

MEMORANDO

450

Bogotá, D.C.,

PARA: GERMÁN HUMBERTO MEDELLÍN
Alcalde Local (E) de Sumapaz

DE: Director de Contratación

ASUNTO: Concepto Jurídico – Respuesta Memorando N° 20217020005753 de fecha 21/05/2021

Respetado Dr. Medellín

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.

La consulta se presentó en los siguientes términos:

3.1. ANTECEDENTES

El Fondo de Desarrollo Local de Sumapaz suscribió Contrato de suministro N° CPS 077 de 2017, cuyo objeto fue “Prestar el servicio de transporte terrestre con el fin de atender los diferentes eventos institucionales programados por la administración local, eventos y actividades de promoción y participación.”, el cual de acuerdo a lo mencionado en el memorando tuvo las siguientes modificaciones:

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.

I. RESUMEN CONTRACTUAL		
Número Contrato: CPS-077-2017	Fecha de Acta de Inicio: 06 de Junio de 2017	Tipo de Contrato: Suministro
Plazo Inicial: 8 meses	Valor Inicial: \$152.400.000 Valor Final: \$ 228.600.000	Fecha terminación: El 05 de Diciembre de 2018
II. MODIFICACIONES		
Prórroga 01	El día 5 de febrero de 2018 se realizó prórroga al contrato por el término de Tres (03) meses (a partir del 06 de Febrero al 5 de mayo del 2018) y/o hasta agotar recursos.	
Prórroga 02 y Adición	El día 4 de mayo de 2018 se realizó prórroga al contrato por el término de Seis (06) meses (a partir del 06 de Mayo al 05 de noviembre del 2018) y/o hasta agotar recursos; Adición Por el valor de setenta y seis millones doscientos mil pesos m/cte. (\$76.200.000).	
Prórroga	El día 2 de noviembre de 2018 se realizó prórroga al contrato por el término de Un (01) mes (a partir del 06 de Noviembre al 5 de diciembre del 2018) y/o hasta agotar recursos.	

De lo anterior el FDL de Sumapaz, previamente revisados los informes pendientes de pago, procede a realizar el Acta de Liquidación del Contrato la cual es avalada y firmada por el contratista.

3.2. CONSULTA

De acuerdo a los antecedentes expuestos, el FDL de Sumapaz solicita concepto respecto al pago de las facturas presentadas por el contratista y el acompañamiento para realizar la conciliación y liquidación del contrato objeto de estudio.

Frente a los términos en que fue realizada la consulta, la Dirección de Contratación procede a pronunciarse de manera precisa en los siguientes términos:

3.2.1. Liquidación Contrato Estatal:

Frente a la liquidación de los contratos estatales el artículo 60 de la Ley 80 de 1993⁴, y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007⁵ 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

⁴ 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 (...).

⁵ 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. (...).

«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 [...]».

Sobre la finalidad de la liquidación, el Consejo de Estado⁷, ha expresado que:

“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 Sumapaz, de acuerdo a lo expuesto y a las cláusulas establecidas en el Contrato de Suministro (CPS-077-2017), 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.”

3.2.2. 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,

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 16 de agosto de 2001, Exp. núm. 14384.

⁷ C. de Estado, Secc. 3ª, Rad. 16246 de 31 de mar. de 2011, C.P. Hernán Andrade Rincón

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 Sumapaz De acuerdo con la norma actual, el contrato objeto de estudio, en el cual la fecha de terminación es el 5 de diciembre de 2018, tendría como límite temporal inicial para la liquidación bilateral (4 meses) hasta el 5 de abril de 2019; como límite temporal inicial para la liquidación unilateral (2 meses) hasta el 05 de junio de 2019; y, con todo, como límite máximo en periodo adicional de liquidación bilateral o unilateral (2 años) hasta el 05 de junio de 2021.

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.”*

3.2.3. Respecto a la constitución de un pasivo exigible:

Ahora bien, de conformidad con los hechos relatados en la comunicación, se tiene que los recursos apropiados y no girados, pretendían respaldar las obligaciones derivadas de la ejecución contractual por el término de su duración, terminando este plazo el día 5 de diciembre de 2018. En ese sentido, se puede inferir que, a la fecha, los recursos ya no corresponden a una reserva presupuestal sino a un pasivo exigible. Según la definición, los pasivos exigibles son compromisos debidamente perfeccionados que fenecen presupuestalmente por no haber sido cancelados en la vigencia en que se constituyeron como reserva presupuestal y por lo tanto, deben pagarse en la vigencia en que se hacen exigibles.

Por lo anterior, para poder proceder al reconocimiento y pago de las sumas debidas, es necesario observar el procedimiento señalado en el instructivo GCO-GCI-IN025, el cual se encuentra publicado en la Intranet, y hace parte del Sistema de Gestión de Calidad de la Secretaría de Gobierno.

3.2.4. Respecto a la solicitud de acompañamiento para la conciliación y liquidación

Frente a este particular, es preciso mencionar varios aspectos: (i) La liquidación bilateral de los contratos estatales es competencia directa de las partes contratantes (Entidad y Contratista), en tal sentido, son llamados a suscribirla quienes representan cada parte contractual; (ii) Si lo que se pretende es acudir a la conciliación, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, en virtud de lo consagrado en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993 y lo pactado contractualmente, es preciso recordar, conforme artículo 60 ídem, que en el acta de liquidación también pueden constar *“los acuerdos, **conciliaciones** y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.”* (Se subraya); (iii) la conciliación a que se alude, mecanismo autocompositivo, es propio de las partes involucradas, en este caso, entidad u organismo contratante y contratista; (iv) De conformidad con las funciones atribuidas a esta Dirección en el artículo 25 del Decreto 411 de 2016, no es viable el acompañamiento a las dependencias de la Secretaría de Gobierno (nivel central o local), en etapa de arreglo directo, por no estar expresamente asignada esta responsabilidad.

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: John Alexander Chalarca Gómez – Abogado Dirección de Contratación
Brenda Viviana Jiménez Díaz – Abogada Dirección de Contratación