

450

Doctor

DORIAN DE JESUS COQUIES MAESTRE

Alcalde de Tunjuelito (E)

FONDO DE DESARROLLO LOCAL

alcalde.tunjuelitol@gobiernobogota.gov.co

Bogotá D.C

ASUNTO: Respuesta Radicado 20205620011713. Concepto Jurídico Liquidación Contrato de Obra Pública No. 188 de 2018 suscrito entre el Fondo de Desarrollo Local de Tunjuelito y INARDEX E.U.

Respetado señor Alcalde,

En respuesta a su solicitud del asunto, en la cual se solicita la emisión de un concepto frente a Liquidación Contrato de Obra Pública No. 188 de 2018 suscrito entre el Fondo de Desarrollo Local de Tunjuelito y INARDEX E.U., procede esta Dirección a pronunciarse en los siguientes términos:

1. COMPETENCIA DIRECCION DE CONTRATACION

Conforme a lo dispuesto en el literal M del artículo 25 del Decreto Distrital 411 de 2016, que su tenor nos 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”

2. CONTEXTO JURÍDICO PREVIO

2.1 Definición de contrato estatal

La contratación estatal ha sido definida legal y jurisprudencialmente, como el instrumento a través del cual, las entidades públicas garantizan el cumplimiento de los fines del estado consagrados en el artículo 2 constitucional, así como asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y, la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.¹

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-449 de 1992, señaló:

“Dentro de la misma finalidad, el Estado cuenta con instrumentos apropiados para alcanzar esos fines a través del ejercicio de la autonomía para contratar que detenta. De esta

¹ Artículo 3 Ley 80 de 1993

forma, los contratos de la administración pública no constituyen por sí mismos una finalidad sino que representan un medio para "...la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz"² (Negrilla fuera del texto)

Posteriormente mediante en Sentencia C- 154 de 1997, se precisó:

"Como instrumento contractual que facilita la consecución de los fines estatales, en el entendido de que la contratación es uno de los recursos más importantes para alcanzarlos, el Legislador ordinario expidió el nuevo Estatuto General de Contratación Administrativa contenido en la Ley 80 de 1993, objeto de reglamentación gubernamental.

(...)

Dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar, es necesario precisar que como función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de las finalidades estatales mencionadas. Por consiguiente, el grado de autonomía que tiene la autoridad administrativa se ve ostensiblemente limitado frente a las reglas del derecho público, en materia de contratación"³

2.2 Incumplimiento del contrato estatal

Respecto del incumplimiento de las obligaciones contractuales, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha señalado:

"Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido.(...) En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor. (...) El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor"⁴

Conforme con lo anterior se infiere que la configuración del incumplimiento del contrato estatal no solo es por no cumplir las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, es decir de los estudios previos, los pliegos de condiciones, adendas y la propuesta aceptada por la entidad, documentos que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo y forman parte integral del contrato.

² Corte Constitucional. Sentencia C-449 de 1992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

³ Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de julio de 2013, Expediente 25131; Sentencia del 26 de marzo de 2014, Expediente 26831.

2.3 Principio de la Autonomía Dispositiva y la Liquidación Contractual.

Ahora bien, con relación a la liquidación del contrato, en pronunciamientos del Consejo de Estado, se ha indicado que esta fase postcontractual es *“una actuación administrativa posterior a su terminación normal (culminación del plazo de ejecución) o anormal (verbigracia en los supuestos de terminación unilateral o caducidad), con el objeto de definir si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de las partes, hacer un balance de cuentas para determinar quién le debe a quién y cuánto y proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar, y dar así finiquito y paz y salvo a la relación negocial”*⁵.

Con relación al contenido del mismo y a la dinámica que deben tener las partes, se han indicado en otros fallos, que la liquidación es *“(…) un corte de cuentas, es decir una etapa del negocio jurídico en que las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato, o mejor, la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución”*⁶.

Ahora bien, refiriéndonos a liquidaciones por mutuo acuerdo, se tiene que la voluntad de las partes está presente de forma convencional en la construcción del cruce de cuentas, pues en dicho acto jurídico corresponde al balance, finiquito o corte de cuentas que realizan y acogen de manera conjunta las partes del respectivo contrato, por tanto esta modalidad participa de una naturaleza eminentemente negocial o convencional⁷.

En ese sentido, se puede concluir que la liquidación del contrato debe tener como prioridad establecer el resultado final de la ejecución contractual, en cuanto al cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista, los pagos efectuados por la entidad contratante, los saldos pendientes, las mutuas reclamaciones entre las partes, las transacciones y conciliaciones logradas, etc.

En consecuencia, durante el término de la liquidación del contrato a las partes les incumbe: (i) establecer las prestaciones ya realizadas durante el término de ejecución del contrato; (ii) relacionar las obligaciones que aún subsisten entre ellas; y (iii) acordar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, según lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

Por último, conforme a la línea jurisprudencial expuesta, la doctrina ha considerado que en virtud del principio de la autonomía dispositiva, las partes durante la liquidación del contrato gozan de la facultad de celebrar acuerdos, siempre que estén dirigidos a circunstancias accesorias y de poca entidad, tendientes a dejar perfeccionada la liquidación del contrato, pero sin que ello conlleve revivir el objeto del convenio ni el término de su ejecución⁸.

2.4 Oportunidad para elevar inconformidades y salvedades

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de junio de 2008, expediente 16.293.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 17.322

⁷ Concepto Jurídico Beltrán Pardo Abogados y Asociados - 26 de junio de 2019

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 01 de abril de 2016, expediente 16.371.

Ahora bien, cuando se presenten inconformidades, incumplimientos o alteración del equilibrio económico del contrato, la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su cocontratante, en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado, de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual⁹

En tal sentido se ha manifestado el Honorable Consejo de Estado:

“(…) En la liquidación bilateral del contrato, quien esté inconforme con las cuentas que se presentan y el finiquito que se propone debe ineludiblemente expresar con qué y por qué no está de acuerdo y por consiguiente pedir o exigir el respectivo reconocimiento, de todo lo cual debe dar cuenta el acta respectiva pues ésta será finalmente la prueba de que expresó su inconformidad y que exigió el derecho que creía tener. Dicho de otra manera toda reclamación en la liquidación bilateral de un contrato estatal supone no sólo que se consigne en el acta la correlativa salvedad sino también, y ante todo, la expresión clara y expresa de cuáles son los aspectos y puntos que motivan su inconformidad

Así que una salvedad sin que se hayan expresado de manera clara los aspectos y puntos que motivan la reclamación, así como la expresión de aspectos y puntos que motivan una reclamación sin que finalmente haya salvedad alguna, equivale lisa y llanamente a conformidad. Y la razón para que esto sea así no es otra que el principio de la buena fe objetiva, en su manifestación del deber de información, pues de lo contrario la parte reticente, contrariando la lealtad y la rectitud que debe imperar en los negocios jurídicos y en el tráfico jurídico en general, quedaría habilitada para sorprender a la otra con exigencias o reconocimientos que en su momento no fueron propuestos ni dados a conocer.

Por esto es que el precedente jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha venido insistiendo en que quién no hace salvedades claras y expresas en el acta de liquidación no puede luego concurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa a pretender el reconocimiento de derechos que al momento de la liquidación no reclamó ni salvó”¹⁰

2.5 Liquidación del Contrato

En cuanto al período de liquidación de un contrato estatal, el mismo es explicado en la Guía para la Liquidación de los Contratos Estatales de Colombia Compra Eficiente en los siguientes términos:

“(…) El pliego de condiciones debe definir el plazo dentro del cual las partes pueden efectuar la liquidación del contrato de mutuo acuerdo. La Entidad Estatal debe definir ese plazo teniendo en consideración la complejidad del objeto del contrato, su naturaleza y su cuantía. Si los pliegos de condiciones no definen el plazo para proceder a la liquidación de común acuerdo,

⁹ Esta postura se encuentra consolidada de vieja data en la Sección Tercera del Consejo de Estado. Al respecto ver: sentencia del 23 de junio de 1992, expediente 6032; Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, expediente 18080; Subsección C, sentencia del 9 de mayo de 2012, expediente 22087, y sentencia del 10 de septiembre de 2014, expediente 27648

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 18 de julio de 2012, expediente 22.221.

las partes pueden hacerlo. Si no ocurre ninguna de las dos circunstancias anteriores, el artículo 11 de la Ley establece un plazo para la liquidación del contrato de común acuerdo. Este plazo es de cuatro meses, contados desde (i) el vencimiento del plazo previsto para la ejecución del contrato, (iii) la expedición del acto administrativo que ordene la terminación del contrato o (iii) la fecha del acuerdo que la disponga. Aunque el Contratista puede solicitar que se adelante el trámite, es responsabilidad de la Entidad Estatal convocar al contratista para adelantar la liquidación de común acuerdo, o notificarlo para que se presente a la liquidación, de manera que el Contrato pueda ser liquidado en el plazo previsto en el pliego de condiciones, el acordado por las partes, o los cuatro meses señalados en la Ley, según corresponda. La entidad tiene la facultad de liquidar unilateralmente el contrato, para lo cual dispone de un plazo de dos meses. Para que proceda la liquidación unilateral, es necesario que se presente una de las siguientes situaciones: (i) que el contratista no se haya presentado al trámite de liquidación por mutuo acuerdo, a pesar de haber sido convocado o notificado o; (ii) si las partes intentan liquidar el contrato de común acuerdo, pero no llegan a un acuerdo. Por último, una vez vencido el plazo para liquidar unilateralmente del contrato, la ley permite que el contrato sea objeto de liquidación, dentro de los dos años siguientes al vencimiento de dicho plazo. Este término corresponde a la posibilidad de interponer las acciones judiciales contra el contrato. Esa liquidación puede darse de común acuerdo o de manera unilateral por la Entidad Estatal. Los plazos para llevar a cabo la liquidación son preclusivos, por lo cual si no tiene lugar en ellos, la Entidad Estatal pierde la competencia para liquidar el contrato. (...)"

Por su parte, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 dispone lo siguiente: **"PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS.** La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. // En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A. // Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C.C.A."

Sobre el particular, la sentencia del Consejo de Estado¹¹, sostiene con respecto a la posibilidad de liquidar un contrato unilateralmente que:

"(...) La liquidación unilateral es una actuación administrativa posterior a la terminación normal o anormal del contrato que se materializa en un acto administrativo motivado mediante el cual la administración decide unilateralmente realizar el balance final o corte final de las cuentas del contrato estatal celebrado, determinando quién le debe a quien y cuanto y; que sólo resulta procedente en tanto no se haya podido realizar la liquidación bilateral, ya sea porque el contratista no se presentó a ésta o porque las partes no llegaron a un acuerdo sobre las cuentas a finiquitar. De ésta forma, se entiende que la liquidación unilateral del contrato es de carácter subsidiario, pues sólo resulta procedente en tanto no se haya podido llevar a cabo la liquidación bilateral.

¹¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa de fecha 26 de noviembre de 2015 Rad. 41001-23-31-000-2007-00355-01 (51362)

(...)

Finalmente, puso fin a la discusión el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, según el cual “[s]i vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores [término de liquidación bilateral y unilateral], de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C.C.A. Significa lo anterior que sí se vencen los plazos estipulados para realizar la liquidación bilateral y unilateral, la Administración en cualquier momento puede liquidar el contrato estatal, pero sin que ello afecte el término de caducidad de la acción contractual el cual habrá iniciado su cómputo en la fecha en que se cumplieron dichos términos. (...)”

3. DEL CASO CONCRETO

Por consiguiente, se procede a responder las inquietudes planteadas en su solicitud, conforme al análisis jurídico efectuado:

¿Cuál es procedimiento que debe seguir el alcalde local respecto a la liquidación del Contrato de Obra Publica No. 188 de 2018, teniendo en cuenta que el contratista se niega a firmar el acta de liquidación proyectada por la entidad y pretende que no se descuente del saldo a favor las sumas adeudadas producto de las sanciones impuestas?

Respecto al procedimiento que se debe seguir con miras a la liquidación del contrato de obra No. 188 de 2018, en primera medida el Distrito Capital cuenta con la Directiva 001 de Enero 18 de 2018 expedida por la Secretaria Jurídica Distrital¹² (Radicado 2-2018-660), la cual brinda herramientas normativas y conceptuales, para que sean tenidas en cuenta por las entidades distritales, contribuyendo al adecuado desarrollo integral de la actividad contractual. En segunda instancia, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, establece la liquidación unilateral, la cual requiere como requisito sine qua non, una de estas dos circunstancias:

- Que el contratista no se presente a la liquidación, siempre y cuando la Entidad lo haya convocado de manera idónea, dejando expresa constancia de tal citación, estableciendo esta última un plazo de presentación.
- Que las partes no lleguen a un acuerdo sobre el contenido de la liquidación. Hecho respecto del cual también deberá dejarse la respectiva constancia, en cuyo caso, de manera unilateral, la entidad deberá adelantar la liquidación respecto de aquello no acordado.

Ahora bien, es de anotar que antes de proceder a realizar la liquidación unilateral, se debe primero tener claras las cuentas técnicas y financieras de lo que puede reconocer o no, para de esta forma agotar en segundo lugar la posibilidad de hacerla bilateral dejando toda la trazabilidad por escrito de dicho intento, tal y como lo establece el procedimiento de liquidación de la Guía de Liquidación de contratos de Colombia Compra Eficiente, y posteriormente si podrá expedir el acto

¹² Lineamientos y Buenas Prácticas para la Liquidación de Contratos.
<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=73628>

administrativo de liquidación correspondiente contra el cual procede el recurso de reposición en los términos establecidos en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993.

En caso de no resultar posible hacer la liquidación unilateral ni la bilateral, la misma jurisprudencia ha señalado la posibilidad de hacerla judicialmente, que se define como aquel balance, finiquito o corte de cuentas que realiza el juez sobre un determinado contrato estatal dentro de un proceso judicial y, que sólo resulta procedente en tanto no se haya podido realizar la liquidación bilateral, ni unilateral del respectivo contrato estatal celebrado. Por ende la liquidación judicial es la que realiza y adopta el juez del contrato, en desarrollo de un proceso judicial o arbitral, según corresponda, en ausencia de alguna de las modalidades de liquidación antes mencionadas¹³. El juez deriva su competencia sobre esta materia, entre otras disposiciones legales, tanto de los dictados del artículo 87 como de lo dispuesto en la mencionada letra d) del numeral 10 del artículo 136, ambas normas del Código Contencioso Administrativo –C.C.A.-.

En los términos anteriores se emite el presente concepto, sobre la base de la información y documentación que fue entregada a la Dirección de Contratación, y para la toma de decisiones exclusivamente de la órbita de las competencias de la Alcaldía Local acorde con la facultad delegada por el Decreto 768 de 2019, 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, quedado a su entera disposición.

Cordialmente,



GERMÁN HUMBERTO MEDELLÍN MORA
Director de Contratación
german.medellin@gobiernobogota.gov.co

Revisó: German Giraldo Agudelo - Abogado Contratista Dirección de Contratación
Elaboró: Mónica Parra- Abogada Contratista Dirección de Contratación

¹³ Laudo Arbitral Caja de Compensación Familiar Camacol – Comfamiliar Camacol VS Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EPS Mayo 29 de 2003