



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500355573

Fecha: 16-08-2017



MEMORANDO

Bogotá, D.C.

PARA: **DIEGO ALEJANDRO RIOS BARRERA**
Alcalde Local de Suba (E)

DE: **DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN**

ASUNTO: Respuesta a solicitud de concepto jurídico en relación con la posibilidad de reconocer mayores valores causados en un contrato a través del acta de liquidación (contrato de suministro No. 220 de 2016), el cual se radicó bajo el No. 20176120015173 del 11 de julio de 2017. Radicado en esta Dirección el día 19 julio de 2017.

Cordial saludo estimado Alcalde Ríos,

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 Suba solicitó la emisión de concepto jurídico, especialmente en lo relativo a la posibilidad de reconocer un mayor valor a un contratista en el acta de liquidación de un contrato estatal.

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

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

**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500355573

Fecha: 16-08-2017



- a. El Fondo de Desarrollo Local celebró el contrato de suministro No. 220 de 2016 con la sociedad Espacios Corporativos Hernández S.A.S., el cual tuvo por objeto *"el suministro e instalación del mobiliario para las diferentes oficinas de la Alcaldía Local de Suba"*.
- b. El presupuesto del proceso de selección adoptado por el Fondo de Desarrollo Local fue de setenta millones de pesos (\$70'000.000) M/cte., siendo al final del proceso el valor de la oferta económica de treinta y dos millones setecientos cuarenta y seis mil quinientos veinticinco pesos (\$32'746.525) M/cte.
- c. No obstante lo anterior, el Fondo de Desarrollo Local suscribió el contrato en cuestión por el valor del presupuesto oficial.
- d. Dentro de la ejecución del contrato estatal se suscribió la modificación No.1 en la que se prorrogó el plazo. Como parte de la justificación de la modificación, el contratista señaló que quedaba un saldo por ejecutar de treinta y siete millones doscientos cincuenta y dos mil cuatrocientos setenta y cinco pesos (\$37.252.475) M/cte., luego de descontar al valor del contrato el valor de la oferta económica resultante en el procedimiento de subasta inversa.
- e. Luego de la entrega de los equipos contratados y los adicionales, el contratista presentó facturas por valor de setenta y tres millones ochocientos noventa y dos mil setecientos veintidós pesos (\$73.892.722) M/cte., existiendo un excedente al presupuesto oficial de tres millones ochocientos noventa y dos mil setecientos veintidós pesos (\$3.892.722) M/cte.
- f. En atención a aquella situación el Fondo de Desarrollo Local procedió a no reconocer directamente el mayor valor señalado en el numeral anterior, dada la disponibilidad presupuestal respecto del cual se había confeccionado el contrato de suministro en cuestión.
- g. Partiendo de la situación presentada, solicita el Fondo de Desarrollo Local a esta Dirección proceder a emitir concepto respecto a la viabilidad de reconocer aquel mayor valor en el acta de liquidación y que señala el oficio remisorio corresponde al valor de bienes entregados al Fondo.

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.

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

**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500355573

Fecha: 16-08-2017



II. RESPECTO AL CASO CONCRETO Y SU DESARROLLO

Sea lo primero señalar que los contratos estatales a diferencia de los estudiados en el derecho privado contienen aspectos que lo hacen diferentes, dada la finalidad que los mismos persiguen y que se concretizan en ser instrumentos de gestión administrativa que permite el cumplimiento de los fines estatales.

Uno de estos aspectos se refiere a la liquidación de los contratos del Estado, la cual según el entendimiento que se ha efectuado de la normatividad que establece este parámetro, es un momento posterior a la conclusión del plazo acordado por las partes del negocio jurídico para observar las diferentes cargas obligacionales surgidas del contrato.

Dicho lapso busca concluir la relación negocial previamente confeccionada, determinando en cada caso el nivel de cumplimiento del objeto acordado y sus obligaciones, pero además busca determinar las obligaciones por cumplir o los saldos económicos pendientes por cancelar.

En cuanto a los fundamentos de la liquidación de los contratos del Estado ha señalado la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado lo siguiente:

"(...) La liquidación es una operación administrativa que sobreviene a la finalización de un contrato, por cumplimiento del plazo anticipadamente, con el propósito de establecer, de modo definitivo, las obligaciones y derechos pecuniarias de las partes y su cuantía. La liquidación del contrato entonces, constituye su balance final o ajuste de cuentas, entre la administración contratante y el particular contratista, con miras a finiquitar de una vez por toda la relación jurídica obligacional. Siendo así, el acta de liquidación final deberá i) identificar el contrato, las partes, sus sucesores y los cesionarios si los hay; su objeto y alcance, ii) determinar el precio, su pago, amortización o modificación y oportunidades de pago, iii) señalar las actas pendientes de pago, la forma como se utilizó el anticipo y lo facturado por el contratista, iv) establecer el plazo, las modificaciones de obligaciones, prórrogas, adiciones, suspensiones y reinicios y las sumas que quedan pendientes de cancelar. También en el acta las partes dan cuenta de las salvedades a que haya lugar de manera detallada y concreta..."¹ (Cursiva por fuera del texto original)

En este contexto y utilizando lo señalado por aquel cuerpo colegiado podremos sostener que la liquidación de los contratos, constituye la terminación auténtica de la relación contractual y es por ello, la expresión final de la autonomía de la voluntad de

¹ Al respecto confróntese la sentencia del 06 de abril de 2011, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo. Radicado No. 25000-23-26-000-1994-00404-01(14823).



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500355573

Fecha: 16-08-2017



las partes que bien pueden disponer de sus derechos y obligaciones. Por ello, se trata entonces de un balance de las cuentas pendientes entre las partes, quienes acogen de manera conjunta las determinaciones allí establecidas, por tanto, esta modalidad participa de una naturaleza eminentemente negocial o convencional, lo cual indica que las obligaciones contenidas en ella son vinculantes para quienes la suscriben².

En lo referente al plazo de liquidación de los contratos estatales, el mismo se ha definido por el Legislador en el artículo 11 de la ley 1150 de 2007, el cual establece puntualmente lo siguiente:

"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..." (Cursiva por fuera del texto original)

Dadas las anteriores precisiones, resulta importante señalar que dentro de la fase de liquidación de los contratos del Estado debe efectuarse el cruce de cuentas no solamente desde el punto de vista financiero, sino además desde el punto de vista del cumplimiento del objeto y obligaciones contractuales. Ahora bien, resulta además de suma relevancia que durante el plazo establecido en la normatividad vigente la misma se lleve a cabo.

Lo dicho hasta aquí resulta aplicable a todos los contratos que celebre el Estado, salva las excepciones contenidas en la Ley. No obstante, a pesar de efectuarse la liquidación de los contratos en los términos señalados por el ordenamiento jurídico, sucede con

² Al respecto confróntese la sentencia del 16 de julio de 2008, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Radicado No. 25000-23-26-000-1996-02381-02(23363).



alguna frecuencia que se puede considerar que dentro del acta de liquidación en alguna de sus formas se puedan reconocer mayores valores a los contratistas, los cuales sobrepasan el valor económico del contrato.

Respecto a este interrogante esta Dirección procedió a efectuar la solicitud de concepto jurídico de nuestro Asesor Externo - Dr. Martín Bermúdez Muñoz, el cual en respuesta indicó lo siguiente:

"(...)

1.- Revisado el texto del contrato de suministro, efectivamente observamos que su valor fue establecido en la cláusula tercera por la suma de setenta millones de pesos y que, en la cláusula quinta, sobre el plazo, se señaló que este sería de dos meses o hasta agotar el presupuesto asignado.

En la misma cláusula quinta se indicó que "en caso de que se cumpla el plazo de ejecución establecido en el contrato y aún queden recursos disponibles para la ejecución del mismo, será necesaria la suscripción de la correspondiente prórroga."

Es decir que, dada la naturaleza del contrato de suministro, entre las partes se acordó que se haría entrega de los bienes objeto del contrato (mobiliario de oficina) hasta agotar el valor del mismo, que era de \$70'.000.000.

Por esta razón, la primera precisión que hacemos es que el valor del contrato (\$70.0000.000) constituía, en los términos del artículo 969 del Código de Comercio, el límite máximo para el

a/
Sobre el concepto y forma de determinación del precio del contrato de suministro, los artículos 968 y 969 del Código de Comercio establecen:

"ARTÍCULO 968. <CONTRATO DE SUMINISTRO DEFINICIÓN>. El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios.

"ARTÍCULO 969. <REGLAS PARA ESTABLECER LA CUANTÍA DEL SUMINISTRO>. Para establecer la cuantía del suministro si las partes no lo hubieren fijado en cantidad determinada o señalado las bases para determinarla, se aplicarán las siguientes reglas:

- 1) Si las partes han fijado un límite máximo y uno mínimo para el total del suministro o para cada prestación, corresponderá al consumidor determinar, dentro de tales límites, la cuantía del suministro;
- 2) Si las partes han fijado solamente un límite máximo corresponderá al consumidor determinar la cuantía, sin exceder dicho máximo;
- 3) Si las partes se remiten a la capacidad de consumo o a las necesidades ordinarias y señalan un mínimo, el consumidor podrá exigir las cantidades que su capacidad de consumo u ordinarias necesidades le impongan, pero estará obligado a recibir el mínimo fijado. Por su parte el proveedor deberá prestar dichas cantidades o el mínimo, según el caso, y



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500355573

Fecha: 16-08-2017



suministro, para lo cual, solo bastaba que estuviera vigente el contrato para que se realizaran entregas hasta agotar ese valor.

Por esta razón, mediante modificación 2 se prorrogó el contrato y los suministros realizados por valor superior a los lances, pero hasta agotar el valor del mismo tienen pleno respaldo contractual. Es decir, con la prórroga en tiempo del contrato se autorizó el suministro hasta el monto máximo del contrato.

2.- No ocurre lo mismo con los servicios que superan el valor del presupuesto, toda vez que para que estos puedan ser reconocidos era necesario realizar una adición al contrato, la cual debe ser previa, constar por escrito - así como debe constar por escrito el contrato estatal - y no debe superar el monto establecido por el parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993. Los suministros realizados en exceso del valor establecido en el contrato, sin que medie adición al mismo, fueron realizados sin instrumento contractual que los ampare y por lo tanto no pueden ser reconocidos por la entidad en el acto de liquidación del contrato.

3.- En efecto, la jurisprudencia ha señalado de manera reiterada que la adición al contrato debe responder al principio de planeación contractual y contar con los siguientes requisitos:

"La adición del valor del contrato ha sido permitida por la ley de contratación estatal con unos límites en cuanto al objeto y valor de la adición, así como en el procedimiento de la modificación contractual, lo cual va de la mano con el principio de la planeación y la normativa relacionada con la ejecución del presupuesto público, toda vez que la adición del contrato debe constituir una situación excepcional si se tiene en cuenta que antes de la contratación la entidad estatal debió definir la obra y las apropiaciones presupuestales requeridas y a la vez, el proponente que decidió participar en el proceso contractual, estudió y definió una oferta de precio de acuerdo con el análisis de sus costos, en forma tal que el objeto y el precio así definidos y acordados, no deberían sufrir variaciones atípicas dentro un escenario normal de ejecución.

No obstante, si bien se exige que los presupuestos públicos asignados a una contratación se basen en estudios previos que permitan estimar la totalidad de los ítems de obra y sus valores, sin variaciones de importancia y se espera también que el contratista presente la oferta con base en el análisis de todos los costos en que deberá incurrir para cumplir con el contrato, asumiendo por lo tanto un álea normal de ejecución contractual, se ha reconocido que al momento mismo de la ejecución del contrato pueden advertirse o registrarse circunstancias ajenas al control de las partes que justifiquen variar la calidad o cantidad de los materiales, para adecuar la obra a las necesidades reales y conseguir la debida ejecución de la misma, lo cual puede dar lugar a la modificación del contrato mediante la adición de obra o del plazo contractual.

4) Cuando la cuantía del suministro no haya sido determinada, se entenderá que las partes han pactado aquella que corresponda al ordinario consumo o a las normales necesidades del consumidor, salvo la existencia de costumbre en contrario.

PARÁGRAFO. La capacidad o la necesidad ordinarias de consumo serán las existentes en el momento de efectuarse el pedido."

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

**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500355573

Fecha: 16-08-2017



Pues bien, en este contexto, las normas de contratación pública han sido estrictas en los requisitos para realizar una adición al contrato estatal y en particular han establecido:

La exigencia del acuerdo escrito previo como una condición ad substantiam actus para la modificación al contrato estatal, siguiendo respecto de la modificación contractual la misma formalidad que se exige para la existencia del contrato administrativo o estatal, según el caso. En este punto se recuerda que tanto el Decreto-ley 150 de 1976, como el Decreto-ley 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993 establecieron el requisito solemne del escrito para el contrato, al punto que bajo la legislación vigente la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterada en manifestar que el escrito contentivo del objeto y la contraprestación constituye uno de los elementos de existencia del contrato, asunto que igualmente aplica a la modificación del contrato.

Un límite legal definido en el valor de la adición, que como se citó en las normas aplicables a este caso estaba fijado en el 50% del valor ajustado del contrato.

*La identidad sustancial de objeto contractual. Este requisito del contrato adicional se desprende tanto de la regulación de la contratación pública, en su momento de las normas sobre contratos adicionales y accesorios fijados en el Decreto-ley 222 de 1983, como en el caso del contrato No. 037/89, se plasmó en una cláusula contractual, cuyo incumplimiento se discute."*⁴

4.- Ahora bien, en el acto de liquidación del contrato se pueden hacer reconocimientos por concepto de responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato, así como los ajustes y compensaciones que se estimen necesarias. Pero no pueden reconocerse, valores que no tienen respaldo contractual, ni siquiera en virtud de la transacción, en la medida que para que pueda celebrarse una transacción como mecanismo de solución a un conflicto CONTRACTUAL es necesario que la obligación tenga amparo contractual.

Sobre este punto la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado:

"7.3. Alcance del procedimiento de liquidación del contrato: limitaciones de la transacción y de la compensación de cuentas.

Tal como se ha señalado, las actuaciones dentro del procedimiento de liquidación del contrato de obra tienen por fin establecer las sumas recibidas y las obras ejecutadas y definir el valor de la posición deudora o acreedora que resulta del mismo, para lo cual es posible que se despliegue la actividad negocial de las partes, en relación con derechos u obligaciones recíprocas.

Sobre el particular dispuso el artículo 289 del Decreto ley 222 de 1983:

"Artículo 289. Del contenido de la liquidación. Las diligencias de liquidación, que siempre constaran en actas, determinarán las sumas de dinero que haya recibido el Contratista y la ejecución de la prestación a su cargo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera - Subsección A. C.P. Mauricio Fajardo Gómez., sentencia del 27 de junio de 2013.

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

**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500355573

Fecha: 16-08-2017



Con base en dichas actas se determinarán las obligaciones a cargo de las partes, teniendo en cuenta el valor de las sanciones por aplicar, o las indemnizaciones a favor del Contratista, si a ello hubiere lugar, todo de conformidad con lo acordado en el respectivo contrato."

Por su parte la Ley 80 de 1993 se refirió en forma más general a las actividades en la etapa de liquidación del contrato y al contenido del acta de liquidación, así:

"También en esta etapa las partes acordarán los ajustes y revisiones y reconocimiento a que haya lugar.

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

De conformidad con lo anterior, es fácil advertir que el procedimiento de liquidación previsto en la ley da cabida a un escenario de conciliación y negociación respecto de las cuentas finales del contrato, dentro del cual es viable desplegar tanto la conciliación administrativa como el contrato de transacción, siendo útil observar que este último no necesariamente tiene que surtir el procedimiento de la conciliación, toda vez que la conciliación fue instituida como un mecanismo de resolución de conflictos sometido a los procedimientos y la aprobación que establece el estatuto de conciliación, con cuya expedición no se derogó ni se sustituyó la institución de la transacción, prevista como un acuerdo de carácter contractual en el artículo 2469 del Código Civil y, adicionalmente, como un modo de extinción de las obligaciones, según las voces del artículo 1625 ibídem, en los cuales se dispuso lo siguiente:

"ARTÍCULO 2469. La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa."

No obstante, para el análisis de la viabilidad legal de la transacción las partes han de tener presente que no pueden transigir sobre un derecho ajeno o inexistente, según dispone el artículo 2475 del Código Civil:

"ARTÍCULO 2475: No vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen."

Igualmente tratándose de un contrato estatal, la transacción debe constar por escrito, de acuerdo con lo que ha observado la jurisprudencia del Consejo de Estado en forma reiterada"

5.- En nuestro concepto, la suma que excede el valor de setenta millones de pesos no puede ser reconocida por la entidad en el acto de liquidación y por lo tanto, para proceder a su reconocimiento y pago sería necesario convocar a una audiencia de conciliación prejudicial administrativa, en la que se propongan pretensiones propias del medio de control de reparación directa, en la cual se acuerde el pago de los bienes suministrados sin contrato. Esta convocatoria debe estar precedida de autorización del Comité de Conciliaciones de la entidad; y se advierte que sobre este particular

/ Idem

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

**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500355573

Fecha: 16-08-2017



la jurisprudencia del Consejo de Estado establece en la actualidad límites bastante estrictos para reconocer este tipo de perjuicios que se estiman generados en la prohibición de que el Estado se enriquezca sin justa causa.”⁶ (Cursiva por fuera del texto original)

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 8º 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 Monroy
Directora para la Gestión del Desarrollo Local.

⁶ Concepto jurídico rendido por la sociedad Martín Bermúdez Asociados S.A., el día 07 de agosto de 2017.