplimiento de una obligación, cualquiera que ella sea, deviene absoluta y permanentemente imposible por un hecho ajeno a la voluntad del deudor (ajenidad) que, además, no puede ser previsto (imprevisibilidad) ni controlado o superado (irresistibilidad) en condiciones normales, el deudor de dicha obligación debe entenderse liberado o exonerado de la misma y, por contera, no es responsable de los perjuicios que la inejecución de la obligación pueda causar al acreedor.

Y al respecto la Sala del Consejo de Estado concluye:

*(...) “Resalta la Sala que puede haber circunstancias que, aun teniendo las características anotadas de ajenidad, imprevisibilidad e irresistibilidad, no hagan imposible el cumplimiento de la obligación, sino que solamente la hagan más difícil y onerosa de ejecutar por parte del deudor. En tales eventos, el deudor no puede entenderse librado o exonerado de la obligación, aunque el ordenamiento jurídico, en algunos casos, le otorga otros remedios, sobre todo cuando la obligación se origina en un contrato bilateral, oneroso y comutativo (por ejemplo, por la vía de la “teoría de la imprevisión”, en los contratos de derecho privado, o del “restablecimiento del equilibrio económico”, en los contratos estatales).”*

*(...)*

*Ahora bien, dado que la adjudicación del contrato estatal genera la obligación recíproca (para la entidad estatal y para el adjudicatario) de suscribir el contrato proyectado, como ya se explicó, la Sala considera que dicha obligación podría extinguirse, de acuerdo con lo que se viene explicando, cuando la ejecución del contrato adjudicado se vuelva imposible por un hecho sobreviniente y, en consecuencia, también resulte imposible (y además, sin sentido) su celebración.*

*Piénsese, por ejemplo, en que, después de adjudicado el contrato (de obra, de arrendamiento, de compraventa, entre otros) y antes de su celebración, el bien material sobre el cual debía recaer dicho contrato desaparezca por una circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor (un terremoto, un alud etc.) y no sea posible sustituirlo por otro, debido a que se trate de una especie o cuerpo cierto o de otro bien que reúna determinadas características específicas requeridas por la entidad estatal.*

*También podría ocurrir que, después de adjudicado el contrato y antes de su celebración, se suprimieran las funciones en relación con las cuales la entidad estatal había adjudicado el contrato y no se reasignaran o transfirieran a ninguna otra entidad u organismo, o se suprimiera y se ordenara la liquidación de la entidad que hubiera adjudicado el contrato, sin que se trasladaran sus funciones a otra entidad pública o privada, o que una autoridad judicial ordenara de manera definitiva no suscribir el contrato.*

*Asimismo podría suceder que el adjudicatario se extinguiera, ya sea por muerte, en el caso de las personas naturales, o por liquidación, en el caso de las personas jurídicas, después de que se le haya adjudicado el contrato y antes de su perfeccionamiento. En tales eventos, dado que los contratos estatales son calificados como intuitu personae (en relación con el contratista), como lo dice expresamente el artículo 41, inciso 3°, de la Ley 80 de 1993, la entidad estatal que haya adjudicado el contrato no podría ser obligada a suscribirlo con otra persona natural o jurídica distinta (por ejemplo, con los herederos de la persona natural adjudicataria, o los socios de la persona jurídica liquidada).*

<sup>13</sup> URIBE Holguín, Ricardo. De las obligaciones y del contrato en general. Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1980, página 228.



Como se aprecia, en todos estos casos y en otros similares, se trata de circunstancias sobrevinientes a la adjudicación del contrato y anteriores a su celebración, que tendrían las características propias del caso fortuito o fuerza mayor y harían imposible, en forma absoluta y definitiva, el cumplimiento de la obligación de suscribir el contrato estatal.

En conclusión, la Sala considera que no solamente en las dos hipótesis previstas en el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007, que dan lugar a la revocatoria del acto de adjudicación, sino además en cualquier evento en que la celebración y ejecución del contrato se vuelvan imposibles, de manera absoluta y definitiva, por el acaecimiento de un hecho constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, después de adjudicado el contrato y antes de su celebración, la entidad estatal quedaría eximida o liberada de su obligación de suscribir el respectivo contrato.

(Subrayado y negrillas fuera de texto).

De lo mencionado y al caso en concreto, el contrato de interventoría CIN 493 de 2020 celebrado en el Fondo de Desarrollo Local de Ciudad Bolívar y YOHAN BERMUDEZ cuyo objeto es: "Realizar la interventoría técnica, administrativa, financiera, legal, jurídica, social, ambiental y SST al contrato de obra pública que tiene por objeto: "ejecutar a monto agotable por el sistema de precios unitarios sin fórmula de reajuste, las obras de mantenimiento preventivo y/o correctivo de los equipamientos para la atención de la primera infancia administrados por la secretaría distrital de integración social ubicados en la localidad de Ciudad Bolívar", no se puede ejecutar por cuanto el proceso de licitación pública N° FDLCP-LP-003-2020 se declaró desierto mediante Resolución N° 126 DE 2020, sumado a esto y según lo manifestado por el FDL, la meta de intervención a jardines infantiles no hace parte del Plan de Desarrollo "Un Nuevo Contrato Social para Ciudad Bolívar 2021-2024", lo que hace imposible realizar un nuevo proceso licitatorio.

Del imposible cumplimiento se deduce de la relación y/o conexidad que existe entre el contrato de obra y el contrato de interventoría que implica que las obligaciones del contrato de obra constituyen, precisamente, el objeto del abstracto contrato de interventoría y, en conjunto, las obligaciones de uno y otro están orientadas a un fin práctico común.

Tan manifiesta es la relación de conexidad o de dependencia que existe entre uno y otro negocio jurídico que el contrato de interventoría sólo nace si existe un contrato de obra que deba ser objeto de interventoría, las obligaciones específicas del contrato de interventoría recaen sobre los trabajos propios del contrato de obra y si, por ejemplo, este último termina de manera anticipada, el contrato de interventoría carecerá de objeto y, por consiguiente, se extinguirá por la desaparición de aquél, de modo que el contrato de interventoría depende del contrato de obra y éste predomina sobre el primero.


Así las cosas y de acuerdo al imposible cumplimiento del objeto contractual del contrato de interventoría, el acto de adjudicación no se ajustaría a los preceptos normativos, en este caso a la normatividad contractual, ya que como se había mencionado, la interventoría tiene como objetivo el seguimiento técnico al cumplimiento de un contrato, situación que, en el caso objeto de estudio, el proceso licitatorio fue declarado desierto y por tanto, no existe contrato de obra.

Por lo anterior, el FDL de Ciudad Bolívar, realizado su análisis respectivo al caso expuesto, podría evaluar la alternativa jurídica de proceder a la revocación del acto de adjudicación de conformidad con lo establecido en el artículo 93 y subsiguientes C.P.A.C.A

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 RENÉ CAMACHO SÁNCHEZ**

Director de Contratación

Elaboró: John Alexander Ch.- Abogado Contratista Dirección de Contratación.