

MEMORANDO

450

Bogotá, D.C.,

PARA: ANDERSON ACOSTA TORRES
Alcalde Local de Fontibón (E)**DE:** Director de Contratación**ASUNTO:** Respuesta Solicitud de Concepto Memorando N° 20225900000443.

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:

(...)

“Bajo el nombramiento efectuado mediante Decreto Distrital No. 325 del 03 de septiembre de 2021, a su el cargo de ALCALDE LOCAL DE FONTIBÓN (E) a partir del 06 de septiembre de 2021, momento en el que se dio inicio al proceso de empalme para la gestión adelantada por parte del funcionario Carlos Leonardo Lazada Calvalbo, quien desempeñó el cargo de alcalde local de Fontibón desde el 18 de abril de 2020 y hasta el 05 de septiembre de 2021. Este ejercicio se hizo con especial énfasis en la revisión de las condiciones administrativas, jurídicas, financieras, de gestión contractual, gestión policiva y gestión pública local,

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.

atribuidas por el decreto 101 de 2010 y referidas por el Doctor Lozada, para tal fin se recibió acta de informe de gestión de servidores públicos, bajo radicado No 20215910073922 del 24 de septiembre de 2021, en dicho informe se resaltó:

*"CAPITULO 11- INFORME EJECUTIVO DE LA GESTIÓN - Numeral 2 "Principales actividades realizadas"
Área: malla Vial*

"Descripción de actividades: Terminación bilateral y gestión para la liquidación del contrato 255 de 2019." Prestación de servicios de gerencia integral del proyecto Zona F - Fontibón.

"Descripción de actividades: Terminación bilateral y gestión para la liquidación del contrato 235 de 2019." Estudios y diseños de detalle de las fases 1 y 2 del proyecto Zona F - Fontibón. - inicio del proceso de incumplimiento

Sin embargo, no se anexó la información que permitiese evidenciar estas acciones adelantadas debidamente organizadas, por lo que mediante radicado No 20215900004803 del 09/11/2021 se remitió ante la oficina de Control interno y asuntos disciplinarios "Observaciones al informe de gestión de la administración de Carlos Leonardo Lozada Carvalho", allí se solicitó al ex alcalde indicar en que área o parte del archivo del FDLF era posible encontrar los actos administrativos emitidos, junto con los expedientes contractuales donde se pudiese corroborar la trazabilidad de cada proceso referido y el estado al momento de la renuncia, anexando los informes de supervisión de cada contrato. Cabe informar que a la fecha no se ha tenido pronunciamiento al respecto. Por lo anterior, 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 inició una revisión detallada de los expedientes contractuales asociados al Contrato de Consultoría No 235 de 2018 - CONSORCIO ZONA F, Contrato de Interventoría No 156 de 2019- ESTUDIOS E INGENIERÍA S.A.S y Convenio Interadministrativo de Gerencia de Proyectos No. 255 de 2019 - SISTEMA UNIVERSITARIO DEL EJE CAFETERO – SUEJE.

A continuación, se expone a su Despacho el contexto general de los procesos revisados, situaciones técnicas, administrativas, financieras y jurídicas, junto con las acciones adelantadas por esta administración para el buen desarrollo de los procesos descritos frente a lo encontrado." (...)

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 frente a los contratos mencionados y a las observaciones descritas, no sin antes dar algunas precisiones frente al seguimiento, control y vigilancia del contrato estatal.

4.1. Análisis Normativo y Jurisprudencial

Supervisión de los Contratos Estatales

El seguimiento de la ejecución del contrato para su dirección, control y vigilancia de su correcto cumplimiento es un deber legal que permite a las entidades estatales tomar medidas orientadas a la satisfacción de los fines de la contratación, dentro de las cuales se encuentra la posibilidad de pactar y ejercer las cláusulas exorbitantes en algunos supuestos, la designación de una supervisión o la contratación de una interventoría para vigilar la ejecución del contrato y la facultad de pactar e imponer multas, cláusula penal o hacer efectivas las garantías del contrato, previa declaratoria de incumplimiento de las obligaciones del contrato, en aras de lograr la satisfacción

de las necesidades de bienes, obra o servicios que se pretenden suplir con la celebración de los contratos estatales.

De acuerdo a esa obligación legal, la Ley 1474 de 2011 enmarcó el seguimiento, control y vigilancia de la ejecución del contrato estatal dentro del principio de moralidad administrativa; el artículo 83 estableció que *“con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda*. El legislador además definió las nociones de supervisión e interventoría, como mecanismos que pueden usar las entidades estatales para vigilar el contrato, en estos términos:

(...) “La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen.

No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.” (...)

La obligación de controlar y vigilar la correcta ejecución del objeto contratado

En desarrollo al principio de responsabilidad, las Entidades Estatales están en la obligación de vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y tener un contacto permanente con el contrato que se supervisa, con el fin que se verifique el desarrollo del contrato, situación que servirá de base para expedir el certificado de cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista y así proceder al pago.

En este mismo sentido, Colombia Compra Eficiente menciona lo siguiente⁴:

El Estado acude a la contratación de bienes, obras y servicios para cumplir los fines que le impone el ordenamiento jurídico, la continuidad y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados y de quienes colaboran en la consecución de dichos fines⁵, entre otros. Para la garantía de los fines de interés general involucrados en la contratación de las entidades estatales, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública previó que, en la etapa de ejecución contractual, las entidades estatales y los servidores públicos que participan en ella tengan la obligación de controlar y vigilar la correcta ejecución del objeto contratado, para efectos de que las finalidades perseguidas con la celebración de los negocios jurídicos se logren de manera satisfactoria.

Frente al ejercicio y la responsabilidad en la supervisión de contratos, los artículos 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011 establecen:

⁴ N° Radicado: 2202013000002604 Concepto C — 180 de 2020

⁵ Artículo 3 de la Ley 80 de 1993

(...) “ARTÍCULO 83. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual, en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.

ARTÍCULO 84. FACULTADES Y DEBERES DE LOS SUPERVISORES Y LOS INTERVENTORES. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligatorio por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista. Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.

Al respecto y frente a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de supervisión e interventoría, el Manual de Supervisión e Interventoría de la Secretaría menciona lo siguiente:

(...) “Teniendo en cuenta que los supervisores o interventores de los contratos estatales son los encargados de velar por la correcta ejecución e inversión de los recursos, la ley ha previsto cuatro tipos de responsabilidad por la acción defectuosa u omisión en el ejercicio de esta función.

- Responsabilidad Civil: Lo (a)s supervisores(a)s o interventores(a)s, responderán pecuniariamente como consecuencia de sus acciones u omisiones, cuando La Secretaría Distrital de Gobierno o el FDL sufra algún daño.

- Responsabilidad Penal: Lo(a)s supervisores(a)s o interventores(a)s, serán responsables penalmente cuando por sus acciones u omisiones en el desarrollo de las actividades de supervisión o interventoría, se establezca la ocurrencia de alguno de los delitos tipificados en la ley en materia de contratación estatal. De acuerdo con el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, para efectos penales el interventor se considera como un particular que ejerce funciones públicas en todo lo relacionado con la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, por lo cual está sujeto a la responsabilidad que en esta materia señala la ley para los servidores públicos. En caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia.

- Responsabilidad Fiscal: Lo(a)s supervisores(a)s o interventores(a)s, serán responsables fiscalmente cuando por acción u omisión de las obligaciones de supervisión o interventoría, se produzca detrimento del patrimonio público. Esta responsabilidad se desprende entonces de las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicas que causen daño a los contratistas, caso en el cual la Entidad debe pagar el daño emergente y el lucro cesante. (Ley 610 de 2000.)

- Responsabilidad Disciplinaria: Lo(a)s servidores (a)s público(a)s o particulares que desempeñen labores u obligaciones de supervisión o interventoría, están sometidos a lo establecido en el Código Disciplinario Único.” (...)

De acuerdo a lo expuesto, la Supervisión estará en cabeza del ordenador de gasto o de quien este designe; con la aclaración que la designación de las supervisiones por el Ordenador del Gasto Local no corresponde a la

figura de la delegación, sino a un reparto o distribución de funciones de vigilancia y control en materia contractual desconcentrándolas en otros funcionarios de planta asignada a cada ente Local.

Ahora bien, es importante señalar que, la Dirección de Contratación a través de la iniciativa de atender los requerimientos que en materia de contratación se presenten, procedió a atender una inquietud que abordó el tema, y que por resultar pertinente se cita integralmente:

“Pregunta: ¿Cuándo un contratista presenta un informe de actividades de un periodo en donde el actual directivo o supervisor del contrato no se encontraba ejerciendo el cargo, es obligatorio que el contratista busque la firma del anterior directivo?”

Respuesta de la Dirección: No resultaría obligatorio en el entendido en que se designa la supervisión a un funcionario que ejerce un empleo público, quien al dejar el cargo tiene el deber de entregarlo con los correspondientes informes. Si el funcionario es trasladado o reubicado en otro empleo de la misma entidad podrá proceder a la firma del informe siempre y cuando corresponda al periodo que ejerció la supervisión; si no está en la entidad quien ocupe el cargo que deja asume la supervisión y podrá proceder a revisar los informes con las evidencias que encuentre y que haya dejado quien ocupaba el cargo anteriormente para posteriormente firmar o no.”

(Subrayado fuera de texto)

Conveniente resulta señalar que el deber de vigilar la correcta y cumplida ejecución de los contratos, objeto y contenido obligacional, asignado por la ley a la entidad y ejercido por un funcionario designado para llevar a cabo el seguimiento contractual, es de naturaleza permanente, no puede verse interrumpida o alterada de manera extraordinaria por situaciones relacionadas con cambio del titular del empleo a quien había sido asignada la supervisión, lo cual se reconoce, podría traer consigo alteraciones normales, pero exclusivamente internas, como puede ser cambio de roles, entrega de informes de empalme, entre otras, sin embargo, tales situaciones no pueden constituir afectaciones al debido cumplimiento de los contratos mencionados por el FDL de Fontibón.

4.1.1. Contrato de Consultoría N° 235 -2018

Contrato	CONSULTORIA No 235-2018
Fecha de Suscripción	01 de NOVIEMBRE DE 2018 (Minuta física) 20 de NOVIEMBRE DE 2018 SECOP 1.1
Contratista	CONSORCIO ZONA F
Objeto	ESTUDIO Y DISEÑO DE DETALLES DE LAS FASE 1 Y 2 DEL PROYECTO ZONA F- FONTIBON EN BOGOTA D.C.
Valor Contrato	1.234.991.042
Duración	OCHO 8 MESES
Fecha de inicio	22 DE MAYO DE 2019
Fecha revista de Terminación	21 DE ENERO DE 2020
Prorroga	N/A
Adición	N/A
Estado actual	PROCESO DE LIQUIDACIÓN
Supervisor	JOHANNA PAOLA BOCANEGRA - Alcaldesa local de Fontibón 2019
Interventoría	CIN 156-2019- ESTUDIOS E INGENIERÍA S.A.S

Apoyo a la Supervisión

MIGUEL ANGEL MELO MORENO - área de Gestión de Desarrollo Local
RUBEN DARIO DIAZ ARANGO - área de Gestión de Desarrollo Local

De acuerdo a lo mencionado por el FDL de Fontibón, en relación con el estado técnico, financiero y jurídico del Contrato de Consultoría y a los incumplimientos observados en la solicitud, al respecto esta Dirección menciona lo siguiente:

i. La Garantía de Cumplimiento: noción y vigencia

Sobre la garantía de cumplimiento, la Agencia Nacional de Contratación Pública explica que:

“Tiene carácter indemnizatorio dado que su finalidad es proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista, para de esta manera evitar que dicho patrimonio se vea afectado o empobrecido. Tiene por finalidad asegurar la ejecución total y oportuna del objeto contratado y proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista. Esta cláusula es de forzosa estipulación, a tal punto que si no es pactada en aquellos contratos en los cuales la ley establece su obligatoriedad, se presume incorporada en el respectivo contrato y no podrá ser renunciada por la Administración.”⁶

Como se puede concluir, el fin y principal objetivo de la garantía de cumplimiento es proteger el patrimonio de la entidad de los potenciales riesgos y efectos derivados de un incumplimiento del contratista.

Según el 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015⁷, la garantía única de cumplimiento cuenta con varios amparos que incluyen el de buen manejo y correcta inversión del anticipo, la devolución del pago anticipado, el amparo de cumplimiento del contrato, la garantía de pago de salarios, entre otros.

Es entonces que el amparo de cumplimiento, es uno de los múltiples amparos que conforman la garantía única de cumplimiento. Al tenor de lo normado por el artículo 2.2.1.2.3.1.7. ibídem la garantía de cumplimiento debe proteger a la entidad de los perjuicios que se puedan ocasionar con el incumplimiento, total o parcial del contrato, del cumplimiento tardío o defectuoso, de los daños por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales, y del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

De lo anterior se advierte que el amparo de cumplimiento tiene como objeto proteger a la entidad de los riesgos que puedan concretarse durante la etapa de ejecución del contrato y, más claramente, aquellos derivados de incumplimientos o conductas imputables al contratista.

Frente a la vigencia

De acuerdo al artículo 2.2.1.2.3.1.12 del Decreto 1082 de 2015, la garantía de cumplimiento, debe tener una vigencia mínima hasta la efectiva liquidación del contrato. Por tanto, la entidad debe verificar que la garantía de cumplimiento esté vigente durante el plazo de ejecución del contrato, más el plazo para la liquidación bilateral –bien sea este el plazo acordado por las partes o el supletivo de 4 meses– más el plazo de dos meses que tiene la entidad para liquidar unilateralmente, exigiendo al contratista las respectivas ampliaciones cuando sea necesario.

⁶ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Síntesis: 8. Etapa precontractual: Garantía de cumplimiento del contrato estatal.

De esta manera, si no se pactó un plazo para la liquidación bilateral, la entidad debe solicitar que el amparo de cumplimiento esté vigente desde la suscripción del contrato, durante todo el plazo de ejecución y seis meses más; esto correspondería al plazo de los 4 meses supletorios para la liquidación bilateral más 2 meses adicionales para la liquidación unilateral.

Es entonces y de acuerdo a lo planteado por el FDL de Fontibón, en relación con el error en la vigencia de la garantía de cumplimiento, la entidad está en la posibilidad de solicitar al contratista la ampliación de la póliza para subsanar el hecho, con el fin dar cumplimiento a la norma y a lo pactado en el contrato.

Al respecto y frente a la vigencia de la garantía de cumplimiento, Colombia Compra Eficiente mediante concepto manifestó⁸:

Si por alguna razón no se logra liquidar el contrato dentro del plazo para la liquidación unilateral, la entidad estatal deberá solicitar al contratista que amplíe el amparo de cumplimiento hasta que –durante el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales– se logre la efectiva liquidación del contrato.

En las hipótesis mencionadas, se reitera que el fundamento para solicitar la ampliación del amparo de cumplimiento es el citado artículo 2.2.1.2.3.1.12 del Decreto 1082 de 2015, pues esta norma regula la vigencia mínima de esta garantía hasta la efectiva liquidación del contrato. De esta manera, la entidad debe solicitar la ampliación de la cobertura después del vencimiento del plazo de ejecución –o, incluso, después de la terminación del acuerdo por acto administrativo– en los términos anteriormente explicados (subrayado fuera de texto)

ii. Liquidación Contrato Estatal

Frente a la liquidación de los contratos estatales el artículo 60 de la Ley 80 de 1993⁹, y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007¹⁰ regularon la liquidación como un instrumento, a través del cual, las partes se obligan a verificar la realización de las prestaciones mutuas, bien sea a través de un acto bilateral o unilateral, según sea el caso, en el cual se documenta por escrito la comprobación del cumplimiento contractual.

Como ha sido establecido por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, «la liquidación del contrato interesa a las partes contratantes y no sólo a la administración», dado que sobre la entidad y el contratista recae «la responsabilidad de liquidar el contrato para definir las prestaciones a cargo de las partes, de extinguir las obligaciones surgidas del contrato y de no dejarlo en un estado de indefinición [...]»¹¹.

Sobre la finalidad de la liquidación, el Consejo de Estado¹², ha expresado que:

⁸ Colombia Compra Eficiente Concepto C – 625 de 2020 N° Radicado: 2202013000009245.

⁹ ART. 60. De su ocurrencia y contenido de la liquidación. (Artículo modificado por el artículo 217 del Decreto 19 de 2012). El nuevo texto es el siguiente: Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación (...).

¹⁰ Artículo 11. Del 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. (...).

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 16 de agosto de 2001, Exp. núm. 14384.

¹² C. de Estado, Secc. 3ª, Rad. 16246 de 31 de mar. de 2011, C.P. Hernán Andrade Rincón.

“La liquidación del contrato administrativo (según la terminología del Decreto-ley 222 de 1983) o estatal (según lo consagra la Ley 80 de 1993), la cual puede ser bilateral, unilateral o judicial, según el caso, tiene por objeto establecer: (i) el estado en el cual quedaron las obligaciones que surgieron de la ejecución del contrato; (ii) los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, según lo ejecutado y lo pagado; (iii) las garantías inherentes al objeto contractual y, excepcionalmente, (iv) los acuerdos, conciliaciones y transacciones a las cuales llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse mutuamente a paz y salvo. (...)

Así las cosas, el acta de liquidación bilateral del contrato constituye el acuerdo en el cual las partes del contrato en documento escrito hacen constar el balance de su relación y establecen, de manera definitiva, el estado en que queda cada una de ellas respecto de las obligaciones y derechos provenientes del contrato.

Por lo anterior el FDL de Fontibón, de acuerdo a lo expuesto y a las cláusulas establecidas en el **Contrato de Consultoría N° 235 de 2018**, deberá verificar en la liquidación: i) el estado o balance económico, en este caso las facturas aportadas por el contratista y que estén acordes a las obligaciones y actividades pactadas en el contrato, lo cual constituye un balance financiero, esto es, recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para dar por concluido el contrato; ii) un balance jurídico y técnico, esto es, los derechos a cargo o a favor de las partes resultantes de la ejecución del contrato y del contenido obligacional a cargo de las partes, es decir, el análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la prestación del servicio; y (iii) Conforme lo establece el inciso cuarto del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 “Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.”

Término para liquidación del Contrato Estatal.

La liquidación de los contratos estatales puede llevarse a cabo de manera bilateral, unilateral o judicialmente; y para cada una de ellas el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 dispuso un plazo legal perentorio y exclusivo.

En el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, que introdujo medidas para la eficiencia y transparencia en la Ley 80 de 1993, se dispuso que la liquidación del contrato se podrá realizar hasta antes que caduque el medio de control de controversias contractuales, esto es, en el plazo de dos años (2) contados a partir de que se venzan los términos iniciales para hacerlo en forma bilateral (cuatro meses cuando se guarda silencio) y unilateral (dos meses).

De acuerdo con el artículo ibídem, 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.

En este sentido frente al plazo de liquidación el FDL de Fontibón de acuerdo con la norma actual, el contrato objeto de estudio, en el cual la fecha de terminación es el 21 de enero de 2020, tendría como límite temporal inicial para la liquidación bilateral (4 meses) hasta el 21 de Mayo de 2020; como límite temporal inicial para la

liquidación unilateral (2 meses) hasta el 21 de julio de 2020; y, con todo, como límite máximo en periodo adicional de liquidación bilateral o unilateral (2 años) hasta el 21 de julio de 2022.

Sobre la oportunidad para la liquidación de los contratos, Colombia Compra Eficiente ha considerado que “Es importante precisar, que el trámite de liquidación que se realice por fuera de los términos legales para efectuarla por mutuo acuerdo o unilateralmente es ilegal por falta de competencia de la Entidad Estatal para realizarla, así como la petición de liquidación judicial presentada por fuera de los términos previstos en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo por vencimiento del término de caducidad.”

Emergencia Sanitaria por el Coronavirus COVID -19

Debido a la declaratoria de la pandemia por el COVID-19 por parte de la OMS, el Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria en el territorio nacional mediante la Resolución 385 de 2020, medida prorrogada a través de las Resoluciones: 844, 1462 y 2230 del mismo año, y 222, 738, 1315, 1913 de 2021, y esta última prorrogada por la Resolución 304 de 2022 hasta el 30 de abril del 2022.

En relación a lo anterior, mediante el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020¹³, el Presidente de la República adoptó medidas en materia de prestación de servicios a cargo de todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, órganos de control, órganos autónomos e independientes del Estado, y a los particulares cuando cumplan funciones públicas, con la finalidad de prevenir la propagación de la pandemia mediante el distanciamiento social, flexibilizando la prestación del servicio de forma presencial y estableciendo mecanismos de atención mediante la utilización de medios digitales y del uso y aprovechamiento de las tecnologías de la información y las comunicaciones, de manera que se evite el contacto entre los servidores públicos y los ciudadanos, sin que ello afecte la continuidad y efectividad del servicio.

En desarrollo del decreto en mención y frente a la suspensión de términos el artículo 6º de esa normatividad, dispuso:

*"(...) Artículo 6. Suspensión de términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales en sede administrativa. Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social **las autoridades administrativas a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto, por razón del servicio y como consecuencia de la emergencia, podrán suspender, mediante acto administrativo, los términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales en sede administrativa.***

La suspensión afectará todos los términos legales, incluidos aquellos establecidos en términos de meses o años.

*La suspensión de los términos se podrá hacer de manera parcial o total en algunas actuaciones o en todas, o en algunos trámites o en todos, sea que los servicios se presten de manera presencial o virtual, conforme al análisis que las autoridades hagan de cada una de sus actividades y procesos, previa evaluación y justificación de la situación concreta. En todo caso los términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales se reanudarán a partir del día hábil siguiente a la superación de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social. **Durante el término que dure la suspensión y hasta el momento en que se reanuden las actuaciones no correrán los términos de caducidad, prescripción o firmeza previstos en la Ley que regule la materia.***

(Negrillas fuera de texto)

¹³ “Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”

Al respecto, mediante el control inmediato de la legalidad el Consejo de Estado¹⁴ se pronunció frente a unos actos administrativos expedidos por el Ministerio de Minas y Energía que ordenaban suspender el plazo para liquidar de unos contratos:

(...) “41. Es preciso advertir que el procedimiento de liquidación, dependiendo de la modalidad adoptada por las partes del contrato, ostenta una naturaleza bilateral propia del negocio jurídico, cuando al trámite acuden de consuno los dos extremos de la relación comercial, entre tanto, la liquidación realizada de manera unilateral por la entidad, sin participación del contratista, bien sea por la falta de acuerdo o por su inasistencia, tiene el carácter de acto administrativo, es decir, es el resultado del agotamiento de una actuación administrativa contractual.

42. Sin perjuicio de la naturaleza atribuida a los actos de liquidación, advertida en precedencia, la Sala concluye que el Decreto 491 de 2020, expedido en desarrollo del Decreto Legislativo 417 de 2020, a través del cual se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, autorizó a los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a suspender, mediante acto administrativo, los términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales en sede administrativa, por razón del servicio y como consecuencia de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Protección Social con el objeto de prevenir y controlar la propagación del COVID-19, hasta tanto permanezca vigente la referida emergencia sanitaria.

(...)

44. Así mismo, la Sala encuentra que la suspensión de los términos al interior del trámite de liquidación de los contratos suscritos por el Ministerio de Minas y Energía dentro del procedimiento de liquidación, procura la protección del derecho de defensa y el debido proceso de las partes e intervinientes, que pueden resultar afectados con el vencimiento de los plazos dispuestos para liquidar el contrato. (...)”

Es entonces y como lo hemos mencionado anteriormente, la Ley 1150 de 2007 contempló los términos para adelantar el trámite de liquidación en los contratos estatales, necesarios para verificar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes. Pero debido a la declaratoria de la emergencia sanitaria, el Decreto 491 de 2020, en aras a la continuidad y efectividad del servicio, autorizó a los organismos y entidades de la rama del poder público suspender mediante acto administrativo los términos de las actuaciones en sede administrativa.

En consecuencia, el FDL de Fontibón podrá dentro de sus facultades y competencias en desarrollo de la actividad contractual, mediante acto administrativo debidamente motivado y por razones del servicio y como consecuencia de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Protección Social evaluar si existen causas que den lugar a suspender el término de liquidación.

4.1.2 Contrato de Interventoría N° 156-2019

Contrato	INTERVENTORIA No 156-2019
Fecha de Suscripción	13 de MAYO DE 2019 (Minuta física) 20 de NOVIEMBRE DE 2018 SECOP 11
Contratista	ESTUDIOS E INGENIERÍA S.A.S
Objeto	DISEÑOS DE DETALLE DE LAS FASES 1 Y 2 DEL PROYECTO ZONA F-FONTIBON EN BOGOTÁ D.C.
Valor Contrato	\$ 217.631.778

¹⁴ Sentencia Consejo de Estado Radicación número: 11001-03-15-000-2020-01242-00(CA).

Duración	OCHO 8 MESES
Fecha de inicio	22 DE MAYO DE 2019
Fecha revista de Terminación	21 DE ENERO DE 2020
Prorroga	N/A
Adición	N/A
Estado actual	PROCESO DE LIQUIDACIÓN
Supervisor	JOHANNA PAOLA BOCANEGRA - Alcaldesa local de Fontibón vigencia 2019
Interventoría	RUBEN DARIO DIAZ ARANGO - área de Gestión de Desarrollo Local
Apoyo a la Supervisión	MIGUEL ANGEL MELO MORENO - área de Gestión de Desarrollo Local RUBEN DARIO DIAZ ARANGO - área de Gestión de Desarrollo Local

Sobre el término, oportunidad y suspensión para la liquidación de contratos, La Dirección de Contratación, reitera lo mencionado en el presente concepto, en cuanto a la autorización otorgada a los organismos y entidades de las ramas del poder público mediante el Decreto 491 de 2020.

En este sentido frente al plazo de liquidación el FDL de Fontibón de acuerdo con la norma actual, el contrato objeto de estudio, en el cual la fecha de terminación es el 21 de enero de 2020, tendría como límite temporal inicial para la liquidación bilateral (4 meses) hasta el 21 de Mayo de 2020; como límite temporal inicial para la liquidación unilateral (2 meses) hasta el 21 de julio de 2020; y, con todo, como límite máximo en periodo adicional de liquidación bilateral o unilateral (2 años) hasta el 21 de julio de 2022.

4.1.3 Contrato Interadministrativo 255 de 2019

Contrato	No 255 DE 2019
Contratista	SISTEMA UNIVERSITARIO –SUEJE-CONFORMADO POR ENTES UNIVERSITARIOS AUTONOMOS DEL EJE CAFETERO.
Objeto	PRESTACIÓN DE (GERENCIA INTEGRAL DEL PROYECTO 'ZONA LOCALIDAD DE FONTIBON EN BOGOTA D.C. CUYA FINALIDAD ES LA INTERVENCION DE LA MAYA VIAJ „ ESPACIO PUBLICO, Y LA PLAZA FUNDACIONAL DE, ZONA F, FASE INCLUYENDO
Plazo	16 MESES
Inicio	17 DE ENERO DE. 2020
Fecha terminación inicial pactada	16 DE MAYO DE 2021
Fecha suspensión según acta de reinicio	29 DE ABRIL DE 2020
Fecha según acta de reinicio	30 DE JUNIO DE 2020
Fecha de terminación anticipada	01 DE JULIO DE. 2020
Valor del contrato	s 19.900.000.000
CRP inicial	No 952 DEI 31 DE DICIEMBRE 2019

Saldo CRP actual	S 19.900.000.000
------------------	------------------

De acuerdo a lo mencionado por el FDL de Fontibón, en relación con la revisión de la Liquidación del Contrato objeto de revisión y ante las observaciones del contratista, esta Dirección menciona lo siguiente:

Liquidación Bilateral

Como lo hemos mencionado, la entidad al liquidar el contrato debe verificar los aspectos técnicos, financieros y jurídicos del contrato, al respecto la jurisprudencia también ha señalado¹⁵:

“... que en el acta de liquidación se deja constancia de lo que a la terminación del contrato la entidad quedó debiendo al contratista o lo que este quedó debiendo a aquella, por causa de las obligaciones cumplidas en desarrollo del contrato y las actualizaciones a que pudo tener derecho, o los sobrecostos en que incurrió en razón de la prórroga del plazo del contrato, extremos que generan créditos a su favor que tienen origen en el contrato mismo y que por ende deben ser resueltos en el acta de liquidación”.

Es entonces que la liquidación bilateral tiene fundamento en la autodeterminación de intereses y en la concurrencia de voluntades, con el efecto de obligar a las partes a cumplir con lo que en ella se dispone (Código Civil, artículo 1602) desde las perspectivas declarativa y constitutiva antes mencionadas, puesto que las partes, en su condición recíproca de acreedoras y deudoras: (i) declaran o hacen constar la extinción de las obligaciones surgidas del contrato y se liberan de ellas, en virtud del pago o cumplimiento; (ii) asumen nuevas obligaciones que se desprenden de la relación contractual de conformidad con lo dispuesto en las cláusulas correspondientes, o de las vicisitudes que surgieron en su ejecución.

De ahí que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que la *“naturaleza jurídica de la liquidación es un acto de autonomía dispositivo de intereses jurídicamente relevantes, a cuya creación y determinación de efectos, concurre la voluntad de los intervinientes, en tanto que son quienes propician su existencia y determinan sus consecuencias, en conjunción con el ordenamiento jurídico”*¹⁶.

En cuanto al plazo o término de la liquidación bilateral el Consejo de Estado ha manifestado¹⁷:

(...)” En vista de esta realidad, es posible que las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad que la ley les reconoce (artículo 1602 C.C. y artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993), teniendo en cuenta la complejidad del objeto del contrato, su naturaleza y su cuantía, acuerden: (i) Supeditar o sujetar el inicio del plazo de la liquidación bilateral del contrato estatal, al cumplimiento de ciertos requisitos y actividades previas, preparatorias y necesarias para su realización, tales como la elaboración de análisis, conceptos, estudios e informes técnicos, jurídicos, económicos y financieros, actividades todas estas que deben ser convenidas en forma concreta y precisa, con asignación de la parte responsable a la que le corresponde su producción o la indicación de si deben realizarse en forma conjunta y el señalamiento de las oportunidades, fechas o plazos determinados en que habrán de entregar para proceder al inicio de la etapa de liquidación del contrato. (ii) Prorrogar el plazo inicial para la liquidación bilateral cuando se evidencie que este no resulta suficiente para realizarla, pese a los significativos avances en las conversaciones y negociaciones, que dejan entrever que en un término mayor se llegará al acuerdo.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de agosto de 1996, Exp. N.º 9818.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 16 de agosto de 2001, Exp. n.º 14384

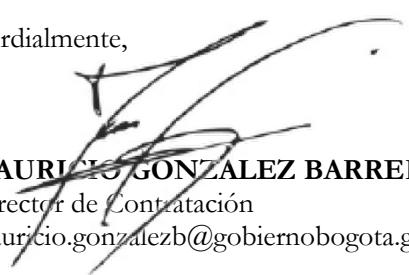
¹⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil N.º 11001-03-06-000-2015-00067-00(2253).

Lo anterior, teniendo en cuenta que dicho plazo es de carácter indicativo y en el entendido de que no ha comenzado a transcurrir el término legal de dos años para recurrir al juez del contrato -contados desde el vencimiento de los plazos iniciales señalados para liquidar- ni se ha proferido auto admisorio de la demanda en el que se pida la liquidación judicial (artículo 164 CPACA en concordancia con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007). A juicio de la Sala, resulta claro que si las partes están autorizadas para fijar por mutuo acuerdo un plazo con el objeto de realizar la liquidación bilateral del contrato, con mayor razón pueden convenir requisitos y actividades previas o prorrogar los términos para la liquidación, con el fin de que sea viable y estén aquellas en verdadera condición de hacerla, siempre y cuando, por supuesto, se evidencie la necesidad de dicha estipulación o de la prórroga y se encuentren debidamente justificadas.” (Subrayas fuera de texto)

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.gonzalezbar@gobiernobogota.gov.co

Elaboró: John Alexander Chalarca Gómez – Abogado Dirección de Contratación

