

Así mismo, se tendrá en cuenta lo señalado, en lo pertinente, por la Corte Constitucional en la Sentencia C-034 de 2014, con ponencia de la H. Magistrada María Victoria Calle Correa.

2.2 ANTECEDENTES

La Dirección Financiera del Instituto solicita concepto jurídico sobre el procedimiento que debe surtir para retirar, de las instalaciones del ICBF a nivel nacional, los aires acondicionados asociados al contrato de

teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Que el 12 de junio de 2014 se suscribió el Contrato de suministro

cuyo objeto consistió en *suministrar e instalar los equipos de aire acondicionado tipo confort para las sedes Regionales y/o Centros Zonales del ICBF. PARÁGRAFO 1: Contratar equipos de aire acondicionado de confort de las capacidades especificadas en el anexo 1, Split y Piso-techo, debidamente instalados y puestos en funcionamiento en las sedes Regionales y/o Centros Zonales del ICBF a nivel nacional, en los sitios y lugares indicados por el ICBF.*

Que el 31 de octubre de 2014 el Coordinador del Grupo de Infraestructura Inmobiliaria y Supervisor del contrato, actuando en el marco de sus funciones, somete a evaluación de la Dirección de Contratación la solicitud de trámite sancionatorio del

, sustentado en que: (i) la marca de los equipos no corresponde con la ofertada por el contratista, (ii) existe diferencia en el factor de eficiencia energética entre los equipos ofertados y los que se están instalando, (iii) la calidad de las instalaciones eléctricas de los equipos instalados al 31 de octubre de 2014 no están ajustados a los parámetros establecidos en el contrato, y (iv) la falta de dotación de elementos de protección personal de los operarios del contratista encargados de la instalación de los aires.

Que una vez adelantado en debida forma el proceso sancionatorio y en atención a los hallazgos encontrados en las inspecciones realizadas en el marco del mismo, ningún equipo de aire acondicionado instalado o dejado en las sedes del Instituto, fue recibido por la supervisión del contrato ni fue pagado por el ICBF.

Que mediante Resolución No.

Desde la declaración de incumplimiento, el ICBF ha requerido al contratista el retiro de los equipos de aire acondicionado, sin obtener respuesta.

Que a raíz de los problemas de almacenamiento en las sedes del ICBF por causa de los equipos dejados en cajas y que no han sido retirados, durante la vigencia 2017, el Grupo de Infraestructura realizó consulta a las Regionales con el fin de establecer un inventario de equipos de aire acondicionado dejados

, obteniendo información parcial de 6 regionales que reportan tener 243 equipos en cajas, respecto de dichos equipos se indica que algunos de estos corresponden a equipos inicialmente instalados por el contratista y que posteriormente fueron retirados por la sede y almacenados en cajas.

Que a principios del año 2018 se logró contactar al señor [redacted] por vía telefónica y se realizó reunión en el Instituto el 23 de mayo, con la coordinadora del Grupo de Infraestructura y el abogado de apoyo del mismo grupo, para tratar el tema del retiro de los equipos, en la cual, el señor

al

contratista. Durante lo corrido de la vigencia 2019 no se ha tenido contacto con éste, ya que no contesta los teléfonos celulares o éstos permanecen apagados.

Por lo anterior, a la fecha no se ha logrado el retiro de la totalidad de aires acondicionados, tanto los instalados como los dejados en cajas, situación que genera para las diferentes Regionales una pérdida de espacio importante o, en el peor de los casos, la imposibilidad de instalar los nuevos equipos adquiridos.

Por tanto, la Dirección Financiera solicita a esta Oficina, emitir concepto determinando cual es el procedimiento que debe surtir para retirar de las instalaciones del ICBF a nivel nacional, los aires acondicionados asociados al Contrato No. 1104 de 2014, estén instalados o no.

2.3 ANÁLISIS JURÍDICO

2.3.1 De los contratos estatales

La Ley 80 de 1993 establece que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las Entidades, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo se definen en esta ley.

Los contratos que celebren las Entidades Estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación de dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles, y en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad (artículo 39 de la Ley 80 de 1993). De esta manera, los contratos celebrados con el Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito (artículo 41 de la Ley 80 de 1993).

La contratación pública tiene por finalidad el cumplimiento de los cometidos estatales, el adecuado manejo, inversión y ejecución de los recursos del Estado para la prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con la Administración, en la consecución de estos fines.

Así mismo, la Ley 80 de 1993 determina que los contratos estatales se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

De manera sucinta, podemos decir que la contratación estatal comprende la realización de actividades previas y posteriores a la suscripción de un contrato, que por lo general se clasifican en: (i) actividades pre-contractuales, (ii) actividades contractuales y (iii)

actividades post-contractuales.

Las actividades pre-contractuales son todas aquellas actividades previas a la suscripción de un contrato, entre otras, la planeación relacionada en forma directa y específica con el contrato a celebrar, la selección del contratista, realización de pliegos de condiciones a contratar, elaboración de estudios previos y minuta contractual, entre otras.

La etapa contractual, en líneas generales es aquel lapso de tiempo durante el cual las actividades se encuentran relacionadas con el cumplimiento y desarrollo del objeto contractual por parte del contratista, y la respectiva contraprestación por parte del contratante en las condiciones forma y plazos pactados en el contrato.

Por su parte, la etapa post-contractual comprende, entre otras, las actividades de liquidación del contrato y de cumplimiento de obligaciones posteriores a la liquidación o surgidas con ocasión de ésta.

La liquidación del contrato se ha definido¹, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución.

Por lo tanto, la liquidación es el escenario perfecto, en el que una vez finalizado el contrato, por cualquier causa, las partes valoran su resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y las obligaciones que surgieron del negocio jurídico.

Al respecto, la Ley 80 de 1.993 en su Capítulo VI además de establecer aspectos sobre la ocurrencia y contenido de la liquidación de los contratos, señala que durante la liquidación también las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

Así mismo, cabe señalar que la contratación estatal supone, en virtud del principio de responsabilidad, la obligación para las Entidades Estatales de vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y la protección tanto de los derechos de la propia Entidad, como los del contratista y terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Dicha supervisión consiste en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, se ejerce por la misma entidad estatal.

2.3.2 Del caso concreto

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00038-01(27777).

Una vez analizados los hechos narrados por de la Dirección Administrativa del Instituto en la solicitud de concepto, así como, la documentación allegada a esta Oficina, se realizan las siguientes consideraciones:

que se éstos estén instalados o empacados en cajas, que se encontraban en las instalaciones de las sedes regionales y/o centros zonales del ICBF, motivo por el cual se considera que dichos actos administrativos no constituyen títulos ejecutivos, al tenor de lo determinado, en especial, en el numeral 3 del artículo 297 de la Ley 1437 de 2011, que se transcribe a continuación:

ARTÍCULO 297. TÍTULO EJECUTIVO. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:

(...)

3. Sin perjuicio de la prerrogativa del cobro coactivo que corresponde a los organismos y entidades públicas, **prestarán mérito ejecutivo los contratos, los documentos en que consten sus garantías, junto con el acto administrativo a través del cual se declare su incumplimiento, el acta de liquidación del contrato, o cualquier acto proferido con ocasión de la actividad contractual, en los que consten obligaciones claras, expresas y exigibles, a cargo de las partes intervinientes en tales actuaciones.**

(...). (Negrilla y subrayado fuera de texto).

que se ejecute el hecho de retirar de las instalaciones del ICBF los equipos de aire acondicionado dentro de un plazo prudencial, en el marco de lo señalado en el artículo 433 del Código General del Proceso, no es viable, toda vez que se requiere el título ejecutivo donde conste la obligación clara y exigible, el cual, como se explicó, no existe.

Además de lo anterior, es prudente reconocer que aun cuando la acción ejecutiva fuera viable, esta Oficina considera que no es el mecanismo idóneo para lograr que el contratista retire los equipos del Instituto, lo anterior en consideración al tiempo transcurrido desde la expedición de la Resolución No. 8076 de 2015 que declaró el incumplimiento total del contrato, mismo tiempo durante el cual, el representante legal de la entidad contratista no ha mostrado interés en retirarlos.

Es por esto que luego del análisis jurídico de la situación de los equipos que se encuentran en las diferentes instalaciones del ICBF, se considera que dicha situación se enmarca dentro de lo establecido en el LIBRO SEGUNDO, denominado: DE LOS BIENES Y DE SU DOMINIO, POSESION, USO Y GOCE, TITULO IV, titulado: DE LA OCUPACION, artículo 699 del Código Civil, que se transcribe a continuación:

ARTICULO 699. INVENCION O HALLAZGO COMO TIPO DE OCUPACION. *La invención o hallazgo es una especie de ocupación por la cual el que encuentra una cosa inanimada, que no pertenece a nadie, adquiere su dominio apoderándose de ella.*

*De este modo se adquiere el dominio de las piedras, conchas y otras sustancias que arroja el mar, y que no presentan señales de dominio anterior. **Se adquieren del mismo modo las cosas cuya propiedad abandona su dueño**, como las monedas que se arrojan para que las haga suyas el primer ocupante. No se presumen abandonadas por sus dueños las cosas que los navegantes arrojan al mar para alijar la nave.*
(Negrillas fuera del texto original).

Para entender mejor el artículo señalado, debemos partir de lo establecido en el artículo 673 del mismo Código, que indica que uno de los modos de adquirir el dominio de las cosas es la ocupación, la cual determina el legislador en el artículo 685 ibídem, que: *Por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por las leyes o por el derecho internacional.*

Dentro de las características de la ocupación, se tiene que uno de los elementos esenciales de esta figura es que recae sobre *cosas sin dueño (Res Nullius)*, ya sea que nunca hayan tenido dueño, o que éste las haya abandonado voluntariamente.

Según el doctrinante Raúl Humberto Ochoa Carvajal, en su Libro *Bienes, < séptima edición >*, la ocupación puede recaer sobre cosas animadas o inanimadas, siendo estas últimas a las que se refiere el Código Civil en el inciso segundo del artículo 699, esto es,

las cosas *Res Derelictae*, que se refiere a cosas que fueron abandonadas por su dueño para que las haga suyas el que las ocupe.

Por su parte, el autor Ignacio Alhippio Gómez en su obra *Manual de Civil Bienes y Derechos Reales*, define la ocupación de cosas inanimadas, como: *la forma de ocupación según la cual, el que se encuentra una cosa inanimada, que no pertenece a nadie, adquiere su dominio apoderándose de ella con el ánimo de hacerse su propietario*, y señala que ésta se subdivide en: ocupación de objetos naturales que nunca han tenido dueño, las cosas abandonadas voluntariamente, y el descubrimiento de un tesoro.

Siendo el tema que nos interesa, el relacionado con las cosas abandonadas voluntariamente, encontramos que el autor las define como aquellas que su dueño abandona con la voluntad claramente manifestada de desprenderse de la propiedad de ellas, como por ejemplo, las monedas que se arrojan para que las haga suyas el primer ocupante. (Artículo 699 C.C.).

Ese ánimo expreso de abandonar la cosa, continúa el autor, es fundamental para establecer la condición de cosa sin dueño, porque sólo entonces podrá configurarse la condición de *Res Nullius*, es decir, cosa de nadie.

Respecto del caso concreto, tenemos que si bien se ha intentado en innumerables ocasiones contactar al representante legal de la empresa contratista, e incluso, se realizó el 23 de mayo de 2018 una reunión a la que él mismo asistió con el fin de establecer la coordinación necesaria para el retiro de los equipos de aire acondicionado, según se indica en la solicitud de concepto durante la vigencia 2019 a la fecha, no ha sido posible ubicar nuevamente al señor Fredy Cárdenas, por lo que aún se encuentran equipos si retirar del ICBF, en consecuencia, se podría decir, que nos encontramos frente a lo establecido en el artículo 699 del Código Civil, esto es, el abandono de los equipos.

Conforme con lo anterior, para proceder a la declaración judicial de abandono por parte del contratista, y dominio por ocupación de los equipos por parte del Instituto, en garantía del principio fundamental del debido proceso, se considera que desde la Dirección Administrativa se debe iniciar una actuación administrativa mediante resolución debidamente motivada, en la cual se requiera nuevamente al contratista, para que retire los equipos, señalando de manera clara y expresa, que en caso de continuar su renuencia, se entenderá que los equipos han sido abandonados.

Es importante señalar, que dicho proceso administrativo servirá como prueba, además de las que ya se tengan, de la voluntad del representante legal de la empresa contratista, de desprenderse de la propiedad de los equipos de aire acondicionado, por tanto dicho trámite administrativo, deberá llevarse siguiendo las reglas establecidas para tal efecto, en la Constitución y en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Frente al debido proceso administrativo, la Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, entre otras sentencias en la C-034 de 2014² ha indicado lo siguiente:

El debido proceso es un derecho fundamental. Posee una estructura compleja, en tanto se compone por un plexo de garantías que deben ser observadas en todo procedimiento administrativo o judicial, escenarios en los que operan como mecanismo de protección a la autonomía y libertad del ciudadano y límites al ejercicio del poder público. Por ese motivo, el debido proceso es también un principio inherente al Estado de Derecho, cuyas características esenciales son el ejercicio de funciones bajo parámetros normativos previamente establecidos y la erradicación de la arbitrariedad.
(...)

En ese contexto, la jurisprudencia constitucional ha definido el debido proceso como el conjunto de etapas, exigencias o condiciones establecidas por la ley, que deben concatenarse al adelantar todo proceso judicial o administrativo.³ Entre estas se cuentan el principio de legalidad, el derecho al acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos, el principio del juez natural, la garantía de los derechos de defensa y contradicción, el principio de doble instancia, el derecho de la persona a ser escuchada y la publicidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en esos procedimientos.⁴

Más adelante, en la misma sentencia, el alto Tribunal concluyó:

(...) es posible concluir que (i) el debido proceso se desarrolla a partir del conjunto de exigencias y condiciones previstas por la ley para adelantar un procedimiento administrativo y judicial; (ii) está provisto de garantías mínima definidas en la Carta Política y la jurisprudencia constitucional, las cuales deben ser observadas por el Legislador al regular cada procedimiento; (iii) la extensión del debido proceso al ámbito

² Magistrado Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

³ La extensión del debido proceso a las actuaciones administrativa constituye una de las notas características de la Constitución Política de 1991. Al respecto, y en un escenario semejante al que debe abordarse en esta decisión, ver la sentencia C-980 de 2010.

⁴ En la citada sentencia C-980 de 2010, se ahonda en este aspecto: "8. A partir de una noción de "procedimiento" que sobrepasa el ámbito de lo estrictamente judicial, el procedimiento administrativo ha sido entendido por la doctrina contemporánea como el modo de producción de los actos administrativos [García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás Ramón. Curso de derecho administrativo. Ed. Civitas S.A. Madrid 1992. Pág. 420]. Su objeto principal es la satisfacción del interés general mediante la adopción de decisiones por parte de quienes ejercen funciones administrativas. La Constitución Política reconoce la existencia de este tipo de procesos en el mundo jurídico, cuando en el artículo 29 prescribe su sujeción a las garantías que conforman la noción de debido proceso. Entre el proceso judicial y el administrativo existen diferencias importantes que se derivan de la distinta finalidad que persigue cada uno. Mientras el primero busca la resolución de conflictos de orden jurídico, o la defensa de la supremacía constitucional o del principio de legalidad, el segundo tiene por objeto el cumplimiento de la función administrativa en beneficio del interés general. Esta dualidad de fines hace que el procedimiento administrativo sea, en general, más ágil, rápido y flexible que el judicial, habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública. No obstante, paralelamente a esta finalidad particular que persigue cada uno de los procedimientos, ambos deben estructurarse como un sistema de garantías de los derechos de los administrados, particularmente de las garantías que conforman el debido proceso"³. 2. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. || 3.3. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, "con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción"⁴.

de la administración es una característica de especial relevancia en el diseño constitucional del año 1991, de manera que en todas las actuaciones de las autoridades públicas debe asegurarse la participación del interesado, y sus derechos de defensa y contradicción; pero (iv), a pesar de ello no es posible trasladar irreflexivamente el alcance de las garantías judiciales a las administrativas porque en el segundo ámbito existe una vinculación a dos mandatos constitucionales, que deben ser armónicamente satisfechos. De una parte, las del artículo 29 Constitucional y de otra parte, las del debido proceso administrativo, definidas en el artículo 209 de la Carta Política (y actualmente desarrolladas por el Legislador en el artículo 3º del CPACA). Por ello, el segundo es más ágil rápido y flexible.

Una vez que se termine la etapa administrativa, dependiendo de los resultados de la misma, esto es, si continúa la renuencia del contratista en el retiro de los equipos de aire acondicionado, se deberá allegar mediante memorando a esta Oficina, la solicitud de inicio del proceso de declaración judicial de bienes abandonados, con la respectiva documentación.

Finalmente, esta oficina considera indispensable, antes de iniciar la actuación administrativa y en caso tal, para el proceso judicial, contar con el inventario claro y cierto del total de equipos que se encuentran en el Instituto, como mínimo una relación que indique la cantidad de equipos, la marca, el número serial del equipo, si corresponde a un equipo nuevo empacado en su caja, o un equipo de los que instaló el contratista y el lugar donde se encuentra ubicado, a fin de establecer de manera cierta, cuáles son los bienes.

CONCLUSIONES

1. Se considera que por la renuencia del contratista de retirar los equipos de aire acondicionado del ICBF, éstos pueden ser declarados en abandono, al tenor de lo establecido en el artículo 699 del Código Civil.
2. Para garantizar el debido proceso administrativo, y previo, si lo hubiere al proceso judicial, la Dirección Administrativa debe iniciar una actuación administrativa, mediante resolución suficientemente motivada, garantizando el principio del debido proceso, en la que se inste nuevamente al contratista a acercarse al ICBF para la coordinación de entrega de los equipos y posterior retiro de los mismos, so pena de entenderse el abandono por parte de éste, de dichos bienes.
3. Para el inicio de las actuaciones señaladas, la Dirección Administrativa debe coordinar el levantamiento de un inventario exacto de los equipos que se encuentran en las diferentes instalaciones del Instituto, con el fin de identificar plenamente los bienes presuntamente en situación de abandono. Dicho inventario debe establecer como mínimo la cantidad de equipos de aire acondicionado, la marca, el número

serial, si corresponde a un equipo nuevo empacado en su caja, o un equipo de los que instaló el contratista y su ubicación.

La presente respuesta tiene naturaleza de concepto jurídico y constituye un criterio auxiliar de interpretación de conformidad con los establecido en los artículos 26 del Código Civil y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Artículo 6º del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica