

12400

ICBF-Cecilia de La Fuente de Lleras

Al contestar cite No. : S-2018-590698-0101

Fecha: 2018-10-08 10:05:13

Enviar a: DIRECTORES, SUBDIRECTORES, DIR

No. Folios: 3

### **MEMORANDO**

**PARA: DIRECTORES, SUBDIRECTORES DE LA SEDE DE LA DIRECCIÓN GENERAL, DIRECTORES REGIONALES, COORDINADORES JURÍDICOS DE LAS DIRECCIONES REGIONALES Y SUPERVISORES DE CONTRATOS DEL ICBF.**

**ASUNTO: RECOMENDACIONES PARA ESCENARIOS QUE PUEDEN SURGIR DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE "DOTACIONES" EN CONTRATOS DE APOORTE.**

En ejercicio de las funciones establecidas en el numeral 2 artículo 14 del Decreto 987 de 2012 y con el propósito de continuar el acompañamiento jurídico y tomando medidas para mitigar el daño antijurídico de la Entidad; la Dirección de Contratación se permite establecer lineamientos frente al incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la legalización de dotación en los contratos de aporte; dicho lo anterior, existen múltiples escenarios en los cuales se puede evidenciar el incumplimiento de las obligaciones anteriormente enunciadas, frente a las cuales deberán iniciar una serie de acciones, a saber:

Las dotaciones son una prestación contractual, que debe ser entregada en plazos determinados y que se encuentra cuantificada económicamente en el presupuesto del contrato.

Para los efectos señalados se examinará qué acciones se pueden emprender: i) durante el plazo de ejecución contractual, ii) durante el plazo de liquidación del contrato, y, iii) después de liquidado el contrato o vencido el plazo legal para realizar la liquidación judicial.

#### **I) Primer Escenario: Acciones durante el plazo de ejecución contractual**

Si la obligación de entregar o legalizar la dotación está sujeta a una fecha determinada y se evidencia durante el término de ejecución del contrato que el plazo ha vencido y no se ha entregado la "dotación", la entidad debe iniciar un proceso administrativo sancionatorio por posible incumplimiento, con el propósito de imponer una multa de apremio.

La multa de apremio se impondrá teniendo en cuenta el número de días en que se ha incumplido la obligación, desde el día siguiente al vencimiento del plazo contractual estipulado para la entrega y/o legalización de la dotación, hasta el día en que efectivamente se expide el acto administrativo sancionatorio, aplicando en todo caso el porcentaje contractual acordado como multa.

Si el incumplimiento persiste después de impuesta la multa, se puede proceder a la imposición de multas sucesivas, hasta que el contratista cumpla con la obligación, teniendo siempre como límite temporal para llevar a cabo los procesos sancionatorios el plazo de ejecución del contrato.

Una vez termine el plazo de ejecución del contrato, la entidad pierde competencia para imponer multas.

## **II) Segundo Escenario: Acciones durante el plazo de liquidación contractual**

Si el incumplimiento persiste aun después de vencido el plazo de ejecución contractual o si se descubre el incumplimiento en etapa de liquidación, independientemente de si se impusieron o no multas de apremio, la entidad tiene facultades legales para adelantar un procedimiento administrativo sancionatorio, con el propósito de i) declarar el incumplimiento parcial y ii) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

Al momento de elaborar el informe de supervisión que impulsa el proceso sancionatorio, no hay necesidad de probar el perjuicio sufrido por la entidad, toda vez que la cláusula penal pecuniaria reviste la naturaleza jurídica de una tasación anticipada de perjuicios.

Sin embargo, en el informe de supervisión se debe reducir de manera proporcional la afectación de la cláusula penal pecuniaria, teniendo en cuenta el grado de cumplimiento del contratista.

Para efectos de graduar la cláusula penal, se deberá tener en cuenta el valor del contrato y el valor de la obligación dejada de cumplir (en el caso analizado la obligación de "dotación"), para determinar a través de una regla de tres el porcentaje en que se debe afectar la cláusula penal.

El anterior ejercicio, suele llevar a una pena pecuniaria inferior al valor económico de la obligación dejada de cumplir, razón por la cual, al momento de realizar la liquidación del contrato, se deberá ordenar la devolución de los saldos no ejecutados por concepto de "dotación".

De la anterior manera, la entidad cobrará una pena pecuniaria a título de indemnización de perjuicio, más el valor de la obligación dejada de ejecutar en desarrollo del contrato.

### **III) Tercer Escenario: acciones posteriores a la liquidación del contrato**

Si el incumplimiento de la obligación de "Dotaciones" se evidencia después de suscrita el acta de liquidación del contrato y en ésta (liquidación) no se dejó salvedad alguna, la entidad no puede proceder a imponer sanción al contratista en sede administrativa y tampoco puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, para realizar la reclamación judicial.

Lo mismo sucede en el evento que se haya liquidado unilateralmente el contrato y no se haya ordenado la devolución de los saldos no ejecutados.

Lo anterior, habida cuenta que de acuerdo al artículo 60 de la Ley 80 de 1993, la liquidación de un contrato estatal se perfila como un **acto jurídico** que sobreviene a la finalización normal o anormal del contrato<sup>1</sup>, a través del cual se logra el balance final o corte definitivo de cuentas, **con miras a declararse a paz y salvo**:

**ARTÍCULO 60. DE LA OCURRENCIA Y CONTENIDO DE LA LIQUIDACIÓN.**  
<Artículo modificado por el artículo 217 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán **los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.**

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la liquidación bilateral del contrato reviste la naturaleza jurídica de un acuerdo de voluntades vinculante para las partes.

"La Sala ha sido unánime en afirmar que la liquidación bilateral del contrato **traduce en un verdadero negocio jurídico** por medio del cual las partes definen las cuentas del contrato y se obligan a lo estipulado en el documento que la contiene."<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Colombia – Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Sentencia de fecha 6 de julio de 1995. Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández. Rad. 8126.

<sup>2</sup> Colombia – Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Sentencia de fecha 11 de febrero de 2009. Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Rad. 15757.



Dado que la liquidación es un negocio jurídico vinculante para las partes, si en dicho documento se declararon a paz y salvo sin expresar salvedades, luego ninguno de los intervinientes puede formular reclamaciones en sede administrativa o judicial, dado que ello contravendría los principios de buena, confianza legítima y la teoría de los actos propios, además de desconocer un acto jurídico que es ley para las partes.

En sentido similar a lo anteriormente expuesto, la jurisprudencia ha indicado que si se liquida unilateralmente el contrato estatal, luego la entidad no puede formular reclamaciones en sede judicial respecto de aspectos no previstos en el acto administrativo de liquidación.

Excepcionalmente, la jurisprudencia ha establecido la posibilidad de presentar reclamaciones en sede judicial, frente a un contrato liquidado sin salvedades, cuando: i) haya habido un vicio de la voluntad (error, fuerza o dolo), o, ii) cuando haya habido circunstancias posteriores y desconocidas para las partes, al momento de firmar el acta o expedir el acto administrativo.

Sobre el particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

"El acta que se suscribe, sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Así tiene que ser. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él..."

"También ha dicho la sala que una vez liquidado el contrato por mutuo acuerdo de las partes contratantes, dado su carácter bilateral, tal acto no es susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, a menos que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) o a menos que dicha liquidación se haya suscrito con salvedades o reparos por alguna de ellas, en el mismo momento de su firma."<sup>3</sup>

En otra providencia más reciente, se reiteró el anterior criterio jurisprudencial y se estableció una segunda excepción para presentar reclamaciones en sede judicial, relacionada con circunstancias posteriores y desconocidas para las partes, al momento de firmar el acta. En el nuevo pronunciamiento además se extendió la

<sup>3</sup> Colombia - Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sentencia de noviembre 20 de 2003, Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez. Rad.. 15.308.

limitación de reclamaciones judiciales por parte de la Administración, cuando se expide un acto administrativo liquidación unilateral:

“Cualquiera sea la causa o forma como se llegue a la liquidación bilateral, lo cierto es que la jurisprudencia ha señalado, reiteradamente, que cuando esto acontece no es posible que las partes intenten una acción judicial, para reclamar por los daños e inconformidades, si la parte interesada no dejó constancias de insatisfacción en relación con el aspecto concreto que aspira a reclamar ante el juez.

(...)

[Constituye requisito de la acción contractual la existencia de la inconformidad, que debe quedar expresa y escrita en el acta de liquidación bilateral. (...) La Sala entiende que se trata de un derecho para ambas partes: de un lado, porque a la luz del art. 13 de la CP., resulta injustificado sostener lo contrario y, de otro lado, porque lógicamente nada se opone a que también el contratante deje observaciones por su inconformidad con el resultado del contrato. En segundo lugar, la nueva norma citada no dispone que la ausencia de salvedades en el acta impida a las partes demandarse posteriormente, de allí que este aspecto o consecuencia del tema sigue teniendo como fundamento la jurisprudencia de esta Sección, que no admite que las partes se declaren a paz y salvo o que guarden silencio frente a las reclamaciones que deben o debieron tener para el momento de la suscripción del acta de liquidación bilateral, y no obstante eso luego acudan a la jurisdicción, a solicitar una indemnización por los daños que sostienen haber padecido”.

[P]ara demandar es necesario que las partes hayan dejado constancias en el acta de liquidación, si ésta se hizo de manera bilateral. Esta exigencia también rige para el Estado, no sólo para el contratista. Sin embargo, este supuesto tiene un matiz que lo hace razonable, introducido por la sentencia del 5 de marzo de 2.008 -16.850-: Para exigir que las partes no se puedan demandar mutuamente, los hechos que sirven de fundamento a la reclamación debieron existir a más tardar al momento de la suscripción del acta de liquidación, o proyectarse desde allí hacia el futuro, de manera que se pueda suponer que ellas realmente están disponiendo de sus derechos y obligaciones de forma clara y libre. Pero si la causa de la reclamación o demanda obedece a circunstancias posteriores y desconocidas para las partes, al momento de firmar el acta, es lógico que puedan reclamarse jurisdiccionalmente los derechos en su favor, pues en tal caso desaparece el fundamento que ha dado la Sala para prohibir lo contrario, es decir, que allí no se afectaría el principio de la buena fe contractual, con la cual deben actuar

las mismas al momento de acordar los términos de la culminación del negocio, ya que no existiendo tema o materia sobre la cual disponer – renuncia o reclamo-, mal podría exigirse una conducta distinta. (...) si la liquidación del contrato fue unilateral, el contratista queda en libertad de reclamar por cualquier inconformidad que tenga con ocasión de la ejecución del negocio. No obstante, la entidad pública no puede actuar del mismo modo, pues ella, al haber tenido el privilegio de liquidar, queda atada a sus planteamientos, de allí que no puede, posteriormente, agregar reclamos al contratista que no consten en el acto administrativo expedido, debiendo ceñirse a lo dicho en éste. (...) si el negocio no se liquidó, ni bilateral ni unilateralmente, las partes pueden demandarse mutuamente, con absoluta libertad en la materia, pues ninguna restricción opera en este supuesto.”<sup>4</sup>

Vistas las anteriores consideraciones, se reitera en que no es posible iniciar procesos sancionatorios o reclamaciones judiciales, una vez se haya suscrito el acta de liquidación del contrato y en esta no se haya dejado salvedades, o, cuando la entidad liquidó unilateralmente el contrato y no tuvo en cuenta incumplimientos que se hayan dado durante la ejecución del contrato.

Lo único procedente sería realizar las denuncias de tipo disciplinario y penal correspondientes.

  
**RUBY AMPARO MALAVER MONTAÑA**  
Directora de Contratación (E) 

Proyecto: Juan Manuel Urueta - Asesor Externo.

<sup>4</sup> Colombia – Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C. Sentencia de fecha 20 de octubre de 2014. Conejero Ponente Enrique Gil Botero. Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00038-01(27777)