

Bogotá D.C., ##FechaActual

N° Radicado: ##Respuesta

Señor

Radicación: Respuesta a consulta # 4201813000001645

Temas: Incumplimiento. Perjuicios.

Tipo de asunto consultado: Procedimiento para la declaratoria de incumplimiento y prescripción para hacer efectivo el pago de los perjuicios causados.

Estimado señor,

Colombia Compra Eficiente responde su consulta de 30 de enero de 2018 en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011. La consulta fue remitida por la Contraloría de Cundinamarca mediante radicado C18109800012 el día 22 de febrero de 2018 y recibida en Colombia Compra Eficiente el mismo día.

■ PROBLEMA PLANTEADO

“¿Cuál es el término de caducidad o prescripción, que tiene una entidad pública, para solicitarle al contratista pago de perjuicios o posibles incumplimientos del contrato una vez se realiza acta de terminación y entrega del mismo?”

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

De acuerdo con la aclaración realizada por el peticionario mediante llamada telefónica, se procede a dar respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, se aclara que, ante un posible incumplimiento por parte del contratista, las Entidades Estatales tienen la facultad de declarar el incumplimiento aplicando el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, lo anterior con el fin de garantizar el derecho al debido proceso y de defensa.

Una vez termine el plazo de ejecución del contrato, la Entidad Estatal tiene la posibilidad de declarar el incumplimiento hasta el término para realizar la liquidación. Si durante dicho término, la Entidad Estatal encuentra que existe el incumplimiento, deberá expedir un acto administrativo que lo declare, cuantificando los perjuicios del mismo, imponiendo las sanciones pactadas en el contrato e imponiendo la cláusula penal, según corresponda.

A su vez, la Entidad Estatal deberá señalar en el acto administrativo de declaratoria de incumplimiento el término en el cual hará efectiva las pólizas, si fueron pactadas y el cobro de los perjuicios que le imponga al contratista. La suficiencia de la garantía de cumplimiento, así como el valor de la cláusula





Colombia Compra Eficiente

penal tienen el objetivo de tasar anticipadamente los perjuicios, por tal razón, las Entidades Estatales deben tasar los perjuicios de manera proporcional. Sin embargo, si una vez presentado el incumplimiento la Entidad cuantifica sus perjuicios en un valor superior a la cláusula penal, puede reclamar el excedente por vía judicial, caso en el cual ya no es el principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena.

Ahora bien, en el procedimiento administrativo sancionatorio se debe vincular a la aseguradora, ya que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento se hará efectiva la póliza que ampara el contrato. Ya que el acto administrativo que declara el incumplimiento constituye el siniestro, es el título que presta mérito ejecutivo para reclamar a la aseguradora la efectividad de la póliza.

En este sentido, la prescripción de las acciones contra el asegurador del contrato estatal será la estipulada en los términos del artículo 1081 del Código de Comercio. Esta prescripción ordinaria procederá cuando se trata de Entidades Estatales con potestad para declarar unilateralmente el siniestro y hacer valer garantías, es de dos años contados a partir del momento en el que la contratante conoció o debió conocer su ocurrencia, lo cual dependerá de las particularidades de cada caso

Adicionalmente, las Entidades Estatales tienen la prerrogativa de adelantar el cobro coactivo de las obligaciones que tiene a su favor, siempre que en los documentos que pretende hacer valer conste una obligación clara, expresa y exigible.

En todo caso, se deberá tener en cuenta que de conformidad con la Ley 1437 de 2011, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, perderán ejecutoriedad, entre otros casos, cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.

Finalmente, si no se pactaron cláusulas y/o garantías que amparen el cumplimiento del contrato y existe un presunto incumplimiento por parte del contratista, la Entidad Estatal podrá acudir a la acción de controversias contractuales por incumplimiento, la cual tendrá un término de prescripción de dos años.

■ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. Todas las Entidades Estatales deben aplicar el debido proceso a todas sus actuaciones administrativas.
2. La Ley 1474 de 2011 establece que *“Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal”*.
3. En este sentido, resulta preciso mencionar, que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha manifestado que *“en relación con la posibilidad de declarar el*



GOBIERNO DE COLOMBIA



Tel. (+57 1) 795 6600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



incumplimiento del contrato, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Al respecto sostiene, invariablemente, que no sólo puede hacerlo durante el plazo de ejecución, sino también cuando ha vencido, incluso hasta su liquidación, de manera que la vigencia del plazo no limita la competencia sancionatoria”

4. Lo anterior es un procedimiento administrativo sancionatorio del incumplimiento del contratista, imponiendo las sanciones pactadas en el contrato, como la cláusula penal. Respecto a las funciones de la cláusula penal, el Consejo de Estado ha resaltado que “(...) *cumplen variadas funciones, como la de ser una tasación anticipada de los perjuicios, o la de servir como una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato”*

De igual manera, el Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos resalta que: “ *pese a que la cláusula penal es una tasación anticipada y definitiva de perjuicios, pueden presentarse dos situaciones: una, que el monto estipulado no cubra todos los perjuicios irrogados por el incumplimiento, es decir, que estos superan la sanción acordada; y otra hipótesis se constituye en el evento de que la entidad imponga al contratista incumplido el monto total de la cláusula, la cual puede ser considerada por el contratista como excesiva, en consideración a la ejecución parcial que haya hecho del objeto del contrato. En ambos casos -por defecto o por exceso-, las partes deben solicitar al juez que determine el valor definitivo que una parte le debe pagar a la otra. Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta -para imponerla y cobrarla- de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad -este último como criterio auxiliar de la actividad judicial-, así se lo exigen. No obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal -es decir, un mayor perjuicio-, ya no es el principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena”*

5. De conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado a la audiencia para que presente sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad.

6. Así mismo, el Decreto 1082 de 2015 señala que para hacer efectivas las garantías en caso de incumplimiento la Entidad Estatal deberá elaborar un acto administrativo por medio del cual se declare el incumplimiento, pudiendo hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros

7. Por su parte, el Consejo de Estado establece que “*vencido el plazo del contrato éste se coloca en la etapa de liquidación, pero no resulta razonable sostener que en esta fase la administración no pueda hacer uso de sus potestades sancionatorias*





frente al contratista, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando la administración puede exigir y evaluar su cumplimiento y de manera especial definir si éste es satisfactorio; es cuando puede apreciar la magnitud de los atrasos en que incurrió el contratista” motivo por el cual, “la evaluación sobre el cumplimiento del contratista, la aplicación de los correctivos que la administración considere necesarios y las sanciones impuestas, son válidas si se efectúan durante el plazo para el cumplimiento del objeto del contrato y la liquidación del mismo.”

8. En ese orden, la declaratoria de incumplimiento busca la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista y la imposición de la cláusula penal; y no es necesario que el contrato esté vigente porque las obligaciones pueden haberse cumplido tardíamente y se puede declarar el incumplimiento hasta antes de la etapa de liquidación o dentro del acto de liquidación del contrato estatal.

9. En cuanto a la prescripción de las acciones contra el asegurador del contrato estatal, el Consejo de Estado ha precisado, lo siguiente: “De lo expuesto, la Sala puede establecer varias conclusiones a saber: (i) Primero es la ocurrencia del riesgo o siniestro y posteriormente se produce su declaratoria. (ii) La Administración debe declarar la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo; (iii) El plazo máximo con que cuenta la entidad estatal para esta declaratoria, es a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro; (iii) El riesgo debe acaecer durante la vigencia del seguro; y por último, (iv) No obstante, la declaratoria de ocurrencia del mismo, puede producirse después del vencimiento de la póliza.”

“Cabe precisar que la declaratoria del siniestro, materializada mediante un acto administrativo, deberá hacerse por la Administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento. Lo anterior tiene sustento tanto en la ley, artículo 1081 del Código de Comercio, como en la doctrina y la jurisprudencia que sobre el tema, en particular, ha desarrollado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado”

10. De otra parte, el procedimiento Administrativo Coactivo es un procedimiento especial por medio del cual la Administración tiene la facultad de cobrar directamente las acreencias a su favor, sin que medie intervención judicial, adquiriendo la doble calidad de juez y parte dentro del proceso.

11. El artículo 99 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo indica los documentos que prestan mérito ejecutivo a favor del Estado.

12. De igual manera, una vez se expida el acto administrativo que declare el incumplimiento, se deberá observar lo dispuesto en el artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en cuanto a la pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo.





Colombia Compra Eficiente

13. No obstante lo antes mencionado, en virtud del artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Entidad Estatal podrá acudir a la acción de controversias contractuales para que se declare el incumplimiento y condene al responsable a indemnizar los perjuicios. El término de prescripción será de dos años, el cual se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

■ REFERENCIA NORMATIVA

Ley 1474 de 2011, artículo 86.

Ley 1150 de 2007, artículo 17.

Ley 1437 de 2011, artículos 91, 98, 99, 141 y 164.

Código de Comercio, artículo 1081.

Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección C, Expediente No. 23360. C. Ponente: Olga Mérida Valle de De La Hoz

Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 10264 del 13 de septiembre de 1999. C. Ponente: Ricardo Hoyos Duque

Consejo de Estado, Sección tercera, Expediente 14.667 del 22 de abril de 2009. C. Ponente: Myriam Guerrero De Escobar

Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 53914 del 26 de noviembre de 2015. C. Ponente: Jaime Orlando Santofimio.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Expediente 1748 del 25 de mayo de 2006. C. Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 24697 del 24 de octubre de 2013. C. Ponente: Enrique Gil Botero

Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 17009 del 13 de noviembre de 2008. C. Ponente: Enrique Gil Botero

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: Laura Cuenca Suárez

Revisó: Natalia Reyes Vargas.

 GOBIERNO DE COLOMBIA



Tel. (+57 1) 795 6600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co