



MEMORANDO

DE: SANDRA ORJUELA MENDEZ
Subdirectora Gestión Contractual

PARA: JORGE GUILLERMO BARRERA MEDINA.
Director de Industria de Comunicaciones.

ASUNTO: Liquidación Contratos de concesión de televisión.

En atención a la solicitud de concepto a través del registro 202078493, de manera atenta le informo que de conformidad con el numeral 2 del artículo 38 del Decreto 1064 de 2020, la Subdirección de Gestión Contractual tiene como función, *“Orientar a los ordenadores del gasto y a todas las dependencias en la ejecución y dirección de las etapas precontractual, contractual y poscontractual en los procesos de contratación de bienes y/o servicios del Ministerio y del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.”*, a partir de lo cual, se expedirá el análisis jurídico solicitado.

Como antecedentes de la consulta, se pueden resaltar los siguientes:

1. Existen 56 contratos de concesión del servicio de televisión terminados, que no se han liquidado y que se pueden clasificar así:
2. Un primer grupo, conformado por siete (7) contratos que tienen procesos judiciales en curso. En algunos de ellos se demandó la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos administrativos que fijaron contraprestaciones o sanciones impuestas durante la ejecución del contrato. Un segundo grupo de 17 contratos frente a los cuales hay procesos administrativos sancionatorios contractuales en curso. Y un tercer grupo de contratos caracterizados porque no figuran en los expedientes los soportes o paz y salvos necesarios para que el supervisor certifique el cumplimiento de ciertas obligaciones relativas a la



propiedad intelectual, cuyo alcance no se especifica en la consulta, pero que al parecer dependen de negociaciones entre el concesionario y terceros titulares de los derechos de autor. En algunos de los contratos de este grupo hay controversias judicialmente trabadas entre las partes. Según la consulta, el supervisor considera no poder pronunciarse sobre el cumplimiento de esta obligación por parte del operador de cara a la suscripción del acta de liquidación.

3. Por todo lo anterior, la consulta gira en torno a la viabilidad de liquidar contratos en los cuales se encuentra pendiente (i) la resolución de controversias judiciales, (ii) la terminación de procedimientos administrativos sancionatorios y (iii) otras negociaciones con terceros relativas a derechos de autor.

4. De acuerdo con los antecedentes relatados, se pueden formular los siguientes problemas jurídicos:

a. ¿Puede liquidarse un contrato estatal cuyas partes se encuentran inmersas en un conflicto judicial por causa del mismo negocio jurídico?

b. ¿Puede liquidarse un contrato estatal mientras se tramita un procedimiento administrativo sancionatorio contractual?

c. ¿Cómo liquidar un contrato estatal a falta de los soportes que evidencien el cumplimiento de obligaciones relativas a la propiedad intelectual?

II. CRITERIO JURIDICO A RECOMENDAR EN EL CASO CONCRETO:

Sobre los interrogantes planteados se puede anticipar desde ya que:



a) Un contrato estatal no puede liquidarse bilateral o unilateralmente en caso que se haya demandado la liquidación judicial por al menos una de las partes. En los demás casos, es decir, si la Litis no involucra la liquidación del contrato, la entidad pública conserva la competencia para celebrar el acuerdo de liquidación o para expedir el acto administrativo de liquidación unilateral.

b) No es posible liquidar un contrato estatal mientras se tramita un procedimiento administrativo en el que se discute el incumplimiento del contratista, en orden a hacer efectiva la cláusula penal; como quiera que la administración perdería la competencia para continuar con la actuación administrativa.

c) Al supervisor, o a quien tenga a su cargo el seguimiento contractual, al finalizar el plazo de ejecución contractual, le corresponde verificar el cumplimiento de las obligaciones de las partes con el fin de establecer el balance objeto de la futura liquidación. También es su responsabilidad cerciorarse de que el expediente contractual contenga los documentos que así lo prueben. En consecuencia, el supervisor no podría, en opinión nuestra, excusarse en la falta de documentos para no liquidar el contrato; antes bien, debe asumir una posición activa en el sentido de aportar las pruebas del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad y requerir, asimismo, las pruebas de las prestaciones a cargo del contratista. En última instancia, de no ser ello posible, debe dejar constancia de las gestiones y proceder a demandar la liquidación del contrato, dentro del plazo de caducidad, desde luego, de modo que la autoridad judicial pueda conminar al contratista a aportar los documentos o demás medios de prueba que demuestren el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, o, en caso de que no se pruebe, declarar su incumplimiento y condenarlo a indemnizar los perjuicios que le pudo haber causado a la entidad, de conformidad con sus pretensiones.

i. Alcance y límites temporales de la liquidación de los contratos estatales.



La incompetencia de las entidades públicas para liquidar contratos estatales, vencido el término de caducidad, es un asunto zanjado por la ley y por la jurisprudencia administrativa. Así se desprende de una interpretación sistemática de los artículos 11 de la ley 1150 de 2007 y 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En efecto, el inciso tercero de la primera de las normas citadas, establece que, “[s]i vencido el plazo anteriormente establecido [de 4 meses para la liquidación bilateral y de 2 adicionales, para la unilateral] no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.”

La norma a la que se remite es realmente el artículo 164 del CPACA, que regula la oportunidad para presentar la demanda y, por consiguiente, la misma materia que en su momento se regía por el artículo 136 del código vigente en otrora, esto es, el llamado Código Contencioso Administrativo. Esta nueva norma establece, en forma absolutamente coherente con el artículo 11 de la ley 1150 de 2007, que el término de caducidad de la acción de controversias contractuales es de dos años, y que se cuenta una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga, en aquellos contratos que requieran de liquidación y ésta no se hubiere logrado por mutuo acuerdo o no se hubiere practicado unilateralmente.

De esa manera, la demanda debe ser presentada, so pena de que opere la caducidad, dentro del mismo término de dos años al que se refiere el artículo 11 de la ley 1150 de 2007, a partir del vencimiento del plazo de dos meses para expedir el acto administrativo de liquidación unilateral. Así lo entendió la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual marcó la senda por la que transitarían, a la postre, las reformas legales precedentemente anotadas.



Bajo este contexto, estas dos normas de orden público, incorporadas al Estatuto de Contratación de la Administración Pública, la primera, y al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la segunda, facultan expresamente a las entidades públicas para liquidar los contratos en que son parte, pero dentro de unos precisos límites temporales.

Puestas las cosas en perspectiva, lo dicho puede sintetizarse en que las entidades públicas son competentes para liquidar los contratos estatales mientras no haya operado el fenómeno de la caducidad. De hecho, las Entidades públicas son titulares del deber de liquidar el contrato estatal en estricto apego de las normas y principios que rigen la función administrativa contractual, como lo ha reconocido el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

La Ley 80 de 1993, en el artículo 4, ordinal 1.º, prevé como uno de los deberes y derechos de los entes estatales para la consecución de los fines de la contratación estatal, exigir al contratista la ejecución adecuada y oportuna del contrato. En concordancia con ello, los artículos 14 y 26 de la misma normativa disponen que todas las entidades y servidores públicos tienen la obligación de propender por el cumplimiento del objeto y fines de aquel, así como de vigilar su correcto desarrollo, en aras de salvaguardar los derechos que le asistan a la administración, al contratista y a los terceros que pudieren verse afectados con el contrato.

Esta labor se realiza a través de figuras conocidas como la interventoría y/o supervisión, las cuales dan cuenta de una función de control administrativo que se caracteriza por ejercerse respecto de los negocios jurídicos de la administración pública, con el propósito de verificar que los procesos de selección, celebración, ejecución y liquidación de aquellos actos jurídicos que resultan del consuno del Estado con otra persona de la misma naturaleza o de índole privada, natural o jurídica, se lleven a cabo con estricto apego a los



principios y reglas que regulan la actuación contractual o convencional estatal y a aquellas que surgen del acuerdo de voluntades alcanzado por las partes, todo ello en pro de la transparencia que debe permear tales procedimientos y a efectos de que se garantice la satisfacción de los intereses generales por los que propende el respectivo contrato o convenio.

(subraya y negrilla fuera del texto original).

Como se ve, el deber de liquidar los contratos estatales, en los casos exigidos por la ley, es una manifestación de los deberes de exigir el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones de calidad acordadas, de conformidad con lo previsto por el artículo 4º de la ley 80 de 1993. Así lo ha sostenido tanto la sección segunda, como es el caso del pronunciamiento citado, a efectos de establecer la existencia del deber de liquidar, pero también lo ha sostenido la sección tercera, la cual, en sentencia del 20 de octubre de 2014, hizo un recorrido histórico por las normas que han regulado la obligación de liquidar los contratos estatales, que le permitió concluir que “todos los estatutos contractuales han mantenido la idea de que determinados contratos requieren liquidarse”, de manera que “el nuevo artículo 60 [de la ley 80 de 1993] eximió algunos contratos de ejecución sucesiva del deber de liquidarlos”.

Queda clara, entonces, la existencia del deber de liquidar los contratos estatales; sin embargo, su ejercicio depende no solamente del respeto de los términos previstos legalmente para el efecto, sino también de la eventual existencia de procesos judiciales en curso, que es el aspecto crucial en torno al cual gira esta consulta.

En este punto, es de recordar que la liquidación puede ser bilateral, unilateral o judicial, como lo ha puntualizado la Sala de Consulta y Servicio Civil, así:

La liquidación puede ser bilateral, unilateral o judicial. Así, consistirá en: a) un acuerdo de voluntades, cuando se hace de forma bilateral; o b) en un acto administrativo, cuando la



entidad procede unilateralmente porque: (i) no se presenta el contratista a la liquidación bilateral, o (ii) no se logra la liquidación bilateral o (iii) se logra parcialmente; o c) en una decisión judicial, cuando el juez competente profiere la providencia correspondiente, en el caso de qué se le pida a través del medio de control de controversias contractuales, bien (i) porque no se ha producido la liquidación o bien (ii) respecto de puntos no liquidados.

Como puede observarse, la liquidación del contrato es una de las pretensiones que pueden formular las partes a través del medio de control de controversias contractuales, tal y como lo autoriza expresamente el artículo 164 del CPACA, y como lo había reconocido, también, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en tiempos en que la norma no ofrecía tal claridad. En tal virtud, si la liquidación se somete a consideración del juez es porque las partes no pudieron o no quisieron hacerlo de mutuo acuerdo. Una vez admitida la demanda que pretenda la liquidación del contrato, es el juez quien está llamado a conocer del asunto en detrimento de las partes, en caso de liquidación bilateral, o de la sola Entidad, en caso de liquidación unilateral. En tal sentido, el Consejo de Estado ha señalado:

Con todo, se puntualizó que la referida posibilidad de liquidar bilateral o unilateralmente el contrato luego de vencidos los plazos iniciales previstos en la ley y/o en el contrato, según el caso, quedaba excluida cuando se producía la notificación del auto admisorio de la demanda formulada en ejercicio de la acción de controversias contractuales con el objeto de que el juez o el árbitro liquidará el contrato.

Este apartado, que si bien se extrajo de un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, recoge la posición de la Sala de lo Contencioso Administrativo, desde la sentencia del 22 de junio del año 2000, precedente que resulta de la mayor importancia en la medida en que apunta a resolver buena parte del problema jurídico objeto de análisis, como quiera que no es dable liquidar bilateral o unilateralmente el contrato mientras se haya admitido una demanda que pretenda, justamente, dicha liquidación.



Como se observa, la imposibilidad de liquidar bilateral o unilateralmente el contrato deriva exclusivamente de la existencia de un proceso judicial en que se discuta la propia liquidación, de donde se desprende que cualquier otro proceso judicial en que se vean involucradas las partes del contrato, aun en relación con éste, no tendría por qué impedir su liquidación.

La existencia de una controversia judicial entre las partes de un contrato no necesariamente está llamada a obstaculizar su liquidación. Hay que entrar a revisar, en cada caso, si el objeto de la Litis tiene incidencia sea en las obligaciones que le corresponden a las partes verificar a instancias de la liquidación, o sea en las prestaciones recíprocas que son la materia del balance propio de un acuerdo liquidatorio. Así, por ejemplo, la pretensión de nulidad no tendría por qué condicionar el necesario trámite liquidatorio al cual están obligadas las partes por expreso mandato de la ley 80 de 1993, en los contratos de ejecución sucesiva.

Sin embargo, no puede desconocerse que las pretensiones de incumplimiento o revisión ordinariamente acarrear la indemnización de perjuicios y, en general, condenas que podrían alterar el contenido del acta de liquidación. Aún así, las partes continúan vinculadas al deber de liquidar, máxime cuando se trata del contratante, puesto que, en su condición de entidad pública, pierde competencia para hacerlo fenecido el término de la caducidad de la acción de controversias contractuales, como lo ha reiterado, enfáticamente por demás, la jurisprudencia del Consejo de Estado.

De ahí que las partes no puedan quedar relevadas del deber de liquidar el contrato estatal, muy a pesar de la existencia de un litigio cuyas resultas puedan afectar el contenido de la liquidación. Por esa razón, las partes deben dejar las salvedades que consideren necesarias para garantizar que la fuerza vinculante de la liquidación no comprenda el objeto de la Litis, de tal manera que la demandada no quede liberada por la demandante de cumplir con las condenas que le imponga a futuro el juez.



En tal sentido, las partes se deberán declarar mutuamente a paz y salvo por todo concepto, excepción hecha de aquellos asuntos que sean objeto de un proceso judicial en curso. De lo contrario, y dado que el acta de liquidación puede surtir efectos de cosa juzgada, la parte demandada podría llegar a alegar, inclusive, la excepción de transacción o conciliación y de ese modo librarse hábilmente de la prosperidad de las pretensiones de su contraparte.

Ahora bien, la posibilidad de liquidar bilateral o unilateralmente el contrato, independientemente de que se discutan judicialmente controversias contractuales diferentes a la liquidación, no obsta para que las partes puedan, al mismo tiempo, también, acudir al juez en procura de la liquidación judicial. En palabras más sencillas, la liquidación judicial también es una alternativa para honrar el deber de liquidar el contrato estatal en aquellos casos en que se halle pendiente la resolución de otra controversia judicial, sobre el mismo contrato, entre las mismas partes, pero que no involucra la resolución.

En tal caso, es razonable afirmar que el juez no podría pronunciarse sobre la pretensión liquidatoria hasta tanto se resolviera el otro pleito. Para tal efecto, las partes bien podrían solicitar la suspensión del proceso por prejudicialidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 161 del Código General del proceso, conjuntamente o de manera separada, así como también la acumulación de procesos o demandas, de conformidad con el artículo 148 del Código General del Proceso, siempre y cuando una y otra causa en encuentren en la misma instancia, y se presente alguno de los siguientes casos:

- a) Cuando las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda.
- b) Cuando se trate de pretensiones conexas y las partes sean demandantes y demandados recíprocos.



c) Cuando el demandado sea el mismo y las excepciones de mérito propuestas se fundamenten en los mismos hechos.

Al fin y al cabo, la existencia de un proceso judicial en curso, en el que se pretende cosa distinta a la liquidación judicial, como parece ser el caso, no interrumpe la caducidad y por lo tanto la entidad no podría esperar válidamente a la resolución del pleito pendiente para -ahí sí- proceder con la liquidación. En otras palabras, abstenerse de liquidar el contrato estatal, sea de forma bilateral, unilateral o por la vía judicial, por la sola existencia de un proceso judicial en curso, no parece ser una alternativa válida. Con todo, el deber de liquidar los contratos estatales permanece, vale decir, no se suspende, debido al trámite de un proceso judicial en curso. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha puntualizado:

“Para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad para aquellos eventos en los cuales determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico. Las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro de este plazo fijado por la ley y de no hacerlo en tiempo, pierden la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho. Esa figura no admite suspensión, salvo que se presente una solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, de acuerdo con lo previsto en las Leyes 446 de 1998 y 640 de 2001; tampoco admite renuncia y, de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez. ”

(negrilla y subraya fuera del texto original)

Recuérdese, en este punto, que la caducidad es un “plazo objetivo e invariable para que quien pretenda ser titular de un derecho, opte por accionar”, por lo que su operancia solo podría impedirse, en este caso, si se suscribe el acta de liquidación, se notifica el acto administrativo de liquidación unilateral o se presenta la demanda por la que se pretenda la liquidación judicial, antes de los dos años contados a partir del vencimiento del plazo para la declarar liquidación unilateral.



En definitiva, la Entidad tiene el deber de llevar a cabo todas las gestiones orientadas a liquidar los contratos estatales una vez terminados, para lo cual debe intentar, en primera instancia, llegar a un acuerdo con su contratista o, de no ser eso posible, de manera unilateral, mediante acto administrativo, o apelando a la liquidación judicial.

De llegarse a un acuerdo con el contratista, en aquellos eventos en que haya procesos judiciales en curso que tengan incidencia en el acta de liquidación, como cuando está en discusión el cumplimiento de obligaciones de las partes, que inciden en el balance materia de la liquidación, la parte demandante deberá dejar la salvedad correspondiente pues de lo contrario podría alegarse por la contraparte la terminación del proceso.

Sobre las salvedades a las actas de liquidación, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado con toda precisión que la parte interesada debe manifestar sus pretensiones al momento de la liquidación, de manera que sea clara su intención de dejar por fuera del alcance del acuerdo aquello que pretendía demandar, a posteriori. De lo contrario, lo que se pretendería en un futuro litigio podría quedar comprendido por la fuerza liberatoria de la liquidación bilateral, es decir, se dejaría a paz y salvo a la otra parte por lo que realmente se le quiere demandar en un futuro. Veamos:

“Cómo puede observarse en la etapa de liquidación de un contrato, las partes deben dejar sentado en el acta sus pretensiones para que sean consideradas por la otra parte, es ese el momento del contrato, en el cual la parte adquiere legitimación para reclamar en vía judicial o extrajudicial, las pretensiones que la otra parte no acepte. Las divergencias que existe en el momento de liquidar el contrato, que sean anunciadas en acta y no aceptadas estructuran la base del petitum de un eventual demanda. Por el contrario, la parte que no deje anotada en el acta de liquidación final, la existencia de alguna pretensión para que la otra parte la considere en esa vía, nunca podrá pretender las judicialmente, lo que se traslada al proceso judicial son las pretensiones que la contraparte del contrato no acepte reconocer.”



La salvedad debe ser clara, concreta y específica:

“Es necesario que reúna las siguientes características: que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión del contrato es decir, que sea clara concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero si debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad... Lo anterior significa que la constancia de inconformidad no se satisface con una formulación genérica, que no identifique la razón de ser de la salvedad del contratista; tal conducta impide la claridad necesaria en la conclusión de la relación negocial, bien porque las partes están de acuerdo en forma plena, o bien porque subsisten diferencias entre ellas.”

Inclusive, la Entidad puede llegar a liquidar bilateralmente contratos transigiendo sobre asuntos materia de procesos judiciales en curso, debido a que el acta de liquidación es un negocio jurídico bilateral dotado de fuerza vinculante inter partes, al que la ley, además, le confirió poderes para contener los acuerdos, conciliaciones y transacciones necesarios para resolver las divergencias entre las partes. El artículo 60 de la ley 80 de 1993 establece que “[e]n 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.” Esta es una consecuencia de la fuerza vinculante de la liquidación bilateral. En palabras de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

“De acuerdo con la naturaleza y finalidad de la liquidación del contrato, ha sido criterio reiterado del Consejo de Estado que cuando se realiza la liquidación bilateral, esto es por mutuo acuerdo entre la administración y su contratista, teniendo en cuenta que se trata de un negocio jurídico fruto de la autonomía de la voluntad que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas, si no se deja salvedad en el acta que la contenga, no es posible que luego prosperen reclamaciones envía administrativa o pretensiones en vía judicial para el



pago de prestaciones surgidas del contrato, lo cual se fundamenta, además, en el principio de que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos –‘venire contra factum proprium non valet’, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en la relaciones jurídicas.

“En estricto sentido, la liquidación bilateral, tanto en lo referido a las declaraciones que hacen constar la extinción de las obligaciones contractuales, como en las que constituyen derechos en favor de las partes, tiene efectos vinculantes entre las partes respecto de su contenido y cierra la posibilidad de éxito de demandas posteriores ante las autoridades judiciales o arbitrales por aspectos y puntos cuyas diferencias no hubieren sido expresamente consignadas en el acta.”

Aunque de acuerdo con el aparte transcrito los efectos vinculantes del acta aparentemente están destinados a cobijar demandas posteriores, nada impide que cobijen procesos en curso. En realidad, como se anunció, la fuerza vinculante del acta tiene la virtualidad de recoger acuerdos, conciliaciones y transacciones por medio de las cuales, entre otras cosas, se puede poner término anticipadamente a un proceso judicial, en los términos del artículo 176 del CPACA. De acuerdo con esta norma, se puede terminar el proceso por transacción cuando se trate de pretensiones conciliables, previa autorización del Gobierno Nacional, si se trata de la Nación. Así, suscrita la liquidación que contenga la transacción, debe solicitarse al juez de conocimiento la terminación del proceso demostrando que el objeto de la Litis fue resuelto directamente por las partes.

De ahí que el Ministerio pueda liquidar contratos transigiendo, incluso, asuntos que estén bajo el conocimiento de una autoridad judicial, caso en el cual no será necesario dejar salvedades, dado que el proceso judicial tendría que terminarse como consecuencia de la transacción.



ii. Liquidación de contratos por cuya ejecución se tramitan actualmente procesos administrativos sancionatorios contractuales.

El Consejo de Estado de tiempo atrás ha considerado que es posible tramitar procedimientos administrativos sancionatorios contractuales, con posterioridad a la terminación del contrato, siempre y cuando el objeto de la declaratoria de incumplimiento sea cobrar la cláusula penal o declarar el siniestro, más no imponer multas unilateralmente ni ejercer ciertas cláusulas excepcionales.

“... la Administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que haya vencido el plazo contractual sin que éste haya ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, como medida obligada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

(...)

“Pero este poder de declarar el incumplimiento no podrá ejercerse en forma ilimitada en el tiempo porque no podrá declararse después de vencido el plazo que la Administración tiene para liquidar tales contratos. Es apenas obvio que no pueda cumplirse después de esa liquidación, háyase hecho en forma unilateral o de común acuerdo entre los contratantes. Si lo primero y la Administración guardó silencio de ese incumplimiento en su acto, no podrá revocarlo sin consentimiento del contratista ya que creó una situación individual o concreta a su favor. Y si lo segundo (liquidación de común acuerdo) el acto será intocable unilateralmente por conformar un acuerdo de voluntades logrado entre personas capaces de disponer.

“En suma, la Administración podrá declarar el incumplimiento después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste.

(negritas y subrayas fuera del texto original)



Esta posición obedece al hecho de que, a diferencia de las multas y otras cláusulas excepcionales, cuyo propósito es garantizar la continuidad de la ejecución, el cobro de la cláusula penal busca indemnizar a la Entidad por los perjuicios que el contratista le pudo haber causado, sin necesidad de acudir al juez del contrato. No obstante, para ejercer esa facultad la administración también está sujeta a límites. Uno de ellos es la suscripción del acta de liquidación, con fundamento en su fuerza vinculante.

Como se pudo anticipar, la liquidación bilateral es un negocio jurídico que surte efectos obligatorios entre las partes. Es, en esencia, una declaración sobre el estado final de las prestaciones a cargo de cada una de ellas, así como una oportunidad para saldar las cuentas producto de las prestaciones recíprocas.

Por esa razón, si las partes se liberan mutuamente por todo concepto, la entidad no podría luego iniciar un procedimiento dirigido a cobrarle perjuicios al contratista, ni tampoco continuar tramitándolo, puesto que ya lo había liberado de esa y de todas las obligaciones.

Tampoco tendría sentido dejar una salvedad en el acta para iniciar el procedimiento o continuar tramitándolo, puesto que, a diferencia de un proceso judicial, que se tramita ante un tercero imparcial, en este escenario la misma entidad declara unilateralmente el incumplimiento, con la consecuente obligación de pagar los perjuicios previamente pactados entre las partes a modo de cláusula penal.

En palabras más sencillas, no hace sentido dejarse una salvedad a sí mismo. Los principios que rigen la función administrativa, en especial los de legalidad, economía y buena fe, sugieren que, si la administración goza de una prerrogativa, como lo es cobrar unilateralmente la cláusula penal, debe ejercerla de forma eficaz, eficiente y celer, de tal modo que, al momento de la liquidación, sean conocidas por las partes las resultas de la actuación administrativa.



En consecuencia, el Ministerio no puede liquidar bilateral ni unilateralmente un contrato estatal respecto del cual se esté tramitando un proceso administrativo sancionatorio contractual. Le corresponde adoptar, en primer término, una decisión administrativa a instancias del procedimiento administrativo sancionatorio, de modo que quede zanjado si hubo o no un incumplimiento que amerite el cobro de la cláusula penal, para así poder suscribir, en segundo término, el acta de liquidación, pues el balance que ella contiene depende sin duda de los resultados del procedimiento sancionatorio.

De lo contrario, es decir, si se liquida el contrato mientras se tramita un procedimiento administrativo sancionatorio, la administración perdería la competencia para continuar tramitándolo y tendría que depender, entonces, de que el contratista reconozca su propio incumplimiento y se allane a pagar la cláusula penal, o de la suerte un proceso judicial. En tal caso, tendría que dejarse la salvedad correspondiente y acudirse a la jurisdicción, pero podría saltar a la vista cierta incapacidad de la Entidad para emplear las facultades excepcionales a su disposición, en detrimento de un cobro oportuno de los perjuicios que haya podido sufrir.

Con todo, en aquellos casos en que haya procedimientos administrativos sancionatorios en curso, lo más recomendable es impulsarlos de forma eficiente para adoptar una decisión administrativa, y en seguida proceder a suscribir el acta de liquidación, la cual debe reconocer el eventual incumplimiento previamente declarado y el cobro de la cláusula penal, de ser ese el caso.

iii. La prueba del cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista

Lo primero que debe advertirse para resolver el tercer interrogante planteado es que es necesario verificar que el real alcance de las obligaciones a cargo de las partes en materia de propiedad intelectual.



Lo anterior teniendo en cuenta que, de acuerdo con la consulta, el Supervisor alega que ciertas obligaciones dependen de negociaciones con terceros. Por esa razón, antes que nada parece necesario establecer en qué consiste la prestación a que se obliga el contratista, si es de medio o de resultado, para así poder determinar, en realidad, a qué tiene derecho el Ministerio y, por ende, qué debe exigirle al contratista.

Para los efectos de este concepto, en todo caso, y habida consideración de que no se conoce el texto del contrato ni de las cláusulas que en particular suscitan la inquietud, se partirá de la consideración de que el contratista debe haber cumplido con la obligación al término de la ejecución contractual, sea que debiera acreditar que transfirió determinados derechos de propiedad intelectual al contratante, o lo que corresponda.

Hecha esa aclaración, es de recordar que, de acuerdo con el artículo 4 de la ley 80 de 1993, la Entidad tiene el deber de exigir “del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado”, adelantar “las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar, verificar “las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas” y promover “las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan” o para “obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado”.

Desde esa perspectiva, la Entidad debe exigir la prestación debida por el contratista en la forma y oportunidad pactada o, en caso de no cumplimiento, iniciar las acciones administrativas o judiciales correspondientes para exigir al contratista su cumplimiento o para cobrarle los perjuicios que le pudo haber causado. En otras palabras, la Entidad tiene el derecho a recibir las prestaciones en las condiciones de calidad y oportunidad convenidas, y tiene, del propio modo, el deber y también el derecho de exigir su cumplimiento.

Sin embargo, además de una falta de claridad en cuanto a la prestación debida, que se sugiere revisar, en este caso más parece haber una dificultad probatoria. No en vano la



consulta menciona que no están a disposición del supervisor los soportes para acreditar el cumplimiento de la obligación. En tal sentido resultan claras las voces del Consejo de Estado. Veamos:

Ahora bien, en el derecho de las obligaciones regulado por el régimen civil y comercial impera la regla en virtud de la cual incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega esta o aquellas (artículo 1757, Código Civil). Es decir, que el acreedor deberá probar la existencia de la prestación con miras a hacerla valer ante su deudor y, contrario sensu, el deudor debe probar la extinción de la misma, o sea, su liberación como sujeto pasivo dentro de la relación obligacional.

Como se puede apreciar, si se trata de una obligación a cargo del contratista, es éste quien debe probar su cumplimiento. Por consiguiente, si ese soporte falta presumiblemente es porque el contratista no ha acreditado el cumplimiento en la forma debida, o porque el documento que lo soporta se extravió. En el primer caso, le corresponde a la Entidad requerir al contratista la prueba del cumplimiento y, a falta de ello, iniciar las acciones para establecer si hubo incumplimiento y para cobrar los perjuicios, si se causaron. En el segundo caso, le corresponde al supervisor solicitar la reconstrucción del expediente previa denuncia sobre la pérdida de los documentos, en la forma prevista por el procedimiento interno de calidad establecido por el Ministerio.

En todo caso, no podría el supervisor excusarse en la falta de documentos para no liquidar el contrato o para no exigir el cumplimiento o, en su caso, los perjuicios al contratista, pues podría quedar comprometido, en tal caso, el debido respeto de los deberes a cargo de las entidades contratantes y de los servidores que obran en su nombre o representación.



iv. Conclusiones

a. ¿Puede liquidarse un contrato estatal cuyas partes se encuentran inmersas en un conflicto judicial por causa del mismo negocio jurídico?

Un contrato estatal no puede liquidarse bilateral o unilateralmente en caso que se haya demandado la liquidación judicial por al menos una de las partes. En los demás casos, es decir, si el la Litis no involucra la liquidación del contrato, la entidad pública conserva la competencia para celebrar el acuerdo de liquidación o para expedir el acto administrativo de liquidación unilateral.¹

b. ¿Puede liquidarse un contrato estatal mientras se tramita un procedimiento administrativo sancionatorio contractual?

No es posible liquidar un contrato estatal mientras se tramita un procedimiento administrativo en el que se discute el incumplimiento del contratista, en orden a hacer efectiva la cláusula penal; sin embargo, como quiera que la administración perdería la competencia para continuar con la actuación administrativa.

c. ¿Cómo liquidar un contrato estatal a falta de los soportes que evidencien el cumplimiento de obligaciones relativas a la propiedad intelectual?

¹ Liquidación judicial. Se realiza a través del medio de control de controversias contractuales, siempre que la liquidación del contrato no se surta de común acuerdo ni unilateralmente. Se tendrá en cuenta el término de dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo dispuesto en el contrato para liquidarlo de mutuo acuerdo y, si no existiere este, los cuatro (4) meses previsto en la ley



Al supervisor, o a quien tenga a su cargo el seguimiento contractual, al finalizar el plazo de ejecución contractual, le corresponde verificar el cumplimiento de las obligaciones de las partes con el fin de establecer el balance objeto de la futura liquidación. También es su responsabilidad cerciorarse de que el expediente contractual contenga los documentos que así lo prueben. En consecuencia, el supervisor no podría, en opinión de esta firma, excusarse en la falta de documentos para no liquidar el contrato; antes bien, debe asumir una posición activa en el sentido de aportar las pruebas del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad y requerir, asimismo, las pruebas de las prestaciones a cargo del contratista. En última instancia, de no ser ello posible, debe dejar constancia de las gestiones y proceder a demandar la liquidación del contrato, dentro del plazo de caducidad, desde luego, de modo que la autoridad judicial pueda conminar al contratista a aportar los documentos o demás medios de prueba que demuestren el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, o, en caso de que no se pruebe, declarar su incumplimiento y condenarlo a indemnizar los perjuicios que le pudo haber causado a la entidad, de conformidad con sus pretensiones.

En los términos anteriores, le presento el análisis jurídico solicitado.

Cordialmente,

SANDRA ORJUELA MENDEZ
Subdirectora Gestión Contractual

Revisó: Adriana L- Adriana V.
Realizó: Mauricio R.