

450

Bogotá, D.C.,

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

DE: Director de Contratación

ASUNTO: Respuesta Solicitud de Concepto Memorando N° Radicado 20225920002113.

REF: Memorandos Radicados No. 20215900005093 y No. 20225920001643

Respetado Alcalde,

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 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.

En primera instancia, se cita la consulta del FDL de Fontibón, en los siguientes términos:

(...)

En el marco del proceso de depuración de obligaciones por pagar del Fondo de Desarrollo Local de Fontibón y en específico, frente a los contratos de vigencias anteriores, esta administración práctica una revisión detallada del expediente contractual asociado Convenio Interadministrativos de Gerencia de Proyectos No. 155-2016 - FONADE hoy ENTERRITORIO No. 168 de 2014. De manera muy atenta me permito solicitar su colaboración en la emisión de

¹ Jaime Orlando Santoofimio, 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.

su concepto jurídico frente al fenecimiento de los recursos disponibles y no ejecutados dentro de la ejecución del Convenio de la referencia, teniendo en cuenta que la entidad perdió competencia para llevar a cabo la liquidación del Convenio dentro del término legal de conformidad con el Art 60 de la ley 80 de 1998 (...)

INTERROGANTES

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, dentro del grupo de apoyo a depuración de obligaciones por pagar de la Alcaldía Local de Fontibón surgen las siguientes interrogantes:

1. Una vez la presentada la pérdida de competencia para liquidar, es procedente fenecer los recursos, en caso afirmativo, ¿cómo se procedería para realizarlo?"

(Subrayado fuera de texto)

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

Una vez descritos los argumentos esbozados por el consultante y transcritos parcialmente, dispone este despacho a darle respuesta a su solicitud:

4.1. Análisis Normativo y Consideraciones Jurídicas

Obligaciones por Pagar

Con el propósito de entrar en materia a lo consultado, es relevante mencionar que la Secretaría Distrital de Hacienda expidió la Resolución SDH N° 191 del 22 de Septiembre de 2017, "Por medio de la cual se adopta consolida el Manual de Programación, Ejecución y Cierre Presupuestal del Distrito Capital"⁴, cuyo Módulo 3 prevé el Manual Operativo Presupuestal de los Fondos de Desarrollo Local, el cual regula las Obligaciones por Pagar así:

(...)

"3.6. Obligaciones por Pagar

Las Obligaciones por Pagar son los compromisos legalmente adquiridos por el F.D.L. durante la vigencia en curso y anteriores que no se alcancen a pagar al cierre de la vigencia.

Al iniciar la vigencia fiscal, el responsable del presupuesto de cada F.D.L. debe solicitar a la Secretaría Distrital de Hacienda - Dirección Distrital de Presupuesto el reemplazo de los Certificados de Disponibilidad Presupuestal que amparan las Obligaciones por Pagar constituidas por el respectivo fondo al finalizar la vigencia anterior. Estos CDP se expiden hasta por el monto máximo programado en el rubro "Obligaciones por Pagar"; cuando las obligaciones constituidas son superiores a este valor o hasta el monto total constituido, si este es inferior al valor programado.

El ajuste de las obligaciones por pagar se realizará en desarrollo del proceso de "cierre presupuestal", en virtud del artículo 36 del Decreto 372 de 2010. Cuando el monto constituido sea superior a la apropiación programada es recomendable que el F.D.L. expida los CDP de reemplazo atendiendo la priorización de pagos. En ese caso, no se debe efectuar el reemplazo automático y total en el sistema sino expedirlos individualmente en la medida en que sean requeridos.

⁴ <https://www.haciendabogota.gov.co/shd/node/29793>

En ningún caso los saldos liberados de Obligaciones por Pagar servirán para efectuar adiciones a otras obligaciones o pagos o para financiar nuevos compromisos por el rubro. Toda adición a contratos de años anteriores se atenderá con cargo al presupuesto de la vigencia fiscal en curso. El proceso de saneamiento (feneamiento, liberación, liquidación y/o anulación de saldos) de las obligaciones por pagar debe atender lo dispuesto en las Circulares 09 y 012 de 2011 expedidas por las Secretarías Distritales de Gobierno y Hacienda y demás normas vigentes. (...)

De acuerdo con lo mencionado, se infiere que las obligaciones por pagar son compromisos adquiridos por los FDL, y estas obligaciones de pago derivadas de una relación contractual deben contar con su correspondiente soporte presupuestal y registro presupuestal.

Respecto al proceso de saneamiento (*feneamiento, liberación, liquidación y/o anulación de saldos*) de las obligaciones por pagar, nos indica el Manual Operativo, que se deberá atender a lo dispuesto en las Circulares 09 y 012 de 2011 expedidas por las Secretarías Distritales de Gobierno y Hacienda y demás normas vigentes, procedimiento que más adelante abordaremos.

ii) Plazo y Exigibilidad de obligaciones de pago contractuales

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.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.”

Entonces de acuerdo con el artículo citado, la liquidación bilateral inicialmente tendrá lugar dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes o, en su defecto, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la culminación del plazo de ejecución del contrato o a su terminación anormal, o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación en ejercicio de las facultades exorbitantes de la Administración, o a la fecha del acuerdo que la disponga. En el supuesto caso de que no se liquide bilateralmente, procederá la liquidación unilateral dentro del término inicial de dos (2) meses siguientes a la expiración del plazo para la liquidación bilateral o de común acuerdo.

Además, indica la norma que *“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.”*. Como puede apreciarse, esta norma abre un plazo adicional para la liquidación bilateral o unilateral del contrato, puesto que a partir de la expiración de los dos (2) meses para la liquidación unilateral del contrato en tiempo inicial, las partes o la administración, según el caso, contarán con dos (2) años para hacerlo, que es el término previsto en el artículo

164 en la Ley 1437 de 2011⁵ (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA) para que opere la caducidad del medio de control de controversias contractuales.

Al respecto concluimos que el término que tienen las partes para liquidar el contrato estatal es de dos años y seis meses, bajo el entendido de que después de este plazo pierden la competencia para ello, y también pierden la oportunidad para acudir a la liquidación judicial, dada la caducidad del medio de control de controversias contractuales.

iii) Procedimiento Liberación de Saldos

Como lo habíamos mencionado, para el proceso de saneamiento (fenecimiento, liberación, liquidación y/o anulación de saldos) de las obligaciones por pagar se debe atender lo dispuesto, tanto en las normas vigentes, como en las Circulares Nos. 009 y 012 de 2011 expedidas por las Secretarías Distritales de Gobierno y Hacienda, las cuales señalan los lineamientos que deben tener en cuenta los Alcaldes Locales y los ordenadores del gasto de entidades distritales que suscriban compromisos con cargo a presupuesto de los Fondos de Desarrollo Local para el saneamiento de las Obligaciones por Pagar constituidas por los citados Fondos.

En la Circular 009 de 2011⁶ se indica que:

"Las obligaciones por pagar que se constituyan y respalden compromisos que no hayan sido ejecutados dentro de los términos señalados por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 en concordancia con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, fenecerán.

(...) Para fenecer las Obligaciones por Pagar, el ordenador del gasto y el responsable del presupuesto del respectivo Fondo de Desarrollo Local, deberán elaborar un acta de fenecimiento, copia de la cual enviará a la Secretaría Distrital de Hacienda – Dirección Distrital de Presupuesto, junto con el Decreto de ajuste del presupuesto para que conceptúe sobre su viabilidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 del Decreto 372 de 2010." (Subrayado fuera de texto).

Por su parte el Manual Operativo Presupuestal de los Fondos de Desarrollo Local establece:

Procedimiento para el reconocimiento de las Obligaciones por Pagar, que fueron objeto de fenecimiento:

El fenecimiento de las obligaciones por pagar que trata el párrafo anterior, se hará de oficio, mediante el levantamiento de un acta firmada por el Responsable de Presupuesto y el(a) Alcalde (sa) Local, la cual debe ser remitida a la Dirección Distrital de Presupuesto. El monto así fenecido se constituirá en un menor valor del total de las Obligaciones por Pagar para el cálculo de los excedentes financieros.

Los saldos liberados pueden ser trasladados a los proyectos de inversión de la vigencia para la adquisición de nuevos compromisos. Si en el transcurso de la vigencia se hace exigible el pago de una obligación fenecida, el F.D.L. debe reconocer dicha obligación con cargo al presupuesto de la vigencia, mediante Resolución o Decreto del (a) Alcalde (sa) Local; si es necesario tramitar un traslado presupuestal para cubrir dicha obligación, éste deberá acatar lo estipulado en el artículo 31 del Decreto 372 de 2010 y lo establecido en el presente Manual Operativo Presupuestal de los FDL para traslados presupuestales."

⁵ "Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

... En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así: ..."

⁶ Circular 009 de 2011 "Lineamientos para el saneamiento de las Obligaciones por Pagar constituidas por los Fondos de Desarrollo Local."

De análisis normativo se concluye que, vencido el término para liquidar establecido en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, las obligaciones por pagar fenecerán y para liberar las obligaciones existentes en los FDL, el ordenador del gasto y el responsable del presupuesto del respectivo Fondo, deben elaborar un acta de fenecimiento, la cual autorice el retiro de los montos objeto de depuración extraordinaria y ordene los registros contables a que haya lugar, copia de lo cual enviarán a la Secretaría Distrital de Hacienda - Dirección Distrital de Presupuesto.

Adicionalmente, los saldos pendientes deberán registrarse como pasivos exigibles, con el objeto de garantizar el pago a los contratistas, en el evento que surjan con posterioridad obligaciones, hecho que depende de la exigibilidad del pago de parte de la administración hacia el contratista y del monto apropiado como pasivo exigible.

Por último, se establece, que los saldos liberados pueden ser trasladados a los proyectos de inversión de la vigencia para la adquisición de nuevos compromisos.

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,


MAURICIO GONZALEZ BARRERO

Director de Contratación

mauricio.gonzalezb@gobiernobogota.gov.co

Elaboró: John Alexander Chalarca Gómez – Abogado Dirección de Contratación

