

MEMORANDO

450

Bogotá, D.C.,

PARA: GERMÁN HUMBERTO MEDELLIN
Alcalde Local (E) de Sumapaz**DE:** Director de Contratación**ASUNTO:** Concepto Jurídico – Respuesta Memorando Radicado No. 20217020007233 de fecha 13/07/2021

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.

En primera instancia, cabe iniciar citando la consulta del FDL de Sumapaz, en los siguientes términos:

“(...) En atención a nuestras obligaciones contractuales, hemos realizado la gestión para liquidar el contrato de interventoría CIN-124-2017, como se relaciona a continuación:

- *Comunicación 20217020002511 del 21 de enero de 2021, donde se solicita la documentación para iniciar con el proceso de liquidación del contrato, ya que si bien es cierto el apoyo a la supervisión anterior tenía un acta de liquidación proyectada, no se encontraron los soportes correspondientes para su verificación.*
- *Correo electrónico del 01 de marzo mediante el cual se reiteró la solicitud realizada en el mes de enero.*
- *El día 04 de marzo de 2021, el Consorcio Intervial Sumapaz da respuesta a la solicitud de enero, sin embargo, no anexaron ningún soporte.*

¹ Jaime Orlando Santoofimio, Tratado De Derecho Administrativo Tomo II pág. 196 y ss

² Gustavo Penagos, El Acto Administrativo, Tomo I pág. 228 y ss,

³ Consejo de Estado. Sección Cuarta, Auto Diciembre 13 de 1976.

- *Comunicación 20217020007621 del 11 de marzo de 2021, en la cual se emiten las observaciones correspondientes al documento entregado el 04 de marzo de 2021, y se concedió un plazo máximo de cinco (05) días hábiles para la entrega de la información pendiente para continuar con la liquidación.*
- *Comunicación 20217020009911 del 31 de marzo de 2021, en la que se reiteró la solicitud realizada el 11 de marzo de 2021 ya que el plazo definido se cumplió el 18 de marzo de 2021, por lo tanto, se volvió a dar un plazo de cinco (05) días hábiles para la entrega de la información pendiente para continuar con la liquidación.*
- *El día 21 de abril de 2021, el Consorcio Intervial Sumapaz remitió los documentos solicitados para continuar con la liquidación.*
- *Comunicación 202170200013441 del 18 de mayo de 2021, se emiten observaciones respecto a la documentación entregada debido a que el informe final de interventoría se encontraba incompleto. Se solicitó ajustar diferentes aspectos. Asimismo, y teniendo en cuenta que el contrato de obra pasó por un hallazgo en la contraloría, se solicitó incluir un capítulo donde se indique los antecedentes y los resultados de las actividades realizadas para subsanar este aspecto, con los debidos soportes.*
- *Correo electrónico del 08 de junio de 2021 reiterando la entrega de documentación puesto que el plazo se cumplió el pasado 3 de junio de 2021.”*

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

Una vez descritos los argumentos esbozados por el consultante y transcritos en su totalidad, dispone este despacho a darle respuesta a su inquietud, la cual nos permitimos citar concretamente de la siguiente manera:

“(…) No obstante, lo anterior, a la fecha el contratista no ha radicado la documentación corregida para continuar con el proceso de liquidación, a pesar de que el contrato de obra COP-248082-2017, sobre el cual el CONSORCIO INTERVIAL SUMAPAZ ejerció las labores de interventoría tiene acta de recibo final con fecha del 20 de septiembre de 2019 y acta de liquidación del 18 de diciembre de 2019. Razón por la cual a la fecha nos encontramos adelantando un informe de presunto incumplimiento frente al cumplimiento de las siguientes obligaciones del Contrato CIN-124-2017.

De igual forma, notamos con preocupación que el Contrato COP-248082-2017 adjudicado al Consorcio Vial Sumapaz 2017, se encuentra en investigación por presuntas irregularidades en la licitación, en su adjudicación y durante su ejecución. Por lo que solicitamos amablemente su concepto para definir la dirección a tomar frente a la liquidación del Contrato de Interventoría CIN-124-2017, teniendo en cuenta que estamos próximo a perder la competencia para efectuar la liquidación.” (…)

4.1. Análisis Normativo y Jurisprudencial

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.

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. (...).

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 [...]»⁶.

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.

Modalidades o formas de liquidación

La liquidación puede ser bilateral, unilateral o judicial. Así, consistirá en: a) un acuerdo de voluntades, cuando se hace de forma bilateral; **o b) en un acto administrativo, cuando la entidad procede unilateralmente porque: (i) no se presenta el contratista a la liquidación bilateral, o (ii) no se logra la liquidación bilateral o (iii) se logra parcialmente;** o c) en una decisión judicial, cuando el juez competente profiere la providencia correspondiente, en el caso de que se le pida a través del medio de control de controversias contractuales, bien porque (i) no se ha producido la liquidación o bien (ii) respecto de puntos no liquidados.

Liquidación unilateral. Contrato CIN-124-2017.

De acuerdo a lo expuesto por el FDL de Sumapaz en cuanto a la inobservancia por parte del contratista en dar respuesta a los requerimientos para la liquidación, la entidad, deberá tener en cuenta lo siguiente:

- Una vez expirado el plazo expreso indicado en los pliegos de condiciones o en el contrato o, en su defecto, el tácito o supletivo de cuatro meses previsto en la ley, sin que el contratista se haya presentado a la liquidación o las partes no hubieren llegado a un acuerdo, la entidad estatal, “tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes” (artículo 11 de la Ley 1150 de 2007), para lo cual habrá de expedir un acto administrativo de conformidad con la normatividad aplicable.
- De acuerdo a lo anterior, el plazo adicional y, por ende, el término máximo para que la entidad estatal, en ejercicio de sus funciones y de la competencia que le ha sido atribuida en forma temporal, liquide de forma bilateral o unilateral el contrato, es de dos (2) años (artículos 11 de la Ley 1150 de 2007 y 164 CPACA). Este período adicional empieza a correr a partir de la expiración del término de dos (2) meses

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

para la liquidación unilateral inicial, el cual, a su vez, es posterior y supone el vencimiento del plazo inicial para la liquidación bilateral fijado en los pliegos de condiciones o estipulado en el contrato o consagrado en la ley de forma supletoria de cuatro meses.

- Al respecto, se debe tener en cuenta que la liquidación unilateral es subsidiaria o supletoria frente a la bilateral, dado que el contratista tiene derecho a acordar la liquidación, debidamente reconocido por el ordenamiento jurídico. Para tal efecto, el contratista debe ser convocado o citado por la entidad contratante con el fin de intentar la liquidación bilateral, puesto que en el supuesto caso de que no sea así, la liquidación unilateral posterior que llegase a practicar la administración resultaría inválida, dado que no tendría competencia material para hacerla y por cuanto su adopción con tal omisión vulneraría el derecho del contratista al debido proceso y sus corolarios de defensa y contradicción y, además, configuraría un abuso de poder.
- El acto mediante el cual se liquide unilateralmente un contrato, en tanto que es expresión de función administrativa y obedece a una actuación administrativa, deberá desarrollarse *“con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad”* (artículo 3, CPACA).
- Conviene recordar que la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Corporación también ha declarado que no produce efectos legales frente al contratista una liquidación unilateral cuando no le ha sido notificada personalmente a este, sino por edicto (artículo 72 Ley 1437 de 2011 C.P.A.C.A), puesto que tal circunstancia irregular vulnera el debido proceso y le cercena la oportunidad de conocer al contratista el acto para interponer los recursos correspondientes⁸.
- Finalmente, en relación con el contenido y el alcance del acto administrativo que liquida unilateralmente un contrato, la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Corporación ha concluido que guarda coherencia con el de la liquidación bilateral, en los siguientes términos:

“[L]a entidad estatal queda facultada para indicar las condiciones del estado del negocio, donde puede declararse a paz y salvo o deudora o acreedora del contratista, lo mismo que tiene la potestad de determinar, según su apreciación de los hechos y del derecho, todos los demás aspectos que hacen parte de la liquidación del contrato... Desde este punto de vista, es decir, del contenido del acto, no existe diferencia entre la liquidación bilateral y la unilateral, porque la una como la

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de abril de 2010, Exp. n.º 17430. En esa ocasión, se citó un pronunciamiento de la Sección Primera, Sentencias de 10 de abril de 1997, Exp. n.º 3358 en el cual se definió: “La Corporación, partiendo de una racional interpretación del artículo 45 del C.C.A., ha estimado en reiterada jurisprudencia que la notificación principal y la que más interesa al derecho de defensa es la notificación personal, de allí que la Administración deba desplegar la mayor actividad posible para hacerla efectiva, y que solo cuando las circunstancias no permitan lograrla es cuando le está autorizado acudir a la notificación por edicto, lo que significa que ésta es subsidiaria de la notificación personal, de modo que no es viable dar como surtida la notificación cuando debiéndose hacer personalmente se acuda al mecanismo del edicto en ausencia de actividad administrativa encaminada a realizarla en la primera forma.”

otra están llamadas a concluir el negocio mediante la determinación concreta y clara de los aspectos técnicos, económicos y financieros que quedan pendientes, como de lo ejecutado y recibido a satisfacción”.

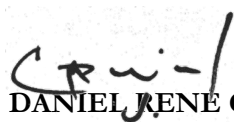
En conclusión el FDL de Sumapaz, y de acuerdo a lo expuesto y a las cláusulas establecidas en el Contrato de interventoría (CIN-124-2017), deberá verificar en la liquidación: i) el estado o balance económico, en este caso las facturas aportadas por el contratista y que estén acordes a las obligaciones 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.”*

Sumado a lo anterior, también puede ocurrir que el acuerdo sea solo parcial, esto es, que se pongan de acuerdo en algunos aspectos acerca del cumplimiento de las obligaciones del contrato y no en todos. En este caso se debe levantar el acta de constancia que plasma lo acordado y las partes hacer las salvedades del caso. Jurídicamente están establecidas en el inciso final del art. 11 de la Ley 1150 de 2007: *“Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo”.*

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

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de octubre de 2014, Exp. n.º 27.777