

MEMORANDO
OAJ 2200-2020003136

PARA: Ramiro Augusto Forero Corzo
Vicepresidente de Crédito y Cobranza

DE: Jefe Oficina Asesora Jurídica

FECHA: 9 de junio de 2020

ASUNTO: Perdida de competencia para liquidar convenios

Cordial saludo:

1. PROBLEMA JURÍDICO

Consecuencia jurídica de la pérdida de competencia y su incidencia en tratándose de obligaciones que continúan posterior al plazo del contrato.

2. MARCO NORMATIVO

• **Constitución Política de 1991:**

“ARTICULO 6o. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”

“ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

(...)”

“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

- **Ley 1150 de 2007:** “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.”

“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.” (Subrayado fuera de texto).

- **Decreto Ley 019 de 2012:** “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.”

“ARTÍCULO 217. DE LA OCURRENCIA Y CONTENIDO DE LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES. El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 quedará así:

Artículo 60. 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."

- **Decreto 1082 de 2015:** "por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional"

"Artículo 2.2.1.1.2.4.3. Obligaciones posteriores a la liquidación. Vencidos los términos de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes, la Entidad Estatal debe dejar constancia del cierre del expediente del Proceso de Contratación."

- **Concepto 2253 del 28 de junio de 2016**
CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

"En los términos indicados en la parte motiva de esta providencia, UNIFÍCASE la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales de contratos que han sido liquidados después de haber vencido el término convencional y/o legalmente dispuesto para su liquidación, pero dentro de los dos años posteriores al vencimiento de este último.

La Sala unifica el criterio que ha de ser observado para el conteo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales en tales casos, para indicar que éste debe iniciar a partir del día siguiente al de la firma del acta o de la ejecutoria del acto de liquidación del contrato, conforme al ap. iii del literal j. del numeral 2 del artículo 164 del CPACA; y de precisar que, en consecuencia, el apartado v) del literal j del mismo numeral solo se deberá aplicar cuando al momento de interponerse la demanda, el operador judicial encuentre que no hubo liquidación contractual alguna".

- **Sentencia 2005-02772 de 29 de abril de 2015.**
CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA.— SUBSECCIÓN C. Radicación:

250002326000200502772 01 (34836). Consejero Ponente: **Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa**

“1. La liquidación del contrato alude a aquella actuación administrativa por medio de la cual posterior a la terminación normal o anormal del contrato las partes buscan definir si existen prestaciones obligaciones o derechos a cargo de las partes, hacer un balance de las cuentas para determinar las prestaciones adeudadas y a cargo de quién se encuentran, para luego proceder a realizar las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a los que haya lugar para de esta forma dejar a paz y salvo la relación negocial respectiva.” (Subrayado fuera de texto).

3. TESIS

La liquidación bilateral o unilateral de un convenio y/o contrato estatal solo puede realizarse dentro del plazo máximo de dos años previstos para la interposición del medio de control de controversias contractuales; término que se cuenta a partir de la expiración de los plazos iniciales para la liquidación bilateral o unilateral del contrato. Estos términos, al ser perentorios, no permiten la posibilidad de reabrir los plazos ya precluidos.

4. CONSIDERACIONES

Resulta pertinente abordar la sustentación de la tesis propuesta destacando que la emisión de conceptos apunta a orientar a las diversas áreas de la organización en la interpretación de la ley y en todas aquellas dinámicas que requieran una línea doctrinal que facilite la toma de decisiones, sin ser de su resorte resolver situaciones de manera particular; en tal virtud, los conceptos no son de carácter vinculante y no obligan al peticionario a acogerlo o no.

Dicho esto, pasamos a aclarar conceptualmente, las nociones de convenios y contratos que apreciamos se emplean indistintamente a lo largo de la consulta, pero que responden a características distintas, cuyo entendimiento resulta imperativo para ofrecer una consulta en un contexto apropiado a los requerimientos del consultante.

Es por ello, sin entrar en definiciones técnicas, que entendemos por contrato estatal, aquel acuerdo de voluntades en virtud del cual, un contratista (entidad estatal o un sujeto particular) se obligan con otra parte denominada contratante (entidad estatal) a dar, hacer o no hacer determinada prestación, a cambio de que esta última parte (contratante) se obliga a pagar una remuneración o precio en contraprestación a lo realizado por el contratista.

Los convenios estatales, responden a un criterio de colaboración y cooperación, en virtud del cual, la asociación de esfuerzos entre las partes cooperantes apunta a la obtención de fines que le son propios a cada uno de ellos. Esto es, son acuerdos de

voluntades respecto de intereses que comparten los cooperantes, aspecto que excluye la existencia de intereses patrimoniales.

Aclarado este particular, tenemos que, en lo que concierne a los términos para emprender la liquidación de los contratos y/o convenios estatales, y el fenómeno de la pérdida de competencia, esta Oficina encuentra pertinente adoptar una postura que parte del análisis lógico de los momentos que se pueden presentar a la hora de adelantar su liquidación.

Bajo este entendido, recordamos que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, encontramos que, a falta de estipulación de las partes de un término para liquidar el contrato de común acuerdo, la ley prevé que éste se deberá realizar en un plazo de cuatro meses, contados a partir de, “...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.”.

Vencido dicho término sin lograr la liquidación, la entidad cuenta con la facultad de liquidar unilateralmente el contrato, para lo cual dispone de un plazo de dos meses, siempre que se presenten los siguientes escenarios:

- Que el contratista no se haya presentado al trámite de la liquidación por mutuo acuerdo a pesar de haber sido convocado o notificado, o
- Que las partes intentaron liquidar el contrato de común acuerdo, pero no llegan a un consenso.

Ahora bien, expirado este término para llevar a cabo la liquidación unilateral del contrato, la ley permite que éste sea liquidado dentro de los dos años siguientes al vencimiento de dicho plazo, término que corresponde al previsto para incoar las acciones judiciales contra el contrato.

Recuérdese entonces que los términos de ley son perentorios, y en tal virtud, acaecido su vencimiento por el trascurso del tiempo, precluyen, circunstancia por la cual, si la liquidación no se adelanta dentro de las oportunidades ya descritas, se pierde competencia para liquidar el contrato, advirtiendo que dicho término no se interrumpe ni se suspende por el hecho de haber quedado actividades y obligaciones sin satisfacer.

A partir de lo anterior, conviene adentrarnos entonces en la noción de liquidación, cuyo tratamiento por vía jurisprudencial, se concibe como una actuación administrativa, posterior a la terminación del contrato, a través de la cual las partes propenden por identificar y definir si subsisten obligaciones y derechos a su cargo, para realizar igualmente un balance de cuentas y determinar aquellas prestaciones que se adeuden

y de quien se predicen; ejercicio que apunta a realizar los ajustes, reconocimientos y reclamaciones a que haya lugar en aras de dejar a paz y salvo su relación jurídico negocial.

De suerte con lo anterior, tenemos que independiente de la denominación que adopte el documento contentivo de la liquidación del contrato, éste deberá contener el ejercicio, balance o acta de cierre financiero, en el que se aprecien justamente, los conceptos indicados anteriormente, esto es, que contenga como reza la jurisprudencia¹ del Consejo de Estado, cuando menos:

“Bajo este entendimiento, la liquidación del contrato estatal según lo establece la Ley 80 de 1993, puede ser bilateral, unilateral o judicial, según el caso, tiene por objeto establecer.. (i) el estado en que 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, así como, (iv) los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. Ejecutoriado el acto de liquidación cesa definitivamente la relación contractual, o sea se extingue el contrato.”.

Con sustento en el criterio jurisprudencial argüido, podemos colegir que, la pauta para entender que se está en presencia de una verdadera liquidación del contrato estatal, la ofrece la verificación de la existencia de los presupuestos enunciados, pues sólo así puede concluirse que se realizó un ejercicio tendiente a declararse a paz y salvo y a finiquitar su vínculo negocial.

Obligaciones post contractuales:

Sobre esta temática conviene anotar que, el principio de planeación presupuestal y en general, los principios que rigen la contratación estatal, obligan a los supervisores de los contratos a velar por el correcto cumplimiento de los objetivos para los cuales se celebra cualquiera relación contractual, entre esos, velar porque el plazo proyectado para la ejecución de aquellos, se adecue en realidad con el plazo en el cual se vayan a desarrollar las obligaciones contractuales o convencionales, según sea el caso.

Así las cosas, la ampliación de plazos contractuales de ser necesaria, se constituye en una obligación de todo servidor público que por disposición legal, reglamentaria o por un acto de delegación, ostente la calidad de supervisor de un contrato o convenio, constituyéndose *per se* como el guarda permanente de la correcta ejecución y cualquier omisión a tal responsabilidad, puede traer consigo consecuencias disciplinarias,

¹ Sentencia 2001-02045/23924 de abril 29 de 2015. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 25000-23-26-000-2001-02045-01 (32.924). Consejera Ponente: Dra. Olga Mérida Valle de De la Hoz

fiscales o penales, dependiendo de la cualificación de la acción omisiva en el ejercicio de sus funciones, situación esta, que de llegar a presentarse, deberá ser puesta de manera inmediata, en conocimiento de la autoridad competente, en aras que se investigue la existencia de una posible omisión.

Tenemos entonces que, quien obre como supervisor de un contrato o convenio, tiene el deber legal de garantizar que cada relación comercial que se suscriba cuente con el plazo necesario para su ejecución, para lo cual es su obligación hacer uso de mecanismos legales como la prórroga oportuna a efectos de extender el plazo y ajustarlo a las necesidades del contrato o convenio. Esto, en procura de evitar que con posterioridad al vencimiento del plazo de ejecución pactado, la entidad deba acudir a mecanismos no consagrados en su Manual de Contratación para extender plazos no concebidos inicialmente pero necesarios para dar cumplimiento al objeto del acuerdo de voluntades a los fines sociales del Estado y por ende, hacer efectivos los derechos e intereses de los ciudadanos, pues no puede perderse de vista que, cada convenio suscrito por el ICETEX apunta a la satisfacción de una necesidad colectiva y la materialización del interés general de los beneficiarios de crédito educativo.

En eventos en los cuales se evidencien posibles omisiones en la ampliación del plazo de ejecución de los convenios, de los cuales subsisten obligaciones pendientes de ejecutar, ejemplo, garantía de las cohortes, puede eventualmente acudirse en la fase de liquidación (aún con la competencia temporal) para establecer mecanismos que conlleven el saneamiento de obligaciones convencionales y garantizar derechos fundamentales asociados a las cohortes financiadas en vigencia del convenio.

Por ello, es posible establecer acuerdos tendientes a garantizar el cumplimiento de obligaciones posteriores al plazo del convenio, siempre que estas correspondan de manera directa con las obligaciones adquiridas dentro del mismo y prohibiendo de plano la posibilidad de que se pacten nuevas obligaciones a fin de generar su cumplimiento en el escenario post contractual; argumento que deriva del principio de buena fe en la celebración y ejecución de los contratos y que por ende, las partes deben estarse a lo que se obligaron al momento de la convención, sin permitirse de la una o de la otra, el establecimiento de nuevas obligaciones para ser cumplidas por una de ellas.

Esta reflexión tiene asidero en lo previsto en el artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015, referido en el marco normativo de este análisis y que ilustra la posibilidad de dejar ciertas obligaciones vigentes para que sean ejecutadas a partir del momento de la liquidación, aclarando eso sí, que una vez se ejecuten en su totalidad, la entidad deberá proceder con el cierre del expediente del contrato, momento en el cual se entiende concluido todo aspecto de la relación contractual.

En este contexto, en las actas de liquidación con obligaciones post contractuales deberá dejarse constancia, expresa y detallada de los acuerdos a los cuales llegaren

las partes, estableciendo un mecanismo efectivo que permita la solución de eventuales conflictos que puedan suscitarse en el cumplimiento de tales pendientes. Siendo pertinente reiterar que, esta interpretación se predica como una alternativa para los efectos de la consulta, pero recordando que no aplica en aquellos eventos en que ya tuvo ocurrencia la pérdida de competencia para liquidar, pues, se reitera, en este evento, las partes no pueden realizar acto alguno de disposición, so pena de nulidad y demás responsabilidades ya anotadas.

Así las cosas presentamos este estudio a manera de concepto, no sin antes dejar de mencionar que su alcance no es obligatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y que en consecuencia, constituye criterio auxiliar de interpretación.

5. CONCLUSIONES

1. *¿Cuándo se entiende que se produce la pérdida de competencia de los constituyentes para liquidar el contrato (convenio de alianza estratégica)?*

Se responde. La competencia para liquidar se pierde cuando ha expirado el término de caducidad para la presentación de la demanda de controversias contractuales, o cuando se ha notificado el auto admisorio de la demanda que persigue la liquidación del contrato.

En términos prácticos, si para la liquidación del contrato y/o convenio no hay plazos acordados por las partes, el término máximo para que la entidad estatal pueda proceder a liquidar el contrato, en ejercicio de las funciones atribuidas por la ley, es de dos años y seis meses siguientes a la expiración del mismo (artículos 11 de la Ley 1150 de 2007 y 164 del CPACA). Una vez vencido este plazo, no es posible realizar la liquidación del contrato y/o convenio, y los funcionarios de la entidad contratante pierden cualquier competencia en este sentido.

2. *¿La figura de la pérdida de competencia no se interrumpe por el hecho de quedar actividades a cargo de la entidad (ICETEX) pendientes por desarrollar, así el plazo contractual haya finalizado?*

Se responde. Los términos de ley son perentorios, y en tal virtud, acaecido su vencimiento por el trascurso del tiempo, precluyen, circunstancia por la cual, si la liquidación no se adelanta dentro de las oportunidades ya descritas, se pierde competencia para liquidar el contrato, **advirtiendo que dicho término no se interrumpe ni se suspende por el hecho de haber quedado actividades y obligaciones sin satisfacer.**

3. *En caso de que se determine la pérdida de competencia por el hecho de haberse cumplido los plazos legales, ¿se puede de oficio finiquitar el convenio de alianza*

estratégica?, ¿Cuál es el instrumento jurídico para finiquitar el convenio de alianza estratégica?

4. *¿Cuáles son los términos, condiciones y características del instrumento jurídico conducente para terminar el convenio de alianza estratégica?*

Se responde. En atención a que los interrogantes 3 y 4 corresponden a la misma temática, se ofrece una respuesta conjunta.

Se recomienda realizar una constancia de cierre del expediente del proceso de contratación, advirtiendo que este no constituye de ninguna forma una liquidación bilateral del contrato, dado que no cuenta con participación del contratista ni tampoco es una liquidación unilateral toda vez que no tiene el carácter ni la naturaleza de un acto administrativo de fondo; se trata únicamente de un trámite interno de la entidad en el que se debe hacer, por lo menos, un recuento del proceso de contratación que obra en el mismo expediente, una relación y comparación de lo ejecutado con lo pagado y una verificación del cumplimiento de las obligaciones posteriores a la finalización de la ejecución del contrato.

5. *Sea cual sea el instrumento para terminar el convenio de alianza estratégica, ¿se puede realizar de manera unilateral por el ICETEX sin contar con el otro u otros participantes de la alianza estratégica?*

Se responde. Las entidades deben dar curso al cierre y archivo del expediente del proceso de contratación, inclusive en los eventos en los cuales no se haya efectuado la liquidación del contrato y/o convenio, como un tipo de constancia, que, se reitera, no puede constituirse en una liquidación extemporánea del contrato o revivir términos que ya precluyeron, pues cualquier acto en este sentido estaría afectado de nulidad.

El archivo del expediente debe entenderse como una actuación interna y de trámite, que no comporta la expedición de un acto administrativo de carácter contractual, en el que se puedan determinar las obligaciones a cargo de cada una de las partes.

Cordialmente,



ANA LUCY CASTRO CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Ricardo Cortés Pardo