

MEMORANDO

450

Bogotá, D.C.,

PARA: **JUAN CARLOS TRIANA RUBIANO**
Alcalde Local de San Cristóbal

DE: Director de Contratación

ASUNTO: Concepto Jurídico – Respuesta Memorando N° 20215420005223 de fecha 02/07/2021

Respetado Dr. Triana

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, modificado por el Decreto 168 de 2021.

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,

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.

requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia, los mismos no obligan tal como se ha argumentado con suficiencia.

1. CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO.

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

(...) *“En el marco del proceso de depuración de obligaciones por pagar del Fondo de Desarrollo Local de San Cristóbal y en específico, frente a los contratos de vigencias anteriores al 2020, esta administración practicó una revisión detallada de los expedientes contractuales asociados a los contratos de obra en estado liquidado; No. 142 de 2013 y contrato de obra No. 168 de 2014, análisis que arrojó las siguientes conclusiones:*

1. Se evidenció que en las actas de liquidación de los contratos de obra pública No. 142 de 2013; FDLSC/UNION TEMPORAL REMOCIÓN SAN CRISTOBAL y contrato de obra pública No.168 del 2014; FDLSC/REX INGENERIA S.A.S., dentro de las cláusulas del acto administrativo se autorizó valor a pagar a favor de los contratistas por la suma de (§ 10.000.000) pesos M/Cte., para el COP No. 142 de 2013 y de (§ 20.000.000) pesos M/Cte., para el COP No. 168 de 2014 respectivamente, desembolsos condicionados al cumplimiento de requisitos referidos a compensación ante la Secretaria Distrital de Ambiente por responsabilidad administrativa que cursa en los expedientes de dicha entidad, situación que se resume a continuación:

(...)

- *A la fecha el COP 142/2013, cuenta con una obligación por pagar por DIEZ MILLONES DE PESOS (§ 10.000.000), recursos no desembolsados a la fecha.*
- *Existe acta de liquidación debidamente suscrita con fecha 21 enero del 2017, con condición de pago a favor del contratista, "una vez se allegue el recibo de la cancelación del valor de la compensación de la Secretaria Distrital de Ambiente".*
- *De la revisión se evidencia que en relación al Contrato de obra FDLSC No. 142 del 2013, existe expediente administrativo ante la Secretaria Distrital de Ambiente, con radicado SDA-08-2014-4498 del 2014, cuyo estado es vigente.*
- *Que existe requerimiento por parte de la Secretaria Distrital de Ambiente para allegar los siguientes soportes documentales:*
 - *Informe técnico o evidencia de los tratamientos silvicultura/ es que fueron efectuados y relacionados en el Concepto Técnico de Obra 2014GTS 1921 del 30-05-2014 emitido por la SDA y demás disposiciones técnicas contenidas en este.*
 - *Recibo de pago de los Individuos vegetales Plantados IVPs, como medida de compensación por la afectación el arbolado con el desarrollo de la obra (Contrato de Obra 142 del 2013) o en su defecto el acta de entrega al Jardín Botánico José Celestino Mutis del arbolado nuevo plantado.*
 - *Recibo de pago de los Individuos vegetales Plantados IVPs, como medida de compensación por la afectación del arbolado sin la emisión de los debidos permisos y/o autorizaciones.*
 - *Recibo de pago por concepto de seguimiento del caso, valor relacionado en el Concepto Técnico de Obra.*

(...)

A la fecha el COP 168/2015, cuenta con una obligación por pagar por VEINTE MILLONES DE PESOS (§ 20.000.000).

- Existe acta de liquidación debidamente suscrita con fecha 20 enero del 2017, con condición de pago a favor del contratista REX INGENIERIA SA, ante actuaciones administrativas adelantadas por la Secretaría Distrital de Ambiente -SDA.
- En relación al Contrato de obra FDLSC No. 168 de 2014 existe ante Secretaría Distrital de Ambiente -SDA expediente administrativo, con radicado No. 2015ER 190835 del 02 de octubre de 2016, que corresponde al expediente SDA-03- 2015-8522, dentro del mismo Auto No. 2577 del 16 de diciembre de 2016 en el que se dispuso "Iniciar el trámite Administrativo Ambiental a favor de la ALCALDIA LOCAL DE SAN CRISTOBAL
- En relación al Contrato de obra FDLSC No. 168 de 2014 existe Auto del 30 de abril de 2018, que dispuso ordenar "el Archivo de las actuaciones administrativas adelantadas por la Secretaría Distrital de Ambiente -SDA, contenidas en el expediente SDA-03-2015-8522", toda vez que mediante Concepto Técnico de Manejo Silvicultural No. SSFFS-03973 del 08 de junio de 2016, se autorizó a la ALCALDIA LOCAL SAN CRISTOBAL y en consecuencia no existe actuación a seguir dentro del expediente SDA-03-2015-8522.

2. 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:

(...) "Dentro de las alternativas jurídicas que este Despacho ha considerado se pensó en liberar el saldo de dichos recursos financieros en atención a lo dispuesto en el concepto de liberación de saldos de contratos liquidados en los Fondos de Desarrollo Local, bajo radicado No. 2017-42101401732 de la Secretaría Distrital de Hacienda. Sin embargo, por tratarse de un valor que se ordena pagar no encontramos pertinencia en liberar el saldo bajo las condiciones referidas en las dos liquidaciones y los posibles perjuicios que existan ante la Secretaría Distrital de Ambiente por los expedientes actualmente abiertos.

Por lo descrito anteriormente, me permito solicitar a la Dirección jurídica con ocasión al acompañamiento que prestan a las localidades, que se emita el respectivo concepto bajo el cual se indique el debido proceso y/ o alternativas para finiquitar este proceso, igualmente que se pueda revisar si es procedente la liberación del saldo descrito en las actas de liquidación relacionadas, teniendo como referente que las mismas fueron suscritas hace más de 5 años respectivamente, o en su defecto se identifique el marco jurídico -contractual que corresponda. Sugiriendo respetuosamente la posibilidad de articular una mesa de trabajo que permita evaluar en conjunto con las entidades relacionadas los criterios financieros, jurídicos, técnicos y ambientales de estos contratos, pues dicho aspecto no ha sido posible a la fecha." (...)

4.1. Análisis Normativo

4.1. Análisis Normativo y Jurisprudencial

Liquidación del 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.

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. (...)”

Función constitutiva de obligaciones y derechos de la liquidación

El hecho de que la norma exija que en el acta de liquidación de los contratos estatales se registren los acuerdos logrados por las partes para superar las divergencias presentadas y declararse mutuamente a paz y salvo, por supuesto cuando ello hubiere sido posible, “*tiene alcance restringido a la esfera de las obligaciones surgidas entre las partes con motivo de la suscripción y ejecución del contrato*”⁸.

Al respecto la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al respecto manifestó⁹:

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

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-967 de 2012.

⁹ SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS - Radicación: 11001-03-06-000-2015-00067-00(2253) fecha: (28) de junio de dos mil dieciséis (2016)

(...) *“En resumen, en la liquidación, de forma directa e inmediata, se pueden generar obligaciones, cuya fuente mediata es el contrato estatal celebrado por las partes, las cuales, según se precisó anteriormente, hacen referencia a la determinación de sumas específicas a cargo de una parte y en favor de la otra en virtud de las obligaciones y derechos existentes que emanan del texto contractual; reconocimientos y cuantificación del valor de prestaciones adicionales ejecutadas de buena fe que tuvieron lugar durante la vigencia del contrato, que no se encontraban comprendidas en el clausulado contractual y resultaron esenciales y necesarias para el cabal cumplimiento del objeto contractual; ajustes y revisión de precios para restablecer el equilibrio económico o financiero del contrato, mediante el reconocimiento correspondiente, cuando quiera que proceda de acuerdo con las disposiciones legales, entre otras.*

Dichas obligaciones contenidas en la liquidación, cuyo reconocimiento y asunción en caso de generar gasto para la entidad contratante deberá cumplir y ajustarse previamente a las normas presupuestales (verbigracia lo atinente al certificado de disponibilidad presupuestal y al registro presupuestal correspondientes ordenados en las mismas). De igual manera, podrán ser claras, expresas y exigibles, caso en el cual serán susceptibles de demandarse por la vía ejecutiva o, de no contar con las calidades ejecutivas aludidas, reclamarse en un juicio ordinario.” (...)

(Subrayado fuera de texto)

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.

Del cumplimiento de las obligaciones del Fondo que fueron sometidas a una condición

Como bien se señala en el escrito de la consulta, tanto el contrato No. 142 de 2013, como el 168 de 2014, fueron debidamente liquidados por las partes intervinientes; sin embargo, el pago del saldo existente a favor del contratista, se sometió a una condición que debía ser la presentación del recibo de cancelación del valor de la compensación de la Secretaría Distrital de Ambiente, por cuanto existía un proceso administrativo ante tal entidad.

De acuerdo con el relato presentado a esta Dirección, a la fecha, el proceso para el contrato 142 de 2013 se mantiene vigente, y para el contrato 168 de 2014 fue archivado.

Sin tener mayor información acerca de la naturaleza del proceso administrativo, y basándonos en la información contenida en la consulta, esta dependencia considera que, para el caso de contrato No. 168, si el archivo de la actuación ante la Secretaría Distrital de Ambiente significa que la obligación de aportar las evidencias que habían sido previamente requeridas cesó, y por ende la condición a la cual se sometió el pago del saldo existente desapareció, desde el punto de vista jurídico sería posible proceder al pago con cargo a los recursos de la vigencia en la cual resulte exigible el pago de la obligación, siempre y cuando haya existido total cumplimiento por parte del contratista, sin embargo,

dado que desconocemos si esa es la consecuencia del archivo de la diligencia, este será el análisis que deberá realizar el FDLSC para determinar si resulta procedente el pago de su obligación.

Si del análisis que lleve a cabo el Fondo se concluye que el archivo de la actuación elimina la obligación de aportar las evidencias, y por tanto la condición desaparece, es necesario tener en cuenta que, para poder proceder al reconocimiento y pago de las sumas debidas, debe observarse el procedimiento señalado en el instructivo GCO-GCI-IN025, el cual se encuentra publicado en la Intranet, y hace parte del Sistema de Gestión de Calidad de la Secretaría de Gobierno.

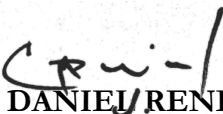
Ahora bien, respecto al contrato No. 142 de 2013, sobre el cual aún se encuentra vigente el proceso administrativo en el que se requirieron las evidencias del cumplimiento de las obligaciones silviculturales, es pertinente señalar que, para proceder al pago, es indispensable que se verifique la materialización de la condición pactada en el acta de liquidación, pues, no puede haber un acuerdo posterior o una modificación de esta disposición, en el entendido que con la suscripción del acta de liquidación, se extinguió cualquier vínculo contractual, restando únicamente el pago del saldo a favor.

Así las cosas, estimamos que jurídicamente no existe otra alternativa, salvo el pago a favor del contratista, contra la acreditación del cumplimiento de las obligaciones en el marco del proceso administrativo. Desde el punto de vista financiero, agradecemos consultar a la Dirección Financiera sobre la viabilidad o no de realizar la liberación del saldo.

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
Brenda Viviana Jiménez Díaz – Abogada Dirección de Contratación