



No. de radicación: M-2018-1400-002611
Fecha radicación: 2018-05-23 09:00:46 AM

MEMORANDO

PARA: Maycol Suarez Franco
Director Técnico
Dirección de Infraestructura Social y Hábitat

DE: Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: Concepto jurídico sobre procedencia de declaratoria de incumplimiento en convenios interadministrativos con régimen de derecho privado.

En atención a la comunicación radicada M20184400000289 de fecha mayo 4 de 2018, mediante la cual solicita concepto jurídico respecto de la viabilidad de declarar el incumplimiento contractual y el procedimiento a seguir en los convenios interadministrativos que por el origen de los recursos, se rigen por el derecho privado, esta Oficina presenta las siguientes consideraciones:

I. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Es posible declarar el incumplimiento contractual en los convenios interadministrativos que por el origen de los recursos, se rigen por el derecho privado y, en caso afirmativo, ante cuál instancia y mediante cuál procedimiento?

II. ANTECEDENTES

La Dirección de Infraestructura Social y Hábitat manifiesta que el Departamento Administrativo para la PROSPERIDAD SOCIAL en calidad de administrador del Fondo de Inversión para la Paz y siendo una entidad perteneciente al Sector Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación, financia y cofinancia, programas y proyectos estructurados para la obtención de la paz en el país, que se materializa con la suscripción de Convenios Interadministrativos con entidades públicas del orden departamental y municipal de conformidad con el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en virtud de los artículos 209, 113 de la Constitución Política, concordancia con el artículo 6 de la misma Ley.

Agrega que los convenios interadministrativos celebrados por esta entidad con entidades públicas para desarrollo de los programas y proyectos antes descritos y celebrados con recursos del FIP, han contemplado unos mecanismos para asegurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los mismos, que por regla general consisten en: 1) La constitución de una garantía única de cumplimiento a favor de PROSPERIDAD SOCIAL FIP y 2) la facultad de hacer efectiva la multa y cláusula penal.

Indica que, a la fecha, de los más de 1.600 proyectos de infraestructura social y mejoramiento de condiciones de habitabilidad, que tiene en ejecución, algunos han presentado deficiencias en su ejecución que



configuran un eventual incumplimiento de las obligaciones previstas en los convenios interadministrativos en el marco de los cuales, se ejecutan los mismos, razón por la cual, plantea las siguientes inquietudes:

1. ¿Procede la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones establecidas en un convenio interadministrativo celebrado entre dos entidades públicas que se asocian para lograr un fin común?
2. En el evento de proceder; ¿Procede en sede administrativa por parte de PROSPERIDAD SOCIAL o en sede judicial por parte del juez competente?
3. En el evento de proceder en sede administrativa; ¿Quién desarrolla la actuación y que documentación y/o requisitos debe acreditar el área que solicita iniciar el respectivo proceso?
4. En el evento de proceder en sede judicial ¿Cuál es el juez competente, a que clase de proceso corresponde y que requisitos debe acreditar el área que solicita iniciar el respectivo proceso?
5. ¿Cómo se harían efectivas las multas y clausula penal que establecen los convenios y el Manual de Contratación de la Entidad y qué área es la competente para dar inicio a la actuación?
6. ¿Cómo se harían efectivas las garantías constituidas en virtud de los Convenios y que área de la entidad la competente para adelantar la actuación?
7. En cualquiera de los dos escenarios, según se determine la competencia para adelantar el proceso en sede administrativa o judicial. ¿Qué requisitos y/o procedimiento debe agotar la DISH para solicitar el inicio de la actuación correspondiente?

III. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA.

Para dar respuesta a la consulta y al problema jurídico planteado, el análisis se adelantará en los aspectos que se señalan a continuación.

1. Del Fondo de Inversión para la Paz.

El artículo 8 de la Ley 487 de 1998 dispuso lo siguiente:

"Créase el Fondo de Inversión para la Paz como principal instrumento de financiación de programas y proyectos estructurados para la obtención de la Paz.

Este Fondo será una cuenta especial sin personería jurídica, adscrita a la Presidencia de la República, administrada por un consejo directivo y sujeta a la inspección y vigilancia de una veeduría especial, sin perjuicio de las facultades a cargo de la Contraloría General de la República.

Las funciones relativas a la administración del fondo tanto del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República como del Órgano de Administración del Fondo, se ejercerán en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación.



Para el desarrollo de la finalidad del Fondo se podrán crear Fondos Fiduciarios, celebrar contratos de fiducia y encargos fiduciarios, contratos de administración y de mandato y la demás clases de negocios jurídicos que sean necesarios. Para todos los efectos, los contratos que se celebren en relación con el Fondo, para arbitrar recursos o para la ejecución o inversión de los mismos se regirán por las reglas del derecho privado.

Los recursos provenientes de los Bonos de Paz que se crean en la presente ley, estarán destinados exclusivamente al Fondo a que se refiere este artículo.

El Fondo podrá nutrirse con recursos de otras fuentes de conformidad con lo que disponga el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 1o. De los recursos provenientes del Fondo de Inversión para la Paz, se asignará y apropiará un porcentaje suficiente para fortalecer el desarrollo de los proyectos de reforma agraria integral, a través de las entidades competentes y que ejecuten los programas de paz.

PARÁGRAFO 2o. El Gobierno Nacional deberá presentar un informe semestral al Congreso de la República sobre la aplicación de los bonos de solidaridad para la paz en el fondo de inversión creado para tal efecto.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Mediante el Decreto 1813 de 2000 se reglamentó el Fondo de Inversión para la Paz – FIP, en donde se señaló que era una cuenta especial del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, sin personería jurídica, que se administraría como un sistema separado de cuentas y cuyo objeto era financiar y cofinanciar, los programas y proyectos estructurados para la obtención de la paz en el país.

Sobre el régimen jurídico de actos y contratos el artículo 10 del citado Decreto, dispuso que se regirán por las reglas de derecho privado, sin perjuicio del deber de selección objetiva de los contratistas y del ejercicio de control por parte de las autoridades competentes del comportamiento de los servidores públicos que hayan intervenido en la celebración y ejecución de los contratos.

Con la creación de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, el FIP quedó adscrito a ésta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2467 de 2005 y así se mantuvo con su transformación en el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

En efecto, el Decreto Único Reglamentario 1084 de 2015, señaló:

“Artículo 1.1.2.1. Fondo de Inversión Para la Paz. El Fondo de Inversión Para la Paz, creado en virtud de la Ley 487 de 1998, es el principal instrumento de financiación de programas y proyectos estructurados para la obtención de la Paz. Está adscrito al Departamento Administrativo de la Prosperidad Social.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)





Por su parte, el Decreto 2094 de 2016, en su artículo 31, señala:

"El Fondo de Inversión para la Paz (FIP). El Fondo de Inversión para la Paz (FIP), creado mediante la Ley 487 de 1998, como una cuenta especial, sin personería jurídica continúa administrándose como un sistema separado de cuentas adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, con el objeto de financiar y cofinanciar, los programas y proyectos estructurados para la obtención de la paz en el país, sujeto a las disposiciones previstas en dicha Ley y demás normas que la reglamenten, modifiquen o sustituyan. En todo caso, le aplicará el Estatuto Orgánico de Presupuestó."

Luego se concluye que el FIP es manejado por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y se rige en sus actos y contratos por el derecho privado.

2. De los convenios interadministrativos.

El Régimen de Contratación Pública contempla varias modalidades de selección de contratistas, correspondiendo, en cada caso, verificar las condiciones y requisitos para acudir a cada una de ellas.

En efecto, el artículo segundo de la Ley 1150 de 2007, dispone:

"De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas..."
(Subrayado y negrilla fuera de texto).

Como se evidencia, la norma hace referencia a varias modalidades de selección de las cuales, por la naturaleza del asunto sometido a consideración, nos detendremos en la contratación directa.

Es así como el numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 dispone:

"4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

(...)

c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículo.



En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993, salvo que se trate de Instituciones de Educación Superior Públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política.

En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales.]"
Subrayado y negrilla fuera de texto.

Se evidencia entonces que, mediante esta modalidad, se puede prescindir de la obtención de varias ofertas o la concurrencia de pluralidad de oferentes, cuando se configure alguno de los eventos señalados en la norma.

De otra parte, el artículo primero de la Constitución Política dispone que Colombia es un estado social derecho organizado en forma de república unitaria, descentralizada con autonomía de sus entidades territoriales, democrática participativa y pluralista, fundamentada en el respeto a la dignidad humana, en trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Posteriormente, el artículo 113 de la Constitución Política establece *“los diferentes órganos del estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”*

En tal virtud, la Constitución Política de Colombia en su artículo 209 prescribe que: *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”*

El canon constitucional es desarrollado por el artículo 6 de la Ley 489 de 1998 que indica: *“En virtud del principio de coordinación y colaboración, las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales. En consecuencia, prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones y se abstendrán de impedir o estorbar su cumplimiento por los órganos, dependencias, organismos y entidades titulares”.*



Adicionalmente, el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 señala: *“Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.”*

Para tal fin, el literal c) del numeral 4º del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por los artículos 92 y 95 de la Ley 1474 de 2011, como ya se había citado, hace referencia a la modalidad de selección mediante contratos interadministrativos.

Teniendo en cuenta lo anterior, las calidades propias y especiales de las entidades estatales participantes en el acuerdo, hace que el legislador haya permitido que la contratación se realice de manera directa como excepción a la regla general de la licitación pública.

Empero, no se podrá acudir a esta modalidad, en los eventos previstos en la misma norma, es decir, cuando se trate de contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras, caso en el cual deberá acudirse a la licitación pública, selección abreviada o concurso de méritos, según corresponda.

Sobre los convenios interadministrativos, el Decreto 1082 de 2015 indica:

“Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales.

(Decreto 1510 de 2013, artículo 76)

Luego se debe elaborar el acto administrativo de justificación para acudir a la modalidad de contratación directa tratándose de convenios o contratos interadministrativos; igualmente, se deben elaborar los respectivos estudios previos.

7



Ahora bien, es importante hacer una distinción entre el convenio y el contrato interadministrativo.

En este sentido, en el ordenamiento jurídico colombiano encontramos el uso, a veces indistinto, de convenio y contrato interadministrativo, siendo necesario delimitar la naturaleza jurídica y las consecuencias de cada uno de ellos.

El artículo 1495 del Código Civil define el contrato o convención como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas y, de conformidad con el régimen de contratación de la administración pública, cuando en el mismo intervengan dos entidades de derecho público, se considerará interadministrativo.

Por su parte, el convenio interadministrativo fue consagrado en los artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1999 como un negocio jurídico bilateral en virtud del cual la administración se vincula con otra entidad pública en el marco de la función administrativa de que trata el artículo 209 de la Constitución para que median instrumentos de cooperación se cumpla el interés general.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en sentencia T- 442 de 2014 señaló que los convenios interadministrativos, asocian la voluntad de dos entidades públicas. En esa medida pueden coordinarse ejecutarse finalidades comunes, en el que las partes se encuentran en un plano de igualdad y se obligan y comprometen conforme lo acuerdan en el contrato.

A su vez, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, C.P. Enrique Gil Botero, en providencia del 7 de octubre de 2009, radicación No. 25000-23-24-000-2000-00754-01(35476) indicó que:

*"Para la doctrina existe claridad en la ubicación de los convenios interadministrativos dentro de la actividad negocial de la Administración. **Si bien es cierto, que constituye una especie distinta del contrato,** coincide con éste en que las manifestaciones de voluntades comprometen situaciones subjetivas, generan el cumplimiento de obligaciones en cabeza de cada una de las partes. **La diferencia radica en que los intereses en juego no son contrapuestos sino coincidentes entre sí y con el interés general.** La participación de dos entidades que tengan capacidad de contratación de acuerdo con la Ley 80 constituye un presupuesto ineludible de la definición de convenio interadministrativo, su objeto es la implementación de modos de gestionar la actividad pública, en algunas oportunidades ejercer funciones administrativas sin que ello conlleve una delegación de las mismas... Para la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta corporación se está ante una modalidad contractual, cuya particularidad es su celebración en virtud del principio de cooperación entre entidades públicas, de tal modo que su finalidad no es otra distinta a "la de cumplir en forma conjunta con las funciones a cargo de ambas entidades, o prestar servicios públicos que le han sido encomendados"...*



Los convenios constituyen formas concretas de colaboración interadministrativa en el cumplimiento de fines y cometidos estatales; esta colaboración puede revestir dos maneras distintas: la asunción conjunta de funciones administrativas a través de la creación de un nuevo ente u organismo administrativo generalmente dotado de personalidad jurídica o en otros casos puede realizarse mediante la celebración de contratos, evento en el cual la actividad aunque concurrente sigue permaneciendo en la esfera competencial de cada una de las administraciones comprometidas... Estas dos posibilidades se consagran en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998: (...).

Del inciso primero del artículo 95 de la ley 489 de 1998 se desprenden los elementos que conforman la institución de los convenios administrativos: en primer lugar, los sujetos llamados a celebrarlos deben tener la condición de entidades públicas, y; en segundo lugar, su objeto es el desarrollo conjunto de cualquier tipo de actividad que pueda interesar a dos o más administraciones, (...)" (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Para algunos doctrinantes "el convenio interadministrativo es el negocio jurídico en el cual están presentes dos entidades públicas en desarrollo de relaciones interadministrativas cuyo objeto es coordinar, cooperar o distribuir competencias en la realización de funciones administrativas de interés común a los sujetos negociales", mientras que "el contrato interadministrativo, por su parte, es también celebrado entre dos entidades públicas con capacidad de tener relaciones interadministrativas con la particularidad de que el contrato es negocio jurídico generador de obligaciones al cual acuden las partes con diversidad de intereses. En el contrato se pueden identificar contratante y contratista, y el segundo, aunque persona pública, tiene intereses y está en un mercado de forma similar a como lo hace el particular" JORGE ENRIQUE SANTOS RODRÍGUEZ. Artículo publicado en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/download/2592/2231>

Se deduce de todo lo anterior que existen diferencias entre el contrato y el convenio interadministrativo, las cuales se sintetizan en el plano de igualdad o desigualdad que se desenvuelven en la relación negocial. Así, en el convenio las partes actúan como pares, es decir, en igualdad de condiciones por cuanto atienden intereses comunes, mientras que en el contrato, se identifica claramente un contratante y un contratista, lo que genera un plano de desigualdad dado por la contraposición de intereses de cada una de ellas.

En otras palabras, en el convenio las partes reúnen esfuerzos para un logro común mientras que en el contrato una parte le presta un servicio a la otra en el marco de un negocio jurídico.

Esto resultará de importancia al momento de analizar la posibilidad de ejercer poderes exorbitantes o declarar incumplimientos de forma unilateral y en sede administrativa.

3. De la declaratoria de incumplimiento en convenios interadministrativos.



El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 establece 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 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

PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multa o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, el legislador habilitó expresamente a la Administración para declarar el incumplimiento e imponer multas de manera unilateral y en sede administrativa al contratista incumplido o moroso.

Sobre las multas previó que debía hacerse mientras el acuerdo estuviera en ejecución, pues tienen el carácter de conminatorias o de apremio, es decir, buscan que el contratista se ponga al día en la ejecución del contrato.

Por su parte, el incumplimiento que implica hacer efectiva la cláusula penal, se puede declarar incluso después del vencimiento del plazo de ejecución del contrato pero no después de su liquidación.

Todo lo anterior queda claro en el desarrollo de contratos entre el Estado y los particulares, pero tratándose de convenios interadministrativos, es necesario analizar la viabilidad de la aplicación de estas facultades, máxime cuando el parágrafo transitorio del citado artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 señala que las mismas se entienden atribuidas en aquellos contratos en los que por la autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las partes para imponerlas y hacerlas efectivas.

Sobre el particular, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera con ponenci



de la Consejera MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR del veintitrés (23) de septiembre de dos mil nueve (2009) radicación número: 25000-23-26-000-2001-01219-01(24639) ha dicho:

“Quiere decir que en aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público, cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, no obstante que estos negocios jurídicos detentan la naturaleza de contratos estatales, por lo tanto, aunque en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto que la ley no las ha facultado para ello y las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual. A lo anterior se agrega que cuando las dos partes de la relación contractual representan al Estado y actúan en nombre de él, la Ley 80 de 1993, en su artículo 14 ha previsto la prescindencia de las cláusulas o estipulaciones excepcionales, por tratarse de contratos inter-administrativos y a no dudar el Convenio 4129-D de 30 de enero de 1995, es un contrato que cumple tales características, en consecuencia en esta clase de contratos no es posible estipular cláusulas excepcionales al derecho común y aunque la cláusula de multas no se encuentra consagrada como una facultad excepcional por la Ley 80 de 1993, circunstancia que permitía pactarla bien en los contratos interadministrativos o en aquellos regidos por el régimen de derecho privado, lo cierto es que ninguna de las partes está facultada para imponerlas unilateralmente, mediante acto administrativo, so pena de que el acto así expedido se encuentre afectado por vicio de incompetencia. Hoy con la Ley 1150 de 1993 (sic), si se encuentran prevista la competencia de la Administración para imponer multas al contratista, de manera unilateral, pero no en los contratos interadministrativos.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En otro pronunciamiento manifestó:

“En tratándose de contratos estatales, cuando lo que pretende la administración es el cumplimiento del objeto contractual, la misma ley 80 de 1993 le otorga una serie de facultades excepcionales tales como: I) la caducidad, facultad en desarrollo de la cual puede proceder a declarar administrativamente la situación de incumplimiento grave del contratista que impida la ejecución del contrato ordenando su liquidación; II) Ordenar la terminación unilateral del contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenar su liquidación; Declarar el incumplimiento del contrato mediante acto administrativo debidamente motivado o imponer multas; o III) Declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo y hacer efectivas las garantías constituidas a su favor

No obstante lo anterior, no ocurre lo mismo en tratándose de contratos celebrados entre particulares o que siendo celebrados por una Entidad estatal como lo es ECOPELROL, se encuentran sujetos al régimen de derecho privado por disposición especial, pues ante eventos de incumplimiento de alguna de las partes contratantes cuando la parte cumplida pretenda el cumplimiento del contrato estatal no puede proceder a declarar unilateralmente la caducidad del contrato, tampoco puede declarar el incumplimiento del contrato, lo que sí puede es hacer efectivas las garantías constituidas a favor para garantizar las obligaciones adquiridas con ocasión del respectivo negocio jurídico una vez la entidad aseguradora haya reconocido la existencia del siniestro.

En este orden de ideas, en tratándose de contratos que se rigen por el derecho privado, cuando una de las partes ha incumplido, la parte cumplida podrá solicitar que se declare el incumplimiento y exigir las garantías constituidas (Subrayado y negrilla fuera de texto). CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C, veintidós (22) de octubre del dos mil quince (2015). Radicación número: 190012331000200700555 01 (48.061).

Se deduce de lo anterior lo siguiente:



- a. La ley habilitó a la Administración para imponer multas y declarar el incumplimiento de manera unilateral en los contratos que celebre con los particulares.
- b. En aquellos contratos que se rigen por el derecho privado o en los convenios interadministrativos, en virtud de la autonomía de la voluntad, es posible pactar las cláusulas de multa o incumplimiento pero no su imposición de manera unilateral por una de las partes.
- c. La Administración solo puede declarar el siniestro y hacer efectiva la garantía. Lo anterior implica que el incumplimiento se puede declarar pero solo con el propósito de hacer efectiva la garantía, mas no para derivar las consecuencias del mismo desde el punto de vista de responsabilidad e indemnización plena de perjuicios. Además de la sentencia del 22 de octubre de 2015 antes citada, sobre esta materia también se ha pronunciado el Consejo de Estado, en el mismo sentido, a través de las sentencias del 29 de abril de 2015, expediente radicado 27712 y sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 16494.

Luego se concluye que en los contratos interadministrativos, incluso lo que se rigen por el derecho privado, si bien se pueden pactar las multas y el incumplimiento, para su efectividad, se debe acudir al juez del contrato.

4. De la liquidación unilateral en los convenios interadministrativos.

La liquidación los contratos estatales se puede dar, en sede administrativa, de dos formas a saber: i) de manera bilateral, es decir de mutuo acuerdo o, ii) de manera unilateral por la Administración. También se puede dar en sede judicial.

Es por ello que surge el interrogante consistente en si la liquidación, cuando se efectúa de manera unilateral, constituye un poder exorbitante de la Administración o, por el contrario solo es una habilitación legal que no tiene el carácter de excepcional.

En tal virtud, es importante repasar cuáles son esas facultades exorbitantes que, en materia de contratación estatal, tiene la Administración.

Es así como en los contratos que celebran los particulares con el Estado, se establecen unas cláusulas o poderes exorbitantes que permiten a la Administración tomar decisiones sobre la suerte de los acuerdos, con el fin de garantizar el cumplimiento de los fines de la contratación, es decir, perseguir la satisfacción de intereses generales o colectivos, que no suele permitirse en el régimen privado.

En efecto, la Ley 80 de 1993, en su artículo 9, dispone:

"DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de



dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”

Esta finalidad demarca parte de la naturaleza especial de los contratos estatales y se erige en criterio de interpretación de los mismos.

Así mismo, el artículo 14 de la citada Ley 80 de 1993 establece que las entidades estatales al celebrar lo contratos, para el cumplimiento de los fines de la contratación, cuentan con los siguientes medios:

“ARTÍCULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 170 de esta ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consiernen expresamente.



PARÁGRAFO. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguros tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Queda entendido pues, que si bien el Estatuto de Contratación establece unos derechos y unos deberes para las partes contratantes y, además, consagra mecanismos que posibilitan a la entidad contratante para que, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, pueda entonces bajo unas condiciones, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato, aun cuando dichas potestades no queden plasmadas, de manera expresa, en el acuerdo de voluntades en los contratos de obra pública.

Estas cláusulas excepcionales al derecho común, se determinan en el Estatuto de la Contratación Estatal, así:

"ARTÍCULO 15. DE LA INTERPRETACIÓN UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.

ARTÍCULO 16. DE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución.

En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.

ARTÍCULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.



2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica de contratista.

3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Como se aprecia, en general el propósito de la aplicación de estas cláusulas excepcionales en los contratos estatales, son los siguientes:

1. Evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo.
2. Asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación del servicio público a cargo de la entidad estatal contratante.

Una característica adicional, para la aplicación de estas facultades, es el requisito de inmediatez, es decir, que una vez verificada la causal, la Administración debe proceder inmediatamente, puesto que de no hacerlo, se afecta el servicio público y si pospone su aplicación ante la inminencia de la afectación, repercutirá en una situación más gravosa, que es lo que se quiere evitar, para el Estado.

Se desprende de lo establecido en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que los hechos que producen la aplicación de estas cláusulas, no deben ser atribuibles al contratista, toda vez que la misma Ley determina: “En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.”

Adicional a estas facultades excepcionales, la Ley 80 de 1993 también consagra la de caducidad, reversión y sujeción a las leyes nacionales.



Como se aprecia, la liquidación unilateral no figura como una de las facultades excepcionales consagradas en la ley, empero, su especial naturaleza ha generado posiciones encontradas al interior del mismo Consejo de Estado en tanto que, en algunos pronunciamientos se ha sostenido que si bien no están en el listado de cláusulas excepcionales sí son una potestad extraordinaria de la Administración y, por el contrario hay otros argumentos que no le dan ese carácter.

El tema cobra especial relevancia en la medida que, en lo que sí existe consenso en el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, es que en los contratos interadministrativos no proceden las cláusulas excepcionales por mandato del parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 que así lo expresa.

En efecto, en algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado ha señalado que la liquidación unilateral es un poder exorbitante, veamos:

“En los términos de la línea jurisprudencial descrita, la anterior Sala de la Sección Tercera –compuesta por cinco integrantes, cuya jurisprudencia deben seguir las Subsecciones actuales, consideró desde antes de entrar a funcionar la nueva organización interna de la Sección –en tres Subsecciones, de tres consejeros cada una–, que la potestad de liquidación unilateral es un poder exorbitante, y por este hecho no es posible que los tribunales de arbitramento conozcan de las controversias derivadas de su contenido, porque se tiene establecido que esa jurisdicción pierde competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos que expresan un poder exorbitante.” (Subrayado y negrilla fuera de texto). CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013). Radicación número: 17001-23-31-000-1997-08021-01(23519).

Y, en otro pronunciamiento, expresamente el Consejo de Estado no reconoce la procedencia de la liquidación unilateral en los convenios interadministrativos, así:

*“En el ordenamiento legal aparece una restricción en los CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS para la utilización de poderes excepcionales y con estos el de liquidar unilateralmente el contrato porque tanto el contratante como el contratista son sujetos públicos, relación horizontal de la Administración Estado que impide, de naturaleza, la imposición de decisiones unilaterales en el mundo de los negocios jurídicos a la contraparte que también es Estado. Y ello lo comprende así el Consejo de Estado por la integración armónica que se da entre los artículos 14, 60 y 61 de la ley 80 de 1993El parágrafo del artículo 14, sobre los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, señala que en los contratos interadministrativos, entre otros, “se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales a su vez enlista como cláusulas excepcionales al derecho común las de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad. El artículo 60 *ibidem*, sobre la ocurrencia y contenido de la liquidación de contrato, expresa que en los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. Y el artículo siguiente, 61 *ibidem*, sobre la liquidación unilateral, refiere a que si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será aplicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible recurso de reposición. Para la Sala la integración normativa hecha con respecto a esas tres disposiciones permite ver que la facultad del Estado para liquidar unilateralmente el contrato aparece frente al contratista particular marcada por los fines institucionales que debe cumplir”() y consiste en el poder de las entidades estatales de imponer coactivamente su voluntad sobre el contratista, durante la ejecución o liquidación del contrato, y en el deber de éste último de cumplir inmediatamente la obligaciones que le sean impuestas, sin perjuicio del derecho que le reconoce la ley de solicitar ante la jurisdicción de lo*



contencioso administrativo la nulidad de los actos y la reparación de los daños antijurídico. Tal facultad administrativa se atribuyó al ADMINISTRADOR DE LO PÚBLICO y únicamente frente a su COLABORADOR PRIVADO y por lo mismo no para el contrato interadministrativo, en el cual ambas partes son Agentes Públicos, pues ambos representan la Administración pública gestora del interés general y por lo tanto no imperan frente a éstas, en mundo negocial, los poderes coactivos como así lo informa indirectamente el artículo 14 de la ley 80 de 1993 que si bien alude a cláusulas excepcionales, ontológicamente se erige en canon ilustrativo de la prohibición del ejercicio de poderes unilaterales del Estado contratante respecto del Estado contratista. (Subrayado y negrilla fuera de texto). CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ. Bogotá D. C, veinte (20) de mayo de dos mil cuatro (2004). Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00028-01(25154).

No obstante lo anterior, pareciera que en pronunciamientos más recientes, el Consejo de Estado revalúa esta posición abriendo la posibilidad a que la liquidación unilateral sea procedente en los convenios interadministrativos toda vez que no se trata de una potestad exorbitante.

En efecto, el 16 de marzo de 2015, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, señaló:

“En lo relativo a la competencia temporal de la administración para liquidar los contratos estatales, conforme a lo previsto en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 con la reforma introducida por la ley 446 de 1998, se tiene que una vez vencido el plazo contractual la administración dispone de 4 meses para efectuar la liquidación bilateral, en caso de no realizarse así tiene 2 meses más para hacerlo unilateralmente y en el evento en que así no lo hubiere hecho, podrá intentarla hasta antes de que transcurra el término de 2 años más para que opere la caducidad de la acción contractual. Y esto es así aún en el caso de los contratos interadministrativos, pues la liquidación unilateral del contrato es una facultad legal pero no de aquellas que implican el ejercicio de una potestad exorbitante ya que la Ley 80 de 1993 en ninguna parte la enlista como tal.” (Subrayado y negrilla fuera de texto). CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C, dieciséis (16) de marzo de dos mil quince (2015). Radicación número: 52001-23-31-000-2003-00665-01(32797).

Como se ve, para el Consejo de Estado, en esta oportunidad, la liquidación unilateral no puede ser concebida como una potestad exorbitante pues la ley así no lo ha previsto, por el contrario, se erige como una facultad legal que no está excluida expresamente en los convenios interadministrativos.

La doctrina parece inclinarse también por esta tesis, veamos:

“Por último, aparece la inquietud de si en los contratos y convenios interadministrativos, cuando la norma ordena que se deba prescindir de la utilización de las cláusulas excepcionales, ello implica la prohibición de utilización de cualquier otra clase de poderes unilaterales, como es el caso de la liquidación unilateral. Al respecto, consideramos que en la medida en que se trata de una prohibición, el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 debe ser interpretado en sentido restrictivo, lo cual implica que sólo debe estar limitado a las situaciones reguladas en dicha norma.

De esta manera, a nuestro juicio, la prohibición de las cláusulas excepcionales en los contratos y convenios interadministrativos sólo se refiere a la terminación, interpretación y modificación unilaterales, así como a la caducidad administrativa, y no se extiende a otros poderes unilaterales como la liquidación unilateral por lo cual no estamos de acuerdo con la posición esgrimida por la jurisprudencia administrativa al respecto.” (Subrayado y negrilla fuera de texto). J O R G E E N R I Q U E S A N T O S R O D R Í G U E Z . A r t í c u l o p u b l i c a d o e n



<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/download/2592/2231>

Otro autor, indica:

"c. Como vemos en la redacción del artículo 14 de la ley 80, allí se consagran una de las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad; pero ello no quiere decir que sean las únicas.

También se encuentra la consagración de imposición de multas y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria mediante acto administrativo de carácter unilateral en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007

Otra competencia unilateral es la prevista en los artículos 44 y 45 de la ley 80 de 1993, que consagra las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, estableciendo la prerrogativa unilateral de la entidad estatal de poder dar por terminado el contrato mediante acto administrativo motivado...

Y otra competencia unilateral se encuentra en la liquidación unilateral de los contratos y que hoy se encuentra regulada en el artículo 11 de la ley 1150 de 2007.

Al revisar la redacción de la norma encontramos que en la misma no se establece ninguna prohibición respecto de la aplicación de esta institución, de tal manera que se puede aplicar a todos los contratos estatales que requieran liquidación

Por lo tanto, la prohibición de pactar cláusulas excepcionales en los convenios o contratos interadministrativos es referida exclusivamente a las cláusulas excepcionales contenidas en el artículo 14 de la ley 80, relacionadas con la terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad.

Señala el artículo 8 de la ley 153 de 1887 que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho. Por lo tanto, si la norma es clara en señalar que hay una prohibición para incluir las cláusulas excepcionales al derecho común previstas en el mismo artículo 14 de la ley 80 de 1993, se aplicará en todo su sentido tal como lo ordena el artículo 8 de la ley 153 de 1993, y no como lo plantea el Consejo de Estado en la sentencia referida, donde habla de la integración normativa, pues en este caso no hay lugar a dicha apreciación en la medida en que la norma señala exactamente como debe ser su aplicación, y en esos términos no hay lugar a aplicar la analogía en los demás eventos en los cuales existe la posibilidad de utilizar facultades exorbitantes." (Subrayado y negrilla fuera de texto). MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Liquidación Unilateral de los Contratos Interadministrativos. Concepto emitido para FONADE disponible en: http://matallanaabogadosconsultores.com/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=iQFijviLRQZPKdIXzUwuOz_unUk9hf2VEtpZfLzL_Ho,

La divergencia de posiciones al interior del Consejo de Estado se ve resumida claramente en un reciente pronunciamiento de esa Corporación que mediante Auto del 16 de noviembre de 2016, indicó:



“7. Ahora, en lo referente al conteo del término de caducidad de los contratos o convenios interadministrativos que requieren liquidación, asunto que no corresponde definir en esta providencia, por versar sobre el objeto de la litis, existen diferentes hipótesis para su contabilización, a saber: i) una primera hipótesis que indica que si la liquidación del convenio fue efectuada de común acuerdo, esto es, de manera bilateral dentro del plazo establecido para ello, el término para interponer la demanda se cuenta desde el día siguiente al de la firma del acta; y ii) una segunda hipótesis para los casos en los cuales la liquidación del convenio interadministrativo se hizo de manera unilateral o la misma no fue posible, evento en el cual existen dos tesis para el conteo de la caducidad del medio de control que se presentaran a continuación:

8. La primera tesis esgrime que si bien los convenios interadministrativos pueden ser liquidados bilateralmente los mismos no son susceptibles de liquidación unilateral por lo que para los efectos del conteo del término de caducidad del medio de control no debe tenerse en cuenta el periodo con que cuenta la administración para liquidar unilateralmente.

9. Lo anterior, dado que la facultad para liquidar unilateralmente los contratos es una decisión unilateral de la administración que no puede ser ejercida cuando la contraparte también es el Estado, toda vez que existe una relación horizontal entre los sujetos públicos que impide la imposición de este tipo de decisiones. Así, el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales, en el evento en que se haya liquidado unilateralmente el convenio interadministrativo o que el mismo no se haya liquidado, debe comenzar a contabilizarse desde el momento en el que venció el plazo para liquidar bilateralmente dicho acuerdo.

10. La segunda tesis manifiesta que en los convenios interadministrativos es procedente la liquidación unilateral, pues la misma es una facultad legal del Estado que no implica el ejercicio de una potestad exorbitante, ya que la Ley 80 de 1993 no la enlista como tal y en este sentido la misma es procedente.

11. Bajo esta línea argumentativa, resulta claro para la Sala que de ser procedente la liquidación del convenio interadministrativo, el término de caducidad puede variar dependiendo de la tesis o postura que se aplique.

12. Así mismo, se debe resaltar que para los efectos del conteo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales es importante determinar si el convenio o contrato interadministrativo sobre el cual se suscita la controversia se debe o no liquidar, dado que dependiendo de ello el plazo para interponer la demanda se contabiliza de manera distinta.” (Subrayado y negrilla fuera de texto). CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO. Bogotá, D.C., dos (2) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

De otra parte, en cuanto a la procedencia de pactar la liquidación unilateral en contratos que se rigen por el derecho privado, el Consejo de Estado, indicó:

“Por su parte la liquidación unilateral es una actuación administrativa posterior a la terminación normal o anormal del contrato que se materializa en un acto administrativo motivado, mediante el cual la administración decide unilateralmente realizar el balance final o corte final de las cuentas del contrato estatal ya terminado, precisando quién le debe a quien y cuanto y que sólo resulta procedente en tanto no se haya podido realizar la liquidación bilateral, ya sea porque el contratista no se presentó a ésta o porque las partes no llegaron a un acuerdo sobre las cuentas a finiquitar.

(...)



Teniendo en cuenta que la liquidación de los contratos se encuentra regulada por los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 se entiende que la liquidación unilateral del contrato si bien es una facultad legal, no es de aquellas que implican el ejercicio de una potestad exorbitante o excepcional al derecho común, ya que la Ley 80 no la enlista como tal en sus artículos 14 y siguientes que se refieren al ejercicio de dichas potestades.

Ahora bien, si se entiende que la liquidación unilateral no es de aquellas que la Ley enlista como potestades o facultades al derecho común, nada impide que en un contrato que se rige por normas de derecho privado, tal como lo son los contratos celebrados por Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, las partes en ejercicio de la autonomía dispositiva o negocial puedan convenir su ejercicio, siempre y cuando dicha estipulación no vaya en contra de normas imperativas, no se encuentre expresamente prohibida por la Ley y, por supuesto, que con su ejercicio no se afecte la prestación los servicios públicos o el cumplimiento de las finalidades estatales.

Con otras palabras, resulta totalmente válido que en un contrato que se rige por normas de derecho privado, las partes convengan que ante la falta de acuerdo para liquidar el contrato, una de ellas pueda proceder a liquidarlo unilateralmente, siempre y cuando que esa posibilidad haya sido prevista y autorizada dentro del pliego de condiciones o acordada en el mismo contrato, que no vaya en contra de normas de carácter imperativo, y que no se afecte la prestación los servicios públicos o el cumplimiento de las finalidades estatales.

Luego, si lo que ocurre es que en un contrato celebrado por una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, que se rige por normas de derecho privado, las partes convienen que ante la falta de acuerdo la entidad lo liquide unilateralmente, esa estipulación es válida, así como también los diferentes actos que se expidan para hacerlo, siempre y cuando que no exista norma que lo prohíba y no afecte la prestación del servicio público o el interés general." (Subrayado y negrilla fuera de texto). CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCION C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C.; veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-31-000-2002-04432-01(56939).

Luego, incluso en los contratos que se rigen por el derecho privado, es posible pactar la liquidación unilateral por una de las partes.

En este orden de ideas, si bien la jurisprudencia ha ido variando sobre la posibilidad de liquidar unilateralmente un convenio interadministrativo, esta Oficina Asesora Jurídica considera que lo procedente es acoger aquella posición según la cual la liquidación unilateral no es una cláusula exorbitante y, en tal virtud, es posible su utilización en los contratos y convenios interadministrativos, por las siguientes razones:

- a. Dado que las cláusulas exorbitantes evidencian una relación de desigualdad entre los contratantes a favor de la Administración y que las mismas se conciben con el fin de garantizar el interés general, deben estar señaladas expresamente por el legislador.
- b. El legislador no previó que la liquidación unilateral fuese una prerrogativa excepcional en materia contractual, luego no es dable aplicar la figura de manera análoga pues la intención de éste fue clara cuando enumeró y desarrolló cada una de las cláusulas exorbitantes a favor de la Administración.
- c. El ejercicio de competencias unilaterales no significa "per se" una prerrogativa excepcional, pues normalmente la Administración se manifiesta a través de actos



administrativos que son declaraciones de la voluntad unilateral de la misma como sucede, en efecto, con la liquidación unilateral.

- d. Los contratos estatales no pueden quedar destinados a la falta de liquidación, salvo que opere la pérdida de competencia, por lo que es deber de la Administración adelantar las gestiones que la ley le faculta para lograr su liquidación final.

En consecuencia, se considera que la liquidación unilateral en los convenios interadministrativos, aun si se rigen por el derecho privado, es procedente de conformidad con la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia y los argumentos que según la doctrina antes citada, la avalan.

5. Del caso concreto.

En el caso sometido a consideración, se cuestiona sobre la posibilidad de declarar el incumplimiento contractual en los convenios interadministrativos que por el origen de los recursos (Fondo de Inversión para la Paz – FIP), se rigen por el derecho privado.

Para dar respuesta al interrogante planteado se debe precisar lo siguiente:

- a. Las cláusulas de multa e incumplimiento es posible pactarlas en los contratos estatales, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, empero, solo a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, el legislador habilitó a la Administración para declararlas e imponerlas de manera unilateral.
- b. De conformidad con lo anterior, la regla general es que la Administración puede hacer efectiva la multa o el incumplimiento en dos sedes, a saber: i) la judicial y, ii) la administrativa, que implica una decisión unilateral.
- c. En cuanto a la posibilidad de pactar estas cláusulas en los convenios interadministrativos o en los contratos que se rigen por el derecho privado, la jurisprudencia del Consejo de Estado señala que es viable pactarlas pero no imponerlas de manera unilateral, luego habrá que acudir al juez del contrato para hacerlas efectivas.

De otra parte, en cuanto a la posibilidad de hacer la liquidación unilateral de los convenios interadministrativos, pese a que el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado no ha sido uniforme, de acuerdo con los pronunciamientos más recientes, es posible pactarla y hacerla por parte de la Administración, en tanto que no se considera como una potestad excepcional sino una facultad legal que, al ser incluida por las partes en el contrato, resulta imperativa.

De conformidad con todo lo anterior, se dará respuesta a cada una de las preguntas formuladas, así:

1. *¿Procede la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones establecidas en un convenio interadministrativo celebrado entre dos entidades públicas que se asocian para lograr un fin común?*



La declaratoria de incumplimiento, de manera unilateral por la Administración, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado no es procedente, toda vez que la ley no la previó expresamente para los convenios interadministrativos ni para los que se rigen por el derecho privado.

2. En el evento de proceder; ¿Procede en sede administrativa por parte de PROSPERIDAD SOCIAL o en sede judicial por parte del juez competente?

Es posible pactar en el convenio interadministrativo la cláusula penal por incumplimiento pero para hacerla efectiva deberá acudir al juez del contrato.

3. En el evento de proceder en sede administrativa; ¿Quién desarrolla la actuación y que documentación y/o requisitos debe acreditar el área que solicita iniciar el respectivo proceso?

Dado que no es posible declarar el incumplimiento de manera unilateral en sede administrativa, no existe tal competencia al interior de la Entidad, sin embargo, el área responsable del proyecto deber adelantar todas las gestiones necesarias para acreditar el incumplimiento y determinar los perjuicios.

4. En el evento de proceder en sede judicial ¿Cuál es el juez competente, a que clase de proceso corresponde y que requisitos debe acreditar el área que solicita iniciar el respectivo proceso?

La declaratoria judicial del incumplimiento corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa a la cual se acude a través del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Los requisitos y/o documentos que debe acreditar el área que solicita el inicio de la actuación judicial, son:

1. Certificación de no haber operado la caducidad de la acción.
2. Copia de los Convenios, sus prorrogas, adiciones, modificaciones, y/o suspensiones.
3. Copia del Certificado de disponibilidad Presupuestal-CDP, y Certificado de Registro Presupuestal-CRP.
4. Copias del acta de inicio, suspensión, reanudación y de entrega final.
5. Si se trata de un convenio derivado, aportar el convenio marco.
6. Informe de supervisión que contenga lo siguiente:



a. Especificación de los hechos relevantes de la actuación contractual: Es necesario realizar un recuento cronológico de todas las actuaciones contractuales que revisten relevancia: la suscripción del convenio, el inicio del convenio, presupuesto, la suscripción de los otrosí y las circunstancias que llevaron a que se firmaran los mismos, las legalizaciones, los pagos, las reuniones, mesas de trabajo, requerimientos, la audiencia de debido proceso, etc, desde la suscripción hasta la última actuación que se haya efectuado. Asimismo, se requiere que se relacione el soporte de cada actuación.

Es importante que en estos hechos queden claros los siguientes supuestos: Las actividades contractuales (convenio y otrosí), los pagos, el seguimiento efectuado, y el incumplimiento.

b. Desembolsos realizados y legalización: Se requieren las fechas de cada desembolso, la certificación de la cuenta en donde se manejan los recursos en la forma establecida en el convenio, los comprobantes de SIIF, y certificación de la Tesorería de que dichos pagos se realizaron conforme a la legalización de los mismos, esta última con firma original.

c. Supervisiones: Exponer quiénes fueron los supervisores del contrato, aportando las actas, comunicaciones o memorandos de su designación.

d. Estado del convenio: Para este punto se debe elaborar un cuadro en el cual se exponga frente a cada obligación del convenio el estado de su cumplimiento (cumplido, parcialmente e incumplido). No obstante, frente al soporte probatorio, se requiere especificar los documentos que dan cuenta del estado del convenio.

e. Estado financiero: Para ello resulta funcional efectuar un cuadro sobre el estado financiero que incluya lo siguiente:

- VALOR INICIAL DEL CONVENIO
- VALOR ADICIONES
- VALOR TOTAL DEL CONVENIO
- VALOR TOTAL EJECUTADO
- VALOR TOTAL DESEMBOLSADO
- SALDO POR DESEMBOLSAR
- VALOR NO EJECUTADO



• VALOR POR REINTEGRAR

7. Informe de interventoría en el cual se puedan precisar los mismos ítems del informe de supervisión y evidenciar el soporte y pruebas del incumplimiento, pues este documento se presentará como medio probatorio ante la instancia judicial en sustitución al dictamen pericial que será solicitado para que sea decretado por el Juez. Soportes: Los referidos en el numeral anterior.

8. Soporte del requerimiento o requerimientos de cumplimiento de las obligaciones del convenio efectuado a la Entidad Territorial, informando que frente a esta situación se adelantará la acción judicial correspondiente para la indemnización de perjuicios, indicando la estimación de estos.

9. Respuesta a los requerimientos realizados por el Supervisor del Convenio, o constancia que no haber tenido respuesta de los mismos por parte de la Entidad Territorial.

10. Cualificación y cuantificación de los perjuicios.

11. Copia auténtica de las pólizas de cumplimiento, constancia de aprobación, y documentos en los que se verifique su vigencia.

12. Requerimientos o avisos realizados a la aseguradora, con la copia del documento que evidencie la constancia de entrega de estos.

13. Copia de la respuesta de la aseguradora, o la certificación de la configuración del silencio de esta dentro del término legal.

14. El listado de las personas que pueden ser citadas a declarar, y que puedan dar fe del incumplimiento, indicando nombres completos, números de identificación, dirección de notificación, y tema puntual sobre el que verse el testimonio.

15. Cualquier otro dato o información que considere relevante para la adecuada defensa de los intereses del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social

16. Certificación de los pagos al sistema de seguridad social realizados, y demás requeridos en el Convenio.

Toda la documentación debe aportarse foliada y organizada.

Cuando se pretenda la liquidación judicial del contrato, se deberá acreditar, por parte de la Subdirección de Contratación, las razones por las cuales no fue posible realizarlas de manera bilateral o unilateral por parte de la Administración y adjuntar los soportes que den prueba de ello. Además, se debe anexar:

1. Certificación de no haber operado la caducidad de la acción.

2. Certificación de cumplimiento del plazo de ejecución del contrato y del término para liquidar en sede administrativa.

7



3. Copia de los Convenios, sus prorrogas, adiciones, modificaciones, y/o suspensiones.
4. Copia del Certificado de disponibilidad Presupuestal-CDP, y Certificado de Registro Presupuestal-CRP.
5. Copias del acta de inicio, suspensión, reanudación, y entrega final.
6. Si se trata de un convenio derivado, aportar el convenio marco.
7. Informe de supervisión contentivo de lo siguiente:

a. Especificación de los hechos relevantes de la actuación contractual: Es necesario realizar un recuento cronológico de todas las actuaciones contractuales que revisten relevancia: la suscripción del convenio, el inicio del convenio, presupuesto, la suscripción de los otrosí y las circunstancias que llevaron a que se firmaran los mismos, las legalizaciones, los pagos, las reuniones, mesas de trabajo, requerimientos, la audiencia de debido proceso, etc, desde la suscripción hasta la última actuación que se haya efectuado. Asimismo, se requiere que se relacione el soporte de cada actuación.

Es importante que en estos hechos queden claros los siguientes supuestos: Las actividades contractuales (convenio y otrosí), los pagos, el seguimiento efectuado, y el incumplimiento.

b. Desembolsos realizados y legalización: Se requieren las fechas de cada desembolso, la certificación de la cuenta en donde se manejaron los recursos en la forma establecida en el convenio, los comprobantes de SIIF, y certificación de la Tesorería de que dichos pagos se realizaron conforme a la legalización de los mismos, esta última con firma original.

c. Supervisiones: Exponer quiénes fueron los supervisores del contrato, aportando las actas, comunicaciones o memorandos de su designación.

d. Estado del convenio: Para este punto se debe elaborar un cuadro en el cual se exponga frente a cada obligación del convenio el estado de su cumplimiento (cumplido, parcialmente e incumplido). No obstante, frente al soporte probatorio, se requiere especificar los documentos que dan cuenta del estado del convenio.

e. Estado financiero: Para ello resulta funcional efectuar un cuadro sobre el estado financiero que incluya lo siguiente:

- VALOR INICIAL DEL CONVENIO
- VALOR ADICIONES
- VALOR TOTAL DEL CONVENIO



- VALOR TOTAL EJECUTADO
- VALOR TOTAL DESEMBOLSADO
- SALDO POR DESEMBOLSAR
- VALOR NO EJECUTADO
- VALOR POR REINTEGRAR

8. Informe de interventoría: En el cual se puedan precisar los mismos ítems del informe de supervisión y evidenciar el soporte y pruebas del incumplimiento, pues este documento se presentará como medio probatorio ante la instancia judicial en sustitución al dictamen pericial que será solicitado para que sea decretado por el Juez.

9. El proyecto de acta de liquidación que fue tenido en cuenta para la liquidación en sede administrativa.

10. Certificación y los soportes de no haber podido surtirse la liquidación en sede administrativa.

11. Soporte de reintegro de rendimientos financieros y reintegro de valores no ejecutados por parte de la Entidad territorial.

12. Soporte del requerimiento o requerimientos de cumplimiento de las obligaciones del convenio efectuado a la Entidad Territorial, informando que frente a esta situación se adelantará la acción judicial correspondiente para la indemnización de perjuicios, indicando la estimación de estos.

13. Respuesta a los requerimientos realizados por el Supervisor del Convenio, o constancia que no haber tenido respuesta de estos por parte de la Entidad Territorial.

14. Cualificación y cuantificación de los perjuicios.

15. Copia auténtica de las pólizas de cumplimiento, constancia de aprobación, y documentos en los que se verifique su vigencia.

16. Requerimientos o avisos realizados a la aseguradora, con la copia del documento que evidencie la constancia de entrega de estos.

17. Copia de la respuesta de la aseguradora, o la certificación de la configuración del silencio de esta dentro del término legal.

18. Certificación de los pagos al sistema de seguridad social realizados, y demás requeridos en el Convenio.

19. El listado de las personas que pueden ser citadas a declarar, y que puedan dar fe del incumplimiento, indicando nombres completos, números de identificación, dirección de notificación, y tema puntual sobre el que verse el testimonio.

20. En caso de adelantarse en la misma acción contractual solicitud de liquidación y declaratoria de incumplimiento, aportar los documentos relacionados anteriormente.

21. Cualquier otro dato o información que considere relevante para la adecuada defensa de los intereses del



Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

5. ¿Cómo se harían efectivas las multas y clausula penal que establecen los convenios y el Manual de Contratación de la Entidad y qué área es la competente para dar inicio a la actuación?

Como se señaló anteriormente, el procedimiento para hacer efectivas las multas y la cláusula penal por incumplimiento es ante la jurisdicción contenciosa administrativa, razón por la cual, el área responsable del proyecto, con el apoyo y acompañamiento de la Subdirección de Contratación, hará la respectiva solicitud a la Oficina Asesora Jurídica acompañada de los documentos respectivos.

6. ¿Cómo se harían efectivas las garantías constituidas en virtud de los Convenios y que área de la entidad es competente para adelantar la actuación?

De conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado, si bien no es posible declarar de manera unilateral el incumplimiento del convenio interadministrativo o del contrato regido por el derecho privado, sí es posible declarar el siniestro.

Lo anterior implica que el incumplimiento se puede declarar pero solo con el propósito de hacer efectiva la garantía, mas no para derivar las consecuencias del mismo desde el punto de vista de responsabilidad e indemnización plena de perjuicios, para lo cual, habrá que acudir al juez del contrato como ya se ha señalado.

En consecuencia, se debe atender lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el Manual de Contratación de la Entidad y la Resolución 515 de 2018 numeral 10 del artículo 10.

7. En cualquiera de los dos escenarios, según se determine la competencia para adelantar el proceso en sede administrativa o judicial. ¿Qué requisitos y/o procedimiento debe agotar la DISH para solicitar el inicio de la actuación correspondiente?

Sobre el particular, ya se dio respuesta en el interrogante número 4.

IV. CONCLUSIONES.

De conformidad con lo anteriormente señalado, la respuesta al problema jurídico planteado consistente en determinar si es posible declarar el incumplimiento contractual en los convenios interadministrativos que por el origen de los recursos, se rigen por el derecho privado, es negativa en tanto que la Administración no puede proceder en tal sentido de manera unilateral sino que debe acudir ante la jurisdicción contenciosa



administrativa a través del medio de control de controversias contractuales.

La presente respuesta tiene la naturaleza de un concepto jurídico; constituye un criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con lo establecido por el artículo 26 del Código Civil y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por Ley 1755 de 2015.

Atentamente,

Omar Alberto Baron Avendaño
Jefe de Oficina (E)

Copia: Anyi Catalina Carrera Jurado - Subdirección de Contratación

Elaboró: Omar Alberto Baron Avendaño

Revisó: Omar Alberto Baron Avendaño