

450

Bogotá, D.C.,

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

DE: Director de Contratación

ASUNTO: Respuesta Solicitud de Concepto Memorando N° 20225900000693.

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:

(...) “Me dirijo a ustedes para elevar consulta sobre la aprobación del único pago del contrato de compraventa 244 de 2020 suscrito entre el Fondo de Desarrollo Local de Fontibón e Impresión a Mil y Cía S.A.S. Dado lo anterior, me permito narrar los siguientes hechos para contextualizar la situación del contrato en mención:

- Objeto del contrato: Contratar el servicio de diseño, diagramación, corrección de estilo, impresión y arte finalizado de las cartillas del plan de desarrollo local de Fontibón y la adquisición de dispositivos de almacenamiento de datos según las especificaciones técnicas solicitadas por la entidad.

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.

- Valor del contrato: Veinticuatro millones quinientos cincuenta y ocho mil novecientos veintitrés pesos M/CTE. (§24.558.923).
- Fecha de inicio: 25 de marzo de 2021.
- Forma de pago: Pagos parciales del contrato, contra la entrega de los bienes y servicios objeto del contrato. Es importante aclarar que no se ha hecho ningún pago.
Fecha de terminación: inicialmente era el 24 de mayo de 2021, pero tuvo una prórroga por un mes (hasta el 24 de junio de 2021).
Insumos contratados: (...)

Mediante acta de reunión del 23 de junio de 2021, el apoyo a la supervisión recibió a satisfacción los dos (2) artículos contratados (ver anexo 1). Igualmente, a través del informe final de supervisión, avaló los productos recibidos a Impresión a Mil y Cía S.AS (ver anexo 2).

Pese al recibo, satisfacción expedida por Yajaira Cuesta Machuca, como apoyo a la supervisión, procedo a validar la calidad y contenido de los artículos contratados. La revisión realizada arrojó los siguientes hallazgos:

• *Cartillas del Plan de Desarrollo Local de Fontibón* Comparamos el contenido de la Cartilla impresa versus el contenido el Acuerdo Local 035 de 2020 (por el cual se adopta el Plan de Desarrollo Económico, Social, Ambiental, de Obras Públicas para la localidad de Fontibón 2021 - 2024. (Ver anexo 3). Encontramos que en 47 páginas (de 88 que componen la Cartilla) los contenidos no coinciden con el Acuerdo 035 de 2020 (ver anexo). Es importante anotar que, ya que se trataba de la impresión del Acuerdo Local 035 de 2020, mediante el cual la Junta Administradora Local de Fontibón aprobó el actual Plan de Desarrollo Local, no se podían hacer modificaciones de contenido (corrección de estilo o supresión de cualquier contenido).

Dispositivos de almacenamiento de datos: No se trata de una memoria USB ecológica en bambú. El dispositivo entregado está hecho en plástico.

Ante los hallazgos presentados, quisiera consultarles el procedimiento a seguir para la liquidación del contrato en mención toda vez que, al recibir el cargo, encontré: las aprobaciones para realizar el pago y la liquidación del contrato, los recibos a satisfacción por parte del apoyo a la supervisión, los ingresos y egresos al almacén, la distribución de algunas cartillas a comunidad en la localidad. Sin embargo, por responsabilidad administrativa y fiscal no podrá hacer entrega de las restantes Cartillas del Plan de Desarrollo Local de Fontibón ya que su contenido tiene diferencias sustanciales con el Acuerdo 035 de 2020 aprobado por la JAL. De igual forma, los dispositivos de almacenamiento de datos no corresponden a los requerimientos técnicos establecidos en los documentos precontractuales además de contener la versión digital del archivo con los errores ya citados.” (...)

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:

4.1. Análisis Normativo y Jurisprudencial

Contrato de Compraventa

La Ley 80 de 1993, en el Capítulo III. Define los Contratos Estatales: “*Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación*”.

El Artículo 13 de la citada Ley determina la normatividad aplicable a los contratos estatales enunciando:

“Artículo 13.- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.” (Subrayado fuera de texto).

En consecuencia, de lo anterior, debemos ceñirnos a lo ordenado por el Código Civil y el Código Comercial, frente a los Contratos de Compraventa así:

“ARTICULO 1849. CONCEPTO DE COMPRAVENTA. *La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio*”.

“ARTÍCULO 1863. MODALIDADES DE LA COMPRAVENTA. *La venta puede ser pura y simple, o bajo condición suspensiva o resolutoria. // Puede hacerse a plazo para la entrega de las cosas o del precio. // Puede tener por objeto dos o más cosas alternativas. // Bajo todos estos respectos se rige por las reglas generales de los contratos, en lo que no fueren modificadas por las de este título*” (Negrilla fuera de texto).

Al respecto el Código de Comercio en sus artículos 905 y 968 define el Contrato de Compraventa y el Contrato de Suministro en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 905. DEFINICIÓN DE COMPRAVENTA. *La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio. // Cuando el precio consista parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero, y venta en el caso contrario. // Para los efectos de este artículo se equiparán a dinero los títulos valores de contenido crediticio y los créditos comunes representativos de dinero*”.

Por vía jurisprudencial el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección A, Sentencia del 29 de enero de 2014, ha señalado:

(...) “*Así pues, en orden a establecer si la tipología del Contrato (...) en realidad corresponde al de compraventa, debe partir la Sala por referirse a las normas que la regulan, cuestión que impone señalar que el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 consagró la incorporación de las normas comerciales y civiles en materia de contratación estatal en relación con los aspectos de los cuales dicho Estatuto no reguló, tal como ocurrió con el tipo contractual de la compraventa. Siguiendo el lineamiento trazado cabe precisar que a voces del orden secuencial que estableció el legislador del Estatuto de Contratación Estatal, las normas mercantiles son aquellas a las que en primer término debe acudir, a lo cual se suma el hecho de que en el caso concreto uno de los extremos contratantes estuvo conformado por dos sociedades comerciales, circunstancia en virtud de la cual es dado concluir que todos su actos, atendiendo el criterio subjetivo, deben estar regidos por el estatuto de los comerciantes.*” (...)

Como se observa con claridad, el contrato de compraventa para la contratación pública estatal es un negocio jurídico, de contenido económico, principal, oneroso, consensual, sinalagmático y conmutativo, en el que una persona se obliga a intercambiar la propiedad de una cosa por un precio en dinero.

Asimismo, para la celebración del contrato de compraventa estatal, se exige no sólo el cumplimiento de los presupuestos y condiciones de existencia y validez determinados en las normas del derecho privado, sino que también lo previsto en las normas especiales de contratos estatales, determinados en el artículo 39 y 41 de la ley 80 de 1993, esto es, el acuerdo del objeto y contraprestación y que dicho contrato se eleve por escrito, salvo los casos de urgencia manifiesta.

Ahora bien, la obligación de “dar” que corre a cargo del vendedor no sólo implica que éste transfiera meramente el derecho de dominio o propiedad sobre la cosa, sino también que se procure a parte de la entrega material, es que, en este caso, el bien mueble cumpla con las características pactadas en el contrato estatal de Compraventa.

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 participen 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:

(...) “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

⁴Nº Radicado: 2202013000002604 Concepto C — 180 de 2020

⁵ Artículo 3 de la Ley 80 de 1993

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 obligacional 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 con 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.

Lo anterior nos recuerda que en ningún caso el supervisor del contrato podrá delegar la supervisión de contrato en otro servidor público; es por eso que el “*apoyo a la supervisión*”⁶ tendrá la función de hacer seguimiento al contrato y de sus actividades y no podrá a nombre del Supervisor, suscribir el “INFORME FINAL DE SUPERVISIÓN/INTERVENTORÍA” función y obligación indelegable del Supervisor.

Término para liquidación del Contrato Estatal.

Considerando la existencia de modalidades de liquidación de los contratos estatales, el legislador a través del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 consagró un plazo legal perentorio y exclusivo para su trámite.

En este sentido 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 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.

Contrato de Compraventa N° 244 de 2020.

De acuerdo a los hallazgos observados por parte del FDL de Fontibón, en cuanto a las calidades de diagramación de las cartillas y las especificaciones técnicas de los dispositivos de almacenamiento, se evidencia a la luz del negocio jurídico del contrato de compraventa, un presunto incumplimiento a las obligaciones pactadas en el contrato. Por ende, es deber de la administración conminar al contratista para que subsane y restablezca la afectación de lo mencionado, con el fin de llevar a buen término la liquidación y/o terminación del contrato, esto de acuerdo con lo pactado en el contrato.

Por otro lado, y teniendo en cuenta el “INFORME FINAL DE SUPERVISIÓN/ INTERVENTORÍA” anexo a la solicitud de concepto, esta Dirección observa que la póliza N°: 21-44-101342061 en cuanto a la vigencia de calidad de servicio y cumplimiento se encuentran vencidas. Al respecto, el FDL de Fontibón si así lo considera podrá realizar el procedimiento de declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria de conformidad con lo estipulado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Régimen sancionatorio – Cláusula Penal Pecuniaria.

Durante la ejecución de los contratos las entidades estatales generalmente cuentan con distintas potestades exorbitantes o excepcionales, con base en las cuales ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de vigilancia y control; una de esas potestades con la que cuenta la administración, es la

⁶ Manual de Supervisión e Interventoría pág. 8 <http://gaia.gobiernobogota.gov.co/proceso/gesti%C3%B3n-corporativa-institucional>

imposición unilateral de la multa o la cláusula penal que para su efectividad y como requisito indispensable es que se haya pactado en el contrato.

Al respecto el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 establece:

Artículo 17. del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

*En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.** Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.* (Negrillas y Subrayado fuera de texto).

Lo anterior, nos establece que mientras esté pendiente la ejecución de obligaciones del contratista, podrá la administración imponer multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, claro está, previa citación del contratista y respetando el debido proceso regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011⁷.

Frente a la competencia temporal de la imposición de multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria el Consejo de Estado mencionó:

(...) “competencia temporal para imponer sanciones-, en relación con las multas y la cláusula penal pecuniaria, cambió de sentido, esta vez no por una variación introducida por la jurisprudencia a sus propias tesis, sino porque la ley 1150 reguló expresamente el tema, señalando que la competencia sancionatoria se conserva «mientras esté pendiente la ejecución» del contrato, así es que de ninguna manera quedó limitado a que se haga sólo «durante el plazo» del contrato. En este sentido, el inciso primero del art. 17 de esta ley expresa categóricamente: «... Esta decisión... procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista».

(...)

Esta postura, inclusive, la conserva esta Corporación en la actualidad. Es decir, que hoy admite la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, una vez vencido el contrato. Esto no se discute ni siquiera en vigencia de la ley 1150 de 2007; menos tratándose de un contrato regido por el Decreto 222 de 1983 y algunas normas especiales que regulan el juego del chance –como en el caso concreto⁸. (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, se establece que en los acuerdos contractuales que se rigen por la Ley 1150 de 2007 la entidad estatal podrá imponer las multas y hacer efectiva la cláusula penal inclusive después de su plazo de ejecución, siempre que la obligación esté pendiente de cumplimiento. De esta manera, la entidad podrá hacer uso de aquellas facultades contractuales para procurar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, y satisfacer las necesidades objeto del contrato y consecuentemente garantizar los fines del Estado.

⁷ ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento: (...)

⁸Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia N.º 23001-23-31-000-2000-02857-01(24.697) de 24 de octubre de 2013, C.P. Enrique Gil Botero. De la misma forma, esta tesis se expone en el expediente N.º 18.017 de 25 del mayo de 2011, C.P. Enrique Gil Botero.

Es entonces y como lo hemos mencionado, el FDL de Fontibón si así lo considera y teniendo en cuenta los presupuestos normativos y jurisprudenciales indicados, podrá iniciar el proceso sancionatorio contractual, con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y ordenar su liquidación.

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.gonzalez.b@gobiernobogota.gov.co

Elaboró: John Alexander Chalarca Gómez – Abogado Dirección de Contratación

