

MEMORANDO

450

Bogotá, D.C.,

PARA: **ANDERSON ACOSTA TORRES**
Alcalde Local de San Cristóbal (E)

DE: Director de Contratación

ASUNTO: Respuesta al radicado No. 20205420012763 de fecha 31 de agosto de 2020, con asunto "Solicitud de concepto jurídico trámite de pago asociado a contratos de prestación de servicios vigencia 2020"

Respetado Doctor Acosta,

En respuesta a su solicitud del asunto, en la cual solicita la emisión de un concepto frente al *"debido proceso para la aprobación de los informes finales para los contratos referidos y sus desembolsos"*, procede esta Dirección a pronunciarse en los siguientes términos:

1. MARCO JURÍDICO PREVIO

Conforme con lo dispuesto en los literales l) y m) del artículo 25 del Decreto Distrital 411 de 2016, cuyo su tenor indica:

"(...)

Artículo 25 Dirección de Contratación. Corresponde Dirección de Contratación (sic) el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

l. Organizar el seguimiento y control jurídico sobre el ejercicio de los contratos a que hace parte la Secretaría de Gobierno y de aquellos suscritos por la Secretaría como unidad Ejecutiva Local con cargo a los Recursos de los Fondos de Desarrollo Local

(...)

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 realizar el seguimiento y control jurídico sobre la ejecución de los contratos suscritos por los Fondos de Desarrollo Local, y de emitir concepto sobre los diferentes asuntos contractuales no solo de la Secretaría, sino también de los citados entes a causa de su actividad contractual. 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 representantes legales de los mencionados Fondos de Desarrollo Local, a la luz de las disposiciones contenidas en el artículo 93 del Decreto 1421 de 1993, artículo 1 del Decreto 460 de 1993 y en el Decreto 768 de 2019.

2. NORMAS APLICABLES

Los artículos 40 y 41 de la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, contemplan:

“Artículo 40°.- Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.

Artículo 41°.- Del Perfeccionamiento del Contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”

Dicho artículo 41 fue modificado en el inciso segundo y el párrafo 1° por el artículo 23 de la Ley 1150 del 16 de julio de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”, en los siguientes términos:

Artículo 23°.- DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. El inciso segundo y el párrafo 1o del artículo 41 de la Ley 80 quedarán así:

“(…)

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda” (Subrayado y negrilla fuera del texto)

(…)

Adicionalmente, el artículo 2.2.1.2.3.1.1 “Riesgos que deben cubrir las garantías en la contratación” del Decreto 1082 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”, indica:

“Artículo 2.2.1.2.3.1.1. Riesgos que deben cubrir las garantías en la contratación. El cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las Entidades Estatales con ocasión de: (i) la presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación; y (iii) los riesgos a los que se encuentran expuestas las Entidades Estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, deben estar garantizadas en los términos de la ley y del presente título”. (Subrayado y negrilla fuera del texto)

3. ANALISIS PRELIMINAR

El perfeccionamiento de un contrato estatal hace referencia al acuerdo de voluntades al que llegan las partes el cual se eleva por escrito. Por su parte, la legalización del contrato es un concepto no contemplado en el Estatuto de la Contratación Pública, sin embargo, en la práctica se utiliza para referirse a los requisitos que deben cumplir las partes del contrato antes de iniciar su ejecución.

Conforme a lo señalado en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, para la ejecución del contrato deben cumplirse los siguientes requisitos: (a) La aprobación de la garantía cuando el contrato la requiera; (b) La existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras, y (c) La acreditación de que el contratista se encuentra al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, en los términos que establezca la normativa.

Por su parte el Manual de Contratación de la Secretaría Distrital de Gobierno, establece en la Etapa de Perfeccionamiento y Ejecución Contractual, en el numeral 7.3.1 EJECUCIÓN DEL CONTRATO, lo siguiente: “ Por regla general la ejecución del contrato o convenio se contará a partir de la suscripción del acta de inicio, y excepcionalmente a partir del perfeccionamiento o de la aprobación de la garantía cuando se trate de contratos en los que dicha acta no aplique, así como de las demás normas legales vinculantes para la materia, por lo tanto el acta de inicio y demás documentos del expediente contractual deben reposar dentro de la respectiva carpeta inmediatamente se generen, radiquen o aprueben, siendo obligación del supervisor entregar al área encargada de adelantar los procesos de selección por medio de memorando radicando los documentos referidos, dependencia que podrá ser apoyada por los responsables de Gestión del Patrimonio Documental para la incorporación en el expediente único.”

Es así que, si se inicia la ejecución del contrato sin cumplir con las condiciones y requisitos para su ejecución, ello constituye un incumplimiento de obligaciones legales que puede conllevar la responsabilidad fiscal, penal y disciplinaria a que haya lugar.¹

Ahora bien, cabe resaltar en virtud del principio de buena fe las entidades públicas deben corregir los errores que identifiquen en los contratos que suscriben conforme a la jurisprudencia constitucional la cual ha definido el principio de buena fe como *“(...) aquel que exige a los particulares y a las autoridades ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”*. Así la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la *“confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”*²

En consonancia con lo anterior, el artículo 28 de la Ley 80 dispone que: *“En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”*. Asunto que reitera la Corte Constitucional al resaltar la existencia y aplicación del principio de buena fe dentro del régimen colombiano de contratación estatal, el cual promueve el equilibrio de la relación jurídica contractual y *“obliga a la Administración Pública y a los contratistas a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos, y a ceñirse en sus actuaciones a los postulados que la orientan, lealtad y honestidad, a la vez que contribuyen a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados”*³

3. EL CASO CONCRETO

En atención a la solicitud con radicado No. 20205420012763 de fecha 31 de agosto de 2020, se tiene que la consulta apunta a un aspecto en específico, esto es *“(...) emita el respectivo concepto bajo el cual se indique el debido proceso para la aprobación de informes finales para los contratos referidos y su desembolso, entendiendo que se evidencio la situación expuesta anteriormente y analizando las dos posibles alternativas dadas por el Fondo de Desarrollo Local o, que de encontrar otras posibilidad adicionales, la misma sea indicada por esta Dirección.”*

De la revisión detallada de los términos contractuales asociados, señala la Alcaldía Local *“(...) se efectuó un balance de las condiciones jurídicas, técnicas y financieras pactadas, corroborando que en la fase de perfeccionamiento y ejecución de ciento veinte (120) contratos de prestación de servicios, se determinó una fecha de inicio anterior a la fecha registrada de expedición de la*

¹ Colombia Compra Eficiente - Ficha: 4201814000001103 -Suscripción del acta de inicio. Inicio de la ejecución contractual y pago de honorarios

² Sentencia Corte Constitucional C-1194 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil

³ Sentencia Corte Constitucional C-892 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil

póliza de garantía de cumplimiento”, y posteriormente se indica, que “los contratos de prestación de servicios fueron ejecutados conforme a los términos iniciales (...)” que para dichos contratos “no se pactó suscripción de acta de liquidación, de conformidad con el artículo 217 del Decreto 019 de 2012” y que a la fecha “dichos contratos de prestación ya finalizaron su ejecución y tienen pendiente la aprobación del ultimo pago (...)”

Así las cosas, por un lado el acta de inicio no es un requisito de perfeccionamiento ni de ejecución del contrato, y puede ser tratada más como una estipulación contractual, establecida desde la etapa de planeación por la entidad contratante, y por otro lado, conforme al Manual de Supervisión e Interventoría de la Secretaría Distrital de Gobierno, en su numeral 8º – Obligaciones de la Supervisión e Interventoría “(...) La Supervisión e Interventoría deberá vigilar, controlar y hacer seguimiento a la ejecución de los contratos y convenios celebrados por la Secretaría Distrital de Gobierno, en los términos, condiciones y especificaciones pactadas con las circunstancias de tiempo, modo y lugar, condiciones técnicas y económicas señaladas en el pliego de condiciones, o anexo técnico, la oferta y evaluación de la misma y en el contrato, para asegurar el logro exitoso de los objetivos y finalidades que se persiguen con su ejecución, para proteger efectivamente los intereses de la Secretaría Distrital de Gobierno.”.

En este orden de ideas, el supervisor de los contratos referidos, que respecto de los cuales evidenció una fecha de inicio anterior a la fecha de expedición de la póliza de garantía, en cumplimiento de la Obligación General N° 1 de las Obligaciones de la Supervisión e Interventoría establecidas en el Manual de Supervisión e Interventoría de la Secretaría Distrital de Gobierno, que a su tenor establece “1. Asegurar el cumplimiento de las obligaciones pactadas logrando que se desarrolle el objeto del contrato o convenio, dentro de los presupuestos de tiempo, modo, lugar, calidad, cantidad e inversión previstos originalmente, para proteger efectivamente los intereses de la Secretaría Distrital de Gobierno o FDL.”, y considerando el cumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato, esto es la aprobación de la Garantía Única de Cumplimiento posterior a su expedición, únicamente deberá aprobar los informes presentados por los contratistas a partir de la fecha en que fue aprobada la garantía única, fecha que corresponderá con el cumplimiento de los requisitos de ejecución.

Respecto a las alternativas que plantea en su solicitud de concepto, ninguna de ellas permitiría modificar los hechos facticos acaecidos en relación con la situación planteada, pues la fecha en la que se dan los presupuestos de ejecución de cada uno de los contratos está determinada legalmente y corresponde a la fecha a partir de la cual el contrato cumple con todos sus requisitos para que las actividades a realizar fruto del acuerdo de voluntades puedan ser realizadas, razón por la cual un acta aclaratoria o el ajuste financiero del contrato no modificarán la situación presentada y seguirá siendo la misma fecha de aprobación de garantía, la que determinará el inicio de las actividades y su correspondiente pago.

No obstante, esta Dirección encuentra pertinente que se liquiden por mutuo acuerdo los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, dada la circunstancia especial presentada y argumentada en su solicitud, así se no se haya pactado la suscripción de acta de liquidación, toda vez que la interpretación del artículo 217 del Decreto Ley 019 de 2012, debe armonizarse con lo señalado en la Sentencia C-967 de 2012 de la Corte Constitucional que sostiene:

“La liquidación de los contratos estatales (de mutuo acuerdo o unilateral) es el acto jurídico a través del cual las partes (administración y contratista) hacen un ajuste de cuentas con ocasión de las obligaciones derivadas del negocio celebrado y de las condiciones de su ejecución y cumplimiento por cada una de ellas. El Consejo de Estado ha explicado que la liquidación se enmarca dentro de la etapa final del contrato, en la cual las partes se ponen de acuerdo sobre el resultado último de la ejecución de las prestaciones a su cargo y efectúan un corte de cuentas, para definir, en últimas, quién debe a quién y cuánto, es decir para establecer el estado económico final del contrato, finiquitando de esa forma la relación negocial (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de marzo de 2011, expediente 15935.)”

En consecuencia, y de acuerdo con lo manifestado en su memorando en el sentido que todos los contratos de prestación de servicios ya finalizaron su ejecución y tienen pendiente la aprobación del último pago, el acta de liquidación se constituye en la oportunidad jurídico-contractual para incluir, entre otros aspectos, el concepto de valor de los días en que se prestó el servicio previo a la aprobación de la póliza que amparaba el respectivo contrato.

En los términos anteriores se emite el presente concepto, sobre la base de la información y documentación entregada a la Dirección de Contratación, y para la toma de decisiones exclusivamente de la órbita de las competencias de la Alcaldía Local de San Cristóbal, haciendo claridad que el mismo se emite de conformidad con lo señalado en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y es responsabilidad del Alcalde Local, como representante legal del Fondo de Desarrollo Local, acorde a la facultad delegada por el Decreto 768 de 2019, acoger el contenido del presente concepto de forma total, parcial o negativamente.

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


GERMAN HUMBERTO MEDELLÍN MORA
Director de Contratación

Revisó: German Giraldo Agudelo - Abogado Contratista Dirección de Contratación 
Elaboró: Alejandro Álvarez González - Dirección de Contratación