

9 Julio - 2012



Conceptos - 2012

INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

Bogotá D.C. 1 JUL 2012

CONCEPTO No. 000036

PARA: **DRA. CLAUDIA ISABEL VICTORIA NIÑO IZQUIERDO.**
Secretaria General.
Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

DE: **LUZ MARY RINCÓN ROMERO.**
Jefe Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: Concepto **acta de liquidación Contrato 263 SG 2011**

En atención a la comunicación a través de la cual solicita concepto, respecto a la situación del contrato del asunto, me permito informarle lo que sigue:

1. PROBLEMA JURÍDICO:

En el presente caso, se suscita el siguiente problema jurídico a resolver, así:

1.- ¿Es viable reconocer y ordenar el pago de la adición autorizada mediante otrosí modificatorio No. 04 del contrato 263 SG 2011?

2. SITUACIÓN FACTICA:

Revisado el tema se pudo constatar lo que sigue:

CONTRATO INICIAL			
PLAZO		28/12/2011	FOLIOS DEL 316 A 326
COSTO DIRECTO	100%	42865410	
ADMINISTRACION	10%	4286541	
IMPREVISTOS	10%	4286541	
UTILIDADES	5%	2143270.5	
IVA UTILIDADES	16%	342923.28	
COSTO INDIRECTO		11059275.78	
TOTAL		53924685.78	
RP	5972	13/12/2011	327 - 328
GARANTIA	1982623 - 393145	16/12/2011	299 - 305
PUBLICACIÓN	338	14/12/2011	338
ACTA DE INICIO		26/12/2011	340

1 1323

recompeta folio

74:22pm y

[11 JUL 2012]

Cuzaber



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

Otrosí modificatorio:

MOD 1	FECHA	FOLIO
PRORROGA	30/01/2012	344
POLIZA	28/12/2011	359 - 360
RP	NO REQUIERE	
PUBLICACION	27/12/2011	364 - 365 - 366

MOD 2	FECHA	FOLIO
PRORROGA	11/02/2012	369
POLIZA	14/02/2012	374 - 376
RP	NO REQUIERE	
PUBLICACION	13/02/2012	382

MOD 3	FECHA	FOLIO
PRORROGA	07/03/2012	370
POLIZA	17/02/2011	383
RP	NO REQUIERE	
PUBLICACION	23/02/2012	391

MOD 4	FECHA	FOLIO	VALOR
PRORROGA - ADICIÓN	22/03/2012	397 - 412	12175226.05
POLIZA CUMPLIMIENTO	09/03/2012	438- 440	
POLIZA RCE	12/03/2012	441	
CDP	01/03/2012	413	12175226.05
RP	SIN	SIN	SIN

De lo anterior, puede colegirse que el otro sí modificatorio No. 4 suscrito el 7 de marzo de 2012, no se encuentra legalizado por dos razones:

1. No cuenta con registro presupuestal correspondiente.
2. El anexo No. 4 de la póliza de Responsabilidad Extracontractual, no puede aprobarse, toda vez que, fue expedida el 12 de marzo de 2012, cuando el anterior tenía cobertura hasta el 7 de marzo de 2012, por lo tanto el contrato quedo sin garantía por cerca de 5 días.

3. CONSIDERACIONES JURIDICAS



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

REGISTRO PRESUPUESTAL

Así, el registro presupuestal, que consiste en la certificación de apropiación de presupuesto con destino al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias del contrato; es un instrumento a través del cual se busca prevenir erogaciones que superen el monto autorizado en el correspondiente presupuesto, con el objeto de evitar que los recursos destinados a la financiación de un determinado compromiso se desvíen a otro fin. De conformidad con lo expuesto se tiene que: - Gramatical y jurídicamente el contrato es perfecto cuando existe, esto es cuando se cumplen los elementos esenciales que determinan su configuración. - Por virtud de lo dispuesto en la ley 80 de 1993 el contrato estatal existe, esto es, "se perfecciona" cuando "se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito", y es ejecutable cuando se cumplen las condiciones previstas en el inciso segundo del artículo 41 de la ley, interpretado en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto ley 111 de 1996. - El requisito relativo al registro presupuestal no es una condición de existencia del contrato estatal, es un requisito de ejecución¹.

Así lo ha determinado el H. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, en sentencia del 28 de septiembre de 2006 Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, Radicación número: 73001-23-31-000-1997-05001-01 (15307), providencia que a su tenor literal dispuso:

"La entidad demandada también afirmó que la falta de entrega del anticipo se produjo porque el contrato no estaba debidamente legalizado y porque no se había perfeccionado. Analizadas las pruebas obrantes en el expediente la Sala advierte que el contratista cumplió con el trámite de legalización que estaban a su cargo, cual era la constitución de las garantías. No obra documento demostrativo del proceso de apropiación presupuestal, pero ello no permite afirmar que éste no se produjo y menos aún, que la entidad quedó exenta de cumplir las obligaciones derivadas de un contrato que celebró con el aquí demandante. En efecto, suscrito el contrato la entidad quedaba con el deber de expedir el registro de apropiación presupuestal, conforme lo exige el inciso 2 del artículo 41 de la ley 80 de 1993. Y si no cumplió con esta obligación, mal podría invocar su propia culpa en beneficio propio. En este punto la Sala precisa que la omisión respecto del trámite del presupuesto del contrato, traduce en el incumplimiento de una obligación de la entidad pública, que le fue impuesta por la ley (art. 41, ley 80 de 1993) y, en este caso, también por el contrato. Cabe igualmente advertir que la ausencia de registro presupuestal no produce la inexistencia del contrato estatal, determina su inejecución, la que aunada a los perjuicios que cause al contratista, configura la responsabilidad contractual del ente público infractor. En efecto, a diferencia de lo dispuesto en el decreto ley 222 de 1983, la ley 80 de 1993 reguló el perfeccionamiento del contrato de una forma coherente con la significación gramatical y jurídica de este concepto, al disponer en su primer inciso que: "Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito." En tanto que en el inciso segundo reguló, en forma independiente, las condiciones para su ejecución. De conformidad con lo dispuesto en la precitada norma, la existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se producen cuando concurren los elementos esenciales del correspondiente negocio jurídico, definidos por el legislador como el: "acuerdo sobre el objeto y la contraprestación" (elementos sustanciales) y también que "éste se eleve a escrito" (elemento formal de la esencia del contrato). De conformidad con lo expuesto se tiene que, según lo previsto en la ley 80 de 1993, el contrato es perfecto cuando se han cumplido las condiciones para su existencia, esto es, al recorrer su definición, porque concurren sus elementos esenciales, sin perjuicio de que puedan existir condiciones o plazos que suspendan su ejecución. El Consejo de Estado en varias providencias, al evaluar los cambios introducidos por la ley 80 de 1993 respecto de la existencia y ejecución del contrato estatal, afirmó que este nace a la vida jurídica cuando se cumplen las condiciones previstas en el primer inciso del artículo 41, a pesar de que no se hayan cumplido los requisitos necesarios para su ejecución, tales como el relativo al registro presupuestal. Sin embargo, la anterior posición fue modificada por la Sala en providencias proferidas a partir del auto del 27 de enero de 2000, en el que se afirmó que el registro presupuestal es un requisito de "perfeccionamiento" del contrato estatal, de conformidad con la reforma introducida a la ley 80 por el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto ley 111 de 1996. En esta oportunidad

¹ H. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, en sentencia del 28 de septiembre de 2006 Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, Radicación número: 73001-23-31-000-1997-05001-01 (15307).



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

la Sala reitera la posición asumida antes del precitado auto y advierte que la condición relativa al registro presupuestal, no es una condición de existencia del contrato estatal o de su "perfeccionamiento", es un requisito necesario para su ejecución. A diferencia de lo afirmado en las precitadas providencias, la Sala considera que el Estatuto Orgánico de Presupuesto no modificó la ley 80 de 1993 en cuanto a los requisitos de existencia del contrato estatal, por las siguientes razones: a. Cuando el Estatuto Orgánico de Presupuesto alude a los actos administrativos no se refiere al contrato estatal. El contrato estatal no es una especie de acto administrativo, pues aunque los dos sean actos jurídicos, el primero es esencialmente bilateral en tanto que el segundo es eminentemente unilateral. b. La Ley 80 de 1993 no es contraria al Estatuto Orgánico de Presupuesto, sus disposiciones son concordantes con los principios de dicha ley. La Sala encuentra que la ley 80 de 1993, mas que contrariar las normas del Estatuto Orgánico de Presupuesto, las desarrolla, porque: i) condiciona la apertura de los procedimientos de selección del contratista a la realización de estudios que analicen, entre otros aspectos, su adecuación a los planes de inversión, de adquisición, de compras y presupuesto (art. 30) y porque ii) exige el registro presupuestal para la ejecución del contrato (inciso 2, art. 41), en consideración a que las entidades públicas no pueden gastar lo que no tienen. Nota de Relatoría: Ver sentencias del 6 de abril de 2000, expediente 12775; del 3 de febrero de 2000 expediente 10399; Expediente 14935. del 27 de enero de 2000"

(...)

"En el caso concreto no obra el certificado de registro presupuestal y aunque el contrato y el otro si indican el presupuesto que estaría afectado al contrato para pagar al contratista, la Sala considera que el contrato no era ejecutable por la ausencia del aludido requisito.

Advierte también que la inejecución del contrato es imputable a la entidad pública contratante, porque incumplió la obligación de apropiar los recursos y certificar este procedimiento conforme se lo exige el estatuto orgánico de presupuesto y la ley 80 de 1993.

Por lo anterior la Sala encuentra configurado el incumplimiento contractual del municipio de Coyaima y con ello demostrado el primer elemento de la responsabilidad demandada."

APROBACIÓN DE GARANTÍAS

Ahora bien, respecto a la garantía única, debe tenerse en cuenta que se trata de un contrato que está directa e inescindiblemente unido al contrato estatal que respalda, como se evidencia de algunas disposiciones de la ley 80 de 1993, entre ellas las siguientes: a) El contratista prestará garantía única para avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá **vigente durante la vida y liquidación de éste**, la que deberá ajustarse a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. La vigencia se entenderá hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirarán por falta de pago de prima o por revocatoria unilateral (incs. primero y tercero, num. 19, art. 25 ley 80 de 1993). En este punto, se establece que la garantía única de cumplimiento tiene como fin respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales, bien sea en desarrollo de la celebración o liquidación de contratos estatales: "Por tanto, con sujeción a los términos del respectivo contrato deberá cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista en los términos de la respectiva garantía (...)". Entre otros riesgos, ampara el de incumplimiento del contrato. b) En cuanto a la vigencia de la póliza, la norma vigente para la época (Decreto 4828 de 2008) hace referencia expresa a un cubrimiento: "cuando menos por el lapso en que de acuerdo con el contrato y la legislación civil o comercial, el contratista debe responder por la garantía mínima presunta", para los amparos de estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio y correcto funcionamiento de los equipos. c) La declaratoria de caducidad es constitutiva del siniestro



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

de incumplimiento. d) El contratista debe reponer la **garantía si el valor de la misma es afectado por razón de los siniestros y ampliarla o prorrogarla por aumento del valor del contrato o prórroga de la vigencia**². e) En los contratos que sean objeto de liquidación, al contratista se le exige 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 (inc. último, art. 60 ley 80 de 1993).

Así las cosas, el seguro de cumplimiento tiene por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones contenidas en el contrato, es por ello que el artículo 11 del Decreto 4828 de 2008 (ahora Artículo 5.1.11 del Decreto 0734 de 2012) prevé un régimen de aprobación de garantía única previo a la ejecución del contrato siempre y cuando la garantía reúna las condiciones legales y reglamentarias propias de que ampare los riesgos establecidos para cada caso. Cabe resaltar que dicha aprobación debe impartirse **antes de la ejecución del contrato**³.

4. CONCLUSION

No es posible hacer reconocimiento alguno al Contratista, diferente a lo establecido en el contrato inicial que fue perfeccionado y legalizado con plena sujeción a la ley, por las razones ya expuestas.

Absueltos los interrogantes objeto de su consulta, es importante manifestarle que esta Oficina queda atenta a suministrar información adicional, de ser requerida, relacionada con el tema.

El presente concepto se rinde conforme lo establece el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Atentamente,


LUZ MARY RINCON ROMERO.
Jefe Oficina Jurídica.
Proyecto: Andrea Patiño Pinilla.

² Artículo 12 del DEC 4828 de 2008

³ Para la aprobación de la garantía de cumplimiento no hay diferencia entre lo consagrado en el artículo 11 del DEC. 4828 de 2008 y el documento de Planeación Nacional que contiene el proyecto de Decreto, artículo 10. En ninguno de los 2 casos es posible ejecutar el contrato sin la aprobación de las garantías.