**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO-Definición**

*«*[…] La liquidación del contrato estatal corresponde al arreglo o ajuste económico, técnico y jurídico al que se llega de forma bilateral (por las partes del negocio), unilateralmente (por la administración), por el juez o por el árbitro, según el caso, para determinar el estado final de la relación contractual, no solo en cuento al cumplimiento del objeto acordado y al recibo a satisfacción de los productos contratados (bienes y servicios), sino, además, para definir la situación en la que quedan los contratantes, luego de la ejecución del contrato, en el sentido de disponer cuánto se adeudan, de qué manera y en qué plazos se han de efectuar los pagos pendientes y las condiciones para el establecimiento del respectivo paz y salvo. En otras palabras, la liquidación es el acto jurídico bilateral, administrativo o judicial, en el que se plasma y formaliza la situación financiera y jurídica de las partes, al término de la relación contractual (aspecto subjetivo) y el grado de cumplimiento del objeto contratado (aspecto objetivo); de ahí que pueda hablarse, en términos amplios, de un doble contenido, que debe estar presente en toda liquidación. En efecto, el corte de cuentas realizado en ella tiene un doble alcance: (i) hacer un balance definitivo del negocio, en sus aspectos técnicos, financieros y jurídicos (aspecto objetivo o material) y ii) definir la situación jurídica de las partes, estableciendo si pueden constituirse o no a paz y salvo; lo que exige, en la práctica, que los negociantes dialoguen e intenten ponerse de acuerdo (aspecto subjetivo)»3.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO-Objetivo**

Su objetivo es determinar si pueden declararse a paz y salvo mutuo o si, por el contrario, existen aún obligaciones por cumplir, para acordar la forma en que deben ser cumplidas2.

**MULTAS Y CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA-Aplicación**

Ley 1150 de 2007 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 y hacer efectiva la cláusula penal, siempre que «se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista». En lo pertinente, el artículo 17 prescribe lo siguiente:

«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 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*» [Énfasis fuera de texto]

Lo anterior quiere decir, como se desprende de su literalidad, que la entidad puede imponer las multas y cláusula penal pactada en el contrato, mientras esté pendiente la ejecución de las obligaciones del contratista, lo que define el límite temporal para hacerlo. De hecho, no condicionó la aplicación de estas sanciones 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 verificarse después del plazo pactado para la ejecución y en caso de no cumplir en las condiciones acordadas la entidad tiene la facultad para conminar al contratista incumplido. En segundo lugar, como se explicó ampliamente en el acápite anterior, si vencido el plazo de ejecución el contratista no cumple, la obligación no se extingue, pues de acuerdo con el artículo 1625 del Código Civil el vencimiento del plazo contractual no es un modo de extinguir las obligaciones, salvo pacto en ese sentido. Por tanto, la obligación continuará pendiente y el contratista estará en mora de cumplir por no haberlo hecho en el plazo acordado. Esto indica que lo que terminó fue el plazo de ejecución, pero la obligación todavía está pendiente de cumplimiento y el contratista podría hacerlo tardíamente con las consecuencias gravosas que esto implica21. No obstante, la entidad deberá determina si, inclusive, con el cumplimiento tardío aún se satisface el interés público.

**POTESTAD SANCIONATORIA – Controversias Contractuales-Definición**

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».

Bogotá D.C., 20 de Febrero de 2023

Señor

# Juan Carlos Orozco Hernández

Ciudad

# Concepto C ‒ 876 de 2022

**Temas:** LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Definición – Objetivo / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Normativa / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Oportunidad / LIQUIDACIÓN DEL

CONTRATO – Pérdida de competencia / POTESTAD SANCIONADORA – Medio de control de controversias contractuales / MULTAS Y CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA– Competencia temporal – Vencimiento del plazo – Procedencia / POTESTAD SANCIONATORIA – Controversias contractuales – Liquidación judicial – No se pierde competencia

**Radicación:** Respuesta a consulta P20221219012328

Estimado señor Orozco:

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, responde su consulta del 17 de diciembre de 2022.

# Problema planteado

Usted realiza la siguiente pregunta: «[¿] Si se vence el plazo de la ejecución de un contrato estatal y el contratista demanda la liquidación judicial ¿La Entidad pierde competencia para realizar alguna actuación en el marco del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, si desea hacer efectiva la cláusula penal?».

# Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene atribuciones para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos concretos de todos los partícipes de la contratación estatal.

Por ello, la Subdirección de Gestión Contractual, dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) liquidación de los contratos estatales; ii) medio de control de controversias contractuales: la liquidación del contrato, como posible pretensión y,

iii) el límite temporal a la potestad sancionadora en los contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: procedencia de la imposición de la cláusula penal pecuniaria durante el trámite de liquidación judicial.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, se pronunció sobre la liquidación de los contratos en el concepto con radicado No. 4201912000004908 del 27 de septiembre de 2019 y los conceptos con número interno CU-028 de 25 de febrero de 2020, C- 221 de 21 de abril de 2020 y C-444 del 23 de julio de 2021, C-542 del 31 de agosto de 2020, , C- 616 del 17 de septiembre de 2020, C−732 del 14 de diciembre de 2020, C-739 del 16 de diciembre de 2020 y C-168 del 19 de abril de 2021, C-444 del 23 de julio de 2021, C-769 de 2022[[1]](#footnote-2). De otra parte, esta Agencia se ha pronunciado frente al límite temporal para la imposición de multas y cláusula penal en el concepto 4201911000005276 del 21 de agosto de 2019–radicado de salida 2201913000006049–, el cual se ha reiterado y desarrollado en los conceptos C-221 del 21 de abril de 2020, C–434 del 27 de julio de 2020, C–569 del 31 de agosto de 2020 y C–646 del 9 de noviembre de 2020, C-113 del 30 de marzo de 2021 y C-327 del 1 de junio de 2021, entre otros. Las tesis expuestas en dichas oportunidades se reiteran a continuación.

# Liquidación de los contratos estatales. Reiteración de línea.

La liquidación es el momento en el cual, una vez concluido el contrato estatal, las partes cruzan cuentas respecto de sus obligaciones, por tanto, su objetivo es determinar si pueden declararse a paz y salvo mutuo o si, por el contrario, existen aún obligaciones por cumplir, para acordar la forma en que deben ser cumplidas[[2]](#footnote-3). En armonía con lo anterior, la doctrina ha definido la liquidación de la siguiente manera:

*«*[…] la liquidación del contrato estatal corresponde al arreglo o ajuste económico, técnico y jurídico al que se llega de forma bilateral (por las partes del negocio), unilateralmente (por la administración), por el juez o por el árbitro, según el caso, para determinar el estado final de la relación contractual, no solo en cuento al cumplimiento del objeto acordado y al recibo a satisfacción de los productos contratados (bienes y servicios), sino, además, para definir la situación en la que quedan los contratantes, luego de la ejecución del contrato, en el sentido de disponer cuánto se adeudan, de qué manera y en qué plazos se han de efectuar los pagos pendientes y las condiciones para el establecimiento del respectivo paz y salvo. En otras palabras, la liquidación es el acto jurídico bilateral, administrativo o judicial, en el que se plasma y formaliza la situación financiera y jurídica de las partes, al término de la relación contractual (aspecto subjetivo) y el grado de cumplimiento del objeto contratado (aspecto objetivo); de ahí que pueda hablarse, en términos amplios, de un doble contenido, que debe estar presente en toda liquidación. En efecto, el corte de cuentas realizado en ella tiene un doble alcance: (i) hacer un balance definitivo del negocio, en sus aspectos técnicos, financieros y jurídicos (aspecto objetivo o material) y ii) definir la situación jurídica de las partes, estableciendo si pueden constituirse o no a paz y salvo; lo que exige, en la práctica, que los negociantes dialoguen e intenten ponerse de acuerdo (aspecto subjetivo)»[[3]](#footnote-4).

En línea con lo anterior, según la jurisprudencia, la liquidación 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 negocio[[4]](#footnote-5).

Las disposiciones legales que regulan la etapa de liquidación de los contratos estatales son el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. El primero de estos artículos se refiere al alcance sustantivo de la liquidación y los contratos en que procede, mientras que el segundo contiene reglas procedimentales para su realización. En relación con el artículo 60 referido, la doctrina ha indicado que:

*«*La ley 80 de 1993 […] dispuso en el artículo 60 que serían objeto de liquidación todos los contratos de tracto sucesivo, entendiendo por estos los de ejecución y cumplimiento prolongados en el tiempo, así como los demás que lo requieran –que son generalmente aquellos de ejecución instantánea en los que la misma se ha extendido temporalmente–, etapa en la cual las partes debían acordar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que hubiera lugar, y que el contenido de la misma debía reflejar «los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo»[[5]](#footnote-6).

Así las cosas, de acuerdo con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuyo cumplimiento o ejecución se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran «*serán objeto de liquidación*». El mismo artículo prescribe que no será obligatoria la liquidación en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. Adicionalmente, en los contratos las entidades estatales deben definir la oportunidad y forma de recibir el objeto contratado y, en cada caso, si un contrato requiere o no de liquidación, con arreglo a criterios tales como la naturaleza, objeto y plazo del contrato[[6]](#footnote-7), así como la probabilidad de que puedan surgir diferencias durante la ejecución del contrato; sin perjuicio de que, como se indicó, todos los contratos estatales de *tracto sucesivo* o aquellos cuya ejecución se prolongue en el tiempo siempre deban liquidarse, convirtiéndose en estos contratos en una cláusula de la naturaleza, conforme a la clasificación prevista en el Código Civil.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007[[7]](#footnote-8) contiene las reglas de tipo procedimental para liquidar los contratos estatales, las cuales se pasan a explicar. En primer lugar, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y de conformidad con los criterios de la naturaleza, objeto y plazo del contrato, la entidad puede definir en el pliego de condiciones o en el contrato el plazo para efectuar la liquidación de mutuo acuerdo. En ausencia de pacto contractual, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 prevé un término supletivo de 4 meses contados desde: i) el vencimiento del plazo previsto para la ejecución del contrato; ii) la expedición del acto administrativo que ordene la terminación del contrato; o, iii) la fecha del acuerdo que disponga la terminación del contrato.

El artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 señala que la liquidación de mutuo acuerdo deberá realizar dentro del plazo previsto en *«los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto».* Para dilucidar a qué se refiere la norma con «equivalentes» resulta necesario tener presente que el pliego de condiciones es un documento contentivo de las reglas aplicables a un determinado proceso de selección, que *«materializa los principios de planeación contractual y de trasparencia, comoquiera que su adecuada formulación permite o garantiza la selección objetiva del contratista de acuerdo con los parámetros de calificación correspondientes para cada tipo de procedimiento [y que] constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar»[[8]](#footnote-9).* A partir de tales características debe determinarse la equivalencia de un documento con un pliego de condiciones, la cual se puede ejemplificar claramente con la invitación a participar en los procesos de mínima cuantía[[9]](#footnote-10), documento dentro del cual la entidad contratante debe fijar las reglas aplicables al procedimiento de selección, cumpliendo con la función del pliego de condiciones. En tal sentido, es un documento «equivalente» del mismo en los términos del artículo 11 *Ibídem,* dentro del cual es viable establecer el plazo para la liquidación de mutuo acuerdo.

De otra parte, cuando el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 hace referencia al término que «*acuerden las partes*» para efectos de la liquidación de mutuo acuerdo, claramente, está habilitando a las partes para que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad que les asiste, prevean, de común acuerdo, un plazo para la liquidación bilateral, el cual, en principio, debe estar recogido en el contrato, al ser este el acto jurídico bilateral en el que se consigna originalmente la voluntad de las partes. Sin embargo, cabe la posibilidad de que en el contrato inicialmente suscrito no se haya previsto un acuerdo para la liquidación bilateral. Este hecho no impide que, en el marco de la ejecución del contrato, las partes acuerden fijar el referido plazo; acuerdo que, en tanto significa una alteración de las reglas que orientan la relación contractual, entraña una modificación del contrato. Por tal razón, su celebración debe cumplir con los requisitos del negocio jurídico, ameritando la concurrencia de capacidad jurídica de los agentes, un consentimiento libre de vicios, un objeto y causa lícita, así como la elevación a escrito requerida en materia de contratación estatal[[10]](#footnote-11). Esto, de cara a lo consultado, significa que para que un documento en el que se fije el plazo para la liquidación de común acuerdo sea válido, requiere de la confluencia de los mencionados elementos.

Ahora bien, el término de 4 meses previsto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, dado su carácter supletivo, solo resulta aplicable ante la ausencia de regulación de este en el pliego de condiciones –documento equivalente– o acuerdo entre las partes en torno al plazo de liquidación bilateral. Por lo tanto, las partes, en desarrollo de la autonomía de la voluntad que les asiste, están habilitadas para pactar un término diferente, el cual puede ser inferior o incluso superior al plazo supletivo, ante la ausencia de una prohibición normativa al respecto, y ante la existencia, en cambio, de habilitación legal. Sobre este punto, no debe perderse de vista que las actuaciones contractuales regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración pública se encuentran sometidas a los principios de la función administrativa[[11]](#footnote-12), lo cual implica que las mismas se desarrollen en procura de la economía y la celeridad[[12]](#footnote-13). Esto significa que, en ejercicio de la facultad que les asiste para fijar el plazo para la liquidación bilateral, las partes deben actuar en garantía de estos principios, por lo que el término que se acuerde debe ser fijado de manera razonable.

Durante este término, el contratista puede solicitar que se adelante el trámite de liquidación. Sin embargo, es responsabilidad de la Entidad Estatal convocarlo para adelantar la liquidación de común acuerdo o notificarlo para que se presente a realizarla, de manera que el contrato pueda ser liquidado bilateralmente, bien sea en el plazo previsto en el pliego de condiciones, el acordado por las partes, o el supletivo de cuatro meses señalado en la ley, según corresponda. Esta liquidación bilateral puede ser total o parcial, y el documento que la contiene presta mérito ejecutivo, siempre que se satisfagan los elementos para considerarlo como tal.

Si no es posible efectuar la liquidación de manera bilateral, el ordenamiento jurídico prevé una facultad, de carácter subsidiario, para que la Entidad Estatal realice la liquidación unilateralmente. En relación con este aspecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 28 de junio de 2016, manifestó que:

*«*[…]se debe tener en cuenta que la liquidación unilateral es subsidiaria o supletoria frente a la bilateral, dado que el contratista tiene derecho a acordar la liquidación, [[13]](#footnote-14)debidamente reconocido por el ordenamiento jurídico. Para tal efecto, el contratista debe ser convocado o citado por la entidad contratante con el fin de intentar la liquidación bilateral, puesto que en el supuesto caso de que no sea así, la (.liquidación unilateral posterior que llegase a practicar la administración resultaría inválida, dado que no tendría competencia material para hacerla y por cuanto su adopción con tal omisión vulneraría el derecho del contratista al debido proceso y sus corolarios de defensa y contradicción y, además, configuraría un abuso de poder.*»*

Si no se logra la liquidación bilateral del contrato, la Entidad Estatal tiene la facultad de liquidarlo unilateralmente dentro del término de 2 meses contados a partir del vencimiento del plazo que acuerden las partes para liquidar bilateralmente o, ante el silencio de estas, del vencimiento de los 4 meses supletivo establecido por la ley.

Finalmente, transcurridos estos meses, la liquidación podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término referido, de mutuo acuerdo o unilateralmente, salvo que el contratista haya presentado la demanda con la cual pretenda la liquidación judicial del contrato. De esta manera, durante estos dos años la liquidación podrá hacerse de mutuo acuerdo, unilateralmente por la entidad, o podrá ser solicitada judicialmente por el interesado. En este sentido, en decisión de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 1 de agosto de 2019[[14]](#footnote-15), se expresó:

*«*Como pudo apreciarse, este precepto legal permite que la liquidación bilateral se acuerde después del vencimiento del término pactado en el contrato o previsto en los documentos antepuestos, o, del término supletorio que para la concertación de la liquidación establece la ley, e incluso, después de haber pasado los dos meses subsiguientes a dicho vencimiento sin que la administración lo hubiera liquidado unilateralmente, bajo condición de que el acuerdo liquidatorio se logre dentro del lapso de dos años contados a partir del vencimiento del término legalmente conocido para la liquidación unilateral, pues ese es el lapso que el ordenamiento ha fijado para el ejercicio oportuno de la acción.*»*

A su turno, en relación con la pérdida de competencia de la administración para liquidar el contrato unilateralmente, ante la presentación de una demanda, el Consejo de Estado, en sentencia del 1 de junio de 2020, varió la línea jurisprudencial, en el sentido de ubicar la pérdida de competencia con la presentación de la demanda, y no en la notificación del auto admisorio, como se sostenía anteriormente. En efecto, se indicó que:

*«*La Corporación ha señalado de manera consistente que la Administración pierde la competencia para liquidar el contrato cuando el contratista, previamente, haya instaurado la acción judicial correspondiente, fenómeno que se explica por el traslado de esa competencia a otra autoridad […] La jurisprudencia ha sostenido, a partir de lo preceptuado en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del CCA, [subrogado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998] , que la notificación del auto admisorio de la demanda que tenga por objeto la liquidación judicial del contrato es el hito que genera la pérdida de competencia de la entidad para ejercer la facultad de liquidar unilateralmente el contrato, mientras esta no lo haya liquidado unilateral o bilateralmente. […] No obstante, la Sala encuentra que el punto de partida de la pérdida de competencia que se fijó jurisprudencialmente es susceptible de ser revisado, a partir del empleo de un criterio de interpretación que resulte coherente con los efectos procesales que el legislador fijó la presentación de la demanda. […] [L]a demanda produce numerosos e importantes efectos jurídicos materiales que equivalen, en general, a un reforzamiento o intensificación, desde el punto de vista del actor, de una situación jurídica sustantiva. Este reforzamiento se produce creando consecuencias que originalmente no existían, como la constitución en mora, o conservando consecuencias que existían, pero estaban en trance de desaparecer. La consecuencia típica de conservación es la que produce la presentación de la demanda, al interrumpir la prescripción. Al efecto, el Artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el decreto 2282 de 1989, aplicable a la presente controversia, […] Frente al vacío que se pretende colmar se hace necesario un ejercicio de integración normativa que esté mas (sic) acorde con los efectos que la legislación procesal le atribuye a la presentación de la demanda, y que no están condicionados a su notificación. Desde este enfoque, la Sala declarará que la Administración perdió competencia para liquidar el contrato en forma unilateral, a partir de la fecha en que se presentó la demanda que pretendió su liquidación judicial.*»*

En armonía con lo anterior, se podrá, entonces, interponer una demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo solicitando la liquidación judicial del contrato mediante el medio de control de controversias contractuales, en los términos del artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–. La demanda debe ser presentada dentro del término que establece el artículo 164 del CPACA, pues de lo contrario operará el fenómeno de la caducidad, por lo cual no sería posible realizar la liquidación del contrato por ningún medio.

En este punto, vale la pena aclarar que en relación con el término de caducidad para demandar en aquellos contratos que requieran liquidación, la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado ha determinado 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 la suma de los seis meses que trata en artículo 11 de la Ley 1150 de 2011.

Así las cosas, es claro que el ordenamiento jurídico vigente permite la liquidación unilateral, bilateral incluso judicial una vez vencido el plazo establecido por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. En otras palabras, la liquidación final de los contratos estatales tiene un ámbito temporal que empieza con la terminación del contrato y comprende el período contractual pactado por las partes o supletivo legal –de 4 meses– para la liquidación bilateral, más el período legal para la liquidación unilateral –de 2 meses–, más el plazo de dos años para hacerlo de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de que se solicite la liquidación judicial.

Por tanto, si se trata de un contrato en el cual no existe pacto sobre el término para la liquidación bilateral, el término supletivo aplicaría, y se podría liquidar el contrato dentro de los 4 meses siguientes a su terminación de manera bilateral, dentro de los 2 meses siguientes a ellos de manera unilateral por la entidad, más un plazo de 2 años para la liquidación unilateral, bilateral o judicial: para un total de 2 años y 6 meses. Estos términos pueden verse modificados si las partes acuerdan un plazo mayor o menor para realizar la liquidación de mutuo acuerdo, con lo cual dejaría de estar incluido el término supletivo de la Ley 1150 de 2007.

En suma, 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 parcial, debe hacerse en el término que estipulen las partes o, en su defecto, dentro del término supletivo de cuatro meses. La segunda se debe practicar dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término que acuerden las partes, o ante el silencio de estas, luego de los cuatro meses para realizar la liquidación bilateral, sin que esta se efectúe. Finalmente, la tercera la realiza el juez contencioso administrativo o un tribunal arbitral dentro de un proceso judicial de controversias contractuales y puede darse con ocasión de una demanda del interesado solicitando dicha liquidación y para ello existe un plazo máximo de 2 años contados a partir de los dos meses establecidos en la Ley para realizar la liquidación unilateral, de conformidad con la citada sentencia de unificación del Consejo de Estado.

# 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 Administrativo.[[15]](#footnote-16)

La demanda debe ser presentada dentro del término que establece el artículo 164[[16]](#footnote-17) 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 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 26[[17]](#footnote-18) y 51[[18]](#footnote-19)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.

# Límite temporal a la potestad sancionadora en los contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Procedencia de la imposición de la cláusula penal pecuniaria durante el trámite de liquidación judicial.

Explicado lo anterior, que es fundamental para entender las siguientes consideraciones, esta Agencia en reiteradas ocasiones ha señalado que el límite temporal para la imposición de la cláusula penal pecuniaria debe definirse con fundamento en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que es la norma vigente que actualmente asigna esta potestad a las entidades estatales y define los límites frente a su aplicación. En este sentido, la Ley 1150 de 2007 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 y hacer efectiva la cláusula penal siempre que «se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista». En lo pertinente, el artículo 17 prescribe lo siguiente:

«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 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*» [Énfasis fuera de texto].

Lo anterior quiere decir, como se desprende de su literalidad, que la entidad puede imponer las multas y cláusula penal pactadas en el contrato, mientras esté pendiente la ejecución de las obligaciones del contratista, lo que define el límite temporal para hacerlo. De hecho, no condicionó la aplicación de estas sanciones 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 verificarse después del plazo pactado para la ejecución y en caso de no cumplir en las condiciones acordadas la entidad tiene la facultad para conminar al contratista incumplido. En segundo lugar, como se explicó ampliamente en el acápite anterior, si vencido el plazo de ejecución el contratista no cumple, la obligación no se extingue, pues de acuerdo con el artículo 1625 del Código Civil el vencimiento del plazo contractual no es un modo de extinguir las obligaciones, salvo pacto en ese sentido. Por tanto, la obligación continuará pendiente y el contratista estará en mora de cumplir por no haberlo hecho en el plazo acordado. Esto indica que lo que terminó fue el plazo de ejecución, pero la obligación todavía está pendiente de cumplimiento y el contratista podría hacerlo tardíamente con las consecuencias gravosas que esto implica[[19]](#footnote-20) No obstante, la entidad deberá determina si, inclusive, con el cumplimiento tardío aún se satisface el interés público.

Así las cosas, 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 […]», la Administración podrá imponer las multas y hacer efectiva la cláusula penal inclusive después de vencido su plazo de ejecución, siempre que las obligaciones estén pendientes de cumplirse. De esta manera, la entidad podrá hacer uso de estas facultades para procurar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, precisamente cuando advierta su incumplimiento y con la finalidad de conminarlo a su efectivo acatamiento.

En armonía con lo anterior, el Consejo de Estado, al estudiar casos bajo la vigencia del Decreto-Ley 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. Así, el artículo 17 de esa Ley prescribe, de manera expresa, que la competencia para imponer sanciones

–multas y cláusula penal, especialmente– procede mientras esté pendiente la ejecución de las obligaciones del contratista, coincidiendo con la postura indicada anteriormente, que es la que ha reiterado esta Subdirección:

*«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»*.

En los términos indicados, dependiendo del régimen jurídico que rija cada contrato (Decreto-ley 222 de 1983, Ley 80 de 1993 o ley 1150 de 2007), el problema de la temporalidad para ejercer el poder de declaración unilateral del incumplimiento tiene diversas respuestas, según se sea: la caducidad, las multas o la cláusula penal pecuniaria.

[…]

*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 concreto»22. (Cursiva fuera del original).

Es importante precisar que, con el vencimiento del plazo de ejecución, solo es posible imponer las multas y la cláusula penal mientras esté pendiente el cumplimiento de las obligaciones. Aunque cabe aclarar que la competencia temporal del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 no se extiende a la declaratoria de caducidad, pues –además que la norma citada no contempla expresamente este último supuesto y que esta disposición es de interpretación restrictiva– el Consejo de Estado, en *sentencia de unificación jurisprudencial*, indicó que dicha sanción solo puede declararse durante el plazo de ejecución, porque de acuerdo con la naturaleza de esta potestad exorbitante, el incumplimiento al que se refiere debe valorarse durante este término[[20]](#footnote-21). Esta tesis unificada en la sentencia citada, es la vigente de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que empezó a formarse desde el 2008, la cual expresa que la caducidad del contrato se declara durante la ejecución y mientras esté vigente el contrato y no durante la etapa de liquidación. Siguiendo este mismo criterio, el Consejo de Estado, en sentencias con radicado

20.342 de 2013[[21]](#footnote-22) y 32.492 de 2015[[22]](#footnote-23), estableció un requisito legal para declarar la caducidad del contrato es que el plazo no haya expirado, pues si es así, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los fines del artículo 18 de la Ley 80, que dispone: «[…] *la entidad contratante tome posesión de la obra o continué inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través de garante o de otro contratista*».

Es importante precisar frente a la competencia temporal para la imposición de potestades exorbitantes que, si el contrato fue liquidado, la Administración no podrá imponer sanciones pecuniarias al contratista incumplido, como las multas, toda vez que –encontrándose las partes a paz y salvo– finaliza la relación contractual y, por tanto, las entidades pierden competencia para ejercer sus prerrogativas. Por tanto, es posible que la entidad pública reciba las prestaciones adeudadas pese a la mora del contratista en el cumplimiento de las obligaciones. Esto sin perjuicio de la competencia que –en razón de la exigibilidad de las obligaciones derivada del vencimiento del plazo de ejecución– tienen las entidades públicas para sancionar pecuniariamente la falta de cumplimiento oportuno del deudor, como es el caso de la imposición de la cláusula penal.

Ahora bien, esta Subdirección es consciente que la problemática relativa al límite temporal para la imposición de multas y de la cláusula penal pecuniaria no es pacífica tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sino que es un asunto que ha tenido un álgido debate. En este sentido, a diferencia de lo indicado frente al límite para ejercer la potestad exorbitante de la caducidad, que se fundamenta en normas diferentes a la potestad para imponer multas y la cláusula penal, frente a la caducidad existe una sentencia de unificación jurisprudencial que logró cerrar el debate que también existía frente a dicho asunto, en relación con el límite temporal para declararla, estableciéndose que solo procede durante el plazo de ejecución pactado en el contrato, para lo cual el Consejo de Estado interpretó con fuerza de autoridad el artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, lo mismo no sucede en relación con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, frente al límite temporal para la imposición de multas y la cláusula penal, estando dividida la doctrina y la jurisprudencia frente a dos posibles posturas, siendo la primera de ellas la defendida por esta Agencia en el sentido de que procede mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, independientemente de que esté vigente el plazo de ejecución pactado en el contrato. Sin embargo, la segunda postura, también defendida por la jurisprudencia, señala que la imposición de las multas y cláusula penal solo puede realizarse mientras esté vigente el plazo de ejecución pactado en el contrato, apreciación que se realiza con particular énfasis, en relación con las multas.

Esta última postura es la que subyace a la sentencia del 1 de febrero de 2018 del Consejo de Estado, donde se afirma, específicamente, en relación con la imposición de *multas* que solo es posible realizarla mientras esté vigente el plazo de ejecución pactado en el contrato, mientras que, tratándose de la declaratoria de incumplimiento con miras a la imposición de la cláusula penal, la Alta Corporación valida la posibilidad de que esto se haga luego de haber vencido el plazo del contrato cuando que el contratista no haya cumplido. En dicha providencia, pese a reconocerse que este es un asunto donde la jurisprudencia del Consejo de Estado ha estado dividida, considera que la postura actual mayoritaria consiste en la defendida en dicha providencia. En efecto, en la decisión judicial mencionada se afirmó:

«El Consejo de Estado, a propósito de su diferencia con la función resarcitoria - encaminada a reparar las consecuencias de la inejecución- o indemnizatoria que puede entrañar la sanción inmersa en la cláusula penal pecuniaria propiamente, de manera reiterada ha destacado que la multa “*se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración (…) con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que*

*vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual”.*

Semejante ha sido el entendimiento dispensado por esta Subsección frente a la figura de las multas al sostener que “*tienen naturaleza conminatoria –sancionatoria y no indemnizatoria*”.

Atendiendo a esa misma lógica, en lo que atañe a la cláusula penal como mecanismo indemnizatorio de perjuicios, esta Subsección ha discurrido que la declaratoria de incumplimiento encaminada a hacer efectiva aquella podrá realizarse luego de vencerse el plazo contractual, autorización que, como se anotará en el acápite siguiente, no podrá hacerse extensiva en el evento en que esa declaratoria se produzca con miras a imponer una multa: “… *la Administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que se haya vencido el plazo contractual, sin que éste hubiere ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, únicamente como medida para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria*”[[23]](#footnote-24)

[…]

A propósito de esta cuestión, conviene reiterar que, en observancia de la tesis jurisprudencial dominante sobre la materia, la medida analizada, cuya finalidad, en esencia, es fungir como herramienta de apremio o acoso dirigida a compeler al contratista para el cumplimiento del objeto contractual en la forma y tiempo acordados, debe instrumentarse dentro del plazo contractual y a condición de que no se hubiera superado la situación constitutiva de incumplimiento.

Solo de esa manera resultaría posible materializar correlativamente y de forma legítima el poder de autotutela del ente estatal contratante, traducido en la eficiente y efectiva labor de supervisión y control que se le impone ejercer durante la ejecución en su calidad de director del contrato, gestión que al tiempo procura obtener la satisfacción de las actividades encomendadas al colaborador particular. En efecto, el recto ejercicio del poder conminatorio, que por naturaleza entraña la multa, necesariamente supone su adopción en un plano temporal dentro del cual resulte posible lograr el cabal y

oportuno cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, según las condiciones pactadas tanto al inicio como a lo largo de la dinámica contractual.

En contraposición, si se avalara la utilización de esta herramienta conminatoria vencido el plazo contractual, simultáneamente se estaría convalidando la conducta tardía, desdeñosa y deficiente del deber de vigilancia y control que se demanda al ente público en función del interés colectivo que se pretende satisfacer con la celebración del negocio jurídico y que por esta precisa circunstancia se le impone adelantar con apego a los principios de celeridad, eficiencia, eficacia inherentes a la función administrativa envuelta en el tráfico negocial de la Administración»[[24]](#footnote-25).

Una postura similar a la anterior también fue asumida por el Consejo de Estado en la Sentencia del 23 de octubre de 2017 –exp. 53.206– y en la sentencia del 2 de noviembre de 2016 –exp. 33.396–. En todo caso, esta Subdirección, como se afirmó anteriormente, considera que, lo relativo al límite temporal para la imposición de multas no es aún un tema pacífico en la jurisprudencia ni en la doctrina actual, donde se encuentran pronunciamientos en ambos sentidos, sin que hasta el momento exista una sentencia de unificación jurisprudencial que logre definir una posición del debate y la cual se considera necesaria para brindar seguridad jurídica. No obstante, la competencia temporal para hacer efectiva la cláusula penal si se trata de un tema en el que existe consenso, en torno a la postura que avala su imposición por fuera del plazo del contrato mientras se mantengan prestaciones incumplidas.

Esta postura es compartida por la doctrina nacional, desde donde se ha manifestado que

«La expedición del acto administrativo que haga efectiva la cláusula penal pecuniaria no está supeditada a que se haga durante la vigencia del plazo pactado para la ejecución del contrato habida cuenta que la confirmación acerca de la completa y cabal satisfacción del contrato y de sus prestaciones, se puede evidenciar en la mayoría de las veces una vez dicho plazo se haya vencido […]»[[25]](#footnote-26).En efecto, además de lo señalado en el anterior de pie de página, la doctrina ha considerado que actualmente, con fundamento en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, es posible imponer la cláusula penal, mientras exista el objeto contractual y este se esté ejecutando, pese a que hubiera vencido el plazo establecido en el contrato:

«Las multas deben ser impuestas oportunamente, expresión con la cual se quiere significar que tan pronto se incurra en la causal prevista en el contrato, se debe dar inicio al proceso administrativo de sanción. Una de las grandes discusiones en el régimen anterior era la posibilidad de imponer las multas por fuera del plazo contractual,

pues la jurisprudencia colombiana sostenía que las potestades exorbitantes, incluida la de imponer multas debía ejercerse únicamente durante la vigencia del contrato. En mi criterio, tal conclusión era ajena a la sindéresis de la potestad, pues las potestades eran instituidas para el control y la dirección de la ejecución del contrato, lo que me permitía concluir que dichas potestades son del objeto contractual y no del plazo. De ahí que mientras existiera el objeto contractual y el contratista estuviera ejecutando sus obligaciones, se podía imponer la multa por transgresión de una de las obligaciones del contrato para la cual se hubiera previsto la sanción.

Con la nueva regulación, tal discusión fue saldada, pues el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 señala que las multas se impondrán mientras se estén ejecutando las obligaciones, es decir, mientras exista objeto contractual.

[…]

*Igualmente, el legislador ha solucionado el problema de la cláusula penal en el tiempo, pues al igual que la multa, podrá hacerse efectiva fuera del plazo, siempre que el contrato se esté ejecutando, “procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista*” (art. 17 de la Ley 1150 de 2007)» (Énfasis fuera de texto)[[26]](#footnote-27).

En un sentido similar al anterior, el Consejo de Estado ha reconocido la posibilidad de que los contratistas ejecuten obligaciones por fuera del plazo de ejecución pactado en el contrato, y que, incluso, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, puedan hacer uso de sus potestades para «declarar el incumplimiento de la obligación e imponer el pago de los perjuicios causados por entregar fuera del plazo». En efecto, dicha Corporación expresó:

«[…] si un contratista cumple con sus obligaciones contractuales por fuera del plazo de ejecución, y la entidad decide recibir la prestación que se le adeuda, resulta lógico que el contratista tenga el derecho de recibir la contraprestación de las prestaciones ejecutadas y recibidas a satisfacción. Lo anterior no implica que las entidades estatales estén obligadas a recibir las prestaciones ejecutadas fuera del plazo de ejecución. Tampoco quiere decir lo anterior que todas las obras ejecutadas fuera del plazo deban ser pagadas. De la misma manera, *lo sostenido no significa que las entidades no puedan ejercer sus poderes excepcionales para declarar el incumplimiento de la obligación e imponer el pago de los perjuicios causados por entregar fuera del plazo.* Menos aún, que no se puedan reclamar judicialmente tales perjuicios o que las partes no puedan realizar acuerdos sobre este asunto en la etapa de liquidación del contrato»[[27]](#footnote-28). (Cursiva fuera del original).

Teniendo en cuenta los antecedentes anteriores, que dan cuenta que este asunto aun no es pacífico en la jurisprudencia, y tampoco en la doctrina, ante la falta de una decisión que defina el debate con fuerza de precedente judicial vinculante, como sería una sentencia de unificación jurisprudencial, esta Subdirección considera que el asunto debe resolverse conforme con la interpretación más adecuada del contenido del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y acorde con el régimen general de las obligaciones. En tal sentido, esta Subdirección reitera la tesis que se desarrolló con anterioridad en el sentido de que las multas pueden imponerse «mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista», ya que es lo que establece la ley, es decir, el artículo 17 indicado, con independencia de que el plazo de ejecución pactado en el contrato esté o no vigente, pues dicho artículo no estableció una limitación en tal sentido. Además, considerando que el fin de la cláusula penal también es predicable una vez vencido el plazo pactado en el contrato, acorde con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, también sería posible su imposición luego de vencido el plazo pactado en el contrato, puesto que es posible que el acreedor –la entidad estatal– exija una tasación anticipada de perjuicios de las obligaciones incumplidas, pues estas no se extinguen con la finalización del plazo pactado en el contrato.

De este modo, si al vencimiento del plazo pactado en el contrato, el contratista faltó a sus obligaciones, la Administración podrá adelantar un proceso sancionatorio con la finalidad de declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada, de acuerdo con las circunstancias específicas de cada negocio jurídico, atendiendo a los términos en que se haya pactado dicha cláusula contractual. Esto comoquiera que, a partir de lo regulado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la competencia temporal para la imposición de la multa o cláusula penal pecuniaria por parte de la entidad está condicionada a la existencia de obligaciones que no se hayan ejecutado cabalmente y, por tanto, esté pendiente su ejecución, lo que deberá definirse en cada caso en concreto. En tal sentido, no es posible establecer un término general para el ejercicio de la competencia para la imposición de la multa o cláusula penal pecuniaria, lo cual obedecerá a las circunstancias de cada contrato, valoración que corresponderá realizar a cada entidad estatal.

Ahora bien, en aras de responder a la consulta planteada, resulta necesario precisar que si el contrato fue objeto de liquidación sin pendientes –quedando las partes a paz y salvo–, la entidad ya no podrá́ hacer efectivo su poder sancionatorio sobre el contratista incumplido, toda vez que la liquidación finiquita la relación jurídico negocial 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 2007.No obstante, la entidad estatal no pierde competencia para imponerle 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 la 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 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 cláusula penal pecuniaria.

Razonar en forma contraria; es decir, afirmando que la entidad no puede aplicar esta sanci on 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 negativo[[28]](#footnote-29) y ii) revocación directa[[29]](#footnote-30) 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 2007[[30]](#footnote-31).

Con todo, no sobra aclara que, 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 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.

Sin perjuicio lo anterior, también es importante mencionar que, de acuerdo con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a las entidades estatales les corresponde adelantar el procedimiento administrativo sancionador de forma expedita. De hecho, el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 –Estatuto Anticorrupción– dispone que «Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido […]», la cual «[…] podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales […]». Estas reglas marcan el inicio del plazo de caducidad de la potestad sancionadora del Estado, el cual comienza a contarse desde la ocurrencia del presunto incumplimiento contractual en cualquiera de las tres (3) modalidades consagradas en el artículo 1613 del Código Civil[[31]](#footnote-32). En cada una de estas situaciones, dependiendo de las particularidades del caso concreto, la entidad determinará si el incumplimiento tiene naturaleza continuada o no, citando la audiencia a la mayor brevedad con el fin de expedir y notificar la decisión en el plazo perentorio e improrrogable del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011.

# Respuesta

«[¿] Si se vence el plazo de la ejecución de un contrato estatal y el contratista demanda la liquidación judicial ¿La Entidad pierde competencia para realizar alguna actuación en el marco del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, si desea hacer efectiva la cláusula penal?»

Conforme a lo expuesto, la presentación de demanda promovida por el contratista con la pretensión de la liquidación judicial del contrato no hace que la entidad estatal contratante pierda competencia para hacer efectiva 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.

Texto

Descripción generada automáticamente

Elaboró: Melissa Fernández Reinoso.

Analista T2-2 de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo

Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Subdirectora de Gestión Contractual

1. Estos conceptos pueden ser consultados en la relatoría de la Agencia en el siguiente enlace:

   [https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos#](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos) [↑](#footnote-ref-2)
2. «La última formalidad que deben cumplir los contratos de la Administración dentro del marco jurídico de la contratación estatal se refiere a la liquidación, definida, en principio, como un negocio jurídico bilateral cuyo objeto es la realización del corte de cuentas entre las partes contratantes, en el cual queda establecida la relación directa entre las prestaciones ejecutaras, el valor cobrado por las mismas y su cancelación por parte del deudor de estas, sin perjuicio de los descuentos económicos a que haya lugar con motivo de la aplicación de estipulaciones contractuales específicas.» EXPOSITO, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 89 y 90. [↑](#footnote-ref-3)
3. DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. La liquidación. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–, 2013, pp. 53-54. [↑](#footnote-ref-4)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. 20 de octubre de 2014, M.P: Enrique Gil Botero. Exp. 27.777. 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». [↑](#footnote-ref-5)
5. EXPOSITO VELEZ. Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal, p. 90. [↑](#footnote-ref-6)
6. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado No. 1453. Concepto de 6 de agosto de 2003. MP. Augusto Trejos. [↑](#footnote-ref-7)
7. El artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 prescribe: «Artículo 11. Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

   » En aquellos casos en que el contratista no se presente 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, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

   » 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.

   » Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo». [↑](#footnote-ref-8)
8. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de julio de 2013, radicado No. 25.642, Consejero Ponente Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-9)
9. Decreto 1082 de 2015 «Artículo 2.2.1.2.1.5.2. *Procedimiento para la contratación de mínima cuantía.* Las siguientes reglas son aplicables a la contratación cuyo valor no excede del 10% de la menor cuantía de la Entidad Estatal, independientemente de su objeto:

   »1. La Entidad Estatal debe señalar en la invitación a participar en procesos de mínima cuantía la información a la que se refieren los numerales 2, 3 y 4 del artículo anterior, y la forma como el interesado debe acreditar su capacidad jurídica y la experiencia mínima, si se exige esta última, y el cumplimiento de las condiciones técnicas exigidas […]». [↑](#footnote-ref-10)
10. Ley 80 de 1993 «**Articulo 39. De la forma del contrato estatal.** Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

    […]

    »Articulo 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

    »Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

    […]

    »Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito […]». [↑](#footnote-ref-11)
11. Ley 80 de 1993 «Artículo 77. De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de estas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil» […]». [↑](#footnote-ref-12)
12. Ley 80 de 1993 «Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio: […]

    »4o. Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato.

    »5o. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten […]». [↑](#footnote-ref-13)
13. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 28 de Junio de 2016. Radicación: 2253. C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-14)
14. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sala Plena. Auto del 1 de agosto de 2019. Exp. 62009. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-15)
15. 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». [↑](#footnote-ref-16)
16. «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;

    »[…]». [↑](#footnote-ref-17)
17. «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». [↑](#footnote-ref-18)
18. «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». [↑](#footnote-ref-19)
19. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 13 de septiembre de 1999. Rad. 10.264. C.P. Ricardo Hoyos Duque. No en vano, explica lo siguiente: «[…] 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». [↑](#footnote-ref-20)
20. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 12 de julio de 2012. Rad. 15.024. C.P. Danilo Rojas Betancourth. En esta medida, «[…] la Sala concluye que las entidades estatales no deben esperar a que se venza el plazo de ejecución del contrato para comprobar si hubo un incumplimiento total del mismo y decretar la caducidad; todo lo contrario: las normas que consagran la facultad de declarar la caducidad exigen que el plazo no haya expirado para declararla, puesto que el incumplimiento que esas normas requieren para decretar la caducidad es el de las obligaciones que se deben ir cumpliendo continuamente para llegar al cumplimiento del contrato en su totalidad. Así, en la medida en que se acredite el incumplimiento de obligaciones que son fundamentales para la realización del objeto contratado, la entidad estatal, con un proceder diligente, advertirá que la prestación principal, el objeto del contrato, no será satisfecho dentro del plazo de ejecución y, por tal motivo, decretará la caducidad». [↑](#footnote-ref-21)
21. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de enero de 2013. Rad. 20342. C.P.: Mauricio Fajardo

    Gómez [↑](#footnote-ref-22)
22. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de mayo de 2015. Rad. 32.492. C.P. Consejero Ponente:

    Olga Melida Valle de de la Hoz. [↑](#footnote-ref-23)
23. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 13 de marzo de 2013, Exp. 20.628, C.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-24)
24. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 1 de febrero de 2018. Exp. 52.549. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-25)
25. DÁVILA VINUEZA. Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 689 y 695. [↑](#footnote-ref-26)
26. PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8ª edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2020. p. 607 y 615. [↑](#footnote-ref-27)
27. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 18 de noviembre de 2021. Exp. No. 61.641. C.P. Alberto Montaña Plata. [↑](#footnote-ref-28)
28. » 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). [↑](#footnote-ref-29)
29. «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). [↑](#footnote-ref-30)
30. 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.

    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. [↑](#footnote-ref-31)
31. El artículo 1613 del Código Civil dispone que «La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de *no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento*.

    » Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente» (Cursiva fuera de texto). [↑](#footnote-ref-32)