

CONCEPTO 45172 DE 2018

(agosto 10)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
DE: Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa
ASUNTO: Pagos a contratista en incumplimiento

En atención a su comunicación remitida por correo electrónico, radicado 8-2018-043025 de fecha 02 de agosto de 2018, en la cual solicita concepto jurídico sobre la viabilidad de realizar pago a un contratista en estado de incumplimiento; me permito manifestarle:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

El Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, no tiene asignadas funciones administrativas, contractuales o disciplinarias, y tomar una decisión en esta vía en un caso particular que no le compete, pues implicaría excederse en sus funciones lo que acarrearía la respectiva responsabilidad disciplinaria. En consecuencia, la temática planteada se abordará en forma general para su análisis jurídico.

CONCEPTO JURÍDICO

a) ANTECEDENTES

Señala quien consulta:

-Que se recibió factura para pago dentro de un contrato estatal del SENA, desde lo técnico se revisaron los respectivos documentos y se encuentra que el valor está justificado dentro de los kilómetros ejecutados sin observación, teniendo en cuenta informe de interventoría con corte a 30 de junio de 2018.

-De acuerdo a lo anterior el ordenador del gasto, ya que se está surtiendo audiencia por incumplimiento del contrato y el plazo de ejecución ya terminó, se solicita concepto respecto a si se debe cancelar o no la factura radicada.

-Se deja constancia que se conceptúa con la información suministrada en el presente concepto y de manera general en cuanto al asunto.

b) ANÁLISIS

En atención a la consulta, de manera comedida le informo que esta dependencia no es la competente para resolver situaciones particulares ni conceptuar sobre procedimientos de trámites

o hacer aclaraciones/modificaciones a los actos administrativos proferidos por la Dirección General del SENA. También es pertinente indicarle que en virtud de los principios de economía y celeridad, establecidos en la Constitución Política [1] y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [2], las inquietudes sobre diversas temáticas se deben aclarar al interior de la Entidad agotando el conducto regular, vale decir, acudiendo al funcionario que maneje la temática, al competente o al ordenador del gasto que deba tomar la decisión. El Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, no tiene asignadas funciones administrativas en materia contractual y tomar una decisión vía administrativa en un caso particular el cual no le compete implicaría excederse en sus funciones lo que acarrearía la respectiva responsabilidad disciplinaria.

No obstante, se abordará el tema de manera general con el fin de orientar a quien consulta, pero cuya decisión en todo caso corresponde al competente en calidad de ordenador del gasto y/o supervisor del contrato, y a los demás a quienes se asigne la competencia respectiva de acuerdo con la conflictividad.

1. POTESTAD SANCIONATORIA CONTRACTUAL

Los fines que soportan la contratación estatal, inciden en las normas aplicables al contrato. La Ley [80](#) de 1993, “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, advierte que al contrato estatal se aplica la normatividad comercial y civil, con excepción de materias reguladas en la ley especial. Así uno de los principales aspectos, no contenido en las normas comerciales y civiles, y si en las especiales, es aquel que se refiere a las llamadas potestades excepcionales del Estado representado en las entidades estatales que celebran contratos, y en nuestro caso del SENA, las cuales tienen efectividad aún si no se han pactado. (Artículo [14](#) de la Ley 80 de 1993)

La potestad sancionadora de la Administración en el Contrato Estatal, ha sido objeto de un reiterado análisis por el Consejo de Estado, quien ha señalado como estando en un escenario de poderes exorbitantes, se otorga a la entidad estatal una competencia sancionatoria que solo debe ser ejercida dentro de la vigencia del contrato para brindarle seguridad jurídica a la relación contractual, al punto que estarían viciados de nulidad los actos ejercitados cuando se expidan fuera del plazo del contrato; en otras palabras, el término de vigencia del contrato es el mismo término de vigencia de la competencia de la entidad pública para ejercer sus poderes, pues una vez vencidos solamente el juez del contrato podrá calificar los incumplimientos de las obligaciones contractuales^[1].

En ejercicio de dicha potestad, la administración tiene la competencia para imponer unilateralmente, las multas pactadas en el contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que se otorga por la Ley [1437](#) de 2011-Código Administrativo y Contencioso Administrativo; en otras palabras, la entidad pública contratante puede utilizar la cláusula de multas pactadas en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista. Lo anterior en concordancia con el artículo [3](#) de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual el proceso de contratación con el sector público se encamina a cumplir con “los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”.

De otra parte la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento con ocasión de la celebración de un contrato estatal, ha sido considerada una de las medidas para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública^[2].

2. PROCEDIMIENTO ANTE INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

El artículo [86](#) de la Ley 1474 de 2011, regula el procedimiento que debe adelantar la entidad estatal para declarar el incumplimiento de un contrato. Así en el primer inciso faculta a las entidades estatales, sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de acuerdo con el numeral 1 del artículo [2](#) de la Ley 80 de 1993^[3], en primer lugar, para declarar el incumplimiento del contrato, posteriormente para cuantificar los perjuicios causados por el referido incumplimiento, para imponer las multas y las sanciones pactadas, y finalmente, para hacer efectiva la cláusula penal. Dispone la norma en comentario:

Artículo [86](#). Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo^[4], imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

- a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;
- b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;
- c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;
- d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

En consecuencia, de lo anteriormente expuesto, tenemos que la Administración para poder declarar el incumplimiento puede cuantificar perjuicios, imponer multas y sanciones pactadas en el contrato, hacer efectiva la cláusula penal, deberá acoger el procedimiento establecido para tal efecto. El procedimiento a seguir para tal efecto se puede sintetizar así:

1.- Citación a audiencia: La Entidad Estatal deberá citar a audiencia en la que se describirán los hechos que llevan a la misma adjuntando informe de interventoría o de supervisión.

2.- Audiencia: en la cual se presentarán las normas y/o cláusulas posiblemente violadas con la indicación de sus consecuencias y se dará uso de la palabra para que rendir explicaciones y/o descargos controvertir y presentar pruebas.

3.- Decisión: cumplido lo anterior y en caso de no requerirse la suspensión de la audiencia para practicar pruebas la entidad emitirá resolución motivada en la que decide imponer o no la multa, contra esta decisión procederá recurso de reposición.

En este orden de ideas, para el caso de proceder a cuantificar los perjuicios, en el contexto de la responsabilidad contractual, es necesario considerar previamente la existencia o no del incumplimiento del contrato y, en caso de haber incumplimiento, si éste ha generado o no perjuicios. Igual ocurre con la imposición de multas y las sanciones pactadas donde también ha de analizarse si hay o no incumplimiento. La entidad estatal debe declarar por medio de una resolución motivada el multicitado incumplimiento, conforme al procedimiento previsto en los literales a), b), c) y d) del artículo [86](#) de la Ley 1474 de 2011¹⁵¹.

Igualmente, es oportuno recordar que para que se estructure la responsabilidad contractual del Estado por infracción a la ley del contrato se requiere acreditar:

- a. El incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía.
- b. Que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente
- c. Que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 734 del 13 de abril de 2012, señala en su artículo 8, al referirse al procedimiento de imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, así como para estimar los perjuicios sufridos por la entidad contratante, que debe observarse el procedimiento:

Artículo 8.1.10o Procedimiento de imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, así como para la estimación de los perjuicios sufridos por la entidad contratante, y a efecto de respetar el debido proceso al afectado a que se refiere el artículo [17](#) de la Ley 1150 de 2007, la entidad observará el procedimiento establecido en el artículo [86](#) de la Ley 1474 de 2011. Para tal efecto, las entidades estatales señalarán en su manual de contratación los trámites internos y las competencias para aplicar dicho procedimiento.

En todo caso, no se podrá imponer multa alguna sin que se surta el procedimiento señalado, o con posterioridad a que el contratista haya ejecutado la obligación pendiente si ésta aún era requerida por la entidad.

Parágrafo 1o. Al procedimiento indicado en el presente artículo deberá vincularse también a la aseguradora cuando el cumplimiento del contrato se encuentre amparado mediante un contrato de seguro.

Parágrafo 2o. La comunicación a que se refiere el literal a) del artículo [86](#) de la Ley 1474 de 2011 se enviará a la dirección de correspondencia informada por el contratista. (Subraya fuera de texto)

De otra parte, la norma en cita, señala frente al tema de las garantías lo siguiente:

Artículo 5.1.13o Efectividad de las garantías. Cuando se presente alguno de los eventos de incumplimiento cubiertos por las garantías previstas en este decreto, la entidad contratante procederá a hacerlas efectivas de la siguiente forma:

[...]

5.1.13.2 En caso de aplicación de multas, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante de conformidad con lo establecido en el artículo [86](#) de la Ley 1474 de 2011, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual impondrá la multa y ordenará su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

5.1.13.3 En los demás casos de incumplimiento, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante de conformidad con lo establecido en el artículo [86](#) de la Ley 1474 de 2011, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual declarará el incumplimiento, procederá a cuantificar el monto de la pérdida o a hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro. (Subraya fuera de texto)

Este proceso es requerido que para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento el procedimiento debe ceñirse al señalado en el artículo [86](#) de la Ley 1474 de 2011, procedimiento que indica las tres etapas que deben surtir: citación a audiencia, celebración de audiencia en la que se enuncian las cláusulas y normas posiblemente infringidas y sus consecuencias, se da uso de la palabra al contratista para presentar y controvertir pruebas y posteriormente se emite una resolución motivada en la que se decide si se impone o no la multa. Concluido el procedimiento anterior, se incluye en la resolución la imposición de la sanción, el monto de la multa y se ordena el pago a los declarados responsables.

En conclusión, existe una norma especial frente al tema de incumplimiento de contratos estatales, en el entendido que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento adelantando el anterior procedimiento. La norma especial en materia contractual, en principio no excluye ninguna modalidad contractual en forma expresa. Ahora bien, no hay duda en que son deberes recíprocos

de las partes contratantes cumplir, en debida forma, el objeto contractual, en virtud del principio *pacta sunt servanda*. Ha de entenderse que por sobre todo se procurará evitar la paralización del objeto contratado, deberá considerarse que si el incumplimiento imputable al contratista no afecta de manera grave y directa la ejecución del contrato, le corresponde al contratante adelantar las gestiones necesarias para hacer efectivos los correctivos administrativos sin afectar el vínculo contractual, tratándose entonces de incumplimientos parciales. En caso contrario, habrá de analizarse la posibilidad de ejercer el poder sancionatorio que culmine con la terminación del contrato celebrado y las consecuencias a que haya lugar.

De otra parte, es claro que el proceso sancionatorio consagrado en la Ley [1437](#) de 2011 no es el mismo que el consagrado en la Ley [1474](#) de 2011 en caso de incumplimiento, reflexión que parte del contenido normativo y del criterio de primacía de la norma especial en materia de contratación. Se trata de dos regulaciones procesales diferentes, una general y otra especial, que obedecen a escenarios distintos, considerando que una norma especial en lo que no regula, puede eventualmente acudir a la norma general. No obstante, lo anterior no es óbice, para que en temas generales regulados no solo por el proceso sancionatorio de la Ley [1437](#), se acuda en caso de ser necesario a esta normativa; verbi gracia, el caso de cómo surtir las notificaciones.

Ahora bien, si las sumas adeudadas al contratista y que reclama, son aquellas que se deriven o tienen nexo con las obligaciones incumplidas, sería cuestionable el pago de dichas obligaciones hasta no determinar si se realizaron o cumplieron. En todo caso en el acta de liquidación deben consignarse en el acta de liquidación para que surtan los respectivos efectos.

Es oportuno recordar que ningún contratista puede exigir el pago de un saldo a favor consignado en el acta de liquidación del contrato a pesar de que en ella no se hubiera establecido un plazo para su pago porque el acta de liquidación en sí constituye un título ejecutivo, ya que en este se expresan obligaciones, expresas, claras y exigibles. La obligación es expresa porque manifiesta un saldo a favor del contratista, es clara porque se soporta e identifica debidamente la obligación y es exigible porque no está condicionada a un plazo o condición^[6].

3. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

Respecto a la liquidación de contratos, nos permitimos indicar que ha sido entendida como aquella actuación posterior a la ejecución del contrato, mediante la cual se busca dar el paz y salvo de la relación contractual; el Consejo de Estado se ha indicado al respecto que:

[...] La liquidación de los contratos estatales se define como aquella actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato, o aquella etapa del contrato que sigue a su terminación, mediante la cual lo que se busca es determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de cada una de las partes, para de ésta forma realizar un balance final o un corte definitivo de las cuentas derivadas de la relación negocial, definiéndose en últimas quién le debe a quién y cuanto, bien por las partes de común acuerdo, por la administración unilateralmente o en su caso por el juez, es decir para “dar así finiquito y paz y salvo a la relación negocial.

En últimas la liquidación del contrato estatal es una figura o etapa contractual mediante la cual lo que se procura es finalizar la relación negocial mediante la realización de un balance final o un corte definitivo de las cuentas, para determinar quién le debe a quién y cuanto y puede ser de carácter bilateral si se realiza de común acuerdo por las partes, unilateral si es efectuada por la administración de forma unilateral, o judicial si quién realiza el corte definitivo de las cuentas es

el funcionario judicial.^[7]

Se reitera como el concepto de liquidar se ha definido reiteradamente en jurisprudencia como “una operación administrativa que sobreviene a la finalización de un contrato, por cumplimiento del plazo anticipadamente, con el propósito de establecer, de modo definitivo, las obligaciones y derechos pecuniarias de las partes y su cuantía.”^[8]

De forma reiterada el Consejo de Estado estableció como finalidad de la liquidación contractual la siguiente^[9]:

[...] que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado queda después de cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento.

Sin embargo, el legislador no estableció la obligación de liquidación para todos los negocios jurídicos que celebre el Estado, lo limitó, de acuerdo con la naturaleza propia de la liquidación, a aquellos contratos “de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran.”

Al respecto la doctrina reconocida en la materia ha señalado:

“Lo cierto es que no en todos los contratos la liquidación será obligatoria sino en los de tracto sucesivo y aquellos que lo requieran que no son todos los contratos estatales, pues liquidar un contrato de ejecución instantánea que puede tener un plazo de ejecución de un día o de unas semanas, puede resultar desgastante administrativamente sin que reporte beneficio alguno para la administración pública.”

Así las cosas, la liquidación es el balance final entre la administración y el particular contratista, el cual debe contener la totalidad de los requisitos establecidos en la ley en sentido material, para tal efecto.

Siendo así las cosas, la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado, en desarrollo de la ley, ha determinado que el acta “deberá: i) identificar el contrato, las partes, sus sucesores y los cesionarios si los hay; su objeto y alcance, ii) determinar el precio, su pago, amortización o modificación y oportunidades de pago, iii) señalar las actas pendientes de pago, la forma como se utilizó el anticipo y lo facturado el contratista, iv) establecer el plazo, las modificaciones de obligaciones, prórrogas, adiciones, suspensiones y reinicios y las sumas que quedan pendientes de cancelar. También en el acta las partes dan cuenta de las salvedades a que haya lugar de manera detallada y concreta^[10].

En este sentido la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente, indicó que en el acto de liquidación debe constar: i) balance técnico y económico de las obligaciones a cargo de las partes; ii) balance económico que dará cuenta del comportamiento financiero del negocio; iii) derechos a cargo o a favor de las partes resultantes de la ejecución del contrato^[11].

Por su parte, doctrinariamente también se han indicado aspectos que se deben tener en cuenta para la liquidación:

En la liquidación debe darse cuenta de:

- El cumplimiento obligacional del contrato
- El estado de la extensión de las garantías, principalmente las poscontractuales como las de estabilidad y calidad y en consecuencia, se entienden verificadas y aprobadas en este documento.
- La verificación del cumplimiento a lo largo del contrato, de los aportes al sistema de seguridad social constatando los montos cancelados contra los que ha debido cancelar.
- Los reconocimientos económicos que resulten procedentes.
- Demás aspectos que la entidad considere relevantes.^{iii]} (negritas fuera de texto original)

En este orden de ideas, la liquidación tiene como finalidad y naturaleza dar un cierre de cuentas al contrato, de manera que se determine si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de alguna de las partes. La Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente recogiendo la mencionada normativa y jurisprudencia vigente, en la Guía de Liquidación de Contratos estatales resumen en estos Efectos de la liquidación:

El acto de liquidación del contrato presta mérito para su cobro coactivo y constituye un título ejecutivo siempre que en ella conste una obligación clara, expresa y exigible según lo disponen el numeral 3 del artículo [99](#) y el numeral 3 del artículo [297](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De acuerdo con lo anterior, el cobro de los saldos que consten en el acto de liquidación a favor de la Entidad Estatal o del contratista deben realizarse mediante un proceso ejecutivo ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

El acta de liquidación de mutuo acuerdo y que no contiene salvedades es una expresión de las partes de que el contrato ha sido terminado y que se ha dado cabal cumplimiento de las obligaciones que se encontraban estipuladas.

Una vez liquidado el contrato sin salvedades, las partes no pueden alegar los mismos hechos en los que constan los acuerdos del acta de liquidación.

El acto de liquidación de común acuerdo constituye un negocio jurídico contentivo de la voluntad de las partes que goza de la presunción de legalidad y es vinculante para ellas, por tanto sólo puede ser invalidado por algún vicio del consentimiento –error, fuerza o dolo-

La liquidación de los contratos, en especial cuando se trata de la liquidación bilateral, es una instancia de solución de controversias entre las partes cuando no hay salvedades porque elimina la posibilidad de demandas posteriores y cuando las hay, porque reduce el ámbito de controversias judiciales a las mismas, excluyendo el debate relacionado con los acuerdos contenidos en el acta.

4. ETAPA POSCONTRACTUAL

Señala Colombia Compra Eficiente^[12] que una entidad pública puede imponer una multa a un contratista, declarar la caducidad del contrato y posteriormente la liquidación unilateral de un contrato de obra si éste incurrió en incumplimientos que pudieron paralizar la obra, cuando:

1. El contratista no cumple con las obligaciones a su cargo y la justificación para la inejecución

de la obra contratada es imputable en mayor grado a los propios problemas del funcionamiento y operación del contratista.

2. Se ajusta a la ley, la imposición de una multa, la declaratoria de caducidad y la liquidación unilateral cuando por el incumplimiento de las obligaciones contractuales el contratista afecte grave y directamente la ejecución del contrato de tal manera que pueda llevarlo a su paralización.

3. Cuando el demandante no cumplió con sus obligaciones el demandado no está en mora. 7283

En cuanto a las multas y cláusulas penales se ha manifestado lo siguiente:

[...] 8.1 Improcedencia de la imposición de multas una vez se ha terminado el plazo de ejecución del contrato. Una entidad pública no puede imponer una multa a un contratista con posterioridad a la terminación del tiempo pactado para la ejecución de un contrato porque esta facultad excepcional de la administración debe ser ejercida por la entidad dentro del término de ejecución del contrato. Las sanciones deben ir encaminadas a constreñir al contratista para que cumpla lo pactado en el contrato y no sólo con la motivación de imponerla.

8.2. Las cláusulas penales de un contrato estatal se pueden hacer exigibles en la liquidación del contrato. Una entidad pública sí puede realizar el cobro de las cláusulas penales en la liquidación del contrato, tanto en la que se realiza por mutuo acuerdo como en la que se expide unilateralmente por la entidad, debido a que estas cláusulas prestan mérito ejecutivo cuando se hace exigibles, y siendo la liquidación un acto de ajuste de cuentas entre las partes, perfectamente posible realizar allí su cobro. 5619

8.3. Cláusula penal. Con la modificación introducida en el régimen legal del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, se facultó nuevamente a las Entidades Estatales para imponer multas y declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Antes, no era posible incluir en la resolución de liquidación del contrato el cobro de perjuicios derivados del incumplimiento de la calidad de la obra, porque:

1. La Ley 80 de 1993 no otorgaba competencia a las entidades estatales contratantes para declarar el incumplimiento del contratista y éste no podía realizarse en el acto administrativo de liquidación unilateral.

2. Las entidades estatales debían acudir al juez del contrato estatal para que se declarara unilateralmente el incumplimiento del contrato y para que se ordenara el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías. 7357

De otra parte y en lo que a las pólizas se refiere, se advierte:

[...] 9.1. La póliza de cumplimiento puede hacerse efectiva mediante el acto de liquidación. Una entidad pública sí puede hacer efectiva la póliza de cumplimiento de un contrato por medio del acto de liquidación, debido a que el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo establece expresamente que este documento presta mérito ejecutivo integrado por el contrato, la póliza y el acto administrativo, mediante el que se hace la liquidación. Si bien éste no es el medio idóneo, sí es un acto por el que se demuestra el incumplimiento del contratista y el valor del mismo. 5711

9.2. Cesión interadministrativa de un contrato y vigencia de las pólizas. Una entidad pública puede hacer efectivas las pólizas de cumplimiento de unos contratos que fueron objeto de cesión interadministrativa, sin que con dicha cesión se hubiera extinguido el interés asegurable al no

haberse consultado a la compañía aseguradora de la transferencia, porque:

1. La cesión de un contrato transmite todas las garantías que constituyan la realidad del contrato mismo y tenga conexión con él. Por tanto, el contrato de seguro nace y muere con el contrato estatal.

2. Si bien es cierto que el contrato de seguro constituye un contrato autónomo, también es cierto que colabora en el desempeño de la función pública dado el carácter del patrimonio que protege y puesto que el beneficiario es directamente la administración, lo cual viene a constituir el interés asegurable.

3. La cesión no extinguió el interés asegurable en cabeza del Estado, el traspaso de todas las garantías y obligaciones anexas al contrato operó por ministerio de la ley.

No es necesario obtener la anuencia o consentimiento de la aseguradora para ceder las pólizas de garantías. 7345

9.3. Exigibilidad de las pólizas con posterioridad a la terminación del contrato. Una entidad pública puede hacer efectiva la garantía de calidad e idoneidad de un bien adquirido a título de compraventa, cuando termina el contrato y con posterioridad aparece un vicio oculto, porque:

1. La póliza de calidad e idoneidad del bien no termina con el vencimiento del contrato sino que se extiende en el tiempo según lo pactado y cubre vicios de la cosa que no se detectaron al momento de la ejecución del mismo.

2. Corresponde al vendedor la obligación no sólo de hacer la tradición de la cosa sino de entregar la cosa en estado tal que sirva para el uso que está normalmente destinada, de suerte que su utilización o disfrute no se vean menguados a consecuencia de los vicios que los afecten. 7368

9.4. Plazo para el cobro de la póliza de garantía. El cobro de una póliza de garantía de un contrato tiene como plazo el término de prescripción de la reclamación. En el caso de la prescripción ordinaria, de dos años, contados a partir del momento en que el asegurado conoció o debió conocer la ocurrencia del siniestro. En el caso de la prescripción extraordinaria el plazo es de cinco años contados desde la ocurrencia del siniestro. 5620[1]

9.5. Novación. Una empresa de seguros no puede argumentar que mediante un acuerdo de pago parcial entre una entidad estatal y un particular se efectuó una novación de la obligación surgida con la póliza de seguros cuando no existe intención de reemplazar la obligación primitiva por una nueva, o mantener así sea parcialmente la obligación primigenia. 7304

9.6. Exigibilidad de la garantía aprobada por la Administración a pesar de haber sido ésta la parte contratante. Una entidad pública puede exigir el cumplimiento de la póliza de seguro del contrato a la aseguradora, cuando la misma entidad fue la que aprobó la garantía prestada por el contratista a pesar de que ésta la responsable del incumplimiento. Cuando la Administración aprueba la garantía prestada por su contratista significa que si en el futuro acaece el riesgo asegurado y reconoce en acto administrativo la existencia del siniestro podrá exigir al asegurador, la indemnización hasta el monto asegurado. 7386

9.7. Exigibilidad de la garantía cuando el contratista de una entidad ha incumplido en el pago de la prima del contrato de seguro. Una entidad pública puede hacer exigible una póliza de cumplimiento constituida a su favor a pesar que el tomador de la póliza no haya cumplido con el

pago de la prima a la aseguradora, debido a que el seguro continua vigente. En efecto, el numeral 19 del artículo [25](#) de la ley 80 de 1993 establece que cuando la garantía prestada por el contratista consista en una póliza de una compañía de seguros, la misma no expirará por falta de pago de la prima.[7713](#)

9.8. Ocurrencia del siniestro y cuantía de la pérdida. Una entidad pública no puede, para hacer efectivas unas pólizas contractuales, declarar unilateralmente la ocurrencia de un siniestro sin determinar la cuantía de los perjuicios, ya que el artículo [1077](#) del Código del Comercio dispone que para hacer efectiva la garantía, se debe demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida. Estos dos requisitos son necesarios para reclamar el dinero de las pólizas, aunque en el caso de garantías constituidas a favor de entidades públicas, estas tienen la potestad de declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro, en todo caso deben manifestarse los fundamentos fácticos que lo originaron y el monto de la indemnización. [7372](#)

No obstante, una entidad pública puede declarar unilateralmente la ocurrencia de un siniestro cuando se busque reclamar las obligaciones derivadas de las garantías establecidas su favor, debido a que el numeral 5o del artículo [68](#) del Código Contencioso Administrativo la autoriza expresamente a hacerlo. [51325738](#)

9.9. Informe del interventor. Una entidad pública no puede declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la póliza de cumplimiento soportada únicamente en el informe presentado por la interventoría, pues la entidad debe llevar a cabo un trámite previo en donde la persona afectada pueda manifestar su posición frente a las imputaciones de la entidad, presentar las pruebas que pretenda hacer valer y tener la oportunidad para controvertir las que posee la entidad. [7273](#)(Subraya fuera de texto)

c) CONCEPTOS EMITIDOS POR EL GRUPO

1. Concepto No. 8-2018-031775 sobre la liberación de Recursos. En su oportunidad, se señaló que solo es posible liberar recursos vinculados al contrato si éste último cuenta con un acto de reducción del valor. Adicionalmente, sugerimos realizar una exhaustiva revisión sobre el estado financiero y de avance del contrato antes de proceder a la reducción, de manera que, ni en el plazo de ejecución, ni en la liquidación surjan compromisos sin respaldo presupuestal.

2. Concepto No. 8-2018-0[38192](#) sobre el cumplimiento obligaciones contractuales. En este concepto se indicó lo siguiente:

[...] Nos permitimos recordar que esta Coordinación no cuenta con competencia para conceptuar sobre casos particulares, no obstante señalamos lo siguiente:

Las obligaciones contractualmente pactadas deben ser cumplidas dentro del plazo de ejecución del contrato so pena de que el contratista incurra en incumplimiento del contrato. Si se trata de la exigencia de una obligación no pactada, debe señalarse que solo lo contenido en el contrato y los documentos precontractuales son vinculantes para las partes, de manera que una obligación nueva implicaría una modificación contractual.

Es posible recibir bienes y servicios pactados con posterioridad al vencimiento del plazo contractual, solo cuando se hayan presentado circunstancias ajenas a la entidad que conlleven a la imposibilidad de entregarlo en el plazo sin perjuicio de la potestad sancionatoria contractual por el incumplimiento.

Cuando se evidencie cualquier clase de incumplimiento, incluso con posterioridad a la finalización del plazo contractual, la entidad debe proceder a adelantar un procedimiento administrativo sancionatorio en aras de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. De dar recibo de bienes en tenencia del contratista que no se encuentren en buen estado, deberá dejar las respectivas constancias en el acto de recibo y no otorgar ninguna clase de paz y salvo. Dentro del proceso sancionatorio podrá perseguirse el resarcimiento de todos los perjuicios producto del incumplimiento del contratista.

Se recuerda que la liquidación presta mérito ejecutivo y tiene efecto de cosa juzgada, de manera que si se procede a la liquidación sin dejar las correspondientes salvedades la entidad puede estar limitando su derecho de reclamación posterior.

d) CONCLUSIONES

- El incumplimiento de obligaciones contractuales en contratos celebrados con el Estado tiene su regulación y aplicación especial en los términos planteados en la ley.

- Al terminar y liquidar un contrato estatal, entre otros, deberán consignarse en el acta respectiva las salvedades o declararse a paz y salvo las partes; de no constar en el acta las obligaciones pendientes, no hay viabilidad de cobro alguno.

-Una entidad pública no puede imponer una multa a un contratista con posterioridad a la terminación del tiempo pactado para la ejecución de un contrato porque dada la naturaleza conminatoria de la multa, ésta solo es procedente dentro del término de ejecución del contrato. Este tipo de sanciones deben ir encaminadas a constreñir al contratista para que cumpla lo pactado en el contrato y no sólo con la motivación de imponerla. Entre la terminación y liquidación del contrato estatal, la entidad puede proferirse pronunciamiento en ejercicio de la facultad sancionatoria imponiendo sanciones como la declaratoria de incumpliendo y la Cláusula penal.

- En cuanto al pago posterior al término de ejecución del contrato y hasta su liquidación, es viable realizarse con previo aval del interventor del mismo. No obstante, si cursa procedimiento por incumplimiento, es recomendable como buena práctica esperar sus resultados para realizar el pago respectivo o las compensaciones a que haya lugar.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordialmente,

Carlos Emilio Burbano Barrera

Coordinador

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

HOYOS DUQUE. Radicación número: 13988. Actor: CARLOS MARIO HINCAPIE MOLINA.
Demandado: DISTRITO CAPITAL SANTA FE DE BOGOTÁ.

2. Corte Constitucional. Sentencia C-499/15

3. ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley: 1o. Se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

4. El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-499 de 2015. Ver el art. 5.1.13 del Decreto Nacional 734 de 2012

5. Corte Constitucional. Sentencia C-499 de 2015

6. Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Expediente No. 24041 de 2003

7. Consejo de Estado. Sección III. Subsección C. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación: 49646, 15 de octubre de 2015

8. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección tercera. Subsección B. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Sentencia del 06 de abril de 2011. Radicado. 14823

9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de abril de 1997, expediente 10608, C.P. Daniel Suárez Hernández. Reiterada en las sentencias de esta misma Sección del 4 de diciembre de 2006, expediente 15239, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y del 10 de marzo de 2011, expediente 15935, C.P. Danilo Rojas Betancourth

10. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Rad 15239 CP Mauricio Fajardo Gómez.

11. Idem 10.

12. Menciona al final del documento Colombia Compra Eficiente: “Tener en cuenta que es un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado”.

<https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/sintesis/12250>



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

