



Garantía de cumplimiento debe estar vigente hasta la liquidación final del Contrato

Carrera 49B # 91-81 Of. 102
Bogotá D.C.
+57 601-7021678
www.fdplegal.com

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente (“CCE”) publicó el Concepto C-173 de 2024 mediante el cual interpreta de forma amplia – y algo excesiva – las normas sobre la vigencia de la garantía de cumplimiento y el proceso de liquidación de contratos estatales.

De acuerdo con el Concepto C-173, los contratistas tienen la obligación de mantener vigente la garantía de cumplimiento hasta que el contrato sea “efectivamente” liquidado. De acuerdo con CCE, esto tiene fundamento en el Decreto 1082 de 2015 e implica que la garantía no puede expirar, independientemente de si se ha fijado un plazo específico para la liquidación. Esto, para asegurar que los intereses del Estado estén protegidos durante todo el proceso de liquidación.

Así las cosas, si el contrato establece un plazo de liquidación de mutuo acuerdo de conformidad con lo señalado por el artículo 2.2.1.2.3.1.12. del Decreto 1082 de 2015, la

EN ESTA PUBLICACIÓN

- Garantía de cumplimiento debe estar vigente hasta la liquidación final del Contrato.
- Consejo de Estado se pronunció sobre los límites temporales para declarar el incumplimiento de contratos.
- Restablecimiento del equilibrio económico no puede ser solicitado vía judicial mientras se encuentre en ejecución el Contrato.



entidad deberá verificar que la garantía se encuentre vigente, por lo menos, hasta dicho plazo. Si no se pacta un plazo de liquidación, se deberá tener en cuenta los términos supletivos de la liquidación bilateral y unilateral del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. En todo caso, si por alguna razón no se logra liquidar el contrato dentro de dicho plazo, el contratista tiene el deber de mantener vigente la garantía hasta la liquidación "efectiva" del contrato, pues de acuerdo con CCE, esto se desprende del artículo mencionado.

Lo anterior implica que, según CCE, el contratista tendría la obligación de mantener vigente la garantía incluso si lo que se busca es la liquidación judicial, pues esta sería el momento de "liquidación efectiva". No obstante, la norma mencionada en el Concepto no habla de liquidación "efectiva", ni tampoco estudio el evento en el que la liquidación que se busca es la judicial. Esto hace parte del criterio amplio interpretativo de CCE que definitivamente no compartimos.

La razón de nuestro disenso radica en lo siguiente: En la medida que exista un litigio en el que se solicite la liquidación del Contrato por cualquiera de las partes, no habría razón para mantener vigente la garantía de cumplimiento,

pues precisamente en el litigio se van a definir los asuntos referidos al cumplimiento o no cabal de las obligaciones contractuales que darían lugar a la liquidación. Si existiera alguna obligación pendiente de cumplir, precisamente le corresponderá a la Entidad contratante solicitar judicialmente su cumplimiento o la indemnización correspondiente, y de paso pedir la vinculación del garante. Para estos efectos, lo importante es que se haya formulado la pretensión en tiempo y resulta irrelevante si la garantía se mantiene vigente hasta el final del litigio, pues el garante ya habrá estado vinculado al proceso. Si la entidad no solicita su vinculación oportuna y/o correctamente, esto será del resorte y responsabilidad exclusivo de dicha Entidad.

Por esta razón y otras que podríamos ampliar en otro espacio, estimamos que nada en la ley obliga a un contratista a mantener vigente la garantía de cumplimiento durante el tiempo que dure el proceso contencioso en el que se busca la liquidación del Contrato.

Consejo de Estado se pronunció sobre los límites temporales para declarar el incumplimiento de Contratos

La controversia surgió cuando la Alcaldía Municipal de Pasto, como resultado de un proceso administrativo sancionatorio, declaró el incumplimiento de un contrato, a pesar de que el contratista ya había acudido a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para solicitar la liquidación judicial del contrato y la declaración de incumplimiento por parte de la entidad contratante.



En su fallo, el Consejo de Estado determinó que, una vez el contratista presentó la demanda ante la jurisdicción competente, la administración perdió su facultad para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato.

Dentro de las consideraciones adoptadas por la Corporación, se desarrolló el alcance del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual faculta a las entidades estatales para declarar el incumplimiento de contratos y cuantificar los perjuicios. Si bien la norma en cita no establece un plazo específico para ejercer estas facultades (lo cual deja en evidencia un vacío normativo), lo mismo se predica para la imposición de multas y la declaración de caducidad.

Sin embargo, la jurisprudencia ha limitado su ejercicio, vinculándolo a la finalidad de cada decisión. Las multas y la caducidad, al ser conminatorias, solo pueden aplicarse durante la vigencia del contrato, mientras que la declaración de incumplimiento, que busca garantizar la reparación de perjuicios, puede realizarse incluso después de finalizado el plazo de ejecución del Contrato.

Adicionalmente, se establece que la Administración pierde su competencia para declarar el incumplimiento del contratista una vez este presenta una demanda ante la jurisdicción contenciosa para resolver los mismos hechos que motivaron la expedición de los actos administrativos. La controversia se traslada al juez de conocimiento, impidiendo que la administración se pronuncie nuevamente sobre el incumplimiento de las obligaciones que ya forman parte de un proceso judicial.

Finalmente, el Consejo de Estado aclara que la administración puede declarar el incumplimiento del contratista si los hechos que motivan su decisión son distintos a los presentados en la demanda. Esto significa que, si los motivos de incumplimiento no coinciden con los hechos presentados ante el juez competente, la administración mantiene su competencia para pronunciarse, siempre que los fundamentos no estén relacionados con la controversia ya sometida ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Restablecimiento del equilibrio económico no puede ser solicitado vía judicial mientras se encuentre en ejecución el Contrato

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 2 de agosto de 2024 con radicado No. 69.808, afirmó que en los contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no se permite que el juez del contrato pueda revisar los términos contractuales y ordenar su modificación mientras este está vigente y por ende no será procedente la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico.

La Sala analizó un proceso de controversias contractuales, en el marco de un contrato de concesión, en el cual el demandante solicitó la modificación de los términos del contrato debido al impacto que tuvo el aumento del IVA del 16% al 19%, argumentando que esto afectó su ingreso neto y generó un desequilibrio económico.

En esta oportunidad, la Sala justificó su posición, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 y el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993, pues explicó que, en aras de mantener el equilibrio económico del contrato, las partes pueden celebrar los acuerdos necesarios para conjurar los efectos de las situaciones imprevistas que afectaron la ejecución contractual.



Sin embargo, y atendiendo al interés general que pretende satisfacer el contrato estatal, aun en caso de que dichos acuerdos no puedan celebrarse, el contratista estará obligado a continuar su ejecución así dicha actividad le cause pérdidas económicas. Lo que tendrá, después, es un derecho para que la entidad contratante lo lleve a “un punto de no pérdida” el cual podrá solicitar directamente a la entidad, o en caso de respuesta negativa, acudir ante el juez del contrato para su reconocimiento.

En ese sentido, dado que el demandante presentó la demanda cuando el contrato aún se encontraba en ejecución y su pretensión principal era ordenar al demandando la modificación del Contrato, la Sección Tercera confirmó la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones.