

MEMORANDO

450

Bogotá, D.C.,

PARA: WILLIAM ALEJANDRO RIVERA CAMERO
Alcalde Local de Rafael Uribe Uribe (E)**DE:** Director de Contratación**ASUNTO:** Respuesta a la consulta elevada a través de radicado No. 20216820006533 del 15 de marzo de 2021, y remitida a la Dirección de Contratación el día 22 de abril de 2021.

Respetado Dr. Rivera,

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 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.

La consulta se presentó en los siguientes términos:

(...) no existe evidencia del cumplimiento la cláusula segunda obligaciones específicas del Jardín Botánico José Celestino numeral cinco (5)" Realizar las (3) presentaciones públicas, una antes la comunidad en general y dos (2) ante la Junta Administradora Local (JAL)".

(...) dicha obligación no se encuentra cuantificada y con el fin de proceder a culminar la obligación por parte del Fondo Local Rafael Uribe Uribe, es necesario realizar las presentaciones con fines de liquidación, culminar el proceso."

Para ponderar la situación relatada, es necesario que el Fondo analice cada uno de los puntos que se exponen a continuación.

1. Es necesario requerir al supervisor del convenio por parte del Fondo:

Con el fin de establecer si las actividades se ejecutaron acorde con lo convenido, no es suficiente la revisión del expediente por parte del área de obligaciones por pagar, y aunque en este deberían reposar todos los soportes de la ejecución, es primordial solicitar información adicional al supervisor, ya que puede ocurrir que haya omitido su remisión para archivo. Por esto, recomendamos que, como primera medida, se agote este paso.

2. Entablar comunicación con el Jardín Botánico

Si no es posible recopilar las evidencias a través del supervisor, cualquiera que sea la razón, es prudente comunicarse con la Entidad, a fin de indagar si cuentan con soportes del cumplimiento de la obligación faltante.

3. Revisar en términos de ejecución material del objeto convenido, el peso de la obligación faltante frente a las demás y la posibilidad de aceptar un cumplimiento tardío:

Si del análisis que realice el Fondo, se concluye que el objeto del convenio se ejecutó en su mayor proporción y en debida forma, es prudente que se revise la posibilidad de aceptar un cumplimiento de la obligación, es decir por fuera del plazo contractual. Así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, indicando que:

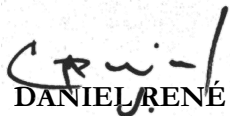
*En consecuencia, (...) lo cierto es que imperativos de justicia y de repulsión al abuso del derecho, llevarían de cualquier modo a considerar que cuando el plazo pactado es esencial al negocio, o cuando su infracción acarrea la decadencia del fin práctico perseguido por las partes, o, en general, cuando surja para el afectado un razonable interés en la resolución del mismo, el cumplimiento retardado no puede enervar la acción resolutoria, **a menos claro está, que éste lo hubiese consentido o tolerado.**» (CSJ SC de 21 sep. 1998, rad. N° 4844)*

Queda claro entonces que, al tratarse de un acuerdo de voluntades, aun cuando la vigencia haya expirado, es posible consentir un cumplimiento por fuera del plazo contractual. Sin embargo, esta tesis tiene sus límites en tratándose de derecho público, por cuanto siempre se debe propender por la adecuada ejecución de los recursos estatales, por ello, del análisis que se realice para estimar su procedencia o no, debe colegirse que la porción incumplida no significa una afectación de los intereses colectivos, ni de los recursos del Estado.

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