



## CONTRATO DE CONCESIÓN — Contrato estatal — Concepto

El contrato de concesión ha sido tradicionalmente uno de los contratos estatales paradigmáticos, ya que a través de él las entidades públicas reciben el apoyo de los particulares para el cumplimiento de los fines del Estado, permitiendo que aquellos exploten, operen, organicen, construyan, conserven o gestionen un determinado bien o servicio de propiedad estatal, en la medida de lo posible con sus propios recursos privados y con la oportunidad de recuperar su inversión durante el plazo del contrato [...]

Como se observa, en este tipo de contratos el contratista es, en principio, quien por su cuenta y riesgo ejecuta la prestación, operación, explotación u organización del servicio, así como la construcción, explotación o conservación del bien, a cambio de una remuneración.

## CONTRATO ESTATAL – Control y vigilancia

[...] el seguimiento de la ejecución del contrato para su dirección, control y vigilancia del correcto cumplimiento del objeto es un deber legal que permite a las entidades estatales tomar medidas orientadas a la satisfacción de los fines de la contratación, dentro de las cuales, se encuentra la posibilidad de pactar y ejercer las cláusulas exorbitantes, la designación de una supervisión o la contratación de una interventoría para vigilar la ejecución del contrato y la facultad de pactar e imponer multas, cláusula penal o hacer efectivas las garantías del contrato, previa declaratoria de incumplimiento de las obligaciones del contrato, en aras de lograr la satisfacción de las necesidades de bienes, obras o servicios que se pretenden suplir con la celebración de los contratos estatales

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

El último grupo de potestades excepcionales –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 Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –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. Se reitera que la exorbitancia de las dos cláusulas transcritas –cláusula penal y multas– se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto. Esto último en la medida que dichas cláusulas son posibles y pueden pactarse en virtud de las normas civiles y comerciales.

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

[...] 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.

### **CONTRATOS ESTATALES – Plazo suspensivo – Plazo extintivo – Exigibilidad – Extinción de las obligaciones – Régimen de las 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. 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. 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 las 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*» – **Competencia temporal – Plazo de ejecución del contrato – Procedencia**

[...] 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.





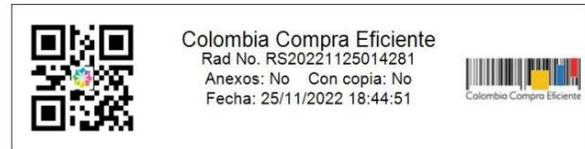
Solo de esa manera resultaría posible materializar correlativamente y de forma legítima el poder de autotutela del ente estatal contratante, traducido en la eficiente y efectiva labor de supervisión y control que se le impone ejercer durante la ejecución en su calidad de director del contrato, gestión 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 [...]





Bogotá, D.C, 25 de noviembre de 2022



Señora

**Ana Rody Calvo Lara**

Bogotá, Colombia

### Concepto C – 807 de 2022

**Temas:**

COMPETENCIA CONSULTIVA – Alcance / CONTRATO DE CONCESIÓN – Contrato estatal – Concepto / CONTRATO ESTATAL – Control y vigilancia / INTERVENTORÍA – Características / 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 – Plazo de ejecución del contrato – Procedencia

**Radicación:**

Respuesta a consulta P20221011010241.

Estimada señora Calvo,

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 fecha 11 de octubre de 2022.

### 1. Problema planteado

Usted formula la siguiente consulta:



DEPARTAMENTO  
NACIONAL DE PLANEACIÓN

**Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente**

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



[www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co)



«1. ¿Es posible iniciar un proceso sancionatorio con fines de multa por parte de la entidad concedente ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del Concesionario así el plazo contractual ya haya vencido y el contrato se encuentre en etapa de reversión y liquidación?

2. De ser así, ¿quién debe adelantar el trámite correspondiente para la exigibilidad de las obligaciones incumplidas ¿la entidad concedente o la interventoría? Lo anterior, teniendo en cuenta el criterio de exigibilidad del cumplimiento de las obligaciones en la etapa poscontractual.

3. En estos casos, ¿qué actuaciones debe adelantar la interventoría en desarrollo de su deber de realizar el seguimiento correspondiente al contrato estatal?

4. ¿Se puede continuar y proceder con el curso normal de las etapas de reversión y liquidación del contrato de concesión, pese a que el contratista (concesionario) no se encuentre a paz y a salvo en sus obligaciones con la totalidad de las entidades correspondientes?»

## 2. Consideraciones

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

Por tanto, la competencia de esta Agencia se fija con límites claros, con el objeto de evitar que actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Lo anterior, en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud; razón por la cual, al no ser un órgano judicial, ni una entidad de vigilancia, inspección o control en materia contractual, carece de la facultad para desempeñar estas funciones.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual, dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá su solicitud conforme a las normas generales en materia de compra pública, para tal efecto abalizará los siguientes aspectos: i) la obligación de controlar y vigilar la correcta ejecución de





los contratos estatales; ii) generalidades del contrato de interventoría; iii) el contrato de concesión como forma de colaboración público-privada; iv) régimen sancionatorio en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; v) el plazo en los contratos estatales; y, vi) límite temporal para la imposición de multas y de la cláusula penal pecuniaria en los contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos del 30 de agosto y el 20 de diciembre de 2019 –radicados Nos. 2201913000006394 y 2201913000009467, se pronunció sobre la obligación de controlar y vigilar la ejecución de los contratos estatales. Asimismo, en los conceptos con radicado C-251 del 27 de mayo de 2020, C-400 del 30 de junio de 2020, C-507 del 13 de agosto de 2020, C-718 del 20 de diciembre de 2020 y C-077 del 16 de marzo de 2021, analizó algunos temas asociados al contrato de concesión. De igual forma, se refirió al régimen sancionatorio en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública 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, entre otros. La Agencia también analizó los plazos y sus efectos 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. Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta los interrogantes planteados.

Finalmente, esta Agencia se pronunció frente al límite temporal para la imposición de multas y cláusula penal en el concepto 4201911000005276 del 21 de agosto de 2019 –radicado de salida 2201913000006049–, el cual se ha reiterado y desarrollado en los conceptos C-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, C-529 del 18 de agosto de 2022, entre otros. Las tesis desarrolladas se actualizan en el presente concepto.

## 2.1. Obligación de controlar y vigilar la correcta ejecución de los contratos estatales

El Estado acude a la contratación de bienes, obras y servicios para cumplir los fines que le impone el ordenamiento jurídico, la continuidad y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados y de quienes colaboran en la consecución de dichos fines, entre otros<sup>1</sup>. Para la garantía de los fines de interés general involucrados en la contratación de las entidades

<sup>1</sup> Artículo 3 de la Ley 80 de 1993.





estatales, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP– establece que, en la etapa de ejecución del contrato, las entidades estatales y los servidores públicos que participan en ella tienen la obligación de controlar y vigilar la correcta ejecución del objeto contratado, para efectos de que las finalidades perseguidas con la celebración de los negocios jurídicos se logren de manera satisfactoria.

Por esto, el EGCAP alude a la obligación mencionada, que guarda relación con el principio de responsabilidad que rige la celebración y ejecución de los contratos estatales. Así, por ejemplo, los artículos 4, 5, 12, 14 y 26 de la Ley 80 de 1993 consagran normas relacionadas con el control y vigilancia de la ejecución de los contratos estatales. Estas disposiciones establecen, entre otros aspectos, la obligación de las entidades estatales de velar por el correcto y oportuno cumplimiento de las prestaciones del contrato, incluyendo las especificaciones de los bienes, obras y servicios, las condiciones de calidad ofrecidas, etc. Esta obligación se predica, en principio, del jefe o representante legal de la entidad, por tener la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual, pero también de los servidores públicos que intervienen en ella. En ese sentido, las entidades estatales deben ejercer el control de la ejecución del contrato y, de ser el caso, tomar medidas para exigir el adecuado cumplimiento.

Las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 complementan el régimen jurídico de la obligación de vigilar la correcta ejecución de los contratos estatales. En dichas leyes se impone el debido proceso como principio rector en materia sancionatoria contractual para la imposición de multas y la decisión de hacer efectiva la cláusula penal; principio que se debe respetar en el ejercicio del control y vigilancia de la ejecución contractual<sup>2</sup>. De igual forma, se establecen los límites de la responsabilidad del representante legal ante la delegación de sus funciones en materia contractual<sup>3</sup> y se regula la supervisión y la interventoría de los contratos estatales<sup>4</sup>.

La jurisprudencia de lo contencioso-administrativo, por su parte, ha considerado que la obligación de vigilar la correcta ejecución del objeto contractual es una función de la entidad contratante, en los siguientes términos:

«La función de vigilancia y control del contrato estatal supone el cuidado y la supervisión, de forma tal que en ejercicio de esa función, quien administra la adecuada y oportuna ejecución del contrato no sólo debe velar por que las partes den cumplimiento a las obligaciones contractuales, sino que el contrato se ejecute en el tiempo y la forma convenidos, para

<sup>2</sup> Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

<sup>3</sup> Artículo 21 de la Ley 1150 de 2007.

<sup>4</sup> Artículos 83 a 86 de la Ley 1474 de 2011.





de esta forma garantizar la satisfacción de las necesidades que la administración buscaba alcanzar con la celebración del respectivo contrato<sup>5</sup>.»

En este punto, se reitera lo expuesto en el concepto emitido por esta Agencia con el radicado 4201913000008240, del 20 de diciembre de 2019, esto es, que *«el seguimiento de la ejecución del contrato para su dirección, control y vigilancia del correcto cumplimiento del objeto es un deber legal que permite a las entidades estatales tomar medidas orientadas a la satisfacción de los fines de la contratación, dentro de las cuales, se encuentra la posibilidad de pactar y ejercer las cláusulas exorbitantes, la designación de una supervisión o la contratación de una interventoría para vigilar la ejecución del contrato y la facultad de pactar e imponer multas, cláusula penal o hacer efectivas las garantías del contrato, previa declaratoria de incumplimiento de las obligaciones del contrato, en aras de lograr la satisfacción de las necesidades de bienes, obras o servicios que se pretenden suplir con la celebración de los contratos estatales»*.

## 2.2. El contrato de interventoría

La Ley 1474 de 2011 enmarcó el seguimiento, control y vigilancia de la ejecución del contrato estatal dentro del principio de moralidad administrativa. El artículo 83 *ibidem* establece que *«con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda»*. Además, el legislador, en el mismo artículo, definió las nociones de *supervisión* e *interventoría*, como mecanismos que pueden usar las entidades estatales para vigilar el contrato, en estos términos:

*«La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.*

*La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento*

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. M.P. Jaime Orlando Santofimio. Exp. 51.802.



*administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría» (Cursivas fuera del original).*

De este modo, la interventoría: i) será un mecanismo de vigilancia contingente en la medida que solo es obligatorio para el seguimiento de los contratos de obra adjudicados por licitación pública –art. 32, numeral 1–; en los demás casos se requerirá cuando «el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen» –art. 83, Ley 1474 de 2011–. ii) Este mecanismo de vigilancia exige, en su ejecución, la utilización de conocimientos especializados. iii) Por lo anterior, la entidad contrata un experto, en principio, a través de un concurso de méritos, al tratarse la interventoría de una especie del contrato de consultoría –art. 32, numeral 2, inciso 2, Ley 80 de 1993<sup>6</sup>–, de manera que la interventoría es realizada por una «persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal» –art. 83, Ley 1474–. iv) Le es inherente el seguimiento técnico, frente a la vigilancia de la correcta ejecución del contrato vigilado; sin embargo, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 permite que en el contrato de interventoría también se pacten obligaciones para que el contratista realice el seguimiento administrativo, financiero, contable o jurídico. v) En caso de que no se encomiende al interventor el seguimiento total del contrato, en el contrato de interventoría «se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor» –art. 83, inciso 3–. Finalmente, vi) el contrato de interventoría será supervisado directamente por la entidad –art. 83, inciso 4–.

De acuerdo con lo anterior, el interventor es un contratista externo a la Entidad Estatal y al contratista vigilado, de manera que es seleccionado por la Entidad Estatal mediante los procedimientos de selección establecidos en el EGCAP; en principio, a través de un concurso de méritos. Lo anterior, sin perjuicio de que eventualmente aplique alguna causal especial que permita la celebración de este tipo de contratos mediante una modalidad diferente, como podría suceder frente a la posibilidad de realizar, por ejemplo, una contratación de mínima cuantía o una contratación directa, en caso de presentarse alguna de las causales establecidas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que dé lugar a acudir a otra modalidad de selección. En todo caso, se reitera que un contrato, para que se considere de interventoría debe tener como objeto y finalidad vigilar la adecuada ejecución de uno u otros contratos estatales, en los términos establecidos en el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011.

Igualmente, es importante resaltar que el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, consagró como deber principal de la interventoría el realizar seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligatorio sobre las obligaciones a cargo del contratista que vigila, y para tal efecto quedaron facultadas por Ley para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, por lo tanto, serán

<sup>6</sup> «Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría [...]»





responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.

En el marco de dicha responsabilidad, la Ley 1882 de 2018 en su artículo 2, dispuso que los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por *«los hechos u omisiones que le sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, incluyendo la etapa de liquidación de los mismos [...]»*. Lo anterior implica que la interventoría responde por sus acciones y omisiones en la vigilancia del contrato objeto de interventoría hasta la liquidación de este, resultando ser responsables cuando se haya generado perjuicios producto del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le correspondan conforme con el contrato de interventoría.

De tal forma, que la responsabilidad de la interventoría no sólo se encuentra en mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, si no también cuando no exige la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad contratante o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad, lo que resulta ser falta gravísima en virtud del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, además de ser solidariamente responsable con la entidad de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor.

### 2.3. Contrato de concesión como forma de colaboración público-privada

El contrato de concesión ha sido tradicionalmente uno de los contratos estatales paradigmáticos, ya que a través de él las entidades públicas reciben el apoyo de los particulares para el cumplimiento de los fines del Estado, permitiendo que aquellos exploten, operen, organicen, construyan, conserven o gestionen un determinado bien o servicio de propiedad estatal, en la medida de lo posible con sus propios recursos privados y con la oportunidad de recuperar su inversión durante el plazo del contrato. En tal sentido, el artículo 32, numeral 4º, de la Ley 80 de 1993, los define así:

«4. Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo





del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.»

Como se observa, en este tipo de contratos el contratista es, en principio, quien por su cuenta y riesgo ejecuta la prestación, operación, explotación u organización del servicio, así como la construcción, explotación o conservación del bien, a cambio de una remuneración<sup>7</sup>. En palabras de la Corte Constitucional:

«Los contratos de concesión son entonces instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus fines. Estos contratos adquieren especial importancia en contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados; de este modo facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal<sup>8</sup>.»

De esta manera, como característica fundamental de estos contratos se resalta «*la vinculación de recursos del sector privado, a manera de inversión, en proyectos de interés público que permitan maximizar el gasto estatal en la satisfacción de otras necesidades*»<sup>9</sup>. Así mismo, es de la esencia del contrato de concesión la asunción de riesgos por parte del concesionario, lo que significa que tendrá derecho a la utilidad generada pero también asumirá las pérdidas derivadas de la gestión del servicio o bien concesionado.

A partir de la tipificación de este contrato, en el artículo citado, y sin perjuicio de la existencia de regímenes especiales, las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública eran las que aplicaban principalmente las entidades públicas en la celebración de los contratos de concesión. Sin embargo, con posterioridad se expidió la Ley 1508 de 2012, «*Por la cual se establece el*

<sup>7</sup> El Consejo de Estado, Sección Tercera en Sentencia del 23 de octubre de 2017 con consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 53.477, .ha destacado sus características: «[...] la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado como características propias del contrato de concesión que: i) dentro de su celebración interviene una entidad estatal que actúa como concedente y una persona natural o jurídica denominada concesionario; ii) El concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga; iii) La entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros); y que v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato»

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-300 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>9</sup> QUIÑONES GUZMAN, Juan Carlos. Contratos de Asociación Público – Privada e Infraestructura de Transporte. Primera edición 2020. p. 6).





*régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones», que en el artículo 1 definió las asociaciones público-privadas –APP– de la siguiente manera:*

«Art. 1. Las Asociaciones Público-Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.»

Con fundamento en dicha noción, el legislador entendió que, cuando se den los presupuestos de la Ley 1508 de 2012, la concesión sería el medio a través de cual se contratarían estas colaboraciones público-privada<sup>10</sup>, es decir, como un mecanismo a través del cual el sector privado participaría en la gestión pública, representada en la ejecución de actividades de infraestructura o de otros servicios, vinculando capital, conocimientos y experiencia, así como un mayor riesgo que el que ordinariamente se asume en otras tipologías contractuales. Esta idea se consagró en el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012, que expresa que las concesiones ingresan en la categoría de la asociación público-privada<sup>11</sup>.

Por lo anterior, la doctrina nacional ha expresado que *«las APP no constituyen un instrumento absolutamente novedoso en el derecho colombiano, pues los contratos con los que se pretende instrumentarlas –ya sea el caso de una concesión o una obra pública– son figuras que ya existían en nuestra legislación»*<sup>12</sup>. En otras palabras, la colaboración público-privada no es exclusivamente la regulada en la Ley 1508 de 2012, pues la tendencia de vinculación de los particulares en la actividad contractual del Estado, a través de mecanismos como la obra, la prestación de servicios o la concesión, se encontraba prevista en Colombia, como, de hecho, lo continúa estando.

<sup>10</sup> La doctrina ha señalado que «[...] durante la década de los ochenta y de los noventa, las más variadas instituciones anglosajonas empiezan a proponer toda una serie de definiciones de la citada colaboración público-privada (o en términos anglosajones *public private partnerships* –PPP–, en adelante), para hacer referencia a una amplia gama de operaciones, técnicas y metodologías aglutinadas bajo un enfoque o idea común: incentivar el interés particular en la ejecución de cometidos públicos asumiendo los riesgos inherentes a dicha ejecución, de modo que cada sector aporta sus recursos y conocimientos con el fin de acometer la construcción de una infraestructura o la gestión de un servicio público de la manera más eficiente posible» (HERNANDO RYDINGS, María. La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales. Madrid: Civitas. pp. 37-38).

<sup>11</sup> Dicho artículo dispone: «Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas.

» Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración».

<sup>12</sup> BENAVIDES, José Luis. Presentación. En: BENAVIDES, José Luis (compilador). Estudio sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 13.





## 2.4. Régimen sancionatorio en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

Durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública usualmente cuentan con distintas potestades exorbitantes o excepcionales, 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 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) Algunas disposiciones también establecen otras 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 encuentran iii) las cláusulas excepcionales de *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, aclarando que su exorbitancia se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto, que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

Las primeras, esto es, las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, son estipulaciones virtuales 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<sup>13</sup>.»

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 se puede utilizar esta atribución 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.

Así, dentro de los requisitos de orden legal que deben cumplirse para decretar la caducidad no hay uno que exija a las entidades estatales imponer multas previas al contratista, como condición *sine qua non* para la declaratoria de aquella. Es cierto que las entidades estatales, como directoras de la ejecución del contrato, deben estar al tanto del grado de cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista y, en la medida de lo posible, no deben permitir que el incumplimiento avance o se torne más gravoso. Para ello, pueden pactar en el contrato y hacer efectivas, si es el caso, tanto la multa como la cláusula penal pecuniaria. Pero de lo dicho no puede concluirse que sea un requisito de la caducidad la imposición previa de una multa, pues además de que el incumplimiento grave del contrato –que es presupuesto de la caducidad– puede presentarse *ipso facto*, es decir, sin que se evidencien antecedentes de incumplimientos parciales, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública permite decretar directamente esta cláusula excepcional, respetando el debido proceso.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 12 de julio de 2012. Rad. 15.024. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.





Por su parte, en el último grupo de potestades excepcionales –imposición unilateral de la multa o la cláusula penal–, por el contrario de la facultad sancionatoria expuesta previamente, estos 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<sup>14</sup>. No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –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. Se reitera que la exorbitancia de las dos cláusulas transcritas –cláusula penal y multas– se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto. Esto último en la medida que dichas cláusulas son posibles y pueden pactarse en virtud de las normas civiles y comerciales.

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, indicando que:

«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<sup>15</sup>.»

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»*<sup>16</sup>. De otro

<sup>14</sup> Motivo por el cual son típicas cláusulas accidentales dentro de los contratos estatales, en los términos del artículo 1501 del Código Civil.

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 15 de noviembre de 2011. Rad. 20.916. Consejera Ponente: Olga Mérida Valle de la Hoz.

<sup>16</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Rad. 16.367. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Véase también: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad. 17.009. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero





lado, la Corte Constitucional<sup>17</sup> 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*».

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<sup>18</sup>, en relación con las diferencias entre las multas y la cláusula penal, esto es: «*[aunque 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*»<sup>19</sup>. 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 [...]*»<sup>20</sup>. 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*»<sup>21</sup>.

Estudiadas las cláusulas excepcionales de caducidad, así como la potestad de *imposición unilateral* de multas y la cláusula penal, corresponde analizar algunos aspectos sobre los plazos de los contratos

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-827 de 2001. Magistrado Ponente; Álvaro Tafur Galvis.

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad. 17.009. C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> 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).

<sup>21</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Op. cit., Exp. 17.009. *Ibidem*.





estatales, para posteriormente, analizar el límite temporal para la imposición de las multas por parte de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

## 2.5. «Plazos» en los contratos estatales

Por ser relevante en torno al límite temporal para la imposición de multas en los contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, previamente se analizarán los «plazos» y sus efectos en los contratos estatales. En este sentido, como se explicó en los conceptos 432 del 27 de julio de 2020, C-646 del 9 de noviembre de 2020 y C-327 del 1 de junio de 2021, 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<sup>22</sup>. 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* [...]»<sup>23</sup>.

Así mismo, hay una clasificación del plazo, como cuando se fija una fecha o número de días para cumplir una obligación, denominado *plazo determinado o conocido*<sup>24</sup>; a diferencia del *plazo incierto o indeterminado*. Sin embargo, como lo plantea Tamayo Lombana, el plazo es un acontecimiento cuya llegada es cierta<sup>25</sup>. Seguidamente, hay 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<sup>26</sup>.

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

<sup>22</sup> Código Civil: «Artículo 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».

<sup>23</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis S.A., reimpresión de la octava edición, Bogotá, 2008. p. 218 y 219.

<sup>24</sup> TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de obligaciones. Bogotá: Temis, 2003. p. 7

<sup>25</sup> *Ibidem.*, p. 7.

<sup>26</sup> *Ibidem.* p. 7





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*»<sup>27</sup>. 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<sup>28</sup>. 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

<sup>27</sup> FUEYO LANERI, Fernando. Derecho civil: de las obligaciones. Tomo IV. Volumen I. Santiago de Chile: Roberts y Cía. Ltda., 1958. p. 152.

<sup>28</sup> 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 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).





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<sup>29</sup>.»

Ahora bien, 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<sup>30</sup>. 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<sup>31</sup>. 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*

<sup>29</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de febrero de 2015. Rad. 26.938 C.P. Olga Mérida Valle De De la Hoz (E).

<sup>30</sup> 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».

<sup>31</sup> 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 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).





*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»<sup>32 33</sup>.*

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<sup>34</sup>, 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)<sup>35</sup>.»

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 Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no contiene normas

<sup>32</sup> *Ibidem.*, p. 435.

<sup>33</sup> 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).

<sup>34</sup> Código Civil: Artículo 1552.

<sup>35</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Op. Cit., p. 220 y 221.





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.

Esta explicación sobre el *plazo del contrato*, es posible compararla con la distinción entre el *plazo de ejecución* y el *plazo de vigencia* del contrato desarrollada jurisprudencialmente. Al respecto, la jurisprudencia ha definido el *plazo de ejecución* como el establecido para la realización de las prestaciones contractuales, y de igual forma, considera que mientras subsista la obligación para las partes de liquidar el contrato, el *plazo de vigencia* de este no ha finalizado<sup>36</sup>. De esta idea se infiere que la noción de *plazo del contrato* analizada en los párrafos precedentes equivale al concepto jurisprudencial de *plazo de ejecución*, pues ambos aluden al tiempo dispuesto para que el contratista cumpla sus obligaciones. 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 porque la vigencia del contrato solo cesa con la liquidación. 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

<sup>36</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 29 de julio de 2015. Rad. 42.494. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.





administración podrá hacer valer sus poderes sancionatorios de acuerdo con la magnitud del incumplimiento<sup>37</sup>»

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<sup>38</sup>. 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, como se explicará<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> 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

<sup>38</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Op. Cit., p. 312.

<sup>39</sup> Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 18 de noviembre de 2021. Exp. No. 61.641. C.P. Alberto Montaña Plata.



### 2.3. Límite temporal para la imposición de multas en los contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

De acuerdo con el artículo 1592<sup>40</sup> del Código Civil y el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007<sup>41</sup>, las multas tienen el objeto de conminar al contratista para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones. La jurisprudencia administrativa ha precisado que la función de las multas «*es eminentemente compulsiva, ya que tienen por objeto apremiar al contratista para que ejecute las prestaciones a su cargo, de conformidad con lo acordado en el contrato*»<sup>42</sup>

Ahora bien, esta Subdirección de Gestión Contractual es consciente que la problemática relativa al límite temporal para la imposición de multas 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 por el Consejo de Estado frente al límite para ejercer la potestad exorbitante de la caducidad<sup>43</sup>, 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

<sup>40</sup> CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1592. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

<sup>41</sup> LEY 1150 DE 2007. “Artículo 17. 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”.

<sup>42</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencias del 13 de agosto de 1987, exp. 4145. Reiterada en las sentencias del 28 de abril de 2005, exp. 14393; del 14 de julio de 2005, exp. 14289; y Subsección C, sentencia del 1 de junio de 2020, exp. 48645.

<sup>43</sup> El Consejo de Estado, Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 12 de julio de 2012. Rad. 15.024. C.P. Danilo Rojas Betancourth, indicó que la declaratoria de caducidad 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<sup>43</sup>. Esta tesis unificada en la sentencia citada es la vigente de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que empezó a formarse desde el 2008, la cual expresa que la caducidad del contrato se declara durante la ejecución y mientras esté vigente el contrato y no durante la etapa de liquidación. Siguiendo este mismo criterio, el Consejo de Estado, en sentencias con radicado 20.342 de 2013<sup>43</sup> y 32.492 de 2015<sup>43</sup>, estableció un requisito legal para declarar la caducidad del contrato es que el plazo no haya expirado, pues si es así, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los fines del artículo 18 de la Ley 80, que dispone: «[...] *la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través de garante o de otro contratista*».





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, no sucede lo mismo 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, aquellos que consideran que las multas pueden ser impuestas sólo durante la ejecución del contrato, postura que es dominante en los pronunciamientos del Consejo de Estado, y otros que consideran que puede ser durante dicho plazo e incluso al vencimiento de aquel.

Al respecto, esta Agencia considera pertinente reiterar la postura predominante del Consejo de Estado, según la cual, la imposición de multas sólo procede mientras se halle vigente el plazo de ejecución pactado en el contrato, apreciación que se realiza con base en dos argumentos principales: i) la interpretación es la que sólo pueda imponerse multas durante la ejecución del contrato es más acorde con la finalidad que poseen aquellas de conminar al cumplimiento del contrato según lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, ya que en todo caso, se considera que si el contratista no ha cumplido con sus obligaciones hasta el cumplimiento del término previsto para ello en el contrato, se estaría frente a un incumplimiento, ya sea total o parcial del contratista, que daría lugar a la imposición de cláusula penal pecuniaria en caso de haberse pactado, y en todo caso del incumplimiento como tal; y, ii) dicha interpretación es la que más garantiza la seguridad jurídica como principio del derecho, universalmente reconocido y que según la Corte Constitucional<sup>44</sup>, obliga a que las interpretaciones o aplicaciones que en derecho se realicen deben garantizar realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos en el marco del derecho a la igualdad, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico se conoce, o puede conocerse, como prohibido, ordenado o permitido.

Esta 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 que:

«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

<sup>44</sup> Corte Constitucional, en sentencia SU72-2018. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas.





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<sup>45</sup>.»

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.

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado respecto al límite temporal para la imposición de las multas, 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 [...]*».

<sup>45</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 1 de febrero de 2018. Exp. 52.549. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.





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<sup>46</sup>. 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<sup>47</sup>.

Es importante precisar frente a la competencia temporal para la imposición de potestades exorbitantes que, si el contrato fue liquidado, la Administración no podrá imponer sanciones pecuniarias al contratista incumplido, toda vez que –encontrándose las partes a paz y salvo– finaliza la relación contractual y, por tanto, las entidades pierden competencia para ejercer sus prerrogativas. Por lo 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 –debido a 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, que también tiene sustento en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993.

### 3. Respuesta

*1. ¿Es posible iniciar un proceso sancionatorio con fines de multa por parte de la entidad concedente ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del Concesionario así el plazo contractual ya haya vencido y el contrato se encuentre en etapa de reversión y liquidación?*

<sup>46</sup> 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).

<sup>47</sup> «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».



Esta Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones–, señala que de acuerdo con el artículo 1592 del Código Civil y el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, las cláusulas de imposición de multas tienen el objeto de conminar al contratista para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones y así lo ha contemplado la posición mayoritaria de la jurisprudencia administrativa de la Sala Tercera del Consejo de Estado, quienes han precisado que la función de las multas es eminentemente compulsiva, ya que tienen por objeto apremiar al contratista para que ejecute las prestaciones a su cargo, de conformidad con lo acordado en el contrato

Teniendo en cuenta ello, frente al límite temporal para la imposición de dicha sanción, estando dividida la doctrina y la jurisprudencia frente a dos posibles posturas, la Agencia considera pertinente reiterar la postura predominante del Consejo de Estado, según la cual, la imposición de multas sólo procede mientras se halle vigente el plazo de ejecución pactado en el contrato, apreciación que se realiza con particular énfasis en la finalidad que poseen aquellas de conminar al cumplimiento del contratista, ya que en todo caso, se considera que si el contratista no ha cumplido con sus obligaciones hasta el cumplimiento del término previsto para ello en el contrato, se estaría frente a la figura sancionatoria del incumplimiento, ya sea total o parcial del contratista, que daría lugar al cobro de la cláusula penal pecuniaria en caso de haberse pactado, y en todo caso de la declaración incumplimiento del contratista como tal y el siniestro de la garantía de cumplimiento, encontrando esta figura más adecuada que la imposición de multas, cuando el plazo de ejecución del contrato ha terminado.

De igual forma, esta postura también garantiza la seguridad jurídica como principio del derecho, según el cual las interpretaciones o aplicaciones que en derecho se realicen deben permitir realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos en el marco del derecho a la igualdad, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico se conoce, o puede conocerse, como prohibido, ordenado o permitido.

2. De ser así, ¿quién debe adelantar el trámite correspondiente para la exigibilidad de las obligaciones incumplidas ¿la entidad concedente o la interventoría? Lo anterior, teniendo en cuenta el criterio de exigibilidad del cumplimiento de las obligaciones en la etapa poscontractual.»

3. En estos casos, ¿qué actuaciones debe adelantar la interventoría en desarrollo de su deber de realizar el seguimiento correspondiente al contrato estatal?

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado respecto al límite temporal para la imposición de las multas, la Agencia recuerda que, si se considera que el contratista no ha cumplido con sus obligaciones hasta el cumplimiento del término previsto para ello en el contrato, se estaría frente a un incumplimiento, ya sea total o parcial del contratista, que daría lugar a la imposición de cláusula penal pecuniaria en caso de haberse pactado, y en todo caso de la declaración de incumplimiento como tal, dando lugar al siniestro de





la garantía de cumplimiento de manera proporcional al incumplimiento. De tal forma que, sea cual sea la decisión que adopte la Entidad Estatal, 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. 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.

Ahora bien, si bien la potestad sancionatoria recae en la Entidad Estatal y es ella quien debe adelantar el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, es importante resaltar que el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, consagró como deber principal de la interventoría el realizar seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional sobre las obligaciones a cargo del contratista que vigila, por lo tanto, serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente, así como de presentar los informes, aclaraciones o explicaciones que la entidad requiera.

En el marco de dicha responsabilidad, la Ley 1882 de 2018 en su artículo 2, dispuso que los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por «*los hechos u omisiones que le sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, incluyendo la etapa de liquidación de los mismos [...]*». Lo anterior implica que la interventoría responde por sus acciones y omisiones en la vigilancia del contrato objeto de interventoría hasta la liquidación de este, resultando ser responsables cuando se haya generado perjuicios producto del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le correspondan conforme con el contrato de interventoría.





4. *¿Se puede continuar y proceder con el curso normal de las etapas de reversión y liquidación del contrato de concesión, pese a que el contratista (concesionario) no se encuentre a paz y a salvo en sus obligaciones con la totalidad de las entidades correspondientes?*

Bajo el entendido que la liquidación es el momento en el cual, una vez concluido el contrato estatal, las partes cruzan cuentas respecto de sus obligaciones, cuyo objetivo determinar si las partes pueden declararse a paz y salvo mutuo, o si existen obligaciones por cumplir, y con ocasión de aquella se puede acordar la forma en que deben ser cumplidas, está claro que, durante la fase de liquidación es posible que la entidad pública reciba las prestaciones adeudadas pese a la mora del contratista en el cumplimiento de las obligaciones, sin embargo, ello no obsta para que la Entidad Estatal en cumplimiento de lo estipulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, inicie el proceso sancionatorio respectivo, ante el posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, y en todo caso, por el incumplimiento tardío de aquellas, por lo que las presuntas sanciones deberán resolverse previamente a la liquidación del contrato.

Lo anterior se fundamenta en que la liquidación, ya sea mediante el acto jurídico bilateral, administrativo o judicial, 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, previo a llevarse a cabo la liquidación del contrato, la Entidad Estatal como el contratista deben conocer de manera fehaciente ambos contenidos, dado a que sólo así el corte de cuentas realizado en ella tiene un verdadero 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).

Por consiguiente, si terminado el plazo de ejecución del contrato, el contratista no se encuentre a paz y a salvo en sus obligaciones la Entidad Estatal deberá previo a la liquidación del contrato, definir el porcentaje de incumplimiento del objeto acordado y de las sanciones que por ello haya a lugar, luego de que se encuentre resuelta dicha situación, se podrá determinar con claridad 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. Ahora bien, es importante resaltar que el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 permite a los contratistas efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, cuyo efecto consiste en restringir los asuntos respecto de los cuales tanto el contratista como la Entidad Estatal pueden reclamar posteriormente por vía judicial, por lo tanto, su inclusión no implica el reconocimiento por parte de la Entidad Estatal de los derechos o las situaciones a las que se refieren tales salvedades, sino que ellas reflejan los asuntos respecto de los cuales las partes no llegaron a un acuerdo, en las cuales deberán identificarse claramente la disconformidad con el respectivo texto, recomendando que no sólo se





formulen observaciones genéricas, si no que identifiquen claramente la reclamación para que sea posible formular la respectiva demanda.

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,

Original Firmado  
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

**Nohelia del Carmen Zawady Palacio**  
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Diana Fabiola Herrera Hernández  
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Any Alejandra Tovar Castillo  
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio  
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE

