



ORIGEN: Sd:282 - DESPACHO DEL DIRECTOR JURÍDICO/PAZOS GALIN
 ALCALDÍA MAYOR DESTINO: OFICINA DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO/CLAVIJO RA
 DE BOGOTÁ D.C. ASUNTO: CONCEPTO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL LIQUIDACION
 SECRETARÍA DE HACIENDA OBS: CLARA MORALES

Bogotá, D. C.

Doctora
 SORAYA CLAVIJO RAMÍREZ
 Jefe de Oficina de Control Disciplinario Interno
 Oficina de Control Disciplinario Interno
 KR. 30 25 90 Piso 6
 NIT: 899.999.061-9
 Bogotá

CONCEPTO

Referencia	2019IE32948
Descriptor general	Contractual
Descriptores especiales	Incumplimiento contractual, liquidación, caducidad acción contractual
Problema jurídico	<i>¿Cuáles son los efectos jurídicos del incumplimiento de una cláusula que prohíbe la cesión o subcontratación de un contrato interadministrativo, el cual fue liquidado tres años atrás?</i>
Fuentes formales	Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, artículos 97, 98, 99 y 164 de la Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 25 de mayo de 2006, rad.1748; Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014, rad: 27777; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 29 febrero de 2012, rad. 16371.

IDENTIFICACIÓN CONSULTA

La Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Secretaría Distrital de Hacienda eleva una consulta, preguntando cuales son los efectos jurídicos del incumplimiento de una cláusula que prohíbe la cesión o subcontratación de un contrato interadministrativo, el cual fue liquidado tres años atrás.

Es de anotar que en virtud del literal m) del artículo 69 del Decreto Distrital 601 de 2014 a este Despacho le corresponde coordinar el seguimiento y respuesta a los diferentes requerimientos asignados a la Dirección o delegados por instancias superiores, entre otros, la sustanciación de la segunda instancia en las investigaciones disciplinarias que se adelanten contra los servidores y ex servidores de la Secretaría Distrital de Hacienda, por tal razón el caso planteado se resolverá de manera abstracta y con fundamento en las normas generales.

CONSIDERACIONES:

Frente al problema jurídico planteado, habrá de señalarse que cuando existe un incumplimiento por parte del contratista que generar perjuicios para la entidad, esta tiene la posibilidad de hacer uso de sus facultades excepcionales y potestades unilaterales, entre ellas declarar el

Carrera 30 No. 25-90
 Código Postal 111311
 PBX: (571) 338 5000
 Información: Línea 195
 www.haciendabogota.gov.co
 contactenos@shd.gov.co
 Nit. 899.999.061-9
 Bogotá, Distrito Capital - Colombia



BOGOTÁ
 MEJOR
 PARA TODOS





ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

incumplimiento, de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y hacer exigible la cláusula penal pecuniaria. Así mismo, cuenta con la posibilidad de señalar el incumplimiento y la cuantificación de los perjuicios en la liquidación del contrato, con lo cual también es posible hacer exigibles las garantías del contrato o proceder al reclamo judicial de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento.

Si la entidad contratante no declaró el incumplimiento y tampoco lo señaló en la liquidación del contrato, no resulta viable la reclamación extrajudicial o judicial de los perjuicios.

Adicionalmente, debe ponerse de presente que, en cualquier caso, la posibilidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para la reparación de los perjuicios ocasionados con el incumplimiento pierde efecto con la ocurrencia de la caducidad del medio de control de controversias contractuales.

Con el fin de sustentar lo anterior se abordará los siguientes tópicos: **1.** las atribuciones de la Administración frente al incumplimiento del contratista, **2.** los efectos de no señalar el incumplimiento en la liquidación del contrato y **3.** el término de caducidad para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

1. Las atribuciones de la administración frente al incumplimiento del contratista

Ante el incumplimiento por parte del contratista la entidad pública puede hacer uso de sus facultades excepcionales o potestades unilaterales, entre las que se encuentran la de declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

*(...) Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. **Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato**”. (Negritas fuera de texto)*

Para la declaratoria de incumplimiento del contratista, la entidad estatal habrá de seguir el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Ahora bien, siempre que el incumplimiento se haya declarado previamente, respetando el debido proceso, la cláusula penal pecuniaria podrá hacerse exigible en un acto administrativo autónomo que junto con la declaratoria de incumplimiento ordene el pago de la cláusula penal pecuniaria, o en el acta de liquidación del contrato. Sobre este último supuesto se ha pronunciado el Consejo de Estado en el siguiente sentido:



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

*"(...) Tanto en el convenio en el que se establezca el mutuo acuerdo para liquidar el contrato, como en el acto administrativo que la haga, es posible incluir el valor de las cláusulas penales que sean exigibles, en la forma como se ha expuesto. Se aclara que la liquidación unilateral del contrato no puede convertirse en una suerte de nueva potestad exorbitante para que la administración "imponga" sanciones no autorizadas por la ley, o cláusulas penales no exigibles. **Dado que al ser exigibles las cláusulas penales prestan mérito ejecutivo, deben ser incluidas en la liquidación del contrato como un pasivo a cargo del contratista (...)**"¹. (Negritas fuera de texto)*

Por otra parte, mediante la liquidación del contrato también es posible hacer exigibles las demás garantías del contrato, tales como las pólizas que garantizan el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista. Al respecto el Consejo de Estado ha considerado lo siguiente:

"(...) Si bien es cierto que el acto por medio del cual el Estado liquida unilateralmente el contrato estatal no es el medio idóneo para declarar la responsabilidad del contratista, es un acto demostrativo del incumplimiento de las prestaciones contractuales, como quiera que contiene la relación de las obligaciones ejecutadas y de las sumas resultantes a su favor o en su contra.

(...)

*Con fundamento en lo anterior la Sala considera, a diferencia de lo afirmado por el apelante, que **el acto de liquidación del contrato bien puede contener una declaración respecto de la ocurrencia del riesgo amparado, esto es del incumplimiento del contratista, porque relaciona la forma como se ejecutaron las prestaciones y define quien le debe a quien y cuánto.***

*Se advierte además que el acto administrativo de liquidación unilateral que declara la existencia de prestaciones incumplidas a cargo del contratista y el valor de las **mismas es claramente demostrativo del monto de la obligación que está a cargo de la aseguradora**". (Negritas fuera de texto)*

Así los hechos, frente al incumplimiento por parte del contratista, la entidad pública puede no solamente hacer exigible la cláusula penal pecuniaria sino configurar el siniestro para el cobro de las garantías de cumplimiento del contrato.

Es importante resaltar que los actos administrativos mediante los cuales la administración declara el incumplimiento y se hace exigible la cláusula penal pecuniaria o aquellos mediante los cuales se configura el siniestro constituyen títulos ejecutivos y es posible sobre ellos adelantar el cobro coactivo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 98 y 99 de la Ley 1437 de 2011.

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 25 de mayo de 2006, rad. 11001-03-06-000-2006-00050-00(1748). Consejero ponente: Enrique José Arboleda Perdomo.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

2. Los efectos de no señalar el incumplimiento en la liquidación

Sabido es que la liquidación del contrato constituye un corte de cuentas y cierre financiero en el que las partes (si se da de manera bilateral) o la entidad contratante (si es producto de un acto unilateral) evalúan la ejecución del contrato y analizan el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones a cargo de cada una de las partes en el contrato. Como ya se expuso, en el acto de liquidación es posible hacer exigibles tanto la cláusula penal pecuniaria como las pólizas en caso de que haya acaecido un incumplimiento por parte del contratista. Sobre este tema el Consejo de Estado ha considerado lo siguiente:

"(...) La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y a continuación 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, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a las partes, que afectan la ejecución normal del mismo, para determinar el estado en que quedan frente a éste.

En estos términos, liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual².

Dado que la liquidación se trata de un ajuste expreso de cuentas, es importante que en caso de que exista incumplimiento por una de las partes éste se señale expresamente por el signatario del documento, toda vez que su no inclusión y la posterior aceptación del contenido de la liquidación se tomaría como un acto de disposición sobre sus derechos:

"(...) Debe recordarse que el acto de liquidación se constituye en la expresión final de la autonomía de la voluntad de las partes que bien pueden disponer de sus derechos y obligaciones; puede acontecer que algo que fue motivo de inconformidad en el pasado resulte finalmente olvidado o que se haya comprendido -por la fuerza de las razones de la otra parte- que la exigencia no tenía razón de ser. (...)"³

En este orden de ideas, en la liquidación bilateral, si no se incluyeron salvedades o consideraciones de incumplimiento, posteriormente, ninguna de las partes podría acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a reclamarlas:

² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014, rad.: 05001-23-31-000-1998-00038-01(27777). Consejero ponente: Enrique Gil Botero.

³ *Ibidem*



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

*“(...) Cuando se suscribe el acta de liquidación de común acuerdo, ésta constituye un negocio jurídico contentivo de la voluntad de las partes que, por lo tanto, sólo puede ser invalidado por algún vicio del consentimiento –error, fuerza o dolo- y en caso contrario, conserva su fuerza vinculante, lo que en principio impide la prosperidad de pretensiones que desconozcan su contenido, **por cuanto ello implicaría ir en contra de los propios actos y desconocer una manifestación de voluntad previamente efectuada.***

*20. No obstante, cabe la posibilidad de elevar judicialmente reclamaciones relacionadas con el contrato liquidado aún sin cuestionar la validez del acta de liquidación bilateral, **en aquellos eventos en los cuales la parte interesada, en la misma, ha dejado expresa salvedad en relación con los puntos específicos de inconformidad frente a dicho corte de cuentas, caso en el cual puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa mediante la presentación de la respectiva demanda contractual.** (...)”⁴ (Negrilla fuera de texto)*

La entidad contratante una vez suscriba el acta de liquidación no podrá desconocer el contenido de la liquidación sea que esta se haya producido de manera bilateral o unilateral, a menos que se haya dejado expreso la salvedad con los aspectos de inconformidad frente al corte de cuentas.

Si la liquidación es unilateral, el desconocimiento de su contenido por parte de la entidad estatal contratante también supone ir en contra de los actos propios.

Adicionalmente, si el acto administrativo mediante el cual se liquidó unilateralmente el contrato contiene el cierre financiero supone el cumplimiento real y efectivo de las prestaciones a cargo del contratista, la entidad contratante deberá respetar su contenido o verse avocada a demandar su propio acto, toda vez que el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011 prohíbe la revocatoria directa del acto administrativo particular y concreto, sin la autorización previa y expresa del titular:

“Artículo 97. Revocación de actos de carácter particular y concreto. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 29 febrero de 2012, rad. 66001-23-31-000-1993-03387-01(16371). Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional”.

3. El término de caducidad para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo

Ahora bien, se debe precisar que el término para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de que dirimir controversias relativas a los contratos estatales es de dos (2) años contados desde el día siguiente al de la firma del acta o de la ejecutoria del acto de liquidación del contrato, según lo dispone el literal j) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011:

“j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;

iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;

iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;

v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga;”

Teniendo en cuenta los términos anteriores se puede afirmar que si ya han transcurrido más de dos (2) años desde la liquidación del contrato estatal no será posible acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para resolver alguna controversia derivada del del contrato. Por



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

ello, las reclamaciones han de ser presentadas antes de la ocurrencia de la caducidad del medio de control de controversias contractuales.

CONCLUSIONES

De conformidad con las consideraciones de orden legal y jurisprudencial expuestas se da respuesta a la pregunta formulada por la consultante:

¿Qué efectos jurídicos se pueden generar con el incumplimiento de la cláusula cesión y/o subcontratación de un contrato interadministrativo que, a la fecha, fue liquidado hace cerca de tres años?

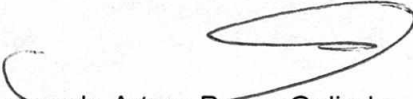
Frente al incumplimiento que eventualmente genere perjuicios para la entidad contratante, ésta tiene la competencia para declarar el incumplimiento y exigir la cláusula penal pecuniaria o en el momento de la liquidación, dejando consignado el incumplimiento y la cuantía de los perjuicios, con el fin de hacer exigibles las garantías del contrato por la vía del cobro coactivo o acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Si no se declaró el incumplimiento y tampoco se lo señaló en el acta bilateral de liquidación o en el acto administrativo de liquidación unilateral, no será viable *prima facie* realizar el cobro extrajudicial ni judicial de los perjuicios causados. Desconocer el contenido de la liquidación cuando fue signatario de ella conlleva al desconocimiento de los actos propios.

En todo caso, cualquier reclamo con ocasión del incumplimiento contractual deberá ventilarse antes de la ocurrencia de los términos de caducidad del medio de control de controversias contractuales contenidos en el literal j) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

Si la caducidad ya ocurrió no se podrá acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para reclamar el perjuicio generado por el incumplimiento contractual.

En procura de impulsar la política de mejoramiento continuo en el procedimiento de Asesoría Jurídica, por favor, verificar si el concepto emitido contribuyó a resolver de fondo el problema jurídico planteado. De no ser así, por favor, informe a la Dirección Jurídica.


Leonardo Arturo Pazos Galindo
Director Jurídico

Revisó: Clara Lucía Morales Posso
Proyectó: Sebastián Morillo Carrillo

Carrera 30 No. 25-90
Código Postal 111311
PBX: (571) 338 5000
Información: Línea 195
www.haciendabogota.gov.co
contactenos@shd.gov.co
Nit. 899.999.061-9
Bogotá, Distrito Capital – Colombia



BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS