

Estimada Claudia,

En atención a su consulta sobre la forma de cerrar y archivar definitivamente el contrato de prestación de servicios CD-910-2023 (en adelante el «Contrato CD-910-2023»), me permito señalar lo siguiente:

1.- De conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, *«Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito»*. En otras palabras, una vez que queda por escrito el objeto del contrato y su contraprestación, se dan los requisitos de existencia del contrato estatal.

Sobre el particular, el Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de señalar que el citado artículo en su primer inciso contempla los requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal, mientras que en el segundo regula los requisitos de ejecución o de inicio de los mismos, así:

«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, así: “Para la ejecución 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.” De conformidad con lo dispuesto en la precitada norma, la existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se produce 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). 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»¹. (énfasis propio)

De acuerdo con lo anterior, para que el contrato estatal nazca a la vida jurídica, basta con que se configuren dos elementos específicos: el acuerdo de voluntades (acuerdo entre objeto y contraprestación) y la formalidad (el escrito), de tal manera que ni el registro presupuestal ni mucho menos la aprobación de las garantías o el acta de inicio constituyen requisitos para el nacimiento del contrato, sino que se tratan simplemente condiciones suspensivas del inicio de la ejecución.

2.- En ese marco conceptual, es preciso hacer notar que, respecto del Contrato CD-910-2023, la Defensoría del Pueblo e Ivonne Liliane Romero González llegaron al acuerdo de que esta prestaría *«sus servicios profesionales a la Oficina del Grupo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de la Defensoría del Pueblo con plena autonomía técnica y administrativa para el acompañamiento y soporte jurídico y legal, para los diferentes trámites y procesos precontractuales, contractuales y post contractuales que la misma adelante»* y, dicho acuerdo, fue elevado a escrito, lo cual implica que el contrato objeto de consulta se perfeccionó y, por ende, nació a la vida jurídica.

En consecuencia, al haber nacido a la vida jurídica, surgió para Ivonne Liliane Romero González la obligación presentar las garantías y para la Defensoría del Pueblo la obligación de expedir el registro presupuestal. Una vez cumplidas estas obligaciones, conforme a lo pactado, podría suscribirse el acta de inicio e iniciar la ejecución.

3.- En efecto, de acuerdo con la citada providencia del Consejo de Estado, el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 contempla los requisitos de ejecución del contrato estatal al señalar que *«para la ejecución 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»*. Dicho de otra forma, los requisitos legales para la procedencia del inicio de la ejecución del contrato estatal son; (i) la aprobación de las garantías y (ii) la existencia de registro presupuestal o vigencias futuras, según el caso.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 30 de julio de 2008, expediente 15.079

No obstante, es posible que las partes acuerden requisitos de ejecución adicionales a los dos contemplados en la ley, como lo puede ser el acta de inicio. Sobre este asunto la Agencia Nacional de Contratación pública ha señalado que el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 permite dichos acuerdos al señalar que:

«El acta de inicio constituye un requisito de ejecución convencional, que se pacta en la minuta del contrato o que el contratista acepta, adhiriéndose al clausulado del pliego de condiciones o documento equivalente. Sin embargo, en el lenguaje de la contratación estatal, el acta de inicio es un documento en el que se fija la fecha en la que comienza el cómputo del plazo del contrato, una vez cumplidos los requisitos legales para el inicio de la ejecución del contrato. Es por ello, que la suscripción del acta de inicio usualmente se pacta en la cláusula del plazo, estableciendo que la fecha de la firma de tal documento será el hito que determinará desde cuándo comenzarán a contabilizarse los días, meses o años que se hayan estipulado como período para el cumplimiento del objeto del contrato. El fundamento legal que habilita a las partes para establecer la suscripción del acta de inicio como un requisito de ejecución convencional, se encuentra en el segundo inciso del artículo 40 de la Ley 80 de 1993»².

4.- Ahora bien, respecto al Contrato CD-910-2023, debe recordarse que, en los términos de la cláusula trigésima primera y en concordancia con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, las partes pactaron que el Contrato «se entiende perfeccionado con la firma de las partes. Para la ejecución, se requiere de la suscripción del acta de inicio, previa expedición del Registro Presupuestal correspondiente y aprobación de la garantía por parte del Coordinador del Grupo de Contratación, cuando a ello hubiere lugar».

Así las cosas, resulta clara que para iniciar la ejecución del citado negocio jurídico se requería: (i) que se aprobaran las garantías presentadas por la contratista; (ii) que se expediera el registro presupuestal y, (iii) que se suscribiera al acta de inicio una vez cumplidos los anteriores dos requisitos. Sin embargo, debe ponerse de presente que, de acuerdo con la cláusula décima tercera, no se exigieron garantías al contratista, por lo que el primer requisito al que hace referencia la cláusula trigésima primera no era exigible.

² Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente. Concepto C-545 de 11 de octubre de 2024.

Ahora, como se señala en los antecedentes de la consulta, a pesar de que se expidió el registro presupuestal, por razones que no son conocidas, la contratista nunca suscribió el acta de inicio, por lo que no se pudo iniciar con la ejecución del Contrato. La consecuencia de lo anterior consiste en que, por razones que no son precisadas en la solicitud de concepto, el Contrato CD-910-2023 nunca comenzó su ejecución, pues por voluntad de las partes, el acta de inicio era una condición suspensiva del inicio de la ejecución y, al no haberse suscrito, no podía exigirse el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

5.- Frente a la anterior situación de hecho, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 señala que *«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»*, pero en los términos del inciso quinto de la misma norma, la liquidación no es obligatoria para los contratos de prestación de servicios profesionales.

Sobre el particular, vale la pena señalar que, atendiendo la citada norma, el Contrato en su cláusula trigésima segunda que *«De conformidad a lo dispuesto en el Decreto 019 de 2012, los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, no requerirán forzosamente liquidarse, no obstante, cuando se presente circunstancias particulares o excepcionales, es obligación del supervisor elaborar el acta de liquidación respectiva y suscribirla»*.

Aparece entonces la inquietud de si el Contrato CD-910-2023 debe ser objeto de liquidación, dada la circunstancia de que nunca se suscribió el acta de inicio. Al respecto, en criterio del suscrito, atendiendo las circunstancias concretas que pueden ser calificadas como «particulares o excepcionales», es posible afirmar que el Contrato CD-910-2023, en su calidad de contrato sucesivo y aun cuando no inició su ejecución, debe ser objeto de liquidación con base en la cual poder hacer una liberación correcta del recurso presupuestal comprometido.

6.- Finalmente, se advierte que si bien la liquidación, en principio, debe ser un tema sencillo por cuanto no inició la ejecución del Contrato, se recomienda indagar por qué efectivamente no se suscribió el acta de inicio, esto es, si existe alguna causa justificada para que la contratista no acudiera a suscribir el acta de inicio. En caso de que no exista una justificación relevante, ello constituiría un incumplimiento contractual, pues lo cierto es que la Defensoría del Pueblo cumplió con la obligación de expedir el registro presupuestal.

En ese orden de ideas, conviene revisar la posibilidad de declarar el incumplimiento contractual y hacer efectiva la cláusula penal contenida en la cláusula vigésima primera del Contrato CD-910-2023, en virtud de la cual se fijó un monto equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato como estimación de los perjuicios derivados del incumplimiento.

Al respecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de señalar que *«[e]n los contratos de obra pública, de suministro o prestación de servicios, por ejemplo, en los cuales la nota de tracto sucesivo se ve clara, la Administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que haya vencido el plazo contractual sin que éste haya ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, como medida obligada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria»*³.

7.- En conclusión, y atendiendo concretamente a la consulta sobre el trámite que debe seguir la Defensoría del Pueblo para cerrar el Contrato, teniendo en cuenta que no se ha podido realizar el cierre en la plataforma SECOP II, en nuestro concepto debe proceder a liquidarse el Contrato y con dicha liquidación proceder al cierre del contrato en la citada plataforma, dejando a criterio de la entidad la posibilidad de declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal pactada dentro del citado negocio jurídico.

Cordialmente,

JORGE ENRIQUE SANTOS RODRÍGUEZ

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 11 de septiembre de 2024, expediente 70.836.