

MEMORANDO

Bogotá, D.C.,

PARA: JAIME ANDRÉS VARGAS VIVES
Alcalde Local de Usaquén**DE:** Director de Contratación**ASUNTO:** Respuesta a solicitud de concepto relacionado al procedimiento de liquidación de contrato 102 de 2016. Rad. 20205120015423

Respetado señor Alcalde,

En atención al memorando del asunto, en el cual consulta si es procedente la liquidación del contrato referenciado, procede esta Dirección a pronunciarse en los siguientes términos:

1. MARCO JURÍDICO PREVIO

Conforme con lo dispuesto en el literal l) del artículo 25 del Decreto Distrital 411 de 2016, que a su tenor indica:

“Artículo 25 Dirección de Contratación. Corresponde Dirección de Contratación (sic) el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

m. Atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia”

Revisado el contenido de la anterior disposición, es claro que, a partir de la vigencia del citado Decreto, surge la obligación de la Dirección de Contratación, como dependencia adscrita a la Subsecretaría de Gestión Institucional de la Secretaría Distrital de Gobierno, de emitir concepto sobre los diferentes asuntos contractuales no solo de la Secretaría, sino también de la gestión contractual de Fondos de Desarrollo Local. Sin embargo, si bien, dicha competencia funcional posibilita el seguimiento y control de las actuaciones circunscritas a la gestión contractual de la Secretaría y los citados Fondos, la misma no debe sobrepasar los límites funcionales, las competencias y por ende las responsabilidades propias de los Alcaldes Locales como ordenadores de gasto de los recursos asignados a los Fondos de Desarrollo Local, a la luz de las disposiciones contenidas en el artículo 40 del Decreto 1421 de 1993, artículo 1 del Decreto 460 de 1993 y lo consagrado en el Decreto 768 de 2019.

2. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURIDICOS

Reviste de 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”* (Jaime Orlando Santofimio TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Tomo II pag 196 y

ss). Por su parte en la obra EL ACTO ADMINISTRATIVO Tomo I pag. 228 y ss, 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”*. 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 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”*¹

En este orden de ideas, es preciso concluir que por expresa disposición normativa e imperativo jurisprudencial, a la Dirección de Contratación le ha sido asignada la función atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia, los cuales no obligan tal como se ha argumentado con suficiencia. Se recuerda que las eventuales controversias o diferencias sobre aspectos contractuales entre contratante y contratista deben ser resueltas por medios tales como los mecanismos alternativos de solución de conflictos, de conformidad con las Leyes 446 de 1998, 640 de 2001, 1285 de 2009 y el Decreto 1716 de 2009 incorporado en el Decreto Único 1069 de 2015 y dado el caso, la conciliación extrajudicial que adelanta la Procuraduría General, si así lo consideran las partes y previo análisis y aprobación del Comité de Conciliación a cargo de la Dirección Jurídica de la Secretaría.

3. ANTECEDENTES

- a. *“El proceso de Licitación Pública identificado bajo el No FDLUSA-LP002-2017 cuyo objeto fue “REALIZAR LAS OBRAS DE CONSERVACION DE LA MALLA VIAL EN LA LOCALIDAD DE USAQUÉN Y SU ESPACIO PÚBLICO, EN BOGOTÁ, D.C. A TRAVÉS DEL SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS FIJOS, SIN FORMULA DE AJUSTE Y A MONTO AGOTABLE”, se adjudicó por valor de DIECISIETE MIL CIENTO VEINTINUEVE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL TREINTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$17.129.838.037) a través del sistema de precios unitarios fijos, sin formula de reajuste y a monto agotable, y con base en las mayores y menores cantidades de obra se dejaron de invertir TRES MIL OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$3.800.000.000). Este recurso que se debió invertir en otros segmentos y con ello aumentar las cantidades de obra. Es de aclarar que el contratista le insistió al Fondo para que se aumentaran las cantidades de obra pero el Fondo no lo encontró pertinente”*
- b. *“La forma de pago pactada en la cláusula quinta del contrato identificado bajo el número 136 de 2017 establece que el valor del contrato se pagará así: El contrato se ejecuta a precios unitarios fijos y a monto agotable, una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y legalización del contrato, se entregarán al FDLUSA, actas parciales de obra sobre cada una de las cuales se hará una retención en garantía del diez por ciento (10%), suma ésta que será pagada al Contratista por EL FDLUSA, contra la liquidación de EL CONTRATO”*

¹ Consejo de Estado. Sección Cuarta, Auto Diciembre 13 de 1976.

- c. *“Se pagaron los cortes de obra sin tener en cuenta la retención en garantía correspondiente al diez por ciento (10%) pactada en el contrato, sin que medie una modificación contractual ni un acuerdo de voluntades, es decir que esta modificación obedeció a la mera liberalidad del supervisor, haciendo esto que exista un incumplimiento en la forma de pago y una posible responsabilidad disciplinaria”*

4. DEL CASO CONCRETO

Corolario de lo informado en su comunicación, es importante plantear el problema jurídico principal propuesto en su consulta y sobre el cual se resolverán los cuestionamientos esbozados:

4.1 ¿Es posible liquidar el contrato N° 136 de 2017 a pesar de las falencias anotadas?

La respuesta a esta principal inquietud es que, si es posible y de hecho debe liquidarse el contrato si aún se tiene competencia para ello, criterio que se fundamenta en las siguientes circunstancias fácticas y jurídicas:

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, regula en su artículo 60 lo atinente a la naturaleza jurídica y el objetivo de la liquidación contractual, en los siguientes términos:

“Artículo 60. Ley 80 de 1993: De la ocurrencia y contenido de la liquidación. 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. También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. 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.

La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.”

De la anterior definición presentada por la Ley 80 de 1993, se tiene que:

- La liquidación es un procedimiento mediante el cual, las partes del contrato buscan plasmar un balance final de cuentas respecto de las obligaciones que para cada una surgieron de dicho acuerdo de voluntades (desde los aspectos: jurídico, técnico y económico).
- La liquidación es obligatoria en los contratos que la requieren y entre ellos los de tracto sucesivo como es el caso del contrato que suscitó la consulta, pues la norma señala de forma imperativa que tales contratos serán objeto de liquidación, cualquiera sea la causa de su terminación.
- Las formas para liquidar el contrato, pueden ser: (i) de mutuo acuerdo dentro de los términos legales (ii) unilateralmente por parte de la entidad también dentro de los términos que la ley indica y, (iii) por vía judicial.
- El deber ser, es que el contrato se ejecute a cabalidad, y después de vencido el término de ejecución se puedan liquidar las cuentas y declarar que no existen o subsisten obligaciones pendientes entre las partes.
- En muchos contratos no es posible lograr este objetivo por cuanto el contrato termina de manera anormal, y es entonces cuando debe procederse a liquidar el contrato para evidenciar esas situaciones que afectaron su normal ejecución, así como las consecuencias de todo orden que de allí se deriven, todo lo cual se debe

consignar o registrar en el acta de liquidación bilateral, el acto administrativo de liquidación unilateral o la acción contractual para solicitar la liquidación en sede judicial, según sea el caso.

Sobre este último punto, se resalta que el acta de liquidación del contrato es el documento donde se deben registrar el finiquito de cuentas, las novedades, situaciones, incumplimientos que se presentaron en la ejecución del contrato indicando con claridad:

- (i) ¿Qué obligaciones quedaron sin ejecutar o ejecutadas parcialmente?;
- (ii) ¿Cómo se resolverá esa inejecución o parcial ejecución?
- (iii) ¿Cuáles son los hechos o situaciones presentadas durante la ejecución del contrato que pudieron afectar el normal desarrollo del mismo?, y
- (iv) ¿Qué repercusiones tuvo en el estado final del contrato y que responsabilidades se derivan de ello?

En conclusión:

- *La liquidación debe realizarse cuando se termina el contrato ya sea de forma normal o anormal.*
- *La liquidación no solo tiene como finalidad declarar a paz y salvo a las partes, como consecuencia del balance acordado en la liquidación, sino que adicionalmente establece el estado de las obligaciones contractuales, y en caso de no ser posible declararse a paz y salvo recíprocamente, tomar las determinaciones que sean del caso.*

Al respecto se refirió la Sección Tercera del Consejo de Estado Rad. 17322 del 14 de abril de 2010, C. P. Enrique Gil Botero, sobre el momento en el que procede la liquidación y el contenido del acta de liquidación, en los siguientes términos:

“Si bien lo normal es que la liquidación se produzca tan pronto termina la ejecución del contrato, existen situaciones en las que ocurre antes. Tal es el caso en que el contrato termina por una razón distinta a la ejecución: como cuando las partes lo hacen de común acuerdo, o lo hace el Estado en forma unilateral, o porque se declara la caducidad, o se presenta otra circunstancia imprevista que imposible continuar la ejecución. En estos, y en otros casos de similar naturaleza, la liquidación procede en los términos indicados.

(...)

En el acta de liquidación debe constar el balance técnico y económico de las obligaciones a cargo de las partes, es decir, el análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios y el balance económico que dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para dar por concluido un contrato”.

Ahora bien, sobre el contenido del acta de liquidación, el Alto Tribunal sostuvo:

“La liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución.

*La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y a continuación las partes valoran su resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y las obligaciones que surgieron del negocio jurídico, pero también —**en ocasiones— la ocurrencia de hechos o circunstancias***

ajenos a las partes, que afectan la ejecución normal del mismo, para determinar el estado en que quedan frente a este.

(...)

En estos términos, liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual”². (Subrayado fuera de texto)

Por lo tanto, es de suma importancia que las partes sean extremadamente cuidadosas en consignar de manera amplia y clara los aspectos del contrato que consideran cumplidos y los que no, así mismo, consignar las salvedades y los asuntos sobre los cuales las partes no lograron llegar a un acuerdo, pues, este será el escenario en que cualquiera de las partes podrá posteriormente reclamar por la vía judicial.

Por su parte, la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente, ha dicho que en el Acta de liquidación se debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y además, el balance económico del comportamiento financiero del contrato, y en tal sentido ha impartido lineamientos, como ente rector en la materia, mediante la Guía para la Liquidación de los Contratos Estatales, destacándose lo siguiente:

“(...) la Entidad debe proceder al trámite de liquidación cuando se produce alguno de los siguientes eventos:

(i) Terminación del plazo de ejecución del contrato

(i) Modificación unilateral: Si la modificación altera el valor del contrato en más de 20% y el contratista renuncia a continuar su ejecución.

(i) Declaratoria de caducidad del contrato.

(i) Nulidad absoluta del contrato, derivada de los siguientes eventos: (i) contratos que se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, (ii) contratos que se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal y (iii) contratos respecto de los cuales se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten”.

En conclusión, y dando respuesta a su interrogante, la liquidación del contrato procede aun cuando existan posibles irregularidades en su ejecución como las que se denotan en su solicitud, reiterando, como se ha venido explicando con mayor detalle, que es deber de la Administración dejar allí consignados minuciosamente todos aquellos aspectos que fueron cumplidos o incumplidos y aquellos hechos o situaciones presentados que afectaron la normal ejecución del mismo y las repercusiones que incidieron sobre el estado final del contrato, y para el caso concreto.

Lo anterior para finalmente destacar que, la existencia de falencias como las anotadas en el texto de la consulta, no suspenden el deber del ordenador de gasto de proceder con la liquidación de la relación negocial correspondiente, dentro de los límites temporales de competencia fijados por el legislador.

4.2 En cuanto al segundo cuestionamiento impetrado referente a “*Cuales son las repercusiones legales que puede conllevar la acción o omisión en el cumplimiento de la obligación de liquidar los contratos de conformidad a lo establecido en artículo 60 de la ley 80 de 1993, modificado por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012*” es necesario revisar el término estipulado por la ley para que se lleve a cabo la liquidación del contrato.

² Consejo de Estado, Sección tercera, Rad. 27777 de 20 de octubre de 2014. C.P. Enrique Gil Botero

En principio, el legislador facultó a las partes para que de mutuo acuerdo establecieran, bien sea en el pliego de condiciones o en el contrato, el término para realizar la liquidación del contrato. Si las partes no hicieron esta estipulación, la Ley 1150 de 2007 suple este vacío y determina:

“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. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

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”

De lo anterior tenemos que, en primer lugar, la Entidad debe propender por realizar la liquidación bilateral (dentro de los 4 meses siguientes al vencimiento del plazo para la ejecución del contrato), y sólo en caso que el contratista no se presente previa notificación o convocatoria de la Administración o que no se llegue a un acuerdo, deberá proceder a emitir mediante Acto Administrativo motivado y susceptible de recurso de reposición la liquidación unilateral del contrato, la cual, tiene un carácter subsidiario y deberá realizarse dentro de los 2 meses siguientes, contados a partir del vencimiento del plazo convenido por las partes para practicarla o, en su defecto, de los cuatro (4) meses siguientes previstos por la ley, sin perjuicio de lo anterior, la Entidad contratante podrá adelantar la liquidación dentro de los dos años siguientes al vencimiento de los términos anteriormente señalados.

Cuando la Entidad Estatal no haya realizado la liquidación del contrato dentro de los plazos estipulados en el artículo 11 de la ley 1150 de 2007, o estando dentro del término de los dos años siguientes al plazo conferido por la ley para realizar la liquidación bilateral o unilateral, la consecuencia será que la Entidad **pierde la competencia** para realizar la liquidación del contrato y cualquier actuación referente a la misma adolecerá de nulidad, pues, los términos establecidos son preclusivos.

En consonancia con lo anterior, y en específico en lo que a **competencia temporal y material** se refiere, el Concepto C-017 del 27 de enero de 2020 de la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente, señala “en el escenario de la discusión jurisprudencial en torno a la competencia temporal para liquidar el contrato, se expidió la Ley 1150 de 2007, que determinó que esta se podía llevar a cabo hasta que caducara el medio de control de controversias contractuales, esto es, dos años contados a partir del vencimiento de los términos para la liquidación bilateral –4 meses– y la unilateral –2 meses–. Vencido el término de caducidad del medio de control la Administración pierde no sólo **competencia temporal sino material** en torno al contrato. La Ley 1150 de 2007, entonces, fijó un criterio claro en cuanto al límite temporal para la liquidación del contrato estatal: hasta el vencimiento del término de caducidad del medio de control. De conformidad con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, la liquidación del contrato estatal «podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente.

(...)

Para establecer cuándo la Administración pierde competencia para liquidar el contrato estatal se debe acudir a la norma que regula el límite temporal de esta competencia, esto es, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, que determina que el límite máximo es el vencimiento

del término de caducidad de la acción de controversias contractuales y no la notificación del auto admisorio de la demanda donde se solicite al juez la liquidación del contrato» (Subrayado fuera de texto)

Una vez la Entidad pierda la competencia para realizar la liquidación del contrato, y si ésta tampoco se hizo judicialmente, las obligaciones que hubiesen podido quedar pendientes por las partes en la ejecución del contrato, serán naturales y no podrán exigirse judicialmente, pues, adicional a esto, posterior a los dos años estipulados, la Acción de controversias contractuales habrá caducado.

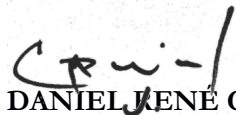
En la medida en que la liquidación del contrato constituye un deber de la Entidad Estatal, y es de conocimiento general que los servidores públicos responden por infringir la Constitución y la ley, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, quien incumpla el deber de liquidar puede eventualmente verse incurso en responsabilidad de carácter disciplinaria, fiscal o penal. considerando en todo caso que la responsabilidad es de naturaleza subjetiva.

Por otro lado, reviste de singular importancia la exigencia de mantener vigente la garantía que ampara el contrato hasta la liquidación, la extensión o ampliación de la misma, si es del caso, tal como lo disponen los artículos 60 de la Ley 80 de 1993 y 2.2.1.2.3.1.12 y siguientes del Decreto 1082 de 2015, frente a la cual, el FDL debe velar para que se de cumplimiento a esta exigencia normativa.

En los términos anteriores se emite el presente concepto, sobre la base de la información y documentación que fue entregada a la Dirección de Contratación, y para la toma de decisiones exclusivamente de la órbita de las competencias de la Alcaldía Local, acorde con la facultad delegada por el Decreto 768 de 2019, 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 JENÉ CAMACHO SÁNCHEZ
Director de Contratación

Proyectó: Carolina Anaya F. – Abogada Contratista

Revisó: Jaime Humberto Mesa Buitrago- Contratista Dirección de Contratación
Revisó: German Giraldo Agudelo- Abogado Contratista Dirección de Contratación