

MEMORANDO

450

Bogotá, D.C.,

PARA: LIZETH JAHIRA GONZALEZ VARGAS

Alcaldesa Local de Bosa

DE: Director de Contratación**ASUNTO:** Respuesta a la consulta elevada a través de radicado No. 20215720001693 del 9 de febrero de 2021

Respetada Dra. Lizeth,

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 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.

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.

3. CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO.

La consulta se presentó en los siguientes términos:

¿Es posible realizar la liquidación con glosa, teniendo en cuenta que los tiempos de aprobación del concepto por parte de la Secretaría Distrital de Movilidad pueden demorar entre 6 meses a 1 año aproximadamente? Se aclara que feneció el término de liquidación bilateral, y los contratistas culminaron las obras requeridas en cada uno de los objetos contractuales, por lo que cuentan con el aval técnico de los respectivos interventores.

Así mismo, se reitera que dichas dificultades y demoras por parte de la Secretaría Distrital de Movilidad han repercutido en el pago del 10% restante de cada uno de los contratos, razón por la cual ponemos en consideración la presente consulta, con el fin de analizar la procedencia de la glosa en la liquidación correspondiente, a partir de la cual se permita pagar una parte del 10% de recursos faltantes al contratista y se supedita el saldo restante a la aprobación de la Secretaría Distrital de Movilidad (SDM), quedando pendiente de pago lo correspondiente a la georreferenciación, hasta tanto se cuente con el visto bueno de la mencionada Entidad”.

Para responder el interrogante, es preciso revisar lo expresado en sede de jurisprudencia respecto a la figura de la liquidación de los contratos estatales.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante radicado 1453 del 6 de agosto de 2003, indicó que “*el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la ley 80 de 1993, establece la obligación de liquidar los contratos de tracto sucesivo, de aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y de aquellos que lo requieran, según su objeto, naturaleza y cuantía. Las partes deben en esta etapa acordar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar y en la correspondiente acta hacer constar los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren para poner fin a las divergencias presentadas y poder así declararse a paz y salvo. Esta ley prevé, así mismo, distintos procedimientos para tal liquidación, a saber: a) La liquidación voluntaria o de común acuerdo entre las partes contratantes. b) Liquidación unilateral por la administración. c) Liquidación por vía judicial. e) En el evento en que no se proceda a la liquidación dentro de los términos previstos por el artículo 60 citado y transcurran los dos años “siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”, sobre caducidad de la acción contractual a que se refiere el C.C.A., artículo numeral 10, letra d), la administración pierde la competencia para proceder a la misma.”*

Así mismo, el mismo Consejo de Estado en Sentencia del 10 de abril de 1997, exp. 10.608, señaló que es deber de las partes dejar constancia de sus inconformidades en el acta de liquidación del contrato.(...) “*Ha sido jurisprudencia reiterada de esta Sala que cuando la liquidación del contrato se realiza entre la administración y su contratista, si no se deja salvedad en el acta en relación con reclamaciones que tenga cualquiera de las partes, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de prestaciones surgidas del contrato...*

“La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes constituye un acto de autonomía privada de aquellas que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como: error, fuerza o dolo.

“La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado quedan después de cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento”.^[1](...)»

El artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 permite a los contratistas 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. En esas condiciones, el efecto que produce la inclusión de salvedades en el acta de liquidación bilateral consiste en restringir los asuntos respecto de los cuales tanto el contratista como la Entidad Estatal pueden reclamar posteriormente por vía judicial. La inclusión de salvedades en el acta de liquidación no implica el reconocimiento por parte de la Entidad Estatal de los derechos o las situaciones a las que se refieren tales salvedades, sino que ellas reflejan los asuntos respecto de los cuales las partes no llegaron a un acuerdo.

Ahora bien, de acuerdo con las circunstancias fácticas enunciadas, es posible entender que el inconveniente radica en la forma de pago establecida en el contrato, por cuanto se supeditó el último Pago del 10% a la suscripción del acta de liquidación, sin embargo, este trámite no ha podido llevarse a cabo por cuanto aún está pendiente la aprobación del concepto de “diseños de demarcación vial y señalización horizontal” por parte de la Secretaría Distrital de Movilidad.

Para definir la procedencia de la liquidación con salvedades, uno de los cuestionamientos que debe realizarse la Alcaldía Local es, ¿existen diferencias entre contratista y contratante frente a la definición de prestaciones mutuas, es decir respecto a sus créditos y deudas recíprocas? De acuerdo con la información suministrada a esta Dirección, este no es el caso. No hay una controversia frente a lo que se debe al contratista, o respecto a lo que el contratista debe a la Entidad, se trata de una situación donde quiere agilizarse el pago pactado en el contrato, ya que se prevé la demora en el trámite de aprobación del concepto de Movilidad y por ende en el desembolso. Como ya se dejó claramente establecido, las observaciones o glosas en el acta de liquidación, se emplean cuando no se llega a un acuerdo entre las partes, y se hace con el objetivo de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para reclamar sobre el punto en el cual existe desacuerdo. Como la situación expuesta no se enmarca dentro de estos presupuestos, desde este punto de vista tampoco sería viable realizar la liquidación del contrato consignando salvedades.

Ahora bien, es necesario resaltar que, de conformidad con lo señalado por la Alcaldesa Local, las actividades del contrato se han cumplido a cabalidad y se cuenta con el visto bueno de la interventoría, lo que permite suponer que, el obstáculo para la realización del pago de las actividades distintas a la georreferenciación es la forma de pago establecida en el contrato, y los requisitos señalados para el efecto.

Frente a este particular, es prudente recordar que, de acuerdo con el Código Civil, los contratos tienen elementos de su esencia, de su naturaleza y accidentales⁴.

⁴ “ARTICULO 1501. <COSAS ESENCIALES, ACCIDENTALES Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS>. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en

Los elementos esenciales del contrato son el consentimiento, las partes, el objeto, la causa y que conste por escrito. Cada uno de ellos puede dar lugar a particularidades especiales del contrato y en consecuencia, a rasgos particulares de la obligación que nació del mismo.

Son de la naturaleza, aquellos elementos que no son esenciales en el contrato, pero se entienden pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial.

Los elementos accidentales son aquellos por los cuales los efectos del contrato se subordinan a un acontecimiento futuro por la naturaleza misma del contrato celebrado o por la voluntad expresa de las partes. Estos elementos accidentales del negocio no pugnan con el carácter de contrato, pero tampoco son indispensables para que el contrato corresponda a su típica función económico-social, es decir, son elementos que no están en contradicción con la causa en sentido objetivo, aunque no son una consecuencia ineludible de esta causa. Las partes están en libertad de introducir estos elementos accidentales en el contrato, pero si no dicen nada respecto a ellos, no se incorporan automáticamente al contrato, ya que no son “*naturalia negotii*”, sino “*accidentalia negotii*”.

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta que la forma de pago es un elemento accidental del contrato, es preciso indicar que la Alcaldía Local puede explorar otras alternativas jurídicas, y determinar si resultan o no aplicables en la resolución de las dificultades manifestadas, teniendo presente que en nuestro ordenamiento jurídico se han incorporado mecanismos alternativos de solución de conflictos, algunos heterocompositivos, y otros autocompositivos, siendo uno de ellos, la transacción.

La transacción está regulada en el Código Civil, específicamente por el artículo 2469, que la define como el contrato en virtud del cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio o precaven un litigio eventual. La transacción produce el efecto de cosa juzgada entre las partes, sin perjuicio de que pueda impetrarse la declaración de nulidad o de rescisión de dicho acuerdo de voluntades (artículo 2483 del C.C.). Cabe precisar que la transacción extrajudicial es la que tiene lugar antes o por fuera del proceso judicial, la realizan las partes, con el fin de solucionar directamente las diferencias contractuales que hayan surgido o para prevenir un litigio eventual.

Según lo señaló el Consejo de Estado, Subsección tercera, Sección A, mediante radicación No. 38603 del 12 de agosto de 2019, en relación con esta figura, se han identificado tres elementos constitutivos de la transacción: (i) la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio; (ii) la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme, y (iii) la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas.

Para hacer efectivo el ejercicio de este mecanismo, el artículo 69 de la Ley 80 de 1993, prevé:

otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”

De la improcedencia para prohibir la utilización de mecanismos de solución directa. Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas en los contratos estatales.

Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal.

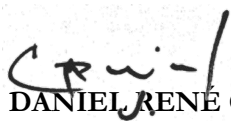
Dado que mediante la transacción las partes podrían llegar a acuerdos que permitan precaver un litigio eventual, es necesario que la Alcaldía Local analice y defina si se cumplen los requisitos para la aplicación de este mecanismo, teniendo en cuenta los criterios normativos y las circunstancias de hecho presentadas, con la finalidad de poder girar los recursos apropiados, que no han sido pagados por las causas ya señaladas, garantizando en todo caso el interés general y tomando las precauciones necesarias que salvaguarden los recursos que se decidan pagar en el acuerdo que mude la cláusula, con respecto al cumplimiento o soporte de las actividades que aún no se han logrado, como es el concepto de Secretaría de Movilidad

Lo anterior, con fundamento en lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 donde se señala que en el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

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