

450

Bogotá, D.C.,

PARA: **OSCAR YESID RAMOS CALDERON**
Alcalde Local de Chapinero

DE: Director de Contratación

ASUNTO: Respuesta Solicitud de Concepto Memorando Radicado No. 20225230006523

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 Chapinero, en los siguientes términos:

(...)

El contrato No. 250-2020 es un contrato de prestación de servicios celebrado con el contratista AVANCE ORGANIZACIONAL CONSULTORES S.A.S., cuyo objeto es ((Prestación de servicios para promover el acceso a la justicia, el acceso a espacios seguros y la convivencia ciudadana en la localidad de Chapinero), con fecha de inicio el 12 de marzo de 2021, un plazo inicial de ejecución de siete (7) meses y veinte (20) días, por un valor contractual de ciento cuarenta y nueve millones seiscientos ochenta y seis mil novecientos pesos \$149.686.900 M/CTE, como consta en documentos adjuntos. En el marco de la ejecución contractual el contratista desarrolló los componentes y acciones para el cumplimiento contractual, y de acuerdo con el apoyo a la supervisión y los reportes entregados, registros físicos y fotográficos el contratista alcanzó el objetivo del contrato así: (...)

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.

Sin embargo, el trámite de ingreso de los elementos contemplados en el proyecto al almacén del Fondo de Desarrollo Local de Chapinero-FDLCH- no se realizó en el plazo de ejecución contractual y por lo anterior no se ha gestionado el pago de las facturas correspondientes al tercer y cuarto pago del contrato citado.

En ese contexto quisiéramos solicitar a su despacho nos informe teniendo en cuenta la obligación específica número 11: ("ingresar al almacén del Fondo de Desarrollo Local de Chapinero-FDLCH los elementos contemplados en el proyecto"); del contrato 250 de 2020, si es posible realizar el ingreso de elementos almacén del FDLCH, terminado el plazo de ejecución contractual, de manera extemporánea, para dar trámite a las facturas correspondientes al tercer y cuarto pago del contrato ejecutado, por lo cual estamos atentos al pronunciamiento de su despacho, sobre las posibles alternativas a la situación planteada, a la luz de la normatividad vigente. (...)

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

Una vez descritos los argumentos esbozados por el consultante, transcritos parcialmente y de conformidad con la información anexada, dispone este despacho a darle respuesta a su solicitud:

4.1. Análisis Normativo y Consideraciones Jurídicas

Liquidación del Contrato Estatal

Dentro de la relación jurídica que surge en el contrato y su cumplimiento de esas obligaciones contractuales, el ordenamiento contractual del Estado, establece algunas formas o mecanismos para determinar cómo se verifica esa situación en el contrato estatal y cómo se expresa la conformidad de la Administración y del particular colaborador con las prestaciones realizadas, con el fin de poder quedar a paz y salvo y así dar finiquito a la relación negocial.

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 «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:

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. (...).

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

“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 bilateral

El acta de liquidación bilateral del contrato constituye el acuerdo en el cual las partes 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.

Frente a la fuerza vinculante de la liquidación bilateral el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente⁸:

(...)

“De acuerdo con la naturaleza y finalidad de la liquidación del contrato, cuando se realiza la liquidación bilateral, esto es, por mutuo acuerdo entre la administración y su contratista, teniendo en cuenta que se trata de un negocio jurídico fruto de la autonomía de la voluntad que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas, si no se deja salvedad en el acta que la contenga, no es posible que luego prosperen reclamaciones en vía administrativa o pretensiones en vía judicial para el pago de prestaciones surgidas del contrato⁴⁶, lo cual se fundamenta, además, en el principio de que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos -“venire contra factum proprium non valet”-, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.” (...)

También frente al contenido de la liquidación la Guía de Colombia compra eficiente menciona⁹:

(...) “Así, la liquidación debe dar cuenta de los reconocimientos y ajustes derivados de la ejecución del contrato que correspondan, y de los acuerdos, conciliaciones y transacciones a los que lleguen las partes con el objeto de dar por terminadas sus diferencias y declararse a paz y salvo.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 2 de octubre de 2002, de 6 de julio de 2005, Exp. n.º 14113

⁹ Guía para la liquidación de los Procesos de Contratación – Colombia Compra Eficiente

Debe tenerse en cuenta que el acta de recibo final suscrita por el contratista, el interventor y/o supervisor y el ordenador del gasto no tiene los mismos efectos del acta de liquidación, por lo tanto, aunque en ella hubieran quedado consignadas sumas de dinero u obligaciones a favor de una de las partes o de las dos, las mismas no son exigibles hasta tanto no se consignen en el respectivo acta de liquidación.” (...)

(Subrayas fuera de texto).

Asimismo, dada la naturaleza de la liquidación bilateral o por mutuo acuerdo entre las partes, es claro que en ella es posible incluir todos los acuerdos necesarios y convenientes para solucionar las diferencias y discrepancias suscitadas a propósito del contrato, siempre que se respeten los límites de la autonomía de la voluntad, esto es, cuando no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público, los principios y finalidades de la ley de contratación y la buena administración, según determina el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Entonces, en consonancia con las consideraciones normativas y jurisprudenciales, y de acuerdo a lo afirmado por la Alcaldía de Chapinero; en cuanto a que el Contrato N° 250 de 2020 suscrito entre el Fondo de Desarrollo Local de Chapinero y el contratista AVANCE ORGANIZACIONAL CONSULTORES S.A.S., se cumplió a cabalidad con el objeto del contrato, con previa aprobación por parte de la supervisión, y quedando pendiente el ingreso de los productos al almacén sin que esto afecte el cumplimiento del objeto; el Fondo si así lo considera y en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, dentro de la etapa de liquidación bilateral, podrá incluir como anotación el cumplimiento de la obligación faltante dentro de este procedimiento.

Es importante resaltar que lo anterior deberá estar acorde, al cumplimiento del objeto contractual y a los principios, normas y finalidades de la contratación estatal.

En los términos anteriores se emite el presente concepto, tomando como base la información que fue remitida electrónicamente a la Dirección de Contratación, y para la toma de decisiones exclusivamente de la órbita de las competencias de la Alcaldía Local, y es su responsabilidad acoger el contenido del presente concepto de forma total, parcial o negativamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Esperamos de esta forma haber dado respuesta a la solicitud no sin antes señalarle que, cualquier otra inquietud sobre el particular con gusto estaremos dispuestos a atenderla.

Cordialmente,



MAURICIO GONZALEZ BARRERO

Director de Contratación

mauricio.gonzalezbar@gobiernobogota.gov.co

Elaboró: John Alexander Chalarca Gómez – Abogado Dirección de Contratación

