

MEMORANDO

450

Bogotá, D.C.,

PARA: DAIRO ALIRIO GIRALDO CASTAÑO
Alcalde Local de Santa Fe**DE: Director de Contratación****ASUNTO: Concepto Jurídico – Respuesta Memorando N° 2021532000183 de fecha 18/05/2021**

Respetado Dr. Giraldo,

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”*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 párrafo 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.

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

El Fondo de Desarrollo Local de Santa Fe actualmente cuenta con dos contratos de intervención con actividades de obra pública en la malla vial local, los cuales fueron suscritos en el año 2019. Sin embargo, a causa de la pandemia mundial causada por el virus COVID-19, los contratos fueron suspendidos en el mes de marzo de 2020.

Para ser reiniciados los contratos de obra pública, se requirió a los contratistas ejecutores de actividades de obra e interventoría, cumplir con los protocolos de bioseguridad establecidos por el gobierno nacional y distrital.

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.

Por lo anterior, y garantizando el cumplimiento de los protocolos de bioseguridad los contratos de obra fueron reiniciados en el mes de mayo de 2020. No obstante, factores económicos como la implementación de dichos protocolos de bioseguridad, incluyen insumos y elementos fungibles y no fungibles los cuales nunca fueron contemplados dentro del presupuesto de obra toda vez que dentro de la matriz de riesgo de los proyectos nunca se contempló la pandemia indicada.

Es por eso, que esta Alcaldía Local solicita amablemente a su entidad se nos indique cuáles son las recomendaciones dadas para el manejo financiero de los protocolos de bioseguridad (insumos y elementos) de los contratos que se encontraban en ejecución a la llegada de la pandemia y que no contemplaron en su estructura de costos en la etapa precontractual.

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

Una vez analizados 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:

“(…) Es por eso, que esta Alcaldía Local solicita amablemente a su entidad se nos indique cuáles son las recomendaciones dadas para el manejo financiero de los protocolos de bioseguridad (insumos y elementos) de los contratos que se encontraban en ejecución a la llegada de la pandemia y que no contemplaron en su estructura de costos en la etapa precontractual. (…)”

Antecedentes fácticos

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

La aparición del virus Covid19 y su declaración por la Organización Mundial de la Salud-OMS-, como pandemia a inicios de la vigencia 2020, trajo consigo la toma de decisiones por parte de los diferentes gobiernos mundiales que permitiesen la conservación de la vida y la salud de la población, considerando su importancia y letalidad.

Es así como el gobierno colombiano, a través del Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria a nivel nacional (Resolución No. 385 del 12 de marzo de 2020), la cual ha sido prorrogada en diferentes ocasiones. Dentro de las estrategias adoptadas para evitar la propagación del virus se encuentra el aislamiento preventivo obligatorio, y el aislamiento preventivo inteligente, medidas que se tomaron con la intención de evitar el colapso del sistema de salud, para que los integrantes del territorio nacional tuvieran la posibilidad de acceso al mismo.

Implementación de protocolos de Bioseguridad

Como una de las medidas del Gobierno Nacional y los Gobiernos Territoriales para reactivar determinadas actividades del sector productivo, se ordenó la implementación de protocolos de bioseguridad a través de la Resolución 666 del 24 de abril de 2020⁴, la cual define un protocolo de bioseguridad como “*un conjunto de normas y medidas de protección personal, de autocuidado y de protección hacia las demás personas, que deben ser aplicadas en diferentes actividades que se realizan en la vida cotidiana, en el ambiente laboral, escolar, etc., que se formulan con base en los riesgos de exposición a un determinado agente infeccioso y, que están orientados a minimizar los factores que pueden generar la exposición al agente y su transmisión.*”

⁴ Ver <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/abece-resolucion-666.pdf>

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

Como consecuencia de la normativa transcrita, la implementación de los respectivos protocolos de bioseguridad fue de carácter obligatorio para la población mencionada en el párrafo anterior, situación que trajo consigo la necesidad de incurrir en algunos costos que muy seguramente no fueron contemplados de manera anticipada, por la imposibilidad de prever su necesidad.

No obstante, esta circunstancia no supone *per se* que se hayan generado situaciones de desequilibrio contractual, sino que es necesario examinar por parte del Fondo de Desarrollo Local, las particularidades de cada caso.

Análisis Normativo:

El efecto vinculante del contrato, así como la obligatoriedad a ultranza de sus efectos, tanto los correspondientes a la disposición de las partes como los que se le integran por la extensión legal o jurisprudencial de su contenido, han sido resumidos en el bien conocido principio de *pacta sunt servanda*, que de plano tiende a excluir cualquier injerencia externa: solo las partes están legitimadas, de consuno, y excepcionalmente de manera unilateral, para modificarlo o disolverlo. Empero, paralelamente se pone de presente el principio, también universalmente reconocido, del sometimiento de las partes, en todo momento, a las reglas de la buena fe, lealtad, corrección, equidad, solidaridad, cuyo calado se acompasa con la sensibilidad social de los tiempos. Uno y otros principios están reconocidos en los códigos y, siendo al parecer excluyentes, han de acomodarse mutuamente⁵

Del relato de los hechos, se tiene que el contrato se estimó en una suma que no consideró los costos asociados a la implementación de los protocolos, pues en la matriz de riesgos la ocurrencia de una pandemia y por ende el desarrollo de estrategias de bioseguridad nunca fue contemplado. Frente a este particular, es preciso diferenciar los riesgos previsibles, de los imprevisibles.

La teoría de la imprevisión procede cuando la ejecución de un contrato conmutativo se torna excesivamente onerosa para una de las partes, en razón a hechos sobrevinientes, extraordinarios e imprevisibles a su celebración, de forma que se autoriza su revisión por parte del juez, con el objeto de reajustar el contrato. Según la doctrina y la jurisprudencia, los elementos que estructuran esta teoría son: a) Que el contrato sea bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva, periódica o diferida y, por ende, excluye los contratos de ejecución instantánea; b) Que se presenten circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles posteriores a la celebración del contrato en el caso concreto; c) Que esas circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles alteren o agraven la prestación a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa; y d) Que el acontecimiento resulte ser ajeno a las partes.⁶

Por su parte, los riesgos previsibles son aquellos eventos que pueden ocasionarse por acciones negativas en la contratación o por riesgos operacionales que se manifiestan durante el proceso precontractual, que afectan la

⁵ Hinestrosa Fernando, Teoría de la imprevisión, pág 10.

⁶ Consejo de Estado, radicación 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476), C.P Ruth Stella Correa Palacio, 28 de septiembre de 2011

ejecución del contrato y que pueden ocurrir o no. Teniendo en cuenta que estos riesgos se incluyen en la matriz de riesgos, donde se estiman y asignan a quien tenga la mayor capacidad para asumirlos, se descarta de tajo la aplicación de la teoría de la imprevisión para este tipo de sucesos.

Con base en lo señalado, es posible entonces afirmar que la llegada de un virus mortal que diera lugar a la declaratoria de una pandemia es un hecho extraordinario, ajeno a la voluntad de las partes y que no tiene antecedentes en el tiempo cercano. Sin embargo, para que haya lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisibilidad, es necesario que, en línea con lo decantado por la jurisprudencia, el FDL realice una valoración para determinar si la aplicación de los protocolos realmente resulta excesivamente oneroso, al punto de afectar considerablemente el equilibrio económico del contrato.

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

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

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

...

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

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

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

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

(...)”

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

1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales

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

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

...

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

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

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

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

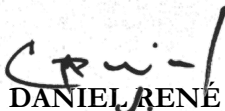
Bajo estas consideraciones, no resultaría acertado asumir una postura que permita emitir recomendaciones generales, pues cada caso habrá de analizarse en torno a la realidad de la ejecución contractual, el grado de afectación, la dificultad para la ejecución y por supuesto la imprevisibilidad del hecho.

No obstante se deja la claridad que el análisis anterior se predica de los contratos que fueron suscritos con anterioridad a la declaratoria de la emergencia derivada del Covid 19 y sobre cuales fue necesario implementar los mencionados protocolos de bioseguridad durante su ejecución, ya que en los contratos que se suscribieron con posterioridad a la declaratoria mencionada se debe contemplar la implementación de protocolos, pues la naturaleza de fenómeno o situación imprevisible fue mutada, y la misma ahora es de amplio conocimiento, por

lo que no podría catalogarse ni siquiera como riesgo, sino más bien como obligación contractual, que debe exigirse en cumplimiento de un deber legal.

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 Chalarca Gómez – Abogado Dirección de Contratación
Brenda Viviana Jiménez Díaz – Abogada Dirección de Contratación.