**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Multas – Cláusula penal – Imposición unilateral**

Por su parte, la imposición unilateral de la multa o la cláusula penal–, por el contrario, cuentan con una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que, si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato. No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al EGCAP –Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus modificaciones–, por ministerio de la ley –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, se entienden investidas de la prerrogativa de imposición unilateral.

**PLAZO DEL CONTRATO ‒ Exigibilidad de las obligaciones – Extinción de los derechos – Diferencias**

Particularmente, el plazo es una de las modalidades por la cual las obligaciones dejan de ser puras y simples. De hecho, la regla general es que el nacimiento del derecho sea concomitante con su exigibilidad, lo que repercute en el cumplimiento inmediato de la prestación debida. Sin embargo, con las cláusulas relativas al plazo, usuales en los contratos estatales, las partes modulan cualquiera de estos dos (2) elementos haciendo que las obligaciones sean exigibles o que los derechos se extingan con el vencimiento de un periodo determinado en el contrato.

Esta precisión es relevante para el tema objeto de consulta, puesto que es necesario tener en cuenta la diferencia entre los efectos de los plazos suspensivos y resolutorios. Los primeros tienen por objeto suspender la exigibilidad de las obligaciones, por lo que una vez vencido pasan a ser puras y simples, de forma tal que el acreedor puede reclamar el cumplimiento inmediato de las prestaciones. En esta medida, “Cuando hay plazo suspensivo pendiente, el derecho respectivo ya ha nacido, tiene existencia real y útil. Lo que falta es solo la llegada del instante en que ese derecho puede ejercitarse, y consecuentemente, obligar al deudor”. En contraste, los segundos tienen por efecto extinguir los derechos y las obligaciones nacidas del contrato, por lo que estando pendiente el vencimiento, la exigibilidad de las prestaciones es inmediata y el acreedor puede solicitar su cumplimiento, pero una vez se agota el plazo, el contrato pierde sus efectos.

(…)

En todo caso, frente a cada contrato debe analizarse si se pactó un plazo suspensivo o extintivo, de conformidad con el régimen de las obligaciones establecido en el Código Civil, normas que se aplican a los contratos estatales, por la remisión realizada por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993. Esto sucede tanto cuando se pactan entregas parciales como cuando la entidad recibe el objeto al finalizar el plazo pactado, porque la exigibilidad de las obligaciones está suspendida mientras cada uno de estos términos esté pendiente: la Administración solo podrá exigir el cumplimiento cuando venza el plazo pactado, pues solo a partir de ese momento las obligaciones son puras y simples.

**CONTRATOS ESTATALES ‒ Plazo suspensivo – Plazo extintivo – Exigibilidad – Extinción de las obligaciones – Régimen de las obligaciones**

De hecho, la llegada o vencimiento del plazo suspensivo no extingue el contrato ni las obligaciones derivadas del vínculo jurídico, ya que, al contrario, lo que se requiere es precisamente su ejecución. Lo contrario equivale a afirmar que, si las obligaciones no se cumplen oportunamente, la entidad pierde el derecho a obtener el pago de la prestación debida, cuando considera que pese a su extemporaneidad se requiere su ejecución efectiva. Esta conclusión no solo sería contraria al interés público como fin de la contratación estatal, sino que desconoce la normas sobre el pago de los artículos 1626 y siguientes del Código Civil, razón por la cual, sin perjuicio de la responsabilidad del contratista por el cumplimiento extemporáneo, la entidad puede recibir lo que ejecute el contratista después de vencido el plazo del contrato, lo que se extiende a la exigibilidad de lo que está pendiente por cumplir.

(…)

Lo anterior demuestra que, sin perjuicio de la responsabilidad contractual, el vencimiento del plazo de ejecución no impide que la entidad reciba las tareas realizadas fuera de este término ni equivale a la imposibilidad de que el contratista realice prestaciones extemporáneas. Lo anterior se fundamenta en que el principal modo de extinción de las obligaciones es el pago efectivo, el cual define el artículo 1626 del Código Civil como “la prestación de lo que se debe”. Este pago puede ser oportuno o extemporáneo. En este último caso, ni el contrato se extingue ni la entidad pierde la oportunidad para recibir el objeto contratado, pues al cumplimiento in natura se suma la responsabilidad contractual por “no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento” –art. 1613 ibidem–. Para estos efectos el vencimiento del término produce la mora ex re, caso en el cual se exceptúa la obligación de reconvenir en la medida que el plazo interpela por sí mismo –art. 1608.1 ibidem–. Además, aunque la doctrina considera que la enumeración del artículo 1625 ibidem no es completa, el único plazo que elimina la fuerza obligatoria del contrato es el extintivo. Esto significa que ante el vencimiento de un plazo suspensivo –como se pacta usualmente en los contratos estatales– las obligaciones del contratista subsisten mientras no se extingan por el cumplimiento de la prestación adeudada.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Definición – Objetivo**

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 bien obras o servicios, así como el balance económico y el comportamiento financiero del negocio.

 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.

**MULTAS Y CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA– Competencia temporal – Vencimiento del plazo – Procedencia**

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 vigor 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.”

**MULTAS Y CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA– Competencia temporal – Vencimiento del plazo – Debate jurisprudencial – Ausencia de unificación – Postura de la Agencia**

[La] 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 EGCAP 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”. (…)

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 sise 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. No obstante, la entidad deberá determinar si, inclusive, con el cumplimiento tardío aún se satisface el interés público.

**POTESTAD SANCIONATORIA – Controversias contractuales – Liquidación– No se pierde competencia**

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 sancionar el incumplimiento, incluso después de la liquidación del contrato, pues con esta tan sólo se definió la situación en la que quedan los contratantes, luego de la ejecución del contrato, y en la respectiva acta de liquidación se pueden consagrar salvedades, en el sentido de disponer cuánto se adeudan las partes, 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, por lo que después de la liquidación, si en ella se consignaron las respectivas salvedades o aclaraciones en donde de forma clara y concreta se relacionen las obligaciones que, a su juicio, quedaron pendientes durante la ejecución del contrato. (…)

De este modo, si en el acta de liquidación se dejó constancia de obligaciones pendientes de cumplimiento para declarar a las partes a paz y salvo, 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 dichas obligaciones en la liquidación del contrato.

Bogotá D.C., 7 de septiembre de 2023.

Señora

Valery Juliana Basante López

Mocoa, Putumayo

 **Concepto C ‒ 329 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Multas – Cláusula penal – Imposición unilateral / PLAZO DEL CONTRATO ‒ Exigibilidad de las obligaciones – Extinción de los derechos – Diferencias / CONTRATOS ESTATALES ‒ Plazo suspensivo – Plazo extintivo – Exigibilidad – Extinción de las obligaciones – Régimen de las obligaciones / MULTAS Y CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA– Competencia temporal – Vencimiento del plazo – Procedencia / MULTAS Y CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA– Competencia temporal – Vencimiento del plazo – Debate jurisprudencial – Ausencia de unificación – Postura de la Agencia / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Definición – Objetivo / POTESTAD SANCIONATORIA – Controversias contractuales – Liquidación– No se pierde competencia |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20230627012732 |

Estimada Señora Basante:

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 de 27 de junio de 2023.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente consulta: “SE PUEDE REALIZAR EL TRAMITE DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DESPUES DE HABER DECLARADO LA LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO.?” (Sic).

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente tiene competencia para atender consultas relativas a temas contractuales, pero solo para “absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”[[1]](#footnote-2). En ese sentido, esta Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá su consulta previo al análisis de los siguientes temas: i) el régimen sancionatorio en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública; ii) el plazo de los contratos; iii) la liquidación de los contratos estatales; iv) el límite temporal para el ejercicio de las potestades sancionatorias de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en particular, frente a la imposición de la cláusula penal, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 posterior a la liquidación del contrato.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se refirió al régimen sancionatorio en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – en adelante EGCAP, en los Conceptos C-147 del 17 de marzo de 2020, C-219 del 29 de abril de 2020, C-434 del 29 de julio de 2020, C-569 del 31 de agosto de 2020, C-641 del 4 de noviembre de 2020, C-060 del 8 de marzo de 2021, C-528 del 5 de abril de 2021, C-420 del 25 de agosto de 2022, C- 720 del 25 de enero de 2022, C-125 del 24 de marzo de 2022, C-193 del 12 de abril de 2022 y C-085 del 29 de abril de 2022, [C-866 del 20 de diciembre de 2022](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-866%20de%202022), [C-034 de 09 de marzo de 2023](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-034%20de%202023), C-140 del 13 de junio de 2023 y C-227 de 7 de julio de 2023, entre otros. La Agencia también ha analizado los plazos en los contratos estatales, de acuerdo con las normas, jurisprudencia y doctrina aplicable, en el concepto C-432 del 27 de julio de 2020 y en el C-646 del 9 de noviembre de 2020.

Igualmente, esta Agencia 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-747 del 8 de noviembre de 2022, C-739 de del 29 de noviembre de 2022, C- 176 de 3 de mayo de 2023, C-158 del 6 de junio de 2023 y C-209 21 de junio de 2023. Finalmente, sobre el límite temporal para la imposición de multas y cláusula penal la Agencia ha emitido los conceptos 4201911000005276 del 21 de agosto de 2019 –radicado de salida 2201913000006049–, el cual se ha reiterado y desarrollado en los conceptos 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, C-327 del 1 de junio de 2021 y C-227 del 7 de julio de 2023, entre otros[[2]](#footnote-3). Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

**2.1. Régimen sancionatorio en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**

Durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales sometidas al EGCAP usualmente cuentan con distintas potestades exorbitantes o excepcionales y otras unilaterales, con base en las cuales ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de vigilancia y control. Entre dichas potestades se encuentran: i) las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, concepto que - además del sometimiento a las leyes nacionales - incluye la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión. Dichas prerrogativas se desarrollan en los artículos 15 a 19 *ibidem*, ii) Otras disposiciones también establecen algunas potestades, como la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro –artículos 7 y 11 de la Ley 1150 de 2007–. Dentro de las potestades unilaterales también se encuentra iii) la *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–.

Las primeras, esto es, las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, son estipulaciones que se encuentran incorporadas en los contratos de concesión, obra, prestación de servicios públicos, aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal y los relacionados con el programa de alimentación escolar –según lo dispuso la modificación realizada por el artículo 52 de la Ley 2195 de 2022–. En tales contratos, sin importar si se incorporaron o no dentro de estos, las exorbitancias se entienden incluidas por el ministerio de la ley, como lo dispone el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

En relación con dichas cláusulas, al analizarse el régimen sancionatorio contractual, toda vez que hace parte del objeto de la consulta, se procede a destacar la cláusula excepcional de caducidad, pues es la sanción más severa que existe en la contratación estatal, y se impone al contratista cuando incurre en un incumplimiento de sus obligaciones, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. Su propósito consiste en sancionar al contratista y, a su vez, permitirle a la entidad continuar con la ejecución por otros medios, señalados en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. En cuanto a la oportunidad para su imposición, el Consejo de Estado precisó:

“[…] al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico –que aquí claramente coinciden–, constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que “la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista…” y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado”[[3]](#footnote-4).

Las consecuencias jurídicas que se generan con la caducidad son: i) la terminación del contrato, ii) la iniciación del trámite de liquidación bilateral –y unilateral, si fracasa la bilateral–, iii) la inhabilidad sobreviniente por cinco años, iv) la efectividad de la garantía única de cumplimiento y v) el reporte en el SECOP, a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio donde el contratista esté inscrito con el propósito de incluir la anotación en el Registro Único de Proponentes.

Los presupuestos para declarar la caducidad están establecidos en los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993. En primer lugar, el artículo 18 establece los siguientes requisitos para su procedencia: i) debe acreditarse el *incumplimiento* de alguna o algunas de las obligaciones del contratista, con todos los elementos que configuran el “incumplimiento”, ii) dicho incumplimiento debe afectar de manera *grave* y *directa* la ejecución del contrato, y iii) además, debe evidenciar la posibilidad de conducir a la paralización de la ejecución del contrato. En segundo lugar, deben acreditarse los requisitos genéricos establecidos en el artículo 14 de la Ley 80 para el uso de potestades exorbitantes, de manera que solo puede ejercerse en los contratos en que es posible su pacto o en los que se entiende pactada por mandato directo de la ley, como se explicó anteriormente. En tercer lugar, de acuerdo con la postura decantada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, por ejemplo, la citada anteriormente, se añade el requisito de que solo es posible declarar la caducidad del contrato mientras el plazo de ejecución pactado no haya expirado.

Por su parte, la imposición unilateral de la multa o la cláusula penal–, por el contrario, cuentan con una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que, si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato[[4]](#footnote-5). No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al EGCAP –Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus modificaciones–, por ministerio de la ley –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, se entienden investidas de la prerrogativa de imposición unilateral.

En efecto, tratándose de las multas, en cumplimiento del principio de tipicidad, las partes deben determinar en forma pormenorizada las acciones u omisiones objeto de sanción y el monto de la sanción a imponer, el cual, en todo caso, debe atender los criterios de proporcionalidad y razonabilidad. En esa línea se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“De otro lado, según se ha expuesto, otras sanciones contractuales, como la multa y la cláusula penal, mantienen la libertad de pacto, es decir, que la ley no determina las conductas que las originan, y las partes pueden hacerlo con gran libertad -pero tampoco arbitrariamente-. Pese a este relajamiento del principio de legalidad fuerte, en todo caso se conserva el principio de tipicidad, según el cual las partes del negocio deben describir la conducta prohibida en la cláusula contractual. Además, también se mantiene el principio que impone que la conducta reprochable se establezca de manera previa a su realización –lex previa–, para evitar la arbitrariedad y el abuso de poder”[[5]](#footnote-6).

De igual forma, en otra oportunidad, el Consejo de Estado indicó que “el núcleo mínimo de este derecho exige que una norma –legal o contractual– contemple la falta y la sanción. Si ni siquiera lo hace el contrato, la Administración no puede imponer sanciones, so pena de violar el debido proceso”[[6]](#footnote-7). De otro lado, la Corte Constitucional precisó que la tipicidad hacía referencia a “la exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras”. [[7]](#footnote-8)

Por su parte, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, además de autorizar la imposición unilateral de multas, también precisa que la declaración de incumplimiento tiene como propósito “hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato”. En este punto, conviene resaltar lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado[[8]](#footnote-9), en relación con las diferencias entre las multas y la cláusula penal, esto es: “[a]unque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común –en lo sustancial–, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato”[[9]](#footnote-10).

En tal sentido, es importante destacar que la cláusula penal es un elemento accidental en los contratos estatales, porque se pacta de común acuerdo por las partes, de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad, al que remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Al respecto, la doctrina expresa: “La cláusula penal pecuniaria se constituye en una tasación anticipada de perjuicios ocasionados por el incumplimiento del deudor de la obligación principal del contrato […]”[[10]](#footnote-11). Asimismo, El Consejo de Estado plantea que: “Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que, aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio”[[11]](#footnote-12).

Estudiada la cláusula excepcional de caducidad y las potestades unilaterales de *imposición* de multas y la cláusula penal, corresponde analizar algunos aspectos sobre los plazos de los contratos estatales, para posteriormente, analizar el límite temporal para la imposición de la cláusula penal pecuniaria por parte de las entidades sometidas al EGCAP.

**2.2. “Plazos” en los contratos estatales**

Por ser relevante en torno al límite temporal para declarar el incumplimiento parcial o total de los contratos sometidos al EGCAP, previamente se analizarán los “plazos” y sus efectos en los contratos estatales. En este sentido, el artículo 1551 del Código Civil define el “plazo” como la época para cumplir una obligación. El plazo puede ser i) expreso o ii) tácito[[12]](#footnote-13). La doctrina define el “plazo” como un hecho futuro y cierto para el nacimiento o la extinción de un derecho, y elabora una clasificación de los plazos de la cual se destacan el plazo expreso y tácito, que complementa lo señalado en el Código Civil. Respecto del plazo expreso indica que es el señalado en términos explícitos, y el plazo tácito “[…] tiene lugar cuando no existe plazo expreso y la obligación no es susceptible de cumplirse inmediatamente […]”[[13]](#footnote-14).

 Así mismo, existe una clasificación del plazo, como cuando se fija una fecha o número de días para cumplir una obligación, denominado *plazo determinado o conocido*[[14]](#footnote-15); a diferencia del *plazo incierto o indeterminado*. Sin embargo, como lo plantea Tamayo Lombana, el plazo es un acontecimiento cuya llegada es cierta[[15]](#footnote-16). Además, el ordenamiento jurídico consagra otra clasificación del plazo, de acuerdo con la exigibilidad o extinción de las obligaciones, por lo que puede ser: a) suspensivo, cuando la obligación no puede exigirse antes del vencimiento; b) extintivo, que alude a las obligaciones sucesivas, en el que se pacta una extinción de estas. Finalmente, de acuerdo con el origen del plazo, este puede ser: a) convencional, en que las partes fijan el término; b) legal, cuando es establecido por el legislador; y c) judicial, cuando el juez puede restringir o ampliar el plazo[[16]](#footnote-17).

 Particularmente, el plazo es una de las modalidades por la cual las obligaciones dejan de ser puras y simples. De hecho, la regla general es que el nacimiento del derecho sea concomitante con su exigibilidad, lo que repercute en el cumplimiento inmediato de la prestación debida. Sin embargo, con las cláusulas relativas al plazo, usuales en los contratos estatales, las partes modulan cualquiera de estos dos (2) elementos haciendo que las obligaciones sean exigibles o que los derechos se extingan con el vencimiento de un periodo determinado en el contrato.

 Esta precisión es relevante para el tema objeto de consulta, puesto que es necesario tener en cuenta la diferencia entre los efectos de los plazos suspensivos y resolutorios. Los primeros tienen por objeto suspender la exigibilidad de las obligaciones, por lo que una vez vencido pasan a ser puras y simples, de forma tal que el acreedor puede reclamar el cumplimiento inmediato de las prestaciones. En esta medida, “Cuando hay plazo suspensivo pendiente, el derecho respectivo ya ha nacido, tiene existencia real y útil. Lo que falta es solo la llegada del instante en que ese derecho puede ejercitarse, y consecuentemente, obligar al deudor”[[17]](#footnote-18). En contraste, los segundos tienen por efecto extinguir los derechos y las obligaciones nacidas del contrato, por lo que estando pendiente el vencimiento, la exigibilidad de las prestaciones es inmediata y el acreedor puede solicitar su cumplimiento, pero una vez se agota el plazo, el contrato pierde sus efectos[[18]](#footnote-19). Sobre el particular, el Consejo de Estado explica que:

“Algunas obligaciones se contraen para ser cumplidas durante un plazo o en un día cierto, son las denominadas por la doctrina como *ex die* o *sub die* y otras se contraen para producir efectos hasta una época o día que se fija, las cuales se denominan *ad diem*, por tal razón, el plazo puede concebirse en función de la exigibilidad del pago o cumplimiento, o de la extinción del vínculo jurídico, diferenciándose así de las obligaciones puras y simples, las cuales no están sujetas a ninguna modalidad para su exigibilidad, es decir, nacen y se hacen exigibles en el mismo instante.

[…]

El plazo *ex die* o *sub die*, que la doctrina ha denominado término suspensivo, primordial o inicial, tiene como finalidad suspender la exigibilidad de las obligaciones en el tiempo hasta el acaecimiento del momento dispuesto, por ende su incumplimiento durante el interregno comprendido entre el surgimiento del vínculo jurídico y hasta antes del vencimiento del plazo, no conlleva consecuencias jurídicas, es decir, hasta antes de la llegada del plazo el derecho no puede exigirse”[[19]](#footnote-20).

Usualmente los plazos en los contratos estatales son suspensivos, sin perjuicio de que del contenido del contrato se deriven plazos parciales u obligaciones que deben cumplirse en términos específicos, establecidos, por ejemplo, en cronogramas para el cumplimiento de determinadas obligaciones. En todo caso, frente a cada contrato debe analizarse si se pactó un plazo suspensivo o extintivo, de conformidad con el régimen de las obligaciones establecido en el Código Civil, normas que se aplican a los contratos estatales, por la remisión realizada por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993[[20]](#footnote-21). Esto sucede tanto cuando se pactan entregas parciales como cuando la entidad recibe el objeto al finalizar el plazo pactado, porque la exigibilidad de las obligaciones está suspendida mientras cada uno de estos términos esté pendiente: la Administración solo podrá exigir el cumplimiento cuando venza el plazo pactado, pues solo a partir de ese momento las obligaciones son puras y simples.

De hecho, la llegada o vencimiento del plazo suspensivo no extingue el contrato ni las obligaciones derivadas del vínculo jurídico, ya que, al contrario, lo que se requiere es precisamente su ejecución[[21]](#footnote-22). Lo contrario equivale a afirmar que, si las obligaciones no se cumplen oportunamente, la entidad pierde el derecho a obtener el pago de la prestación debida, cuando considera que pese a su extemporaneidad se requiere su ejecución efectiva. Esta conclusión no solo sería contraria al interés público como fin de la contratación estatal, sino que desconoce la normas sobre el pago de los artículos 1626 y siguientes del Código Civil, razón por la cual, sin perjuicio de la responsabilidad del contratista por el cumplimiento extemporáneo, la entidad puede recibir lo que ejecute el contratista después de vencido el plazo del contrato, lo que se extiende a la exigibilidad de lo que está pendiente por cumplir. Lo anterior, en la medida que “El contrato no podrá considerarse definitivamente concluido hasta tanto ambas obligaciones y derechos principales, la entrega y recepción –o puesta a disposición– de la obra o su producto […] no hayan sido cumplidos”[[22]](#footnote-23)[[23]](#footnote-24).

 De esta manera se concluye que el plazo no siempre tiene efectos extintivos en todas las tipologías contractuales. En efecto, en la medida que suspenda la exigibilidad de las obligaciones, el “plazo” expreso es aquel estipulado en el contrato, en el cual las partes disponen un término específico para su cumplimiento. Esto significa que –antes del vencimiento– el contrato se encuentra en ejecución, y el contratista tiene ese tiempo para ejecutar las prestaciones a las cuales se comprometió en virtud de la suscripción del negocio jurídico. En este “plazo” el contratista puede cumplir sus obligaciones anticipadamente[[24]](#footnote-25), pero el bien, obra o servicio solo le será exigible cuando venza el plazo. De acuerdo con la doctrina:

“[…] Vencido el plazo, la obligación se hace exigible, es decir, se transforma en obligación pura y simple, de donde se colige: 1) el acreedor puede ejercer todas las acciones que le competen; 2) el término de la prescripción del crédito comienza a contarse (art. 2535); 3) la obligación puede entrar en compensación (art.1715, ord. 3); 4) y, por regla general, el deudor queda constituido en mora (art. 1608, ord 1)”[[25]](#footnote-26).

Es necesario aclarar que el plazo del contrato es el período requerido en este para que se cumpla su objeto, a cargo del contratista como deudor del bien, obra o servicio para satisfacer la necesidad de la entidad, y que esta última recibe como acreedora. Esta definición no cambia respecto del marco normativo citado, pues el EGCAP no contiene normas especiales sobre el “plazo”, por lo que, en virtud de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, es posible remitirse a las normas civiles y comerciales aplicables.

Al respecto, la jurisprudencia ha definido el *plazo de ejecución* como el establecido para la realización de las prestaciones contractuales. No obstante, del vencimiento del *plazo del contrato* o del *plazo de ejecución* no se infiere la extinción de las obligaciones, pues –siempre que sea suspensivo– es posible la recepción de pagos extemporáneos. A este punto se refiere el Consejo de Estado cuando explica que:

“[…] si bien es cierto en la mayoría de los casos el plazo del contrato coincide con el de ejecución de la obra, con la entrega del suministro, con la prestación del servicio, también lo es, que este plazo no constituye propiamente hablando el periodo de ejecución del contrato porque al finalizar el plazo que se ha destinado para el cumplimiento de la obligación principal por parte del contratista las partes no quedan liberadas de pleno derecho mientras no se extingan todas las obligaciones adquiridas, lo cual se cumple necesariamente en la etapa de liquidación del contrato en la cual es donde la administración puede valorar el cumplimiento total de las obligaciones a cargo del contratista y es la que le pone término a la vinculación de las partes.

[…]

En este orden de ideas, debe precisarse que dentro de los plazos para la ejecución del contrato existe uno y con seguridad el de mayor importancia y es aquél que corresponde a la terminación definitiva de la obra, o a la entrega del último suministro o del estudio o diseño que se ha confiado, momento en el cual la administración podrá igualmente, como lo venía haciendo durante la ejecución del contrato, evaluar el cumplimiento del contratista para poderle recibir a satisfacción, puesto que es una exigencia del interés público que el colaborador privado cumpla sus prestaciones conforme al ritmo previsto en el programa y con sujeción a las especificaciones técnicas establecidas en el contrato. En el evento de que el contratista no haya cumplido cabalmente, vale decir, porque entrega la obra inconclusa o se presentan faltantes o se requiere de reparaciones, la administración podrá hacer valer sus poderes sancionatorios de acuerdo con la magnitud del incumplimiento[[26]](#footnote-27).”

 Lo anterior demuestra que, sin perjuicio de la responsabilidad contractual, el vencimiento del *plazo de ejecución* no impide que la entidad reciba las tareas realizadas fuera de este término ni equivale a la imposibilidad de que el contratista realice prestaciones extemporáneas. Lo anterior se fundamenta en que el principal modo de extinción de las obligaciones es el pago efectivo, el cual define el artículo 1626 del Código Civil como “la prestación de lo que se debe”. Este pago puede ser oportuno o extemporáneo. En este último caso, ni el contrato se extingue ni la entidad pierde la oportunidad para recibir el objeto contratado, pues al cumplimiento *in natura* se suma la responsabilidad contractual por “no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento” –art. 1613 *ibidem*–. Para estos efectos el vencimiento del término produce la mora *ex re*, caso en el cual se exceptúa la obligación de reconvenir en la medida que el plazo interpela por sí mismo –art. 1608.1 *ibidem*–. Además, aunque la doctrina considera que la enumeración del artículo 1625 *ibidem* no es completa, el único plazo que elimina la fuerza obligatoria del contrato es el extintivo[[27]](#footnote-28). Esto significa que ante el vencimiento de un plazo suspensivo –como se pacta usualmente en los contratos estatales– las obligaciones del contratista subsisten mientras no se extingan por el cumplimiento de la prestación adeudada.

 De esta manera, el vencimiento del plazo pactado en los contratos estatales no impide que la entidad reciba las tareas realizadas fuera de este término ni equivale a la imposibilidad de que el contratista realice prestaciones extemporáneas. De hecho, mientras el contrato esté vigente la entidad puede emplear los medios necesarios para exigir su cumplimiento. Así las cosas, el vencimiento del plazo para el cumplimiento de las obligaciones de tracto sucesivo, por naturaleza suspensivo, no conlleva su extinción, pues tal como se desprende de las consideraciones de orden normativo, jurisprudencial y doctrinario, el vencimiento del plazo suspensivo, en realidad, implica que la obligación se hace exigible en su totalidad a partir de ese mismo instante. Lo anterior, sin perjuicio de que la entidad también pueda hacer uso de sus potestades, como la imposición unilateral de la cláusula penal pecuniaria[[28]](#footnote-29).

* 1. **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[[29]](#footnote-30). 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)”[[30]](#footnote-31).

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[[31]](#footnote-32).

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 precitado artículo 60 , 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”[[32]](#footnote-33).

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[[33]](#footnote-34), 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 artículo 1501 del Código Civil.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007[[34]](#footnote-35) 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 realizarse 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”[[35]](#footnote-36).* 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[[36]](#footnote-37), 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[[37]](#footnote-38). Esto, 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 una 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[[38]](#footnote-39), lo cual implica que las mismas se desarrollen en procura de la economía y la celeridad[[39]](#footnote-40). 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, [[40]](#footnote-41)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[[41]](#footnote-42), 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.*”*

Así las cosas, 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.

* 1. **Límite temporal para el ejercicio de las potestades sancionatorias de las entidades sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en particular, frente a la imposición de la cláusula penal, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 posterior a la liquidación del contrato.**

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 EGCAPpueden 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[[42]](#footnote-43). No obstante, la entidad deberá determinar 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 sancionar el incumplimiento, incluso después de la liquidación del contrato, pues con esta tan sólo se definió la situación en la que quedan los contratantes, luego de la ejecución del contrato, y en la respectiva acta de liquidación se pueden consagrar salvedades, en el sentido de disponer cuánto se adeudan las partes, 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, por lo que después de la liquidación, si en ella se consignaron las respectivas salvedades o aclaraciones en donde de forma clara y concreta se relacionen las obligaciones que, a su juicio, quedaron pendientes durante la ejecución del contrato.

De igual manera, se encuentra necesario reiterar que “cuando la liquidación del contrato se realiza entre la administración y su contratista, si no se deja salvedad en el acta en relación con reclamaciones que tenga cualquiera de las partes, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de prestaciones surgidas del contrato”[[43]](#footnote-44).

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 vigor 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[[44]](#footnote-45).” (Cursiva fuera del original).

Así las cosas, 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, pues como se aclaró en el numeral 2.1. de este concepto 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[[45]](#footnote-46). 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.

Ahora bien, es importante precisar frente a la competencia temporal para la imposición de potestades unilaterales, si el contrato fue liquidado, y aún el contratista tiene obligaciones pendientes de cumplir, y las mismas fueron contempladas en el acta de liquidación, la Administración podrá imponer sanciones pecuniarias al contratista incumplido, sobre aquellas partes en donde las partes no lograron llegar a un acuerdo u obtener paz y salvo y, por tanto, las entidades podrán 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. 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:

“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[[46]](#footnote-47)”.

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 este asunto aun no es 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.

En tal sentido, hasta tanto ello ocurra, esta Subdirección considera que la postura que más se ajusta al contenido del artículo 17 y al régimen general de obligaciones, es la que primero se expuso y que también ha sido defendida por la jurisprudencia, tal como se indicó previamente. En efecto, la doctrina ha considerado que actualmente, con fundamento en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, es posible imponer las multas y 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)”[[47]](#footnote-48).

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[[48]](#footnote-49).” (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 “mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista”, la administración podrá hacer uso de sus potestades unilaterales para declarar el incumplimiento al contratista, ya que es lo que establece la ley, es decir, el artículo 17de la Ley 1150 de 2007, con independencia de que el plazo de ejecución pactado en el contrato esté o no vigente, o que se haya liquidado el contrato siempre y cuando el acta de liquidación contemple obligaciones pendientes de ejecutar, pues dicho artículo no estableció una limitación en tal sentido. Además, considerando que el fin de la cláusula penal, también sería posible su imposición luego de vencido el plazo pactado en el contrato o su liquidación, 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 como tampoco con la suscripción de la liquidación, si en ella se establecieron las respectivas salvedades o aclaraciones, en donde se especifique las obligaciones que se encuentran pendiente por cumplir.

De este modo, si en el acta de liquidación se dejó constancia de obligaciones pendientes de cumplimiento para declarar a las partes a paz y salvo, 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 dichas obligaciones en la liquidación del contrato.

 Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado respecto al límite temporal para la imposición de las multas y la cláusula penal, como se señaló en el concepto C-641 del 4 de noviembre de 2020[[49]](#footnote-50), 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[[50]](#footnote-51). 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[[51]](#footnote-52).

1. **Respuesta**

“SE PUEDE REALIZAR EL TRAMITE DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DESPUES DE HABER DECLARADO LA LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO.?” (Sic).

De acuerdo con lo expuesto, la postura de la Agencia frente a la competencia temporal para la imposición de potestades unilaterales como la de declarar incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato, se realizará con fundamento en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, con independencia de que el plazo de ejecución pactado en el contrato esté o no vigente, o que se haya liquidado el contrato, pues dicho artículo no estableció una limitación en tal sentido, por el contrario, estableció que dichas facultades procederían sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, en razón de la exigibilidad de las obligaciones que posee la administración a falta de cumplimiento oportuno del deudor. En ese sentido sería posible su imposición luego de liquidado el contrato, si en la respectiva acta se establecieron las respectivas salvedades o aclaraciones que den cuenta de obligaciones pendientes de cumplimiento, 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 como tampoco con la suscripción de la liquidación cuando esta no declare en su totalidad a paz y salvo a las partes.

Sin embargo, se aclara que la anterior postura interpretativa acogida por esta Subdirección, sobre al límite temporal para la imposición de multas y de la cláusula penal pecuniaria representa una problemática que no es pacífica tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sino que es un asunto que ha tenido un álgido debate, sobre el cual aún no se presenta una sentencia de unificación jurisprudencial por parte del Consejo de Estado.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Any Alejandra Tovar CastilloContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Martha Alicia Romero VargasGestor T1 Grado 15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. En este sentido, el Decreto Ley 4170 de 2011 dispone que “Artículo 3°. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

[…]

“5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública.

[…]

“Artículo 11. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes:

[...]

“8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”. [↑](#footnote-ref-2)
2. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> [↑](#footnote-ref-3)
3. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 12 de julio de 2012. Rad. 15.024. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-4)
4. Motivo por el cual son típicas cláusulas accidentales dentro de los contratos estatales, en los términos del artículo 1501 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-5)
5. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 15 de noviembre de 2011. Rad. 20.916.Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz. [↑](#footnote-ref-6)
6. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Rad. 16.367. C.P. Enrique Gil Botero. Véase también: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad. 17.009. C.P. Enrique Gil Botero [↑](#footnote-ref-7)
7. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-827 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis. [↑](#footnote-ref-8)
8. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad. 17.009. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-9)
9. Ibídem. [↑](#footnote-ref-10)
10. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 181. Frente a este tema, David Suárez Tamayo expresa: “ […] las multas se han considerado como un apremio, acoso, conminación para que el contratista se ponga al día en sus compromisos, pero igualmente tienen una connotación sancionatoria; de otra parte, la penal pecuniaria es una estimación anticipada, pero no de perjuicios, es decir, tiene un carácter resarcitorio, indemnizatorio, de garantía, pero al igual que las multas, también puede llegar a considerarse como una sanción” (SUÁREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda y CEDA, 2014. p. 10).

 [↑](#footnote-ref-11)
11. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Op. cit., Exp. 17.009. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-12)
12. Código Civil: “Articulo 1551. Definición de plazo. El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo.

“No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designe, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación; solo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes”. [↑](#footnote-ref-13)
13. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis S.A., reimpresión de la octava edición, Bogotá, 2008. p. 218 y 219. [↑](#footnote-ref-14)
14. TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de obligaciones. Bogotá: Temis, 2003. p. 7 [↑](#footnote-ref-15)
15. Ibídem., p. 7. [↑](#footnote-ref-16)
16. Ibídem. p. 7 [↑](#footnote-ref-17)
17. FUEYO LANERI, Fernando. Derecho civil: de las obligaciones. Tomo IV. Volumen I. Santiago de Chile: Roberts y Cía. Ltda., 1958. p. 152. [↑](#footnote-ref-18)
18. La doctrina explica lo siguiente: “Cuando se da un plazo para que se extinga un derecho, es claro que la obligación nace pura y simple frente al acreedor, pero al llegar el plazo se le extingue su derecho, que es el que en verdad está modalizado. Así, si alguien se obliga a entregar en arrendamiento un animal hasta el día treinta de cierto mes, su obligación es pura y simple. La fecha estará determinando la extinción del derecho del arrendatario. Pero, igualmente, el plazo extintivo, correlativamente, extingue la obligación, que para el caso es la que contrajo el arrendador de entregar la cosa y permitir el goce por parte del arrendatario. Y así como se extingue el derecho el derecho al goce del arrendatario y la obligación del arrendador de concederlo, también se extingue la obligación de pagar y derecho del arrendador a cobrar. Tomo ello como consecuencia de la extinción del contrato (art. 2008-2), lo que indica que el plazo extintivo es también una causal de extinción de los contratos […]” (VELÁSQUEZ GOMÉZ, Hernán Darío. Estudio sobre las obligaciones. Bogotá: Temis, 2010. p. 137).

 [↑](#footnote-ref-19)
19. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de febrero de 2015. Rad. 26.938 C.P. Olga Mélida Valle De De la Hoz (E). [↑](#footnote-ref-20)
20. Ley 80 de 1993: “Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”. [↑](#footnote-ref-21)
21. Al respecto, la doctrina explica que “El constructor se ha obligado a construir la obra, y no solo a poner los medios necesarios para ello, porque ha asumido una obligación de resultado. Su culminación es la entrega de la obra terminada o de lo que la obra produce, al comitente. *En tanto acto material, la entrega es simultáneamente el medio por el por el que se da cumplimiento a la obligación principal del constructor y se satisface el derecho principal del comitente*. La recepción es, consecuentemente, un derecho del constructor y una obligación del comitente, aunque sea obvio destacarlo” (PODETTI, Humberto. El contrato de construcción. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004. p. 435, cursivas fuera de texto). [↑](#footnote-ref-22)
22. *Ibidem*., p. 435. [↑](#footnote-ref-23)
23. En armonía con la idea expuesta, el Consejo de Estado reconoce 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” (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 18 de noviembre de 2021. Exp. No. 61.641. C.P. Alberto Montaña Plata). [↑](#footnote-ref-24)
24. Código Civil: Articulo 1552. [↑](#footnote-ref-25)
25. OSPINA FERNÁNDEZ, Op. Cit., p. 220 y 221. [↑](#footnote-ref-26)
26. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 1999. Rad. 10.264. C.P. Ricardo Hoyos Duque. En similar sentido, Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 18 de noviembre de 2021. Exp. No. 61.641. C.P. Alberto Montaña Plata [↑](#footnote-ref-27)
27. OSPINA FERNÁNDEZ, Op. Cit., p. 312. [↑](#footnote-ref-28)
28. Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 18 de noviembre de 2021. Exp. No. 61.641. C.P. Alberto Montaña Plata. [↑](#footnote-ref-29)
29. “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-30)
30. 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-31)
31. 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-32)
32. EXPOSITO VELEZ. Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal, p. 90. [↑](#footnote-ref-33)
33. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado No. 1453. Concepto de 6 de agosto de 2003. MP. Augusto Trejos. [↑](#footnote-ref-34)
34. 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-35)
35. 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-36)
36. 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-37)
37. 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-38)
38. 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-39)
39. 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-40)
40. 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-41)
41. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sala Plena. Auto del 1 de agosto de 2019. Exp. 62009. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-42)
42. 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-43)
43. Consejo de Estado, Sentencia 25000-23-26-000-1995-01556-01 (14113) del 6 de julio de 2005. [↑](#footnote-ref-44)
44. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 24 de octubre de 2013. Rad. 24.697. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-45)
45. 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-46)
46. 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-47)
47. 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-48)
48. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 18 de noviembre de 2021. Exp. No. 61.641. C.P. Alberto Montaña Plata. [↑](#footnote-ref-49)
49. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-641 del 4 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-641%20de%202020>. [↑](#footnote-ref-50)
50. 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-51)
51. “Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.

Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria”. [↑](#footnote-ref-52)