UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Oficina Asesora Jurídica

OJ - 000553 - 19

Bogotá, D.C., 26 de marzo de 2019

Doctor
CARLOS YEZID ROZO ÁLVAREZ
Director IDEXUD
UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Ciudad.-

Ref: Concepto jurídico sobre tratamiento de hechos cumplidos

Respetado Doctor Rozo:

Mediante correo electrónico del pasado 14 de marzo del año en curso, la abogada María Teresa Villar Díaz, Asesora Jurídica del IDEXUD, solicita que *"se informe cuál sería el tratamiento para aquellos eventos en los cuales, en la ejecución de un contrato interadministrativo se presentan hechos cumplidos, por no haberse suscrito con el lleno de las formalidades los contratos de prestación de servicios dentro del marco de la ejecución del convenio"*

En cumplimiento de las funciones asignadas a esta Oficina Jurídica, se emitirá concepto de conformidad con lo requerido, señalando en primera instancia, que las consultas que este Despacho atiende, se dirigen a asesorar a las dependencias de la Universidad, y no a atender solicitudes individuales, máxime si las mismas, como se advierte del correo enviado, no se encuentran suscritas por el responsable del área o dependencia.

No obstante lo anterior, en cumplimiento de lo previsto en la Resolución Nro. 1101 de 2002 y la Circular Nro. 2430 de 2015, se brinda la asesoría al Director del IDEXUD, aclarando que, esta dependencia no analiza asuntos particulares y concretos, sino que desarrolla los temas desde el punto de vista jurídico, de forma general, en asuntos que circunscriban el quehacer de la Universidad, de tal forma que el pronunciamiento se constituya en un criterio más para adoptar las decisiones que correspondan.

I. Problema Jurídico

El problema jurídico concreto y que vamos a desarrollar es:

Tratamiento de hechos cumplidos en los Contratos de Prestación de Servicios derivados de Contratos y/o Convenios Interadministrativos

II. Referentes legales y normativos.

- **Ley 1940 del 26 de noviembre de 2018.** "*Por 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 2019.*"

- **Decreto 111 del 15 de enero de 1996** *"Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto."*

- Doctrina y jurisprudencia

- Referentes del Comité de Conciliación de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas

IV. Consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica.

Antes de entrar a analizar el tratamiento de los hechos cumplidos, conviene precisar la definición que tal concepto comporta. Así, de la Sentencia del Consejo de Estado del 22 de julio de 2009, Radicación número: 85001-23-31-000-2003-00035-01(35026) Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, podemos extractar lo que comúnmente se ha entendido como hecho cumplido, en el siguiente sentido:

> *"...son situaciones que ocurren de facto, o sea sin la observancia de los preceptos que regulan la materia. En efecto, el artículo 202 del decreto 150 de 1976, prohibía ejecutar contratos no perfeccionados. La misma norma se contempló el artículo 299 del Decreto ley 222 de 1983. Por su parte, menos exigente que las dos normas anteriores, porque no impuso el castigo de que no se pudieran pagar los trabajos ejecutados sin contrato, no obstante que es categórica en señalar la importancia del perfeccionamiento del negocio, la ley 80 de 1993 dispuso que: Art. 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito"*

De lo mencionado puede colegirse que, el hecho cumplido implica un negocio o acto jurídico ejecutado, generador de obligaciones que comprometen recursos públicos, **pero que no ha cumplido con el lleno de requisitos presupuestales para su ejecución.**

Sobre el particular es necesario manifestar que, desde la Oficina Asesora Jurídica se ha conceptuado en múltiples ocasiones, no solo sobre las implicaciones que tal situación conlleva, sino los casos que, doctrinariamente, generan los hechos cumplidos.

Así, resulta conducente señalar que, en el año 2008, en sesión ordinaria del Comité de Conciliación de la Universidad, hizo presencia la Doctora Zaida Gil, Asesora de Defensa Judicial de la Nación, quien manifestó que, mediante oficio de junio 25 de 2008, el Ministerio del Interior y de Justicia, analizó los llamados "caso tipo", y sus posibles soluciones, es decir, aquellos casos que configuran los hechos cumplidos sobre los que hoy se consulta, y el tratamiento que se debe adelantar en cada uno de ellos.

Caso tipo	Soluciones
El particular ejecuta una obra, motu propio, sin que la administración lo haya convenido o dirigido a ello	No se conciliaría toda vez que el enriquecimiento de la entidad pública no es justificado y en ese sentido, el particular no tendrá derecho a que se le reconozca suma de dinero alguna o recomposición patrimonial debido a su propia negligencia.
La entidad pública y el particular celebran el contrato estatal (lo perfeccionan), pero el mismo resulta inejecutable *dada la ausencia* de algún requisito para tal propósito.	Se conciliaría el conflicto que se debatiría a través de una acción contractual siempre y cuando se demuestre los elementos de responsabilidad, como quiera que en estos casos existe un verdadero incumplimiento de las obligaciones legales a cargo del estado durante la etapa de formación del contrato estatal y dado que no se cumpliría el requisito establecido en el enriquecimiento sin causa: carencia de una acción a través de la cual se obtendría la compensación.
Cuando el conflicto patrimonial es generado por la concurrencia de acciones u omisiones provenientes de los dos sujetos, ente público y particular. Por ejemplo, cuando a pesar que el contrato no es ejecutable por falta de algunos de los requisitos que condicionan; el particular ejecuta prestaciones con el asentimiento de la entidad en la confianza de que prontamente todo se legalizará.	En dicha eventualidad hay una concurrencia de la entidad y del particular en la producción de los daños que se alegan. El primero, por desatender la obligación legal de abstenerse de ejecutar hasta que se cumplan los requisitos, y el segundo, que estando sometido a estas mismas normas imperativas, decide iniciar la ejecución de un contrato legalmente suspendido, pues el incumplimiento de la entidad no lo habilita para ejecutarlo. Estos casos se resolverán, conforme a la jurisprudencia aludida, bajo los lineamientos de la responsabilidad contractual por incumplimiento de la entidad y del contratista. La fuente de la obligación indemnizatoria surge es de la violación de las normas legales que imponen a las partes del contrato el cumplimiento del artículo 41 de la ley 80. Frente a la concurrencia de acciones procede una indemnización proporcional. Se debe revisar la actitud del contratista para saber en qué grado contribuyó a la producción del daño y determinar si se paga un porcentaje reducido y menor de lo solicitado en consideración al grado de participación del particular.
La administración ordena al particular ejecutar una determinada obra o prestar un servicio sin que medie contrato estatal.	En este caso en concreto habrá lugar a valorar la actitud del particular, la buena o mala fe de su comportamiento en los tratos preliminares, y la labor ejecutada, con el fin de ponderar toda esa serie de factores, y así precisar si hay lugar a la recomposición patrimonial a través de la teoría del enriquecimiento sin causa.
La administración despliega una serie de actuaciones (actos propios) que va dirigido a mover el interés del particular en el desarrollo de una determinada obra o servicio, sin que medie contrato estatal de por medio.	En estos supuestos habrá lugar a analizar la actividad del particular para determinar la forma como intervino en las tratativas con la entidad pública, para, a partid de allí establecer si hay lugar a reconocer las compensaciones correspondientes. No es lo mismo tratar con una persona que ha contratado varias veces con entidades del estado y que tiene alguna experiencia, que con una persona que por primera vez hace acuerdos con una entidad pública.

En este orden de ideas, y una vez expuestos los anteriores conceptos, los casos tipo presentados en la Universidad Distrital fueron analizados por parte de los integrantes del Comité de Conciliación de la época, exponiendo las soluciones en materia de Prevención de Daño Antijurídico, y concluyendo lo que a continuación se relaciona:

*"...**1. El particular ejecuta una obra, bien o servicio sin que la administración lo haya convenido dirigido a ello.** No se conciliaría toda vez que el enriquecimiento de la entidad pública no es justificado y el particular no tendrá derecho a reconocimiento de dinero alguno a su propia negligencia.*

***2. Casos que presentan certificado de disponibilidad presupuestal y la ejecución del mismo, quedando pendiente el registro presupuestal por negligencia del funcionario a cargo.** El contrato se perfecciona con el acuerdo de voluntades expresado en la firma del contrato, razón por la cual existe obligación y se debe pagar, por lo que es viable la conciliación.*

3. Casos que presenten el certificado de disponibilidad presupuestal, el registro presupuestal y la ejecución del mismo, el cual quedó sin la reserva presupuestal, quedando pendiente una parte del pago para el año siguiente sin la respectiva reserva por negligencia del funcionario a cargo.

Para los casos 2 y 3, se llega a la conclusión que no son "hechos cumplidos" y se sugiere que se resuelvan a través de una Conciliación, Resolución Motivada, o a través de la transacción, ya que la Ley 446 de 1998 establece en su artículo 64, Definición: "la conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador". Y establece en su artículo 65. Asuntos Conciliables. "Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley.

No obstante lo anterior, corresponderá al actual comité de Conciliación de la Universidad, en cumplimiento de las funciones asignadas mediante Resolución Nro. 783 de 2011, determinar el tratamiento que cada situación comporte, y evaluar el daño antijurídico que el mismo genere, sin que ello obste para que el particular que considere que se ha configurado un hecho cumplido, acuda al Ministerio Publico, a fin de iniciar el trámite de conciliación extrajudicial dispuesto en la Ley 446 de 1998, Ley 640 de 2001 y Decreto 1716 de 2009.

Así las cosas, queda claro que los hechos cumplidos se presentan, cuando no convergen requisitos de orden presupuestal para el perfeccionamiento y/o ejecución de la labor contratada, generándose la obligación de acudir al órgano competente, que en este caso es el Comité de Conciliación, en donde se expondrán los antecedentes y consideraciones propias del caso, a fin de que, desde dicha instancia, se evalúen las situaciones y se determine, con fundamento en la política de prevención de año antijurídico, el tratamiento que corresponda a cada una de tales situaciones.

Ahora bien, llama la atención de la solicitud efectuada por la Asesora Jurídica del IDEXUD, la afirmación de *"...por no haberse suscrito con el lleno de las formalidades los contratos de prestación de servicios dentro del marco de ejecución del convenio"*, situación que escapa de lo que hasta el momento se ha entendido como hechos cumplidos, debiendo precisarse que tal aseveración comporta una conducta punible respecto de la cual se sugiere, ponerla en conocimiento de las autoridades competentes, dada la gravedad de la misma.

Finalmente, pero no menos importante, es el acatamiento de lo previsto en la Ley 1940 de 2018 y de lo señalado en el Estatuto Orgánico de Presupuesto, (aplicable a la Universidad Distrital Francisco José de Caldas[1]) en cuanto a la prohibición de tramitar actos administrativos u obligaciones que afecten el

[1] Concepto 2631 de 2015 Departamento Administrativo de la Función Pública De otra parte, como antes se mencionó, la norma impugnada hace parte de las disposiciones generales de la ley de presupuesto, las cuales definió el legislador como complementarias de la ley orgánica de presupuesto, y a ellas en la

presupuesto de gastos, cuando no reúnan los requisitos legales o se configuren como hechos cumplidos, y por ende, la consecuencia disciplinaria, fiscal y penal para el representante legal y ordenador del gasto o en quienes estos hayan delegado, por su incumplimiento.

V. Conclusión.

Teniendo en cuenta el análisis y las consideraciones mencionadas en el capítulo anterior, presenta esta Oficina Asesora Jurídica, las siguientes conclusiones:

1. Los hechos cumplidos son situaciones que se presentan de facto, por incumplimiento en requisitos de orden presupuestal, que impiden el reconocimiento de las obligaciones generadas con ocasión a aquellos.

2. El Comité de Conciliación, es el órgano competente para evaluar cada situación en concreto, debiendo el particular, en todo caso, acudir a la conciliación extrajudicial prevista en la ley.

3. El ordenador de gasto que reconozca y pague situaciones que devienen de hechos cumplidos, puede ver comprometida su responsabilidad disciplinaria, fiscal y penal.

4. En caso de tener conocimiento de conductas punibles, estas deberán ser puestas en conocimiento de las autoridades pertinentes.

El anterior pronunciamiento se expide en los términos del artículo 28 de la Ley 1755 de 2015 conforme al cual, *"[s]alvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución"*.

Atentamente,

DIANA MIREYA PARRA CARDONA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

FUNCIONARIO O ASESOR	NOMBRE	FIRMA
Proyectado	Johanna Castaño González-Abogada contratista OAJ	
Revisó:	Yair Alexander Valderrama P – Asesor Contratista OAJ	

medida en que sus mandatos no vulneren el núcleo esencial de la autonomía que les es propia, están sometidas las universidades del Estado, las cuales, como se dijo, están sujetas en materia presupuestal a las normas del régimen especial que las rige, contenido actualmente en la ley 30 de 1992, "...y a aquéllas del Estatuto Orgánico de Presupuesto que no vulneren el núcleo esencial de la autonomía consagrada para las universidades del Estado."[1]