



MEMORANDO

Bogotá, D.C.

PARA: PAULA JOHANNA RUIZ QUINTANA
Alcalde Local de Bosa (E)

DE: DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN

ASUNTO: Respuesta a solicitud de concepto jurídico en relación con la justificación de gastos de administración en los contratos estatales, el cual se radicó bajo el No. 20175700000713 del 18 de julio de 2017. Radicado en esta Dirección el día 24 julio de 2017.

Cordial saludo estimada Alcaldesa Paula,

En atención al memorando radicado bajo el número del asunto, y en cumplimiento de la Directiva 012 de noviembre 11 de 2016, suscrita entre el Alcalde Mayor de Bogotá y el Secretario Distrital de Gobierno y lo señalado en el literal m) del artículo 24 del Decreto Distrital No. 411 del 30 de septiembre de 2016, le corresponde a esta Dirección atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia, lo cual se circunscribe a la órbita contractual en todas sus etapas.

Por lo anterior, esta Dirección se pronuncia en los siguientes términos:

I. RESPECTO A LA CUESTIÓN PLANTEADA

A través del oficio de la referencia la Alcaldía Local de Bosa solicitó la emisión de concepto jurídico, especialmente en lo relativo a la justificación jurídica de los gastos administrativos por parte de un contratista y la justificación de los mismos, cuando aquellos valores han sido incluidos dentro de la estructura de costos del contrato y sobre esa base se ha suscrito y ejecutado el respectivo contrato estatal.

4
Edificio Liévano
Calle 11 No. 8 -17
Código Postal: 111711
Tel. 3387000 - 3820660
Información Línea 195
www.gobiernobogota.gov.co

**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**



Para resolver las cuestiones planteadas en la solicitud, aquella entidad puso de presente los siguientes aspectos de tipo fácticos y jurídicos;

- (i) Menciona la solicitud que el Fondo de Desarrollo Local suscribió el contrato de prestación de servicios No. 018 de 2015 cuyo objeto es; *"El contratista se obliga con el FDLB a realizar procesos de sensibilización, seguimiento, identificación, recuperación, mitigación y control de problemáticas ambientales que incidan en el deterioro de la estructura ecológica principal local a través de la construcción de propuestas pedagógicas, el desarrollo de actividades de rehabilitación y en el apoyo y fortalecimiento a los proyectos 841, 844, 845 y 846 del Plan de Desarrollo Local"*.
- (ii) En consonancia con el pacto antes señalado, se tuvo que el valor del contrato se estimó por la suma de trescientos noventa y tres millones ochocientos setenta y siete mil seiscientos setenta y cinco pesos (\$393.877.675) M/cte., y un plazo de ejecución del contrato de nueve (9) meses
- (iii) Informa la solicitud que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios, el Fondo dio cumplimiento a la cláusula cuarta referida a la forma de pago establecida en la minuta y al respecto una vez cumplidas las obligaciones y condiciones establecidas la supervisión del mismo procedió en cumplimiento de sus obligaciones a verificar y avalar los informes para pago que presentó el contratista de acuerdo con los porcentajes y las actividades realizadas.

En este contexto, efectuó un primer pago del 20% del valor total de contrato y cinco (5) pagos bimensuales cada uno correspondiente al 14% de ejecución del contrato previa verificación y autorización por parte de la supervisión designada; quedando pendiente a la fecha el 10% del valor total del contrato contra la liquidación del contrato.

- (iv) En la etapa actual (liquidación del contrato) el Fondo encontró que, el contratista dentro de la propuesta económica se estableció unos gastos administrativos como parte de la estructura económica, los cuales ascienden a la suma de cincuenta y un millones setecientos noventa y cinco mil setecientos veinte pesos (\$51.795.720) M/cte., los cuales hacen parte integral del valor de la propuesta económica junto con los ítems que debía cotizar y el valor del IVA lo cual compone la propuesta final, la cual es el valor del contrato antes señalado.
- (v) Partiendo de la situación anterior, se tiene que el Fondo de Desarrollo Local, solicitó al representante legal del contratista, soportar el monto de los gastos



administrativos, los cuales ascienden a la suma de cincuenta y un millones setecientos noventa y cinco mil setecientos veinte pesos (\$51.795.720) M/cte., ejecutados periódicamente durante el contrato, mediante relación detallada de los conceptos avalados por la supervisión, debido a que estos fueron facturados de forma global.

- (vi) En respuesta a esa solicitud, el actual contratista respecto del cual se encuentra pendiente la liquidación del contrato, se negó a presentar información sobre los gastos administrativos realizados durante la ejecución del negocio jurídico antes señalado, manifestando, señala el Fondo, que no existe en Colombia norma alguna que le obligue a informar dichos gastos y que el dio cumplimiento a lo pactado en la minuta contractual.
- (vii) En una oportunidad anterior, esta Dirección de Contratación se pronunció mediante el radicado No. 20174500200153 del 3 de mayo de 2017 manifestó lo siguiente: *"... Por otro lado, se sugiere remitir en primera instancia Acta de Liquidación bilateral donde se dejen observaciones, respecto a la entrega de soportes, toda vez que, para el último desembolso, como se requiere un informe final, donde se desagregue y se soporte los gastos administrativos, si el contratista no firma, se proceda a realizar el procedimiento de ley..."*
- (viii) No obstante lo anterior, solicita el Fondo a esta Dirección proceder a emitir concepto respecto a los fundamentos legales que sustenten la exigibilidad de solicitar al contratista soportar los gastos de administración y en dado caso de que no se encuentren acreditados estos, proceder a descontarlos en la liquidación del contrato.

Partiendo de los elementos fácticos y jurídicos antes señalados, esta Dirección se pronuncia en los siguientes términos, esto a fin de brindar las respuestas jurídicas que correspondan.

II. RESPECTO AL CASO CONCRETO Y SU DESARROLLO

Sea lo primero señalar que los negocios jurídicos que celebra el Estado poseen un régimen jurídico al cual se encuentran sometidos, tanto en su fase de precontractual, celebración como de ejecución, los cuales proyectan las condiciones de tiempo, modo y lugar en los cuales se realizaran. Así lo entendió el legislador al establecer en el artículo 13 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que los



contratos que celebren las entidades se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en aquel Estatuto.

Visto así el régimen jurídico y legal aplicable a los contratos, se tiene que aquellos se registrarán por las disposiciones legales que existan al momento de la confección de los diferentes contratos del Estado.

Dicho lo anterior y en aplicación del régimen jurídico al cual responden y se encuentran sometidos, resulta loable que en la estructuración de cada contrato se efectúe el análisis respectivo a fin de establecer los costos de la ejecución de determinado proyecto, pero además se establezca y determine los costos directos e indirectos asociados, como lo son a modo de ejemplo, los tributos, gastos administrativos y demás que deberían asumirse con la ejecución del respectivo compromiso.

En cuanto al tema de la oferta económica y los valores ofertados a las entidades públicas fruto de los procesos de contratación en sentido amplio, esta Dirección en primer lugar debe manifestar que debe reconocerse, como en efecto se deja mencionado en las consideraciones anteriores de esta respuesta, que el pago de los ítems tal y como fueron ofertado por el particular que suscribe negocios jurídicos con el Estado, no resulta ser un tema de interpretación absoluta, sino que responde al tipo de negocio público que se haya suscrito, pues no resulta ser igual un convenio interadministrativo, de un contrato o convenio de asociación, o de un contrato propiamente dicho (vg. Compraventa o arrendamiento u obra pública).

Además de lo anterior, es importante señalar que el pago de los ítems y el seguimiento de los mismos, también responde a lo que se haya pactado entre las partes contratantes, dado que es posible que en aplicación del ejercicio de la autonomía de la voluntad de la cual gozan los sujetos contratantes, se puedan establecer el seguimiento a la ejecución del contrato y su respectivo respaldo.

Por lo dicho, previo a considerar si en determinado acuerdo de voluntades se debe hacer el seguimiento de las compras o servicios requeridos por el contratista del Estado en la ejecución de un acuerdo de voluntades o a verificar las condiciones que soportes los gastos administrativos, como es el caso bajo estudio, es importante dejar sentado que aquí estamos ante un real contrato estatal, el cual contiene obligaciones recíprocas a cargo de los extremos del negocio jurídico.

En este escenario, consideramos que la propuesta del contratista debe condicionarse



a las reglas del mercado del cual participa, pero además de los principios que ilustran la contratación estatal, lo cual exige que el proponente y luego contratista, ofrezca los bienes, obras y/o servicios de acuerdo con la realidad del mercado, pues no de otra forma se entendería su participación en materia de compras públicas, siendo en este punto importante recordar que el sentido de la participación de los privados en materia de contratación estatal, es precisamente ser un colaborador de la administración en el cumplimiento de sus fines públicos² y para tal efecto se requiere lealtad al momento de proponer u ofrecer.

En este escenario la función de supervisión e interventoría, según lo expuesto y regulado por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011 y demás normas aplicables, debe direccionarse a verificar el cumplimiento de las obligaciones y elementos que satisfacen las necesidades estatales, efectuando las sugerencias en cada caso respecto de los ajustes que debe efectuar el contratista para satisfacer los fines estatales, esto además en cumplimiento del artículo 3° de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, descendiendo al caso en concreto esta Dirección considera que el Fondo de Desarrollo Local, previo a determinar la decisión que considere más ajustada al ordenamiento jurídico, podrá observar lo siguiente:

Una vez revisado los documentos precontractuales publicados en el Sistema Electrónico de Contratación Pública - SECOP³, esta Dirección encontró que en el análisis del valor del contrato el Fondo en el anexo económico estableció y consignó el valor correspondiente a los gastos administrativos, a pesar de la naturaleza del contrato estatal en cuestión.

En cuanto a esta temática resulta importante señalar que el Fondo para determinar el valor del proceso de selección inicialmente, señalan los estudios y

¹ Al respecto confróntese la sentencia del 03 de diciembre de 2007, proferida por la Sección Tercera de la Sala del Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacios. Radicado No. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410); 1100-10-326-000-2003-000-71-1(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00(28244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447) Acumuladas.

² Como es bien sabido, la actividad contractual de las entidades estatales tiene como finalidad apoyar y/o procurar la prestación de los servicios públicos, el ejercicio de las funciones a cargo del Estado y, por consiguiente, la satisfacción de los intereses generales; este rasgo distintivo de la contratación estatal determina que en la cumplida ejecución del objeto de tales vínculos negociales se encuentren en juego cardinales principios e intereses cuya protección concierne al Estado Social de Derecho y tal es la razón por la cual en las normas jurídicas que gobiernan la materia se han previsto diversos mecanismos encaminados a conjurar los efectos derivados de contingencias que puedan conducir a la paralización o a la inejecución del contrato en el que una de sus partes es una entidad del Estado. (Al respecto puede confrontarse los siguientes pronunciamientos de la Sección Tercera de la Sala de la Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: (i) Sentencia del 28 de enero de 2016. C.P. Dra. María Nubia Velásquez Rico. Radicado No. 25000-23-26-000-2003-01742-01(34454), (ii) Sentencia del 24 de febrero de 2016. C.P. Dra. María Nubia Velásquez Rico. Radicado No. 85001-23-31-000-2007-00116-02(46185) y, (iii) Sentencia del 30 de noviembre de 2016. C.P. Dr. Danilo Rojas Belancourt. Radicado No. 25000-23-26-000-1993-08717-01(29368).

³ <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalle/proceso.do?numContratacion=15-1-135143>



documentos previos, realizó el estudio de mercado consistente en la canasta de costos de la Alcaldía para la vigencia 2014, ajustes para canasta de 2015, costos de referencia utilizados en la ejecución de proyectos anteriores⁴, los cuales incluyeron entre otros aspectos lo referente a los gastos administrativos y el IVA.

Este mismo formato acompañó el pliego de condiciones definitivo y el cual fue ajustado a través de la Adenda No. 1., en la cual nuevamente se mantuvo y consignó en el anexo de propuesta económica lo relativo a los gastos administrativos, a pesar de la naturaleza del contrato estatal en cuestión.

Sobre este aspecto es importante señalar que, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha señalado que los pliegos de condiciones que confeccionan las entidades públicas son obligatorios para estas y las personas que deseen presentar propuesta y celebrar el contrato de que él se deriva⁵, esto en consonancia con lo establecido en el numeral 6° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Partiendo de aquella información y sujeción al pliego de condiciones, el proponente estructuró su oferta económica y determinó cada uno de los ítems objeto de la contratación, incluidos los gastos administrativos, para al final efectuar su oferta total de la prestación del servicio requerido por el Fondo.

Esta información implicó que el proponente al efectuar su oferta en cada uno de los ítems también incluyó el valor correspondiente a los gastos administrativos, esto a fin de contar con información que garantizara de una parte, la seriedad de los ofrecimientos y de otra, la ecuación económica del contrato.

Adicionalmente y observando en conjunto las etapas previas a la celebración del contrato en estudio, se tiene que al proceso concurrieron siete (7) propuestas, las cuales presentaron su propuesta económica en los términos establecidos en los

⁴ Mención tomada de los estudios y documentos previos definitivos publicados por el Fondo de Desarrollo Local. Al respecto puede consultarse la página 16.

⁵ La naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones o términos de referencia que elabora la administración pública para la contratación de sus obras, bienes o servicios, está claramente definida en tanto son el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcances del contrato, al punto que este documento regula el contrato estatal en su integridad, estableciendo una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista particular no sólo en la etapa de formación de la voluntad sino también en la de cumplimiento del contrato y hasta su fase final. De ahí el acierto de que se tengan como "la ley del contrato". Dada la trascendencia de los pliegos de condiciones en la actividad contractual, la normatividad en la materia pasada y presente, enfatiza que todo proceso de contratación debe tener previamente unas condiciones claras, expresas y concretas que recajan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas a que hayan de acomodarse la preparación de las propuestas y el desarrollo del contrato. (Al respecto puede consultarse la sentencia del 03 de febrero de 2000, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque. Radicación No. 10399).



documentos previos del proceso, lo cual implica la inclusión además de los precitados gastos administrativos.

Por otra parte y en la misma línea argumentativa, se tiene que el contrato que se derivó del proceso de selección fue adjudicado a la persona jurídica que obtuvo el mayor puntaje, dentro de los cuales existía el criterio económico, según lo mencionan los documentos precontractuales. En éste aspecto el proponente y luego contratista, indicó el valor económico de su propuesta, la cual incluía el valor que considero el proponente para los gastos administrativos, lo cual valga señalar no superó el presupuesto oficial que había destinado el Fondo para esta contratación en el análisis económico del contrato.

Con lo anterior nótese que en la estructuración de los estudios y documentos previos y en consecuencia con la presentación de la propuesta y la selección del futuro contratista, los gastos administrativos resulta ser una carga que asumió aquel, sin que ello como se señaló anteriormente, sea de resorte de verificación en principio por parte de la entidad estatal contratante a menos que este tema se haya pactado inicialmente como condición y/o obligación a cargo de la entidad contratante.

Dicho lo anterior, el contratista del Estado debió asumir y dar cumplimiento a lo pactado en sus relaciones contractuales privadas para el cumplimiento del contrato de prestación de servicios en cuestión, lo cual incluye la asunción de las cargas tributarias y demás que ello implicara. Por lo dicho, es posible concluir que aquellos temas son de competencia, verificación y cumplimiento del contratista, sin que ello signifique la obligatoriedad en principio de las entidades públicas, de efectuar el seguimiento y control de esos aspectos, dado que responden a cuestiones internas del contratista.

De esta manera está a cargo del contratista del Estado, determinar la forma de cumplir con las obligaciones contractuales contraídas, tanto con la entidad pública contratante, como con el tercero subcontratado por ella para ejecutar en todo o en parte el objeto del contrato estatal y finalmente la asunción de las cargas directas e indirectas que el cumplimiento del contrato implique para el contratista, no siendo en principio en nuestro criterio, de resorte del Fondo de Desarrollo Local entrar a analizar esta situación en este caso específico.

Esta interpretación será diferente en la medida en que, dentro de las condiciones del contrato estatal y sus documentos precontractuales, la entidad contratante, en este



caso el Fondo de Desarrollo Local, haya establecido que el contratista debería justificar técnica y económicamente cada uno de los gastos, costos y demás ítems descritos en la propuesta económica y que constituye para efectos contractuales, el valor del contrato adjudicado, celebrado y ejecutado.

Finalmente reiteramos que es de vital importancia efectuar las revisiones en cada caso, a fin de tener claridad de las particularidades de cada negocio jurídico estatal previamente celebrado, puesto que las consideraciones presentadas en este Memorando responden exclusivamente a los elementos fácticos de este contrato.

III. CONCLUSIÓN

Presentado el desarrollo conceptual y legal en lo relativo a la solicitud de concepto, esta Dirección presenta las siguientes consideraciones a modo de conclusión para este específico caso:

1. En lo que respecta a la relación entre el contratista del Estado y sus proveedores y/o contratistas se encuentra que la misma está sometida al libre ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, lo cual implica que los sujetos de aquellas relaciones asumen las cargas propias del cumplimiento de aquellos pactos.
2. Se considera que la labor de seguimiento que efectúa la entidad estatal constituye uno de los instrumentos más importantes que poseen las entidades estatales para verificar el cumplimiento de los negocios jurídicos celebrados, para lo cual podrá utilizar las figuras de supervisión e interventoría, según sea el caso. Así, la actividad de estos se circunscribe en este punto en específico a verificar que el contratista del Estado efectivamente de cumplimiento al objeto contractual y las obligaciones que de él se deriven para las partes, esto en las condiciones de tiempo, modo, lugar y calidad acordados.
3. En cumplimiento de aquella función de supervisión, las entidades estatales podrán solicitar a sus contratistas el cumplimiento de las normas de orden público, como lo son las normas de carácter impositivo o tributarias, entre otras. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en estos contratos estatales el contratista es el directamente responsable de las cargas impositivas y demás erogaciones directas e indirectas que puedan surgir del giro ordinario de su negocio u objeto social, en otros términos, las operaciones civiles y/o comerciales que efectué el contratista con terceros subcontratistas (contratos privados), para el cumplimiento



del contrato estatal es un tema de resorte de aquel y que debe verificar, no siendo en principio función de las entidades estatales verificar aquellas operaciones mercantiles y/o comerciales.

4. En consonancia con lo señalado anteriormente, resulta importante reiterar que está interpretación será diferente en la medida en que dentro de las condiciones del contrato estatal y sus documentos precontractuales, la entidad contratante, en este caso el Fondo de Desarrollo Local, haya establecido que el contratista debería justificar técnica y económicamente cada uno de los gastos, costos y demás ítems descritos en la propuesta económica y que constituye para efectos contractuales, el valor del contrato adjudicado, celebrado y ejecutado.

Reiteramos que es de vital importancia efectuar las revisiones en cada caso, a fin de tener claridad de las particularidades de cada negocio jurídico estatal previamente celebrado, puesto que las consideraciones presentadas en este Memorando responden exclusivamente a los elementos fácticos de este contrato.

5. No obstante lo anterior, es importante señalar que si su Despacho considera que en la confección, celebración y ejecución de este contrato estatal han existido elementos que ameriten elevar las denuncias respectivas, se debe proceder a presentar las mismas.

Finalmente esta Dirección hace la salvedad de que es responsabilidad del Alcalde Local, como representante legal del Fondo de Desarrollo Local, acorde a la facultad delegada por el artículo 8° del Decreto Distrital 101 de 2010, adelantar el trámite objeto de estas recomendaciones, acogiendo las mismas de forma total, parcial o negativamente, siendo además norma aplicable a este trámite lo descrito en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por la Ley 1755 de 2015.

Cordialmente,


CÁRMEN YOLANDA VILLABONA
Directora

Proyectó: John Fredy Silva Tenorio.
Revisó: John Fredy Silva Tenorio.

Con copia. Dra. Sandra Patricia Castiblanco Menrey
Directora para la Gestión del Desarrollo Local.

Edificio Liévano
Calle 11 No. 8 - 17
Código Postal: 111711
Tel. 3387000 - 3820660
Información Línea 195
www.gobiernobogota.gov.co

**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**