

Bogotá D.C., 21/04/2020 Hora 19:7:9s

N° Radicado: 220201300002909

Señora
Escilda Elena González Puche
Ciudad

Concepto C – 221 de 2020

Temas: LIQUIDACIÓN – Contrato estatal – Tipos – Oportunidad / POTESTAD SANCIONADORA – Contratación estatal – Límite temporal – *ius puniendi* / POTESTAD SANCIONADORA – Medio de control de controversias contractuales / POTESTAD SANCIONADORA – Controversias contractuales – Auto admisorio – No se pierde competencia

Radicación: Respuesta a consulta # 4202013000001593

Estimada señora González,

La Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 3 de marzo de 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

1. Problemas planteados

Usted realiza la siguiente consulta:

En lo que respecta al límite temporal para ejercer el *ius puniendi* del Estado, por favor precisar si una entidad estatal pierde competencia para sancionar contractualmente a un contratista, en el marco de un contrato de obra pública que se encuentra terminado, cuando éste último ha promovido contra aquella demanda de controversias contractuales, con pretensión de liquidación y el auto admisorio de la misma le ha sido notificado a la referida entidad demandada.

Lo anterior, bajo los supuestos de que al proferirse auto admisorio de la demanda: (i) se encuentran vencidos los plazos contractuales –de haberse pactado un plazo para la liquidación de mutuo acuerdo distinto al legal– y/o legales para efectuar la liquidación del contrato estatal de mutuo acuerdo y unilateralmente y (ii) se encuentra vigente el término de caducidad para interponer demandas de controversias contractuales.

2. Consideraciones



Para desarrollar el problema planteado, se desarrollarán los siguientes temas: i) liquidación del contrato estatal, ii) Medio de control de controversias contractuales y iii) límite temporal para el ejercicio del *ius puniendi* por parte de las entidades estatales en materia contractual.

Se reiterarán las ideas planteadas en el concepto emitido en respuesta a la consulta con radicado No. 4201911000005276 del 5 de agosto de 2019.

2.1. Liquidación del contrato estatal

La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente se pronunció acerca del concepto y de las modalidades de la liquidación del contrato estatal en respuesta a la consulta con radicado 4202013000000460 del 22 de enero de 2020, indicando lo siguiente:

La liquidación del contrato, según la jurisprudencia, es el ajuste de cuentas donde las partes hacen un balance económico, técnico y jurídico del cumplimiento de las obligaciones que tienen a su cargo. Así lo manifestó el Consejo de Estado en la sentencia del 20 de octubre de 2014, en la que consideró, por un lado, que *liquidar* supone un ajuste en relación con las cuentas y el estado de cumplimiento del contrato estatal y, por el otro, que la *liquidación* debe incluir el análisis de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, así como el balance económico y el comportamiento financiero del negocio¹.

Según lo dispone el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, deben liquidarse los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y, en general, los demás que lo requieran. En ese contexto, cuando se alude al acta de liquidación, se hace referencia al documento que materializa los acuerdos a los que, de manera bilateral, llegaron las partes en la liquidación del contrato, el cual, según el artículo referido, debe contener «los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo»².

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Radicado No. 05001-23-31-000-1998-00038-01. Número Interno 27.777. M.P. Enrique Gil Botero. Allí se dijo: «[...] 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 contractual».

² «Artículo 60. De la ocurrencia y contenido de la liquidación. [...]

»En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo».

De acuerdo con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, existen tres tipos de liquidación: i) bilateral, ii) unilateral y iii) judicial. En términos generales, la primera, que puede ser total o parcial³, debe hacerse en el término que estipulen las partes o, en su defecto, dentro del término supletivo de cuatro meses; y el documento que la contiene presta mérito ejecutivo. La segunda se debe practicar dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término que acuerden las partes⁴, o ante el silencio de estas de los cuatro meses para realizar la liquidación bilateral, sin que ésta se efectúe⁵; y el acto administrativo que la contiene es susceptible del recurso de reposición. La tercera la realiza la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo dentro de un proceso judicial de controversias contractuales.

2.2. Medio de control de controversias contractuales: la liquidación del contrato, como posible pretensión

Como lo expresó esta Subdirección en respuesta a la consulta con radicado 4201912000004908 del 22 de julio de 2019, las partes del contrato pueden interponer una demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, solicitando la liquidación judicial del contrato, a través del medio de control de controversias contractuales, en los términos del artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁶.

³ Conviene recordar que es válida la liquidación bilateral parcial, debido a que las partes no logran ponerse de acuerdo en todos los asuntos referentes al contrato. En este evento, se debe hacer uso de las glosas o salvedades, y únicamente sobre tal glosa o salvedad girará el debate judicial que se da con ocasión de la demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales.

⁴ Es importante advertir que también durante estos dos meses se podrá realizar una liquidación bilateral, esto es, de mutuo acuerdo, lo cual significa que el plazo para hacer la liquidación bilateral no es un término perentorio, sino sencillamente indicativo.

⁵ No hay que esperar a que culmine el plazo para liquidar bilateralmente si se materializan los supuestos de hecho contenidos en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, según los cuales si «[...] el contratista no se present(a) a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes [...]».

⁶ Ley 1437 de 2011, «Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley».

La demanda debe ser presentada dentro del término que establece el artículo 164⁷ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues de lo contrario se configurará el fenómeno de la caducidad, por el cual no será posible realizar la liquidación del contrato por ningún medio.

En este punto, vale la pena analizar el término de caducidad para demandar los contratos que requieran liquidación. La jurisprudencia unificada del Consejo de Estado ha determinado al respecto de este término que, en virtud del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, la regla general es que los dos años comiencen a correr a partir de la fecha de expedición del acta de liquidación, bien sea unilateral o de mutuo acuerdo, y solo en caso de que no exista liquidación de ningún tipo, el término de dos años comienza a contar a partir de los seis meses a los que alude el artículo 11 de la Ley 1150 de 2011.

De acuerdo con el auto de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, radicación 05001-23-33-000-2018-00342-01 (62009) del 1 de agosto de 2019, Consejero Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas:

Por lo anterior, considerando las pautas de interpretación restrictiva de los términos de caducidad, y de favorabilidad bajo los principios *pro homine*, *pro actione* y *pro damato*, la Sala recoge parcialmente su jurisprudencia para establecer una forma unificada que: en el evento en que la liquidación bilateral del contrato se haya practicado luego de vencido el término pactado o supletorio (de 4 meses) para su adopción por mutuo acuerdo y del período (de 2 meses) en que la administración

⁷ «Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:»
»[...]»
»2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: (...)
»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;
»[...]».



es habilitada para proferirla unilateralmente, pero dentro de los dos (2) años posteriores al vencimiento del plazo para la liquidación unilateral, el conteo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales debe iniciar a partir del día siguiente al de la firma del acta de liquidación de mutuo acuerdo del contrato, conforme al ap. iii del literal j.

En este sentido, el apartado v) del literal j solo se deberá aplicar cuando al momento de interponerse la demanda, el operador judicial encuentre que no hubo liquidación contractual alguna.

Con respecto a las responsabilidades de los servidores públicos que demoren injustificadamente el trámite de liquidación, le corresponde al Ministerio Público o el juez del proceso valorar cada situación concreta y determinar las sanciones respectivas, aplicando los artículos 26⁸ y 51⁹ de la Ley 80 de 1993, según los cuales los servidores públicos responderán por sus acciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

2.3. Límite temporal para el ejercicio del *ius puniendi* por parte de las entidades estatales en materia contractual

En concepto emitido en respuesta a la consulta con radicado No. 4201911000005276 del 5 de agosto de 2019 esta Subdirección se pronunció acerca de la oportunidad o límite temporal para el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las entidades estatales en materia contractual. Tales ideas se reiteran a continuación:

La finalidad de los contratos estatales está dirigida al cumplimiento de los objetivos misionales de las entidades estatales y con ello los fines del Estado. Por este motivo, esas entidades cuentan con prerrogativas que pueden aplicar en desarrollo de la ejecución contractual, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del contratista y con ello los fines descritos¹⁰. En ese sentido, la Administración goza de facultades sancionatorias que se traducen en medidas cuyos efectos producen la terminación anormal de la relación

⁸ «Artículo 26. Del principio de responsabilidad. En virtud de este principio: [...]

»2. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas».

⁹ «Artículo 51. De la responsabilidad de los servidores públicos. El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley».

¹⁰ La Ley 80 de 1993 establece en el artículo 3 los fines de la estatal, prescribiendo que: «Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines».

jurídico negocial, como es el caso de la caducidad, o en medidas apremiantes o coercitivas que buscan el cumplimiento de las obligaciones del contratista cuando no lo ha hecho en los términos del contrato. No obstante, cuando se trata de la multa y cláusula penal, las partes deben pactarlas para que, previo procedimiento que garantice el debido proceso del contratista, la entidad las imponga directamente.

Pese a lo anterior, en la historia de las disposiciones normativas que han regulado los contratos estatales ha habido incertidumbre por el vacío normativo frente a la oportunidad que tienen las entidades estatales para ejercer su poder sancionatorio, particularmente frente a la multa, la cláusula penal y la caducidad. Sin embargo, el Consejo de Estado interpretó y unificó criterios frente a dicha temporalidad en los casos que estudió bajo la vigencia del derogado Decreto 222 de 1983, sin que a la fecha exista un posición de fondo y uniforme sobre la interpretación de la temporalidad sancionatoria en vigencia de la Ley 1150 de 2007, la cual, en criterio de esta Subdirección, no es indispensable para su interpretación, toda vez que, como se estudiará más adelante, dicha Ley establece las condiciones, inclusive de tiempo, para que la entidad estatal ejerza el poder sancionatorio.

Así las cosas, se revisarán las posiciones adoptadas por el Consejo de Estado en casos estudiados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, en relación con los límites temporales para imponer las sanciones por el incumplimiento del contratista.

a) Decreto 222 de 1983

Durante la vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 las entidades podían declarar la caducidad e imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, siempre que la última facultad quedara estipulada en el respectivo contrato; de la misma forma, la cláusula penal pecuniaria debía estar incluida en el contrato, salvo en los de empréstito. En los siguientes términos estuvo regulado:

Artículo 60. de las cláusulas que forzosamente deben contener los contratos. Salvo disposición en contrario, en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; penal pecuniaria y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar. Así mismo en los contratos administrativos y en los de derecho privado de la administración en que se pacte la caducidad, se incluirán como cláusulas obligatorias los principios previstos en el título IV de este estatuto.

[...]

Artículo 64. De la declaratoria de caducidad. La declaratoria de caducidad deberá proferirse por el jefe de la entidad contratante mediante resolución motivada, en la cual se expresarán las causas que dieron lugar a ella y se



ordenará hacer efectivas las multas, si se hubieren decretado antes, y el valor de la cláusula penal pecuniaria convenida, si fuere el caso.
[...]

Artículo 71. De la cláusula sobre multas. En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra.

Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto.

En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula.

Artículo 72. De la cláusula penal pecuniaria. En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.

La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato.

El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante.

De acuerdo con lo anterior, ninguna de esas disposiciones establecía el límite que tenía la entidad para imponer la multa o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria o la caducidad. Por este motivo, el Consejo de Estado debió interpretar el momento hasta el cual era posible imponer dichas sanciones.

En su línea jurisprudencial, esa Corporación indicó que una entidad estatal podía declarar el incumplimiento del contratista únicamente para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria después de vencido el plazo de ejecución y hasta su liquidación. Por tanto, la vigencia del contrato no limitaba la competencia del poder sancionatorio de la entidad estatal, como sí ocurría con la caducidad y la multa, pues estas solo podían hacerse efectivas durante el plazo de ejecución del contrato. En este sentido señaló lo siguiente:

Excepcionalmente la administración podrá declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato (cosa que pudo hacer durante la vigencia de éste, bien para imponerle multa al contratista o para caducarlo) luego de su vencimiento, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, tal como lo ha dicho la jurisprudencia de esta sala en forma reiterada (...) ¹¹.

¹¹ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, N.o 50422- 23-31-000-1992-01369-01 (17.031) de 20 de noviembre de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Esta tesis también fue adoptada y expuesta en la misma Corporación en Sentencia de 9 de abril de 1992, Exp.6491, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.



[...] De otro lado, y en sentido contrario, la Sección Tercera también se ha pronunciado en relación con la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Al respecto sostiene, invariablemente, que no sólo puede hacerlo durante el plazo de ejecución, sino también cuando ha vencido, incluso hasta su liquidación, de manera que la vigencia del plazo no limita la competencia sancionatoria¹².

De esta manera, el Consejo de Estado cerró la brecha que existía en relación con la aplicación temporal de las potestades sancionatorias de las entidades estatales en el marco del Decreto 222 de 1983, y aunque en vigencia de la Ley 1150 de 2007 la interpretación sobre este tema se estudiará más adelante, es necesario recalcar que esa Corporación señaló que con la entrada en vigencia de esta Ley la competencia temporal cambió con lo indicado en el artículo 17.

b) Ley 80 de 1993

La Ley 80 de 1993 no estableció de manera expresa la posibilidad de pactar e imponer multas ni la cláusula penal en los contratos estatales, por lo que antes del 16 de julio de 2007¹³ hubo en la jurisprudencia dos posiciones en diferentes tiempos frente a su aplicabilidad:

i) Entre los *años de 1993 y 2005* el Consejo de Estado sostuvo que era posible pactar e imponer y hacer efectivas la multa y la cláusula penal. La Corporación consideró que esas sanciones podían pactarse en los contratos estatales como sanción por el incumplimiento del contratista y la Administración tenía competencia para imponerlas directamente, en virtud del carácter ejecutivo de los actos administrativos previsto para ese momento en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo. Además, indicó que la multa debía ser impuesta dentro del plazo contractual puesto que era el tiempo de vigencia que tenía la entidad para ejercer directamente sus poderes:

Para la Sala la administración sí tiene competencia para imponer por sí y ante sí, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal,

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia N.o 23001-23-31-000-2000-02857-01(24.697) de 24 de octubre de 2013, C.P. Enrique Gil Botero. Tesis también sostenida en el expediente N.o 18.017 de 25 de mayo de 2011, C.P. que a su vez recoge la línea establecida en la Sentencia 3.615 de 29 de enero de 1.988, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Ver también sentencia N.o 18.017 del 25 de mayo de 2011.

¹³ Año en el que fue expedida la Ley 1150 «Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos».

en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos.
[...]

La reiterada posición de la Sala ha sido la de que los poderes exorbitantes, hoy excepcionales, otorgan a la entidad una competencia también excepcional, que 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 en los que se ejercitan tales poderes cuando se expiden por fuera del plazo del contrato, que es a la vez el término de vigencia de la competencia de la entidad pública para ejercer directamente sus poderes, puesto que una vez vencidos, será el juez del contrato quien debe calificar los incumplimientos¹⁴. Las razones que justificaban la limitación temporal en el ejercicio de las potestades de la entidad contratante siguen teniendo vigencia bajo el actual régimen de contratación administrativa (ley 80 de 1993)¹⁵.

En este período el Consejo de Estado sostuvo la misma interpretación que hizo frente a los límites temporales para imponer sanciones bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983, es decir, las multas y la caducidad debían declararse dentro del plazo del contrato y la cláusula penal hasta su liquidación¹⁶. Sin embargo, y solo frente a la caducidad, en el año 1999 el Consejo de Estado manifestó que si el plazo contractual había terminado, pero existían obligaciones pendientes de ejecución, la entidad podría declarar la caducidad después del plazo de ejecución ya que la obligación no se extinguía con el vencimiento del plazo contractual¹⁷.

ii) Entre el 2005 y el 2007 el Consejo de Estado sostuvo que la Ley 80 de 1993 no facultaba a la Administración para imponer las multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos estatales, como sí lo prescribía el Decreto 222 de 1983, por lo que si bien era posible pactarlas no podían hacerlas efectivas directamente:

¹⁴ «Este principio ha sido recogido en muchos de sus fallos, tales como los dictados el 21 de febrero de 1986 (proceso 4550), enero 29 de 1988 (proceso 3616), abril 9 de 1992 (proceso 6491), febrero 15 de 1991 (proceso 5973), mayo 6 de 1992 (proceso 6661), octubre 1o de 1992 (proceso 6631), 26 de noviembre de 1996 (proceso 10.192), Julio 18 de 1997 (proceso 10.703)».

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto con radicado N.o 13.988 del 4 de junio de 1998, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁶ Al respecto ver sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, N.o 50422-23-31-000-1992-01369-01 (17.031) de 20 de noviembre de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, así como sentencias de 6 de junio de 1996, expediente 2.240 y de 18 de julio de 1997, expediente 10.103.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de septiembre de 1999, Exp. 10.264. Esta posición fue reiterada en entre otras en la Sentencia de 18 de marzo de 2004, Exp. 15.936.

Según se observa, ni en esta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222 incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado.

No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002 pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad proviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80 tal facultad fue derogada.

Bajo esta posición, era posible pactar la multa y la cláusula penal, pero la Administración no estaba facultada para imponerlas directamente, toda vez que la Ley no le había otorgado dicha facultad, y de hacerlo los actos administrativos estarían viciados de nulidad, por adoptar dichas decisiones sin competencia. Por lo anterior, en dicho período no fue necesario abordar el estudio frente al límite temporal de la imposición de sanciones al contratista incumplido.

Por último, frente al momento hasta el cual la Administración puede declarar la caducidad, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación jurisprudencial, indicó que solo puede hacerlo durante el plazo de ejecución, porque de acuerdo con la naturaleza de la caducidad, el incumplimiento al que esta se refiere se debe valorar en el plazo de ejecución del contrato¹⁸.

c) Ley 1150 de 2007

Esta Ley, a diferencia de la Ley 80 de 1993, sí determinó de manera expresa que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública pueden imponer las multas pactadas en el contrato, así como declarar su incumplimiento con la finalidad de hacer efectiva la cláusula penal, siempre que se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. El artículo 17 prescribe lo siguiente:

Artículo 17. del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que

¹⁸ Sala Plena, Sentencia N.o 15024 85001-23-31-000-1995-00174 (15024) del 12 de julio de 2012, C.P. Danilo Rojas Betancourth.



hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. 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.

Lo anterior quiere decir que la entidad puede imponer la multa o hacer efectiva la cláusula penal en cualquier momento mientras esté pendiente la ejecución de las obligaciones del contratista, lo que permitió de alguna manera cerrar el debate que existió frente al límite temporal para imponer las respectivas sanciones.

Nótese que la norma no condicionó la aplicación de las sanciones –multa y cláusula penal– al plazo de ejecución del contrato, y esto tiene sentido si se armoniza con la finalidad de la multa o de la cláusula penal y los fines de la contratación estatal. En primer lugar, existen obligaciones cuyo cumplimiento solo puede ser verificado después del plazo de ejecución y en caso de no cumplir en las condiciones acordadas la entidad tiene la facultad para conminar al contratista incumplido a cumplir. En segundo lugar, si vencido el plazo de ejecución el contratista no cumple, la obligación no se extingue, pues de acuerdo con el Código Civil el vencimiento del plazo contractual no es un modo de extinguir las obligaciones¹⁹, salvo pacto en ese sentido, por lo que la obligación continuará pendiente y el contratista estará en mora de cumplir por no haberlo hecho en el plazo acordado²⁰. Esto

¹⁹ El Código Civil enuncia, en el artículo 1625, los modos de extinción de las obligaciones, en los siguientes términos: «Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

»Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

- »1o.) Por la solución o pago efectivo.
- »2o.) Por la novación.
- »3o.) Por la transacción.
- »4o.) Por la remisión.
- »5o.) Por la compensación.
- »6o.) Por la confusión.
- »7o.) Por la pérdida de la cosa que se debe.
- »8o.) Por la declaración de nulidad o por la rescisión.
- »9o.) Por el evento de la condición resolutoria.
- »10.) Por la prescripción.

»De la transacción y la prescripción se tratará al fin de este libro; de la condición resolutoria se ha tratado en el título De las obligaciones condicionales».

²⁰ El Código Civil establece en el artículo 1608 la mora del deudor, indicando que: «El deudor está en mora:

- »1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.
- »2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.
- »3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor».



indica que lo que terminó fue el plazo de ejecución, pero la obligación todavía está pendiente de cumplimiento y el contratista podrá hacerlo tardíamente con las consecuencias que esto conlleva²¹. No obstante, la entidad es la que debe, dependiendo de su necesidad, determinar si inclusive con el cumplimiento tardío del contratista aún se satisface el interés público.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 no condicionó la imposición de las multas y la cláusula penal al plazo del contrato, y por el contrario, de manera expresa indicó que estas proceden «mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista», en los acuerdos contractuales que se rigen por la Ley 1150 de 2007 la entidad estatal podrá imponer las multas y hacer efectiva la cláusula penal inclusive después de su plazo de ejecución, siempre que la obligación esté pendiente de cumplimiento. De esta manera, la entidad podrá hacer uso de aquellas facultades contractuales para procurar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, y satisfacer las necesidades objeto del contrato y consecuentemente garantizar los fines del Estado.

Adicionalmente, el mismo Consejo de Estado, al estudiar casos bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983, e inclusive de la Ley 80 de 1993, indicó, a manera de *obiter dictum*, que la posición adoptada frente a la competencia temporal para imponer sanciones cambió, no por una decisión judicial nueva sino por la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, puesto que su artículo 17 prescribe, de manera expresa, que la competencia para imponer sanciones –multas y cláusula penal– procede mientras esté pendiente la ejecución de las obligaciones del contratista:

No obstante, en vigencia de la Ley 1150 de 2007 este mismo problema – competencia temporal para imponer sanciones-, en relación con las multas y la cláusula penal pecuniaria, cambió de sentido, esta vez no por una variación introducida por la jurisprudencia a sus propias tesis, sino porque la ley 1150 reguló expresamente el tema, señalando que la competencia sancionatoria se conserva «mientras esté pendiente la ejecución» del contrato, así es que de ninguna manera quedó limitado a que se haga sólo «durante el plazo» del contrato. En este sentido, el inciso primero del art. 17 de esta ley expresa categóricamente: «... Esta decisión... procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista».

[...]

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de septiembre de 1999, expediente No 10.264: «Cuando el contratista de la administración no cumple dentro del plazo establecido en el contrato, es precisamente el vencimiento del plazo el que pone en evidencia su incumplimiento y es este el momento en el que la administración debe calificar la responsabilidad que le incumbe al contratista, de manera que si lo fue por motivos únicamente imputables a él que no encuentran justificación, debe sancionar su incumplimiento».

Esta postura, inclusive, la conserva esta Corporación en la actualidad. Es decir, que hoy admite la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, una vez vencido el contrato. Esto no se discute ni siquiera en vigencia de la ley 1150 de 2007; menos tratándose de un contrato regido por el Decreto 222 de 1983 y algunas normas especiales que regulan el juego del chance –como en el caso concreto²².

Ahora bien, es necesario precisar que si el contrato fue objeto de liquidación sin pendientes –quedando las partes a paz y salvo–, la entidad ya no podrá hacer efectivo su poder sancionatorio sobre el contratista incumplido, toda vez que la liquidación finiquita la relación jurídico comercial de las partes. La liquidación de los contratos estatales se deberá hacer de acuerdo con los plazos indicados en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007²³.

De otro lado, la entidad estatal no pierde competencia para imponerle la multa o la cláusula penal al contratista por las obligaciones incumplidas –siempre y cuando se encuentre aún pendiente su cumplimiento–, así haya sido demandada en controversias contractuales con la pretensión de liquidación judicial del contrato. En otras palabras, si las partes no liquidaron el contrato de manera bilateral, ni la entidad tampoco lo hizo dentro del término de los dos meses siguientes, y el contratista acudió a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, solicitando la liquidación judicial y notificándole a la entidad estatal el auto admisorio de la demanda, esto no significa que la entidad ya no pueda sancionar con multa o cláusula penal pecuniaria al contratista incumplido.

La anterior idea se apoya en dos argumentos: en primer lugar, el hecho de que el contratista demande a la entidad estatal contratante no hace cesar el vínculo contractual que tiene vigente con aquella, cuando, después del vencimiento del plazo contractual, han quedado obligaciones pendientes. En otras palabras, a pesar de haber acudido a la Jurisdicción, pidiendo la liquidación, debe continuar cumpliendo el contrato vigente, toda vez que subsisten obligaciones en este. Lo contrario implicaría admitir que el ejercicio del derecho de acción en estos casos conlleva a la terminación de los contratos estatales; aspecto que no está previsto en el artículo 1625 del Código Civil y que, por tanto, no es

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia N.º 23001-23-31-000-2000-02857-01(24.697) de 24 de octubre de 2013, C.P. Enrique Gil Botero. De la misma forma, esta tesis se expone en el expediente N.º 18.017 de 25 del mayo de 2011, C.P. Enrique Gil Botero.

²³ El artículo 11 establece los plazos para la liquidación de los contratos e indica entre otras cosas que: «Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A».

posible inferir. En segundo lugar, como se indicó, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 somete la competencia de las entidades estatales para imponer la multa y la cláusula penal pecuniaria, no a un plazo, sino a una condición: que «[...] se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista». Por tanto, así la entidad se notifique del auto admisorio de la demanda formulada por el contratista, solicitando la liquidación, al estar aún pendientes las obligaciones contractuales de este –en el evento en que, vencido el plazo del contrato, haya quedado en mora–, la entidad contratante aún puede declararle el incumplimiento y hacerle efectiva la multa y la cláusula penal pecuniaria. Razonar en forma contraria; es decir, afirmando que la entidad no puede aplicar estos dos tipos de sanciones cuando el contratista acudió a la jurisdicción, sería suponer la pérdida de competencia, a pesar de la claridad del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; hipótesis que no resulta válida, porque la pérdida de competencia debe estar consagrada expresamente en las disposiciones normativas. Es lo que sucede, por ejemplo en los supuestos de i) silencio administrativo negativo²⁴ y ii) revocación directa²⁵, en los cuales el legislador expresamente establece que la Administración pierde competencia, en un caso, para pronunciarse y, en el otro, para revocar el acto administrativo de manera directa, cuando ha sido notificada del auto admisorio de la demanda. Sin embargo, esto mismo no se establece frente a la potestad sancionatoria atribuida a las entidades estatales en virtud del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007²⁶.

Acoger la tesis expuesta, o sea, la idea de que aun cuando se haya configurado una relación jurídico-procesal, la entidad estatal puede todavía decretar la multa o la cláusula penal pecuniaria en contra del contratista, sin duda, no puede leerse como una negación del derecho de acción; pues el contratista podría demandar la nulidad de los actos administrativos que le impongan dichas sanciones, con un término de caducidad autónomo para dichas pretensiones.

3. Respuestas

²⁴ «[...]»

»La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda» (artículo 83, Ley 1437 de 2011).

²⁵ «La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.

»[...]» (artículo 95, Ley 1437 de 2011).

²⁶ El caso de la caducidad es diferente, porque, según se explicó, la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado sostiene que una vez vencido el plazo del contrato no se puede imponer esta sanción.

«En lo que respecta al límite temporal para ejercer el ius puniendi del Estado, por favor precisar si una entidad estatal pierde competencia para sancionar contractualmente a un contratista, en el marco de un contrato de obra pública que se encuentra terminado, cuando éste último ha promovido contra aquella demanda de controversias contractuales, con pretensión de liquidación y el auto admisorio de la misma le ha sido notificado a la referida entidad demandada.

»Lo anterior, bajo los supuestos de que al proferirse auto admisorio de la demanda: (i) se encuentran vencidos los plazos contractuales –de haberse pactado un plazo para la liquidación de mutuo acuerdo distinto al legal– y/o legales para efectuar la liquidación del contrato estatal de mutuo acuerdo y unilateralmente y (ii) se encuentra vigente el término de caducidad para interponer demandas de controversias contractuales».

A pesar de haber sido notificada del auto admisorio de la demanda promovida por el contratista con la pretensión de la liquidación judicial del contrato, la entidad estatal no pierde competencia para hacer efectiva la multa y la cláusula penal pecuniaria, siempre que aún se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, según lo establece el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. Sin embargo, una vez vencido el plazo del contrato, pierde competencia para decretar la caducidad, de conformidad con la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado y lo expuesto en las consideraciones de este concepto.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



FABIÁN GONZALO MARÍN CORTÉS
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Cristian Andrés Díaz Díez
Revisó: Fabián Gonzalo Marín Cortés
Subdirector de Gestión Contractual
Aprobó: Fabián Gonzalo Marín Cortés
Subdirector de Gestión Contractual