

2023IE00838

COMUNICACIÓN INTERNA

Para: **Mónica Arias Fernández**
Subdirectora para el Manejo de Desastres

De: **Christian Fernando Joaqui Tapia**
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Fecha: 14/02/2023

1. ASUNTO: Respuesta a la petición de consulta [2023IE00516] cuyo objeto está asociado a las denominadas órdenes de proveeduría

2. TEMAS: ASISTENCIA HUMANITARIA DE EMERGENCIA - Trámite Administrativo Financiero - Pago de Contratos - Adquisición

3. CONSULTA: La Subdirectora para el Manejo de Desastres de la Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres [UNGRD], en resumen, informa que:

El día 13 de abril del año 2022, la UNGRD, mediante las denominadas órdenes de proveeduría números GS-SMD-157-2022, GS-SMD-117B-2022 y GS-SMD-470-A-2022, apoyó la atención de una emergencia en el municipio de San Jacinto del Cauca, Bolívar, sector «Cara e Gato». Dicho apoyo consistió en el suministro del servicio de horas de maquinaria amarilla; así como del servicio de control y seguimiento al suministro de horas de maquinaria amarilla.

Tanto el suministro de horas de maquinaria amarilla como el servicio de control y seguimiento a dicho suministro se contrató mediante el sistema de adquisición de asistencia humanitaria de emergencia [AHE], también denominado «ratificación» y/u «orden de proveeduría».

La Subdirección para el Manejo de Desastres [SMD] adelantó el proceso de revisión de toda la documentación asociada a dichas órdenes de proveeduría, así como de los documentos que acreditan el cumplimiento del objeto de esos contratos. En la revisión de esos documentos se encontró que, las solicitudes de certificados de disponibilidad

presupuestal [CDP] y los formatos de aprobación, no fueron radicados en el Grupo de Apoyo Financiero y Contable de la Secretaría General de la UNGRD.

En virtud de lo anterior, y con el propósito de continuar con el trámite de pago de las mencionadas órdenes de proveeduría, los cuales requieren la asignación de recursos económicos, se consulta a la Oficina Asesora Jurídica [OAJ] de la UNGRD, lo siguiente:

[...] El formato de aprobación de las tres (3) órdenes en mención no se encuentran diligenciados, ni firmados, siendo este el formato probatorio por parte de la UNGRD que da confirmación de la activación de las órdenes. En este caso, solicitamos un concepto jurídico y financiero de ¿cómo proceder en esta situación y si, se incurriría en una falta disciplinaria al realizar estas firmas con fechas actualizadas al día de hoy?

[...] Para este caso puntual, solo existen las órdenes de proveeduría firmadas. Al ser este el único documento firmado ¿es suficiente para validar la activación por parte de la UNGRD y poder realizar el diligenciamiento de los demás documentos con fechas actualizadas?

4. COMPETENCIA:

La competencia de la Oficina Asesora Jurídica [OAJ] de la UNGRD, para atender peticiones y consultas tiene fundamento en los numerales 1 y 5 del artículo 12 del Decreto Ley 4147 de 2011, modificado por el artículo 3 del Decreto Ley 2672 de 2012.

En este caso la petición guarda relación con un asunto que es producto de la contratación adelantada por el FNGRD, previa instrucción del Director General de la UNGRD o su delegado, ordenador del gasto del FNGRD en los términos establecidos en el artículo 48 de la Ley 1523 de 2012.

En virtud de lo anterior, se advierte que, como el objeto de la consulta guarda relación directa con las funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico al ordenador del gasto del FNGRD, esto es al Director General de la UNGRD o su delegado, la OAJ es competente para responder la petición presentada por la Subdirección para el Manejo de Desastres de la UNGRD.

5. CONCEPTO.

a) Tesis:



La OAJ, de la UNGRD, de una parte, indica que la existencia y validez de los contratos de Adquisición de Asistencia Humanitaria de Emergencia [AHE], también denominados «órdenes de proveeduría», está determinada por el cumplimiento de los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares. Por ello, en el caso particular y concreto objeto de consulta, no es necesario suscribir el denominado «formato de aprobación» de las órdenes de proveeduría.

Lo anterior, habida cuenta de que dicho formato no es un requisito «*ad substantiam actus*», es decir, no es una exigencia legal de orden solemne de la cual pende la existencia y validez del contrato. En realidad, el formato de aprobación de la orden de proveeduría es un documento cuyo propósito es «*ad probationem*», esto es, sirve para demostrar la existencia de un acto o negocio jurídico, pero su inobservancia no afecta la validez y existencia del negocio jurídico.

De otra parte, respecto de los trámites y/o solicitudes para la expedición del CDP, para atender las obligaciones económicas producto de las órdenes de proveeduría citadas en la consulta y cuyo plazo de ejecución ya finalizó; la OAJ, indica que no es viable adelantar el trámite objeto de consulta, pues esto implicaría responsabilidad disciplinaria, fiscal y/o penal para el **actual** ordenador del gasto del FNGRD o su delegado, por el incumplimiento de las disposiciones que regulan el trámite de la ejecución de presupuestal.

Si bien es cierto que la existencia del CDP y el registro presupuestal no es una condición de existencia o validez de los contratos estatales objeto de la consulta; no lo es menos que el cumplimiento de las normas aplicables al procedimiento de ejecución presupuestal de manera posterior a la existencia de la obligación económica que se pretende satisfacer, configuraría la existencia de un hecho cumplido.

b) Sustentación.

5.1. Contratación de asistencia humanitaria de emergencia [AHE – órdenes de proveeduría]

Tratándose de situaciones de desastre o de calamidad pública debidamente decretadas en los términos de la Ley 1523 de 2012, se tiene que, este mismo cuerpo normativo habilita un régimen especial que, entre otras, contempla medidas especiales de contratación.

Esas medidas de contratación consisten en que los negocios jurídicos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres [FNGRD] o de las entidades que ejecuten, en el

marco de la situación de desastre y/o de calamidad pública, actividades de respuesta, rehabilitación y/o reconstrucción con recursos provenientes de dicho fondo, se someterán, solamente, al cumplimiento de los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares.

En otras palabras, los contratos celebrados en aplicación de las medidas especiales de contratación contempladas en la Ley 1523 de 2012, están exceptuados de emplear el régimen de contratación contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007].

En relación con las medidas especiales de contratación, se tiene que las mismas, fueron reguladas por la UNGRD. Al efecto, el Director General de la UNGRD expidió la Resolución número 0532 del 10 de septiembre de 2020¹. En el artículo 54 de dicho acto administrativo se describieron distintos procedimientos contractuales que puede emplear el FNGRD, según la fase de una situación de desastre y/o de calamidad pública y según el bien o servicio que se requiere contratar.

En dicha disposición se estableció el procedimiento de contratación para la AHE. Este procedimiento de contratación se emplea para la ejecución de la fase de respuesta ante una situación de calamidad pública y/o de desastre natural. Particularmente, en el numeral 54.1. de la mencionada norma, se determinó que la contratación para la AHE está gobernada por el cumplimiento de los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares. Esto es, la contratación para la AHE está sometida al régimen de contratación de derecho privado.

Allí mismo se determinó que, la contratación para la AHE tiene fundamento en la existencia de una situación de emergencia, esto es, de desastre y/o de calamidad pública debidamente decretadas. Asimismo, se indicó que las fases pre contractual, contractual y pos contractual se registrará por el procedimiento establecido en el Sistema Integrado de Planeación y Gestión – SIPLAG.

Se precisa que, en el sistema de «NeoGestión», de la UNGRD, está publicado el documento denominado «[c]ontratación para la atención de las fases de respuesta y recuperación mediante ratificación» [código PR-1604-GCON-17, versión 2], el cual fue adoptado el 30 de octubre de 2020. Dicho documento contiene los lineamientos de estructuración y celebración de contratos para la AHE. En el desarrollo del procedimiento para la AHE se realizó la descripción de las actividades que se deben adelantar, así como

¹ Manual de contratación del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres.

de los documentos que las deben soportar, de los responsables de cada actividad y del control a cada una de esas actividades.

Si bien es cierto que, en la actividad número 3 de ese procedimiento se determinó que, de manera previa a la suscripción de la orden de proveeduría, se debe diligenciar el denominado «formato de autorización»; no lo es menos que, la falta de ese documento o la omisión en diligenciamiento y suscripción del mismo no puede afectar la existencia y validez del negocio jurídico, esto es, de la correspondiente orden de proveeduría.

Lo anterior, habida cuenta de que, en realidad, los términos y condiciones del respectivo contrato para la AHE están contenidos en la orden de proveeduría, la cual se perfecciona con la aceptación que de dicha orden de proveeduría realiza el proveedor del bien², obra o servicio objeto del negocio jurídico para la AHE.

Como fundamento de lo afirmado, se tiene que, los contratos para la AHE se rigen por el principio de consensualidad. Es decir, el ordenamiento jurídico no exige el cumplimiento de solemnidad alguna para la adquisición de «[...] materiales, elementos, equipos, servicios, arrendamientos, suministros, agua mediante carro tanques y alquiler de maquinaria amarilla para la ejecución de las fases de preparación para la respuesta, preparación para la recuperación [...]»⁴.

En consecuencia, los contratos para la AHE se perfeccionan por el solo acuerdo de voluntades de los extremos de la relación jurídica contractual. Máxime si se tiene en cuenta que el procedimiento adoptado por la UNGRD para celebrar dicha clase de

² Código de Comercio: «**Artículo 822. Aplicación del derecho civil.** Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa [...]»

«**Artículo 824. Formalidades para obligarse.** Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad».

³ Código Civil: «**Artículo 1500. Contrato real, solemne y consensual.** El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento».

⁴ CONTRATACIÓN PARA LA ATENCIÓN DE LAS FASES DE RESPUESTA Y RECUPERACIÓN MEDIANTE RATIFICACIÓN. CÓDIGO PR-1604-GCON-17, Versión 02.

negocios jurídicos, no corresponde a una exigencia de orden legal que condicione la validez y existencia del negocio jurídico.

En cuanto al principio de la consensualidad se refiere, el cual por regla general rige los contratos sometidos al derecho común, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en reciente decisión judicial, afirmó:

[...] En ejercicio de la autonomía privada o negocial, los sujetos de derecho tienen la libertad de celebrar de manera inmediata el negocio jurídico o luego de surtir un procedimiento formativo diferido en el tiempo. Aunque el Código Civil no regula las etapas de formación del contrato, el Código de Comercio sí lo hace, en los artículos 845 a 864. El artículo 845 define la oferta o propuesta como el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, que deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario.

La aceptación es un acto jurídico unilateral en el que el destinatario de la propuesta u oferta manifiesta su adhesión o aquiescencia incondicionalmente a los términos de la misma. De conformidad con la ley mercantil sus características son las siguientes: (i) es un acto voluntario; (ii) debe ser pura y simple; (iii) debe ocurrir en tiempo y (iv) debe ser expresa.

En relación con los contratos consensuales, su perfeccionamiento requiere que la oferta o propuesta, debidamente comunicada al destinatario, sea aceptada por éste, expresa o tácitamente (art. 864 C. Co.). Si se trata de contratos en los que se exige una formalidad constitutiva para su perfeccionamiento o nacimiento, solemne o real, se debe cumplir y observar adicionalmente la formalidad ad substantiam actus o haberse verificado la entrega de los bienes, según el caso (arts. 1500 C.C. y 824 C. Co.)⁵

En ese orden de ideas, la formación de los contratos producto de las órdenes de proveeduría se rige, especialmente, por las reglas de la oferta contempladas en el Código de Comercio. Así, la orden de proveeduría propiamente dicha, contiene de las condiciones del negocio jurídico que se pretende celebrar para la AHE. Mientras que, la aceptación de esa orden de proveeduría por parte del proveedor perfecciona el correspondiente contrato para la AHE.

A partir de las consideraciones hasta aquí realizadas, se concluye que, el hecho de que los denominados «formatos de autorización» de las órdenes de proveeduría no estén diligenciados ni suscritos por el responsable, esa omisión de ninguna manera afecta la existencia y validez de los contratos para la AHE objeto de la consulta.

Lo anterior, siempre y cuando, conforme al procedimiento adoptado por la UNGRD para la celebración de contratos para la AHE, la orden de proveeduría propiamente dicha esté

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección «C». Sentencia del 28 de febrero de 2020. Expediente número: 05001-23-31-000-1996-00657-01(31628). Magistrado ponente: Guillermo Sánchez Luque.

debidamente suscrita y se cuente con la correspondiente aceptación de esa orden de proveeduría emitida por el respectivo contratista del FNGRD.

5.2. El Certificado de Disponibilidad Presupuestal [CDP] como condición de existencia y validez de los contratos estatales

Independiente del régimen de contratación empleado por las entidades públicas para celebrar contratos estatales, en desarrollo de la actividad contractual se deben cumplir los principios que rigen la función administrativa, al igual que, los principios que rigen la gestión fiscal.

Es por ello que, todo contrato estatal, de manera previa a su celebración, debe contar con el correspondiente CDP, tal como lo exige el numeral 6 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993. Disposición esta que desarrolla el principio de legalidad presupuestal el cual debe observarse en materia de contratación dentro del el ejercicio de la función pública.

No obstante, es preciso señalar que, como se advirtió antes, el CDP no es un requisito de la existencia y validez de un contrato estatal. Por esa razón, la inexistencia del correspondiente CDP para celebrar un contrato estatal, de ninguna manera acarrea un vicio a partir del cual se pueda predicar la inexistencia o nulidad del correspondiente contrato. Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado afirmó, en sentencia de unificación jurisprudencial:

[...] Por tanto, considera la Sala, que cuando el numeral 6º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, hace alusión al certificado de disponibilidad presupuestal, lo establece como un requisito previo, accidental al acto administrativo que afecte la apropiación presupuestal, el cual, debe entenderse como a cargo del servidor público, cuya omisión, en los casos en que se requiera, genera responsabilidad personal y pecuniaria según indica el inciso final del mismo artículo 49 ya citado. En este sentido, no constituye entonces requisito de existencia ni de perfeccionamiento del contrato, pues se trata de un acto de constatación presupuestal propio de la administración, que como se indicó, es de carácter previo inclusive a abrir la licitación, concurso o procedimiento de contratación directa.

[...]

Corolario y regresando al caso que nos ocupa, considera la Sala que el certificado de disponibilidad presupuestal **no es un requisito de perfeccionamiento ni de validez del contrato** y, en consecuencia, su omisión no genera ni la inexistencia ni la nulidad del mismo, sino una irregularidad administrativa que deriva en responsabilidad personal y



patrimonial del servidor público a cuyo cargo se encuentra el contrato.⁶ (Texto resaltado por fuera del original)

La decisión judicial en cita, contiene la posición que, de manera pacífica, pregona la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre la materia. Al efecto, dicha corporación judicial en sentencias posteriores, afirmó:

«[...] En conclusión, la Sala observa que la exigencia de la disponibilidad presupuestal se encuentra establecida por el artículo 25 de la Ley 80 de 1993⁷ en forma previa a la celebración del contrato, pero disposición alguna erige la mencionada disponibilidad como elemento esencial a la existencia jurídica del contrato estatal, ni requisito de validez del objeto contractual en los términos de la Ley 80.

Así las cosas, la falta de la disponibilidad presupuestal afecta la viabilidad y legalidad del pago, puede comprometer la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios por el daño que cause con ocasión de la violación de las disposiciones presupuestales y contractuales antes citadas, mas no da lugar a la declaración de nulidad absoluta del contrato estatal».⁸

«[...] Así, resulta claro que ninguna autoridad del Estado podrá adelantar procedimientos administrativos de selección contractual, tales como licitaciones o concursos, celebrar contratos o contraer obligaciones, sin contar con el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal, omisión que si bien es cierto daría lugar a la violación de los principios de legalidad del gasto y de planeación y, por ello mismo, podría comprometer la responsabilidad personal y patrimonial -en los ámbitos disciplinario, fiscal e incluso penal- del funcionario que actúe con desobedecimiento de los mismos, no es menos cierto que no tendría la entidad suficiente para afectar la validez del respectivo contrato como quiera que, en principio, la ausencia de tal disponibilidad no está llamada a configurar de manera directa y autónoma, per se, una específica causal de nulidad de los contratos estatales».⁹

5.3. El Registro Presupuestal [RP] como condición de existencia y validez de los contratos estatales

El Registro Presupuestal, al igual que el CDP, no constituye una condición de existencia y validez de los contratos estatales. Es más, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, el RP, ni siquiera, se erige como requisito de perfeccionamiento de

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de unificación del 23 de junio de 2005. Expediente número: 07001-23-31-000-1995-00216-01(12846). Magistrado ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección «A». Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Expediente número: 73001233100020030066701(34324). Magistrado ponente: Hernán Andrade Rincón (E).

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección «A». Sentencia del 27 de mayo de 2015. Expediente número: 50001-23-31-000-2008-00031-01(38600): Magistrado ponente: Hernán Andrade Rincón (E).

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección «C». Sentencia del 15 de octubre de 2020. Expediente número: 73001-23-00-000-2011-00721-00(50389). Magistrado ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

los contratos estatales, en tanto que, el RP sólo es una exigencia para la ejecución del respectivo contrato estatal.

En relación con este tema, la Sección Tercera del Consejo de Estado, desde año 2006 y de manera reiterada, afirma que:

[...] La tesis expuesta en la sentencia del 28 de septiembre de 2006, antes transcrita, fue reiterada en la sentencia del 7 de junio de 2007 y explica la posición actual de la Corporación. Es dable concluir que en la actualidad el registro presupuestal no comporta un requisito para la existencia y perfeccionamiento del contrato, sino para su ejecución. Con todo, ello significa que la iniciación del contrato no podrá anteceder al registro presupuestal, en cuanto sin este nada se puede ejecutar.¹⁰

Ahora bien, cuando se ejecuta un contrato de una entidad pública sin el cumplimiento del requisito del RP, esta circunstancia, en palabras del Consejo de Estado, implica que:

[...] En este punto, se reiteran los argumentos expuestos en la sentencia proferida por la Subsección “C” de la Sección Tercera, el 12 de agosto de 2014, en la que se realizó un acucioso y detallado análisis sobre el régimen jurídico de la disponibilidad presupuestal y régimen jurídico del registro, reserva o compromiso presupuestal, los vicios que afectan la validez del contrato estatal y los requisitos de perfeccionamiento y de ejecución de los contratos estatales. En esta oportunidad se concluyó que el registro presupuestal es un requisito de ejecución, más no de validez ni de perfeccionamiento del contrato, y la ausencia del mismo, sólo acarrea sanciones de tipo patrimonial y penal contra el servidor público que omite este requisito [...].¹¹

En conclusión, es cierto que el RP, conforme a los postulados normativos que rigen la contratación de las entidades públicas, inclusive en regímenes exceptuados al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no está establecido como condición de existencia y validez de los contratos estatales. Sin embargo, el incumplimiento de este requisito, en principio, conlleva la imposibilidad de ejecutar el correspondiente contrato.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección «B». Sentencia del 11 de mayo de 2017. Expediente número: 73001-23-31-000-2006-01932-01(40149). Magistrada ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección «C». Sentencia del 3 de diciembre de 2015. Expediente número: 08001-23-31-000-2001-01152-01(39828). Magistrada ponente: Olga Mérida Valle De De la Hoz.

Ahora bien, de ejecutarse un contrato celebrado por una entidad pública sin el cumplimiento del requisito objeto de análisis, se tiene que, se puede ver comprometida la responsabilidad personal y patrimonial del servidor público que incumplió, por acción o por omisión, con el trámite del citado requisito de ejecución del contrato estatal.

5.4. Prohibición de pago de obligaciones cuando se configuran hechos cumplidos

La prohibición de tramitar obligaciones que afectan el presupuesto de gastos cuando no se reúnen los requisitos legales o cuando se configuran hechos cumplidos, siempre se ha contemplado en la ley anual de presupuesto. Es así como, dicha prohibición fue contemplada en el artículo 12 de la Ley 2159 de 2021 «[P]or la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2022», y, actualmente, está contenida en el artículo 14 de la Ley 2276 de 2022 «[P]or la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2023». Al efecto, las citadas normas disponen:

[...] Prohíbese tramitar actos administrativos u obligaciones que afecten el presupuesto de gastos cuando no reúnan los requisitos legales o se configuren como hechos cumplidos. El representante legal y ordenador del gasto o en quienes estos hayan delegado, responderán disciplinaria, fiscal y penalmente por incumplir lo establecido en esta norma.

Tratándose de los denominados «hechos cumplidos», se tiene que, este es un concepto jurídico indeterminado. En otros términos, la expresión «hechos cumplidos» está contenida en la disposición en cita y su propósito es describir un supuesto de hecho y la consecuencia jurídica producto de su incumplimiento. No obstante, esa acepción no encuentra una definición en el propio ordenamiento jurídico. Circunstancia esta que dificulta su entendimiento y su aplicación a situaciones particulares y concretas.

En relación con la expresión «hechos cumplidos», en una oportunidad la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público afirmó que «[l]os hechos cumplidos son actuaciones administrativas mediante las cuales una entidad pública materializa una obligación de erogación o pago sin el trámite presupuestal correspondiente. Estas obligaciones no se podrán cumplir sin la existencia de una sentencia judicial condenatoria o de una conciliación judicial»¹².

¹² Citado por la Contraloría General de la República en el Concepto 2013EE0066330 del 12 de julio de 2013.

A partir de la definición en cita se colige que, el incumplimiento de las disposiciones que rigen la ejecución del presupuesto impide que la entidad pública [deudora], cuyos recursos provengan del presupuesto general de la nación, realice el pago de las obligaciones a su cargo, so pena que se configure un «hecho cumplido» y, en consecuencia, el ordenador del gasto o su delegado responda disciplinaria, fiscal y penalmente por incumplir las normas que rigen la ejecución del presupuesto.

Ahora bien, es del caso precisar que la contratación adelantada por las entidades públicas, independiente del régimen contractual empleado, corresponde a una de las modalidades de ejecución del presupuesto. Por ello, las entidades públicas tienen la obligación de cumplir con todas aquellas disposiciones que rigen la ejecución del presupuesto, entre ellas especialmente, el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 [Estatuto Orgánico del Presupuesto, y; los artículos 2.8.1.7.1 y siguientes del Decreto 1068 del 2015 «Único reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público».

c) Conclusión.

Las mencionadas normas jurídicas exigen que, previo al cumplimiento de una obligación dineraria con cargo al presupuesto de las entidades públicas; estas tienen la obligación de tramitar y expedir el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal [CDP] y así como realizar el correspondiente registro presupuestal [RP]. El pago de obligaciones, a cargo de las entidades públicas, sin el cumplimiento de dichas disposiciones configuran los denominados «hechos cumplidos».

6. CONCEPTO:

[...] Para este caso puntual, solo existen las órdenes de proveeduría firmadas. Al ser este el único documento firmado ¿es suficiente para validar la activación por parte de la UNGRD y poder realizar el diligenciamiento de los demás documentos con fechas actualizadas?

A las preguntas formuladas en la petición de consulta, la OAJ responde:

De una parte y respecto de la omisión en la elaboración y suscripción de los formatos de aprobación de las órdenes de proveeduría, se indica que, como dichos formatos no corresponden a un requisito de existencia y validez de los contratos para la AHE, no es necesario adelantar dicho trámite. Esto, máxime teniendo en cuenta que, no es viable bajo ninguna circunstancia subsanar requisitos, cuyo cumplimiento se debe efectuar de manera previa a la celebración y ejecución de un contrato.



De otra parte y en relación con la validación de la activación de las órdenes de proveeduría, se tiene que, la existencia de la correspondiente orden de proveeduría debidamente suscrita y la aceptación -expresa o tácita- de la misma efectuada por el proveedor – contratista, en virtud del principio de consensualidad que rige los contratos sometidos al régimen de derecho común, son prueba suficiente de la existencia y validez de la respectiva orden de proveeduría.

En ese orden de ideas, es viable diligenciar solamente los documentos con fecha actual, que se requieran para adelantar los trámites pos contractuales, mas no los de naturaleza pre contractual o contractual, dado que, respecto de estos últimos, se reitera que, se podría configurar el incumplimiento de los deberes contemplados en el numeral 1 del artículo 38 de la Ley 1952 de 2019.

6.1. Alternativas para resolver la controversia contractual por la falta de cumplimiento de los requisitos presupuestales para el pago de las obligaciones producto de las órdenes de proveeduría objeto de consulta

6.1.1. Liquidación bilateral del contrato

La liquidación de los contratos estatales, en términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, corresponde al ajuste de cuentas que realizan las partes con ocasión de la ejecución del respectivo negocio jurídico, haciendo el correspondiente balance económico, técnico y jurídico respecto del cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato, que fueron acordadas por las partes y se encuentran a su cargo.

El Consejo de Estado, de tiempo atrás, considera que la liquidación de los contratos estatales conlleva, en primer lugar, el ajuste de las cuentas y el estado de cumplimiento de las obligaciones del contrato estatal, en segundo lugar, la liquidación necesariamente incluye el análisis de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios y, en tercer lugar, contiene el balance económico y el comportamiento financiero del contrato. Sobre el particular, dicha corporación judicial afirmó:

[...] liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del

*comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual.*¹³

El propósito de liquidación de los contratos es establecer si los extremos de la relación jurídica pueden declararse a paz y salvo o sí, por el contrario, hay obligaciones pendientes de su respectivo cumplimiento, razón por la que, deben declararse deudoras y/o acreedoras, según el caso. Eventualmente, si existen obligaciones pendientes de cumplimiento, en la liquidación del contrato se puede acordar la manera en que éstas deben ser cumplidas.

Asimismo, conforme a las disposiciones de orden sustantivo y procedimental que rigen la liquidación de los contratos estatales, se advierte que el ordenamiento jurídico contempló tres clases de liquidación del contrato. La primera de ellas, es la liquidación bilateral del negocio jurídico, esto es, la realizada por las partes de mutuo acuerdo, sin perjuicio de las salvedades establecidas por aquellas y que su a juicio se deben consignar en ese instrumento. La segunda corresponde a la liquidación unilateral, practicada por la autoridad pública contratante. Y, la tercera es la liquidación judicial producto del ejercicio del medio de control de controversias contractuales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Tratándose de la liquidación bilateral del contrato [de mutuo acuerdo], en palabras del Consejo de Estado, el documento que la contiene corresponde a un «verdadero» negocio jurídico cuya finalidad no es otra que concluir el correspondiente contrato estatal. En relación con este punto, dicha corporación judicial afirmó:

[...] conviene recordar que la liquidación bilateral de un contrato supone un acuerdo de voluntades, pues son las mismas partes del negocio quienes establecen los términos como finaliza la relación negocial, contrario a lo que ocurre con la liquidación unilateral que se materializa en un acto administrativo, en el que, como su nombre lo indica, no se trata de un acuerdo sino de una imposición de la voluntad que la administración ejerce sobre el contratista.

33. Destáquese que el efecto vinculante del mencionado acuerdo de voluntades se produce por efecto de la aplicación del artículo 1602 del

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 20 de octubre de 2014. Radicación interna: 27.777. CP: Enrique Gil Botero.

Código Civil, norma que regla la obligación para las partes de cumplir con lo pactado; además, también por mandato de ley -art 1603-, se impone a los contratantes obligaciones en su cumplimiento derivadas de la buena fe y dentro de ellas, la de abstenerse de actuar contra los propios actos.¹⁴

La decisión en cita, reitera lo afirmado por esa misma corporación judicial en sentencia del 20 de octubre de 2014, en la que sostuvo:

[...] conviene destacar que la liquidación bilateral supone un acuerdo de voluntades, cuya naturaleza contractual es evidente, porque las mismas partes del negocio establecen los términos como finaliza la relación negocial. [...]¹⁵

En conclusión, es claro que el consejo de Estado, de manera pacífica, ha establecido que la liquidación bilateral de los contratos obedece a un nuevo negocio jurídico, en la que los extremos de la relación jurídica obligacional inicial, en virtud de la autonomía de la voluntad, determinan las condiciones en las que debe finalizar de su relación contractual previa.

En cuanto al contenido de la liquidación bilateral del contrato se refiere, resulta especialmente relevante lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 60 de la Ley 80 de 1993. Esta disposición establece, entre otras, el alcance de las facultades de las partes a efectos de realizar la liquidación bilateral. Particularmente, allí se precisa que las partes del negocio jurídico deben hacer constar en ese instrumento «[...] los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren [...] para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo».

Nótese que, en la disposición mencionada, el legislador consagró instrumentos que permiten a las partes del negocio jurídico solucionar de manera directa las diferencias y/o controversias suscitadas con ocasión de la ejecución del contrato. Es decir, al momento de realizar la liquidación bilateral del contrato, las partes cuentan con la oportunidad de arreglar directamente los conflictos que giran en torno al contrato, particularmente, aquellos relacionados con las obligaciones emanadas de la relación jurídica obligacional que se encuentran pendientes de cumplimiento y/o ejecución. En relación con este punto,

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 22 de octubre de 2021. Radicación interna: 56.668. CP: José Roberto Sáchica Méndez.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 20 de octubre de 2014. Radicación interna: 27.777. CP: Enrique Gil Botero.

la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente [CCE] – en «concepto C – 494 de 2021» afirmó:

[...] De lo anterior surge la noción del principio de arreglo directo de controversias, conforme al cual, durante el desarrollo de todo el proceso contractual, esto es, en sus etapas preparativas, de ejecución y liquidación, los distintos partícipes –oferentes o contratantes, según el caso– deberán preferir, siempre que ello sea posible, las fórmulas e instrumentos que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para que solucionen directamente sus discrepancias. El adjetivo «directo» atribuible al arreglo, hace referencia a que la controversia debería ser solucionada entre las partes directamente involucradas o interesadas en la solución, o, dicho de otra manera, las que podrían resultar directa y principalmente afectadas por la solución lograda.
[...]

[...]

En tal sentido, el arreglo directo de las controversias surgidas dentro del contexto de la contratación estatal, más que una simple opción para las entidades públicas y contratistas, resulta ser un deber que tanto aquellas como estos deben cumplir al momento de saldar sus diferencias. Así, dicho deber no se limita a la simple formalización de un procedimiento o al establecimiento de trámites vacuos que solo pretenden un arreglo en apariencia, sino que debe estar animado de una real intención de los participantes de solucionar directamente sus controversias y de precaver eventuales litigios.¹⁶

Ahora bien, es preciso informar que, los mecanismos contemplados en el ordenamiento jurídico para resolver controversias propias de la ejecución de los contratos, específicamente, las contenidas en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, cuentan con límites. Al respecto, el Consejo de Estado sostuvo:

[...] En ese sentido, es claro entonces que la liquidación contendrá las cuentas, los ajustes y los reconocimientos que se encuentren directamente relacionadas con el contrato que se pretende liquidar, de ahí que únicamente las actuaciones del Contratista que se lleven a cabo dentro del marco de la ejecución del contrato estatal debidamente perfeccionado se podrán entender como parte de la ejecución del objeto contractual y por ende el acta de liquidación del mismo sólo podrá consignar las pretensiones que emanen directamente del contrato.

¹⁶ Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-494 del 17 de septiembre de 2021. Radicación RS20210917009669.

Contrario sensu, en la liquidación bilateral de los contratos no se pueden hacer reconocimientos que no fueron expresamente pactados en el respectivo negocio jurídico. Esto es, la liquidación bilateral debe referirse, única y exclusivamente, a las obligaciones pactadas en el contrato, cumpliendo entre otras, con las solemnidades que exige el ordenamiento jurídico para dotar de existencia, validez y eficacia a las prestaciones contractualmente acordadas, cuando hay lugar a ello.

Aunado a lo anterior, se debe destacar la sentencia del 29 de noviembre de 2019, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección «C», en la que se afirmó:

[...] Los contratos de obra a precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales. Difieren del contrato a precios unitarios, porque en esta modalidad la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas.

La mayor cantidad de obra ejecutada, en los contratos suscritos a precios unitarios, es aquella que fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución, con lo cual la prestación debida se prolonga sin modificación alguna al objeto contractual. Por oposición, las obras adicionales o complementarias hacen referencia a actividades no previstas en el contrato y que se requieren para la obtención y cumplimiento de su objeto contractual. Por ello, su reconocimiento supone la suscripción de un contrato adicional o modificatorio.

Según la jurisprudencia, para el reconocimiento de mayores cantidades de obra u obras adicionales o complementarias, es preciso que hayan sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante, mediante actas y contratos modificatorios o adicionales, según el caso. Así, durante la ejecución del contrato, la adecuada gestión de la obra supone la suscripción de actas parciales, avaladas por la interventoría, en las cuales se determinen los ítems en los cuales se requirieron mayores cantidades de obra y en cuáles no, con el fin de compensar los valores y determinar su costo.

15. La liquidación de los contratos celebrados por la Administración Pública es el acto jurídico por el cual se determina el cumplimiento del objeto contractual y el estado de ejecución de las obligaciones. La liquidación de

mutuo acuerdo, nace de la autonomía privada y, por ende, constituye un verdadero negocio jurídico susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional por virtud de salvedades en ella contenidas, por los vicios del consentimiento o por eventos sobrevinientes a su perfeccionamiento. El artículo 60 de la Ley 80 de 1993 permite a las partes, en esa etapa, acordar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, pues con ello se trata de prevenir litigios futuros.

Ese reconocimiento de los derechos y de las obligaciones, implica para la entidad pública el acatamiento estricto de las reglas de tipo presupuestal, en tanto rigen la forma en que se hacen las apropiaciones de gasto. Así, el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto, preceptúa que todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos. Así mismo, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos no sean desviados a ningún otro fin. En concordancia con esa norma, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 dispone que para la ejecución de los contratos se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras, de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.

16. Está acreditado que Félix Francisco Rueda Forero tenía conocimiento de la inexistencia de recursos para la ejecución de la obra, pues envió varias comunicaciones en ese sentido [hechos probados 12.4 a 12.5 y 12.6] y que, no obstante ello, acordó con posterioridad a esas comunicaciones, una modificación al contrato relativa al monto [hecho probado 12.11]. También se probó que, como gerente de Metrolínea S.A. y solo hasta en el acta de liquidación, reconoció unas mayores cantidades de obra necesarias para el funcionamiento del sistema de transporte, pero que no estaban incluidas en el valor inicial del contrato ni en sus modificaciones, por un valor de \$3.475'504.653 el cual que no superaba el 50% de su valor inicial [hecho probado 12.14].

El reconocimiento que hizo el demandado de las mayores cantidades de obra, en el acta de liquidación, por sí sola no configura una violación inexcusable de una norma de derecho, pues con ese fin fue regulado el procedimiento liquidatorio, en el cual se autoriza a hacer los reconocimientos que haya lugar. Además la naturaleza del contrato a precios unitarios justifica el pago de mayores cantidades de obra que se encontraban ligadas al objeto contractual, eran indispensables para el



funcionamiento de la obra y fueron reconocidas por la interventoría al momento de pronunciarse sobre la liquidación del contrato.

Lo anterior no quiere decir que la Sala avale el procedimiento irregular que antecedió a la liquidación del contrato, pues, como se dijo, la adecuada gestión del contrato y de la obra exigen una supervisión y control que permitan -mediante actas y acuerdos modificatorios- determinar con claridad los ítems del contrato que requirieron mayores cantidades de obras.

Ahora bien, circunstancia distinta es que ese reconocimiento, válido porque implicó para la entidad el pago de lo efectivamente adeudado por la ejecución de mayores cantidades de obra en un contrato a precios unitarios, se hubiera realizado sin tener en cuenta las reglas presupuestales que permitieran el pago oportuno del acta de liquidación. En efecto, el no pago del acta de liquidación tuvo como origen la imposibilidad de disponer de recursos, como consecuencia de la falta de gestión y seguimiento del contrato que permitiera obtener, de manera previa, las provisiones necesarias para el cumplimiento de esa obligación.

Esta tarea de administración correspondía al gerente encargado de suscribir la liquidación del contrato quien, como director de la entidad, debió adelantar los trámites para la consecución de los recursos y garantizar los procedimientos presupuestales internos para disponer de los mismos. Estos trámites, por supuesto, suponían el adecuado acompañamiento del contrato para verificar las cantidades de obra a la par que realizar las gestiones que permitieran su pago.

La falta de gestión del contrato impidió pagar inmediatamente las mayores cantidades de obra reconocidas y cuantificadas solo en la liquidación bilateral del contrato y, por ende, la condena por intereses moratorios y los gastos del tribunal arbitral, cuya decisión permitió, finalmente, por constituir título válido, afectar un rubro del presupuesto y lograr el pago. [...] ¹⁷

De la decisión judicial en cita, se desprende que en la liquidación bilateral de los contratos, conforme a lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, es viable que las partes realicen los reconocimientos de tipo económico a que haya lugar, ya sea mediante la suscripción de acuerdos, conciliaciones y/o transacciones. En otras palabras, dada la naturaleza jurídica de «nuevo contrato» que tiene el acta de liquidación bilateral, en el evento que una entidad pública deba realizar reconocimientos de tipo económico al contratista en ese instrumento contractual, necesariamente se deben adelantar las

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 29 de noviembre de 2019. Radicación interna: 56.925. CP: Guillermo Sánchez Luque.

gestiones y apropiaciones de tipo económico a reconocer en cumplimiento de las normas que rigen la ejecución presupuestal [Ley Orgánica del Presupuesto], para garantizar el cumplimiento de los acuerdos económicos pactados en la liquidación bilateral. Tratándose de conciliaciones y/o transacciones que deben constar en el acta de liquidación bilateral, se afirma que, las mismas deben ser aprobadas por los comités de conciliación de las entidades públicas.

Finalmente, es del caso destacar, si bien es cierto que los contratos estatales cuyo régimen está exceptuado al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no requiere del procedimiento de liquidación; no lo es menos que, esa circunstancia impida que las partes del negocio jurídico, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, puedan pactar válidamente la realización del trámite de liquidación del correspondiente contrato estatal.

En conclusión, de la atenta y cuidadosa lectura los presupuestos fácticos expuestos en la petición de consulta, se recomienda, pactar con el contratista y, en consecuencia, adelantar el trámite de liquidación bilateral del contrato. **Esto, con el propósito de realizar el reconocimiento y pago de las obligaciones objeto de la liquidación del correspondiente negocio jurídico.**

6.1.2. Conciliación extrajudicial

La conciliación extrajudicial tiene por objeto el planteamiento de fórmulas de arreglo que eventualmente permitan conciliar las pretensiones en controversia de los extremos de una relación jurídica, entre ellas, los extremos o partes de una relación contractual.

En el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, se estableció la obligatoriedad del empleo de este mecanismo alternativo de solución de conflictos, como requisito previo al empleo de los medios de control, actualmente, contemplados en la Ley 1437 de 2011.

La conciliación extrajudicial fue reglamentada en virtud de la expedición del Decreto 1716 de 2009. Cuerpo normativo este que fue compilado en el actual Decreto 1069 de 2015 «Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho».

En el artículo 2.2.4.3.1.1.1. del Decreto 1069 de 2015, se determinó que es viable adelantar el trámite de conciliación extrajudicial respecto de todo conflicto, sea de carácter particular y/o de contenido económico, que sea susceptible de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante el empleo de los medios de control contemplados en los artículos 138, 140 y 141 de la Ley 1437 de 2011.

No obstante, la disposición normativa comentada, a su vez, estableció cuáles asuntos no susceptibles de conciliación extrajudicial, así: a) los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario; b) los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, salvo las excepciones específicas establecidas en la ley, y; c) los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado.

En ese orden de ideas, de la atenta y cuidadosa lectura los presupuestos fácticos expuestos en la petición de consulta, se advierte que, la controversia allí informada es susceptible de conciliación extrajudicial. En consecuencia, es absolutamente viable acudir ante la autoridad administrativa competente, con el propósito de conciliar las controversias producto del contrato objeto de consulta.

En los anteriores términos la OAJ de la UNGRD emite el pronunciamiento solicitado, informando por demás que, las opiniones jurídicas como la aquí contenida no serán de obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en un criterio orientador de la administración pública. Lo anterior, de acuerdo con el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

Atentamente,

Christian Fernando Joaqui Tapia

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Con copia: **Óscar Bernardo Goyeneche Durán**
Subdirector General

Diana Mireya Parra Cardona
Secretaría General

Juan Carlos León Acosta
Coordinador Grupo de Contratación

Elaboró: Juan Manuel Castillo López / Abogado contratista OAJ

Revisó y aprobó: Christian Fernando Joaqui Tapia / Jefe OAJ

Actualización: formato GUÍA PARA LA ELABORACIÓN DE CONCEPTOS JURÍDICOS CÓDIGO: G-1200-OAJ-01

