

Bogotá D.C., ##FechaActual

N° Radicado: ##Respuesta

**Temas:** Incumplimiento. Garantías.

**Tipo de asunto consultado:** Posibilidad de declarar el incumplimiento de un contrato interadministrativo.

Estimado señor Ortega,

Colombia Compra Eficiente responde su consulta de 18 de junio de 2018 en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011.

■ PROBLEMA PLANTEADO

¿Se puede declarar el incumplimiento en un contrato interadministrativo? o sólo se declara el siniestro de la garantía? ¿Cuál sería el procedimiento para declarar el siniestro de la garantía?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

Las Entidades Estatales no están facultadas para declararse el incumplimiento entre sí, toda vez que esta es una facultad que la Entidad Estatal puede ejercer frente a su contratista particular y no entre Entidades Estatales. En este sentido si la Entidad Estatal evidencia un posible incumplimiento del contrato ella no puede declararlo, y deberá acudir al juez del contrato para la declaratoria del mismo.

Ante una situación de incumplimiento de una las partes en un contrato interadministrativo, la parte afectada deberá acudir al juez del contrato quien es el competente para declarar el siniestro de incumplimiento, esto atendiendo la relación horizontal de la administración, que impide la imposición de decisiones unilaterales en el mundo de los negocios jurídicos a la contraparte que también es Estado.

■ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. De acuerdo con la Ley 1474 de 2011, las Entidades sometidas a la Ley 80 de 1993 pueden en efecto declarar el incumplimiento, imponer multas, y sanciones pactadas en el contrato y hacer efectiva la cláusula penal a su contratista particular para lo cual deberá seguir el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
2. Sin embargo, la imposición de multas, sanciones o la declaratoria de





incumplimiento no son facultades excepcionales de la administración. Las cláusulas exorbitantes o facultades excepcionales de la administración que no pueden ser pactadas dentro de los convenios o contratos interadministrativos son la caducidad, interpretación, modificación, y terminación unilateral.

3. El Consejo de Estado sostiene que “(...) cuando las dos partes de la relación contractual representan al Estado, y actúan en nombre de él, la Ley 80 de 1993, en su artículo 14 ha previsto la prescindencia de las cláusulas o estipulaciones excepcionales, por tratarse de contratos interadministrativos (...) y aunque la cláusula de multas no se encuentra consagrada como una facultad excepcional por la Ley 80 de 1993, circunstancia que permitía pactarla bien en los contratos interadministrativos o en aquellos regidos por el régimen privado, lo cierto es que ninguna de las partes está facultada para imponerlas unilateralmente, mediante acto administrativo so pena de que el acto así expedido se encuentre afectado por vicio de incompetencia. “
4. En consecuencia, si bien entre Entidades Estatales no es posible estipular cláusulas excepcionales al derecho común y aunque la declaratoria de incumplimiento no se encuentra consagrada como una facultad excepcional por la Ley 80 de 1993, la normativa faculta a la Entidad Estatal para declarar el incumplimiento a su contratista particular pero la Ley no autoriza al Estado a imponer sanciones entre Entidades Estatales.
5. Por otro lado, el siniestro no es más que la realización del riesgo, es cuando sucede lo que está amparando la póliza, esto es, el cumplimiento de las obligaciones, lo que permite entender que al declarar el incumplimiento se constituye el siniestro de la garantía. Esta declaratoria por parte de la Entidad Estatal en los contratos interadministrativos no es posible dada la relación horizontal de la Administración, por lo que ante una situación de incumplimiento de una las partes, el afectado deberá acudir al juez del contrato quien es el competente para declarar el siniestro de incumplimiento y hacer efectiva la garantía, en caso de que esta se haya otorgado.

#### ■ REFERENCIA NORMATIVA

Ley 80 de 1993, artículo 14

Ley 1150 de 2007, artículo 17.

Ley 1474 de 2011, artículo 86.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de septiembre de 2009, Exp No. 24.639 Consejero Ponente: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá D.C.,





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

Atentamente,

**Luisa Fernanda Vanegas Vidal**  
Subdirectora de Gestión Contractual

Proyectó: Camilo Parra  
Revisó: Natalia Reyes Vargas

