



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500470503

Fecha: 03-11-2017



MEMORANDO

Bogotá, D.C.

PARA: JAIME MARTÍNEZ SUESCÚN
Alcalde Local de Rafael Uribe Uribe (E)

DE: DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN

ASUNTO: Respuesta a la solicitud de concepto en relación con la posibilidad jurídica de declarar el incumplimiento contractual en contratos interadministrativos, como lo es el suscrito por parte del Fondo y la Universidad Distrital Francisco José de Caldas No. CI 146-2016, según radicado No. 20176820015723 del 23 de octubre de 2017, el cual fue radicado en esta Dirección el día 27 de octubre de 2017.

Cordial saludo estimado Alcalde Martínez,

En atención al memorando radicado bajo el número del asunto, y en cumplimiento de la Directiva 012 de noviembre 11 de 2016, suscrita entre el Alcalde Mayor de Bogotá y el Secretario Distrital de Gobierno, una vez efectuada la revisión de la solicitud de concepto jurídico, esta Dirección se pronuncia en los siguientes términos, teniendo en cuenta para el efecto lo señalado en el literal m) del artículo 25 del Decreto Distrital No. 411 del 30 de septiembre de 2016, así:

I. RESPECTO A LA CUESTIÓN PLANTEADA

A través del oficio de la referencia, la Alcaldía Local de Rafael Uribe Uribe solicitó la emisión de concepto jurídico, especialmente en lo relativo a la posibilidad de declarar el incumplimiento contractual en contratos interadministrativos, como lo es el suscrito entre el Fondo de Desarrollo Local de Rafael Uribe Uribe y la Universidad Distrital Francisco José de Caldas No. CI 146-2016.

Al respecto se tiene que el objeto del contrato interadministrativo, según la cláusula primera consistió en realizar por parte de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, procesos lúdicos y artísticos para la prevención de violencias contra las mujeres de la Localidad.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500470503

Fecha: 03-11-2017



Como aspectos de relevancia para la emisión del respectivo concepto jurídico, informa el Fondo de Desarrollo Local en la solicitud lo siguiente;

- (i) El negocio jurídico tuvo un plazo en el cual se pactó las prestaciones mutuas, el cual se comprendió entre el 07 de abril al 06 de octubre de 2017.
- (ii) En vigencia del contrato interadministrativo, según informa el Fondo de Desarrollo Local, se presentaron múltiples inconvenientes que hicieron que no se pudiera dar cumplimiento a las obligaciones contractuales, constituyéndose de tal forma un presunto incumplimiento por parte del contratista, el cual en este caso es la Universidad Distrital Francisco José de Caldas.

Teniendo en cuenta lo anterior, consulta el Fondo de Desarrollo Local, respecto de la posibilidad de proceder a declarar el incumplimiento del contrato interadministrativo antes referenciado.

Partiendo de los elementos fácticos y jurídicos antes señalados, esta Dirección se pronuncia en los siguientes términos, esto a fin de brindar las respuestas jurídicas que correspondan.

II. RESPECTO AL CASO CONCRETO Y SU DESARROLLO

Sea lo primero señalar que, los contratos estatales a diferencia de los estudiados en el derecho privado contienen aspectos que lo hacen diferentes, dada la finalidad que los mismos persiguen y que se concretizan en ser instrumentos de gestión administrativa que permite el cumplimiento de los fines estatales.

Partiendo de aquella postura, se tiene que la ley 80 de 1993 unificó en una sola categoría los acuerdos de voluntades que suscribían las entidades estatales, denominándolos a todos "contrato estatal", entendiendo por aquellos, todos los negocios jurídicos celebrados por una entidad estatal. En este sentido, se ha dicho por la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que, son contratos estatales todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa - en adelante EGCAP-, o que estén sujetos a regímenes especiales¹.

¹ Al respecto confírense la sentencia del 07 de octubre de 2004, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente No. 27.052



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500470503

Fecha: 03-11-2017



Así las cosas, se tiene que los pactos celebrados entre entidades estatales constituyen bajo la lectura del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, auténticos acuerdos de voluntades estatales, lo cual implica la existencia de un vínculo jurídico entre entidades públicas, con el fin de; (i) cumplir a través del vehículo convencional actividades y objetivos comunes a las partes suscribientes (convenios interadministrativos) por encontrarse dentro del desarrollo de su misionalidad y, (ii) establecer a través de un vínculo contractual, obligaciones reciprocas de contenido patrimonial² a fin de prestar un servicio y/o suministrar bienes de interés público frente a la necesidad de una de las partes (contratos interadministrativos).

Esta posición respecto a los pactos entre entidades estatales ha sido explicada por parte de la jurisprudencia y la doctrina especializada. En consonancia con lo antes señalado y teniendo en cuenta el objeto de la solicitud de concepto, es importante señalar que desde un punto de vista teórico y además práctico, los contratos estatales poseen elementos que como se dijo al inicio de este numeral, resultan ser diferentes a los realizados en el derecho privado.

Uno de esos rasgos distintivos de los contratos estatales, es el que tiene que ver con la posibilidad jurídica y práctica de que las entidades estatales puedan introducir unilateralmente variaciones a los pactos inicialmente celebrados, cuando aquellas resulten ser necesarias para garantizar la finalidad pública inmersa en el respectivo contrato estatal³. Estas variaciones en la tradición contractual pública, se han conocido inicialmente como las cláusulas exorbitantes, para luego, transformarse en las denominadas potestades excepcionales al derecho común.

Aquellas potestades implican en la ejecución de los diferentes contratos del Estado, que el contratante puede de forma unilateral alterar las bases sobre las cuales se

² Al respecto confróntese la Sentencia del 28 de septiembre de 2011, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Expediente No. 15.476

³ Respecto a la naturaleza jurídica y funcionalidad de las potestades excepcionales al derecho común puede confrontarse los siguientes pronunciamientos; (i) Sentencia del 20 de mayo de 2004, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez. Expediente No. 25.154, (ii) Sentencia del 20 de octubre de 2005, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dr. German Rodríguez Villamizar. Expediente No. 14.579, (iii) Sentencia del 30 de noviembre de 2006, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente No. 30.832, (iv) Sentencia del 01 de diciembre de 2008, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Expediente No. 35.827 y, (v) Sentencia del 28 de septiembre de 2011, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Expediente No. 15.476



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500470503

Fecha: 03-11-2017



estructuraron los negocios jurídicos⁴, a fin de que a través de aquellas potestades se pueda garantizar la finalidad del contrato estatal.

La utilización de aquellas potestades excepcionales al derecho común, ha implicado que la relación entre el contratista y el contratante, no resulte ser una relación de tipo horizontal, sino y sobre todo, una relación vertical, en la cual el contratista del Estado se encuentra sujeto al ejercicio de aquellas potestades por parte de las entidades estatales. Dadas las anteriores consideraciones, y a punto de poder brindar los argumentos que permitan resolver la cuestión objeto de la consulta, es importante señalar que aquellas potestades por virtud del EGCAP y, la jurisprudencia especializada, no pueden ser pactadas y aplicadas en los negocios jurídicos que se celebren entre entidades estatales, es decir, en convenios y/o contratos interadministrativos.

En directa línea argumentativa ha señalado el Consejo de Estado al respecto lo siguiente:

"(...)

*Tal facultad administrativa se atribuyó al administrador de lo público y únicamente frente a su colaborador privado y por lo mismo no para el contrato interadministrativo, en el cual ambas partes son agentes públicos, pues ambos representan a la administración pública gestora del interés general y por lo tanto no imperan frente a éstas, en mundo negocial, los poderes coactivos, como así lo informa indirectamente el artículo 14 de la ley 80 de 1993 que si bien alude a cláusulas excepcionales, ontológicamente se erige en canon ilustrativo de la prohibición del ejercicio de poderes unilaterales del Estado contratante respecto del Estado contratista"*⁵ (Cursiva por fuera del texto original)

Evidenciada la cita jurisprudencial y lo decantado por la doctrina especializada⁶, se tiene que resulta ser conclusivo que los acuerdos de voluntades suscritos entre entidades estatales carecen de la posibilidad de pactar cláusulas excepcionales al

⁴ «La expresión "base del negocio" puede ser entendida, y así lo ha sido, en un doble sentido. En primer lugar, como la base "subjetiva" de la determinación de la voluntad de una o ambas partes, como una representación mental existente al concluir el negocio que ha influido grandemente en la formación de los motivos. En segundo lugar, como la base "objetiva" del contrato (en cuanto complejo de sentido inteligible), o sea, como el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato –sépanlo o no los contratantes– ya que, de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría "sentido, fin u objeto."». Karl Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 37

⁵ Al respecto confróntese la sentencia del 20 de mayo de 2004, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez. Expediente No. 25.5154.

⁶ José Luis Benavidez, *El Contrato Estatal, entre el Derecho Público y el Derecho Privado* (Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2008).



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500470503

Fecha: 03-11-2017



derecho común, teniendo en cuenta que por tratarse de sujetos públicos, se establece una relación horizontal que impide utilizar las facultades administrativas excepcionales, como por ejemplo declarar la caducidad administrativa⁷, entre otras.

Ahora bien, de lo ya anotado hasta aquí, se concluye que la administración no puede pactar y además hacer exigible de modo alguno estas potestades cuando en el otro extremo del vínculo jurídico negocial se encuentra otra entidad estatal, sea que estemos ante un convenio o contrato interadministrativo⁸.

Esta conclusión preliminar, consideramos no es aplicable al caso en el cual una entidad estatal liquida unilateralmente un acuerdo de voluntades estatal⁹, por ejemplo, o pretende hacer efectiva la declaratoria de incumplimiento, partiendo esencialmente de que aquella facultad no corresponde a las que el EGCAP y la misma jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha denominado como potestad excepcional al derecho común, máxime cuando por virtud del artículo 14 del Estatuto contractual, aquella facultad no se asignó a la administración.

Respecto al incumplimiento contractual como institución autónoma, ha precisado el Consejo de Estado que el mismo corresponde a los eventos en los cuales la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor¹⁰. Así el incumplimiento, debe ser entendido, como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él¹¹.

⁷ Al respecto confróntese la sentencia del 20 de mayo de 2004, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez. Expediente No. 25.154.

⁸ Al respecto confróntese el concepto del 01 de noviembre de 2016, proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. C.P. Dr. German Alberto Bula Escobar. Expediente No. 2.305.

⁹ La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha señalado que la liquidación unilateral no es una potestad de aquellas que la Ley enlista como potestades o facultades excepcionales al derecho común, siendo de tal forma, nada impide que las partes en un convenio interadministrativo convengan su ejercicio, pues en esa tipología de contratos la ley sólo prohíbe el ejercicio de las denominadas potestades excepcionales, naturaleza que no comparte la liquidación unilateral. En este contexto, puntualiza que, resulta totalmente válido que en un convenio interadministrativo las partes convengan que, ante la falta de acuerdo para liquidar el contrato, una de ellas pueda proceder a liquidarlo unilateralmente, pues su pacto no comporta el ejercicio de una facultad o potestad excepcional al derecho común. Al respecto confróntese la Sentencia del 27 de abril de 2017, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio. Expediente No. 55.836.

¹⁰ Fernando Hinestrosa, *Tratado de las Obligaciones II: De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*. Volumen I. (Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado, 2015), 235 – 240.

¹¹ Al respecto confróntese la sentencia del 24 de julio de 2013, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente No. 25.131.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500470503

Fecha: 03-11-2017



Dicho lo anterior, es importante precisar que la declaratoria de incumplimiento per se no implica el ejercicio de una potestad de carácter excepcional, como si sucede con la utilización de las potestades de interpretación unilateral, modificación unilateral o la misma caducidad administrativa.

Dada esta conceptualización, se considera posible que una entidad estatal, como lo es el Fondo de Desarrollo Local a su cargo, pueda eventualmente y ante circunstancias que así lo ameriten probatoriamente, declarar el incumplimiento contractual de una entidad estatal, cuando la relación comercial corresponde a la de contrato interadministrativo, dado que en él, se han pactado obligaciones recíprocas de contenido patrimonial. Sobre esta posibilidad valga la pena señalar que la declaratoria de incumplimiento, en nuestro entendimiento, no constituye una sanción en estricto sentido, sino de un procedimiento establecido con el fin de tasar los perjuicios causados a la administración con el incumplimiento.

Así respecto a la posibilidad de declarar el incumplimiento en los pactos estatales y su razón de ser, ha señalado la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, lo siguiente:

"(...)

Se ha reiterado que en cuanto la Ley 80 de 1993 no facultó a las entidades estatales para declarar incumplimientos por fuera de la caducidad del contrato, éstas perdieron la competencia que les asignaba el Decreto 222 de 1983, sin perjuicio del incumplimiento con fines declarar el siniestro y así mismo hacer efectiva la garantía, como ocurrió en este asunto. Esto es así porque una vez verificado el incumplimiento al vencimiento del convenio, surgió la necesidad de hacer exigibles las obligaciones derivadas del contrato de seguro. En esos términos, dada la competencia de la demandada para proceder de conformidad con los actos administrativos cuestionados, se impone abordar el estudio de cada uno de los cargos..."¹² (Cursiva, negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Como se puede observar de la cita jurisprudencial, reitera esta Dirección, la declaratoria de incumplimiento es una facultad que tiene la administración para exigir los perjuicios derivados de una deficiente ejecución contractual, y no puede considerarse como una sanción o cláusula excepcional al derecho común, siendo en principio viable la misma.

¹² Al respecto confróntese la sentencia del 29 de abril de 2015, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dr. Stella Conto Díaz del Castillo. Expediente No. 27.712



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500470503

Fecha: 03-11-2017



Ahora bien, se recuerda que la declaración del incumplimiento de un contrato estatal, no solamente implica el pronunciamiento del Estado respecto de la actitud de la parte incumplida, en este caso la entidad estatal contratante, sino que de aquella se deriva la aplicación de la cláusula penal pecuniaria, si la misma ha sido pactada en el respectivo contrato interadministrativo y como consecuencia de ello, el pago de la suma dineraria señalada en el acto administrativo declarativo, ya sea a través de la institución de la compensación, la declaratoria del siniestro de la garantía única de cumplimiento, si la misma se encontró pactada o la ejecución de la deuda dineraria, a través del ejercicio de la potestad coactiva.

Sobre este tópico es importante mencionar que, la declaratoria de incumplimiento de determinado contrato estatal, como lo es el interadministrativo, debe contar y encontrarse precedida del proceso establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

III. CONCLUSIÓN

De conformidad con lo señalado anteriormente en este documento, se precisa que en nuestro criterio, resulta plausible a través del procedimiento legal establecido para tales efectos, declarar la ocurrencia de incumplimiento contractual en contratos interadministrativos, siempre y cuando, se den los supuestos contractuales y probatorios para predicar la ocurrencia de aquella situación y en consecuencia hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato.

Así las cosas, de considerar procedente la declaración de incumplimiento se debe proceder a revisar si el contrato en cuestión tiene consignada de forma expresa la posibilidad de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y en ese orden de ideas, hacer exigible la garantía que ampara el riesgo.

No obstante lo anterior, es importante que el Fondo de Desarrollo Local, previo a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, proceda a revisar lo enunciado en el Decreto 445 del 09 de noviembre de 2015, a través del cual se establece el procedimiento para resolver las controversias que surjan entre entidades del orden Distrital, como sucede en el caso bajo estudio.

Finalmente esta Dirección hace la salvedad de que es responsabilidad de la Alcalde Local de Rafael Uribe Uribe, como representante legal del Fondo de Desarrollo Local, acorde a la facultad delegada por el artículo 8° del Decreto Distrital 101 de 2010, adelantar el trámite objeto de estas recomendaciones, acogiendo las mismas de forma total, parcial o



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

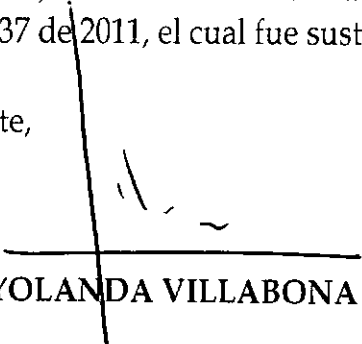
Radicado No. 20174500470503

Fecha: 03-11-2017



negativamente, siendo además norma aplicable a este trámite lo descrito en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, el cual fue sustituido por la Ley 1755 de 2015.

Cordialmente,


CÁRMEN YOLANDA VILLABONA
Directora

Proyectó: John Fredy Silva Tenorio.
Revisó: John Fredy Silva Tenorio.

Con copia: Dra. Sandra Patricia Castiblanco Monroy,
Directora para la Gestión del Desarrollo Local.