



ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
SECRETARÍA DE SALUD

000100

Asunto: Servidora de planta debe hacer devolución de apoyo económico por retiro de la entidad

Atendiendo sus comunicaciones a través de las cuales solicita la expedición de concepto jurídico, y de acuerdo a los aspectos que se consignan a continuación, me permito manifestarle lo siguiente:

### **I. PROBLEMA JURÍDICO:**

De acuerdo a lo expuesto en su comunicación, se plantean los siguientes hechos:

1. N.N., titular del empleo denominado Técnico Operativo Código 314, grado 09 de la Oficina de Control Interno de la Secretaria Distrital de Salud, atendiendo al derecho preferencial que le asistía, fue encargada del empleo Profesional Especializado Código 222 Grado 19 de la Dirección de Planeación Institucional y Calidad.
2. Dentro del lapso que ejerció el encargo, N.N. solicitó y obtuvo de la Secretaria Distrital de Salud – Fondo Financiero Distrital apoyo económico para cursar el segundo semestre de la especialización de Responsabilidad Social en la Universidad Externado de Colombia.

El apoyo monetario se concretó con la suscripción del convenio No. 20150006 del 11 de septiembre de 2015, por un valor de TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL CIEN PESOS (\$3.866.100), equivalentes al 95% del valor de la matrícula.

3. Posteriormente y luego de aprobar el posgrado, la profesional N.N., renunció al empleo que como titular venía desempeñando en la Secretaria Distrital de Salud, con el propósito de incorporarse a una entidad distrital una vez superado el periodo de prueba que contemplaba el concurso en que participó

Con base en los hechos descritos, pregunta su Despacho si N.N., debe reintegrar la suma dispuesta por la Secretaria Distrital de Salud – Fondo Financiero Distrital con la cual cursó el segundo semestre de la especialización de Responsabilidad Social, por cuanto la beneficiaria habría incumplido el convenio suscrito con la entidad.



## II. NORMATIVIDAD APLICABLE

**Ley 80 de 1993, artículo 4º. Numeral 2º.** - Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública-

*“De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar”.*

**Ley 1150 de 2007, artículo 17.** - Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos-

*“Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

*En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.*

**Parágrafo.** *La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

**Parágrafo transitorio.** *Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”.*

**Decreto 1082 de 2015, Artículo .2.3.1.7., Numeral 3º.** - Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional-

*“Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:*

3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:
  - 3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;
  - 3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;
  - 3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y
  - 3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria”.



### III. ANALISIS JURÍDICO:

En primer término el cumplimiento como noción jurídica es posible precisarlo como el resultado de las conductas de las partes comprometidas y que arroja la medida de satisfacción del interés jurídico pactado por cada una de ellas. De este modo y por oposición el incumplimiento es el fenómeno jurídico que opera al desplegarse una conducta contraria al contenido de las obligaciones convenidas.

En tratándose de asuntos contractuales, la anterior noción jurídica de incumplimiento forma un vínculo inequívoco con el postulado que el cumplimiento de los contratos es la regla general y la excepción es el incumplimiento.

Lo anterior es consignado en el Código Civil, artículo 1602 que al tenor literal prescribe;

*“LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.*

Es así como este fenómeno surge en el momento que no se consuman o se dejan de cumplir las obligaciones estipuladas en el contrato. De esta manera es posible afirmar que, el incumplimiento puede ser parcial, cuando no se respetan una o más de las prestaciones debidas, o total, si se dejan de cumplir todas en forma absoluta.

Al producirse el incumplimiento y que los contratantes no cumplan en los términos fijados, ya sea por fuerza mayor o caso fortuito, o también por culpa o dolo de los mismos, la ley ha previsto por su ministerio o las partes, con anuencia de ésta, disponen los medios en que deben resarcirse los perjuicios derivados del incumplimiento contractual.

De otra parte, la pauta general de indemnización está dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil, norma por la cual en los contratos bilaterales se encuentra incurra una condición resolutoria tácita en caso de no cumplirse lo convenido la cual consiste en solicitar el cumplimiento del contrato o su resolución, con indemnización de perjuicios.

A su vez el Código de Comercio, en el artículo 870, reitera la misma condición en los siguientes términos:

*“En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”.*

Más aún, las partes de un contrato pueden pactar dentro del instrumento, no obstante las reglas antes anotadas, una previsión convencional de perjuicios, con el propósito de anticiparse a situaciones que escapen de su control, valorando los detrimentos que puedan sufrir por el incumplimiento de su contraparte. Este tipo de precauciones contractuales se han descrito como Cláusula Penal.



ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
SECRETARÍA DE SALUD

El Código Civil, en su artículo 1592, la ha definido como: “...aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

En todo caso debe tenerse en cuenta que la Cláusula Penal reúne características que la distinguen, ya que particularmente es una cláusula accesoria, en la medida que no puede existir con independencia del contrato; es accidental por cuanto requiere su incorporación expresa, y no se presume, asimismo se predeterminan las consecuencias del incumplimiento.

Respecto del asunto materia de estudio por esta Oficina Asesora se hace necesario efectuar las siguientes precisiones:

El Convenio No. 20150006, cuyo objeto era financiar y apoyar por parte de la Secretaría Distrital de Salud – Fondo Financiero Distrital a N.N. para cursar el segundo semestre de la especialización en Responsabilidad Social, se presenta como un contrato de la administración pública regido por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y demás normas concordantes

A la administración pública se le ha atribuido el deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como el presente caso y por tanto tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir sus obligaciones, de la misma manera podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato, regulándose además un procedimiento sumario, en el cual se establece el debido proceso como principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

De manera concreta en el Convenio suscrito el 11 de septiembre de 2015 se estipuló en Cláusula Tercera, como obligaciones del BENEFICIARIO entre otras la referida en el numeral 10) que advierte que el BENEFICIARIO debe: “Prestar sus servicios a la Secretaría Distrital de Salud por un tiempo igual al que dure el programa académico financiado, contado desde la fecha en la cual culmina el estudio referido”. Seguidamente el numeral 11) de la precitada Cláusula puntualiza que: “EL BENEFICIARIO deberá reintegrar la totalidad de los recursos desembolsados por la SECRETARÍA-EL FONDO, con ocasión del incumplimiento de este convenio por cualquier causa imputable que impida el cumplimiento eficiente y eficaz del presente convenio; tales como renuncia, destitución o abandono del cargo, o el incumplimiento de los deberes contemplados en la Resolución Número 1262 del 10 de septiembre de 2010, modificada por la Resolución 0501 del 21 de marzo de 2014 expedida por el Secretario Distrital de Salud de Bogotá D.C., más el interés bancario corriente que certifique la Superintendencia Bancaria a la fecha del incumplimiento de las obligaciones establecidas en este convenio”.

Del mismo modo, la Cláusula Sexta, concerniente a la duración del convenio indica: “Este convenio tendrá una duración de doce (12) meses, incluido el tiempo que dure el programa cofinanciado más el tiempo que debe laborar el BENEFICIARIO según lo señalado en el numeral décimo de las obligaciones del BENEFICIARIO más seis (6) meses de liquidación”.

Cra. 32 No. 12-81  
Tel.: 364 9090  
www.saludcapital.gov.co  
Info: 364 9666



BOGOTÁ  
MEJOR  
PARA TODOS



ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
SECRETARÍA DE SALUD

Por otra parte, mediante Resolución 0098 del 09 de diciembre de 2015, la Secretaria Distrital de Salud declaro la vacancia temporal del empleo de carrera, Técnico Operativo Código 314, Grado 09 de la Oficina de Control Interno del cual era titular N.N., para que pudiera desempeñar un cargo de carrera administrativa en periodo de prueba por un término de seis (06) meses en la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital – UAECD-.

Al tiempo se evidencia que la señora N.N. se graduó de la Especialización en Responsabilidad Social Empresarial, título expedido por la Universidad Externado de Colombia, el día 25 de febrero del año 2016. Igualmente con comunicación No. 2016ER46106 radicada del 28 de junio de 2016 presentó renuncia a su empleo titular de carrera en la Secretaria Distrital de Salud en atención a que había superado el período de prueba para desempeñar el empleo de carrera administrativa denominado Profesional Universitario Código 219, Grado 04 en la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital –UAECD-.

Según lo discurrido en precedencia, considerando el Convenio No. 20150006 en sus condiciones de ejecución, su carácter sinalagmático y conmutativo, y la presunta inobservancia a algunas obligaciones pactadas por parte del denominado BENEFICIARIO, de presentarse el incumplimiento, éste debe ser declarado en sede administrativa en observancia de los postulados que formulan las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, respectivamente.

La Ley 1150 en su artículo 17 le otorga competencia a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para imponer unilateralmente la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales, entendiéndose que se constituyen en una manifestación del poder administrativo sancionador del Estado, todo sobre la base del debido proceso.

A su vez, la Ley 1474 de 2011, en el artículo 86 estableció el procedimiento que deben seguir las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para declarar el incumplimiento, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Dicho trámite es inexcusable para que se paguen los perjuicios sufridos o una pena en caso de incumplimiento.

Es importante subrayar que en materia contractual, la entidad pública tiene competencia para hacer efectiva la cláusula penal debido al incumplimiento después de la fecha que se tenía estipulada para la ejecución del contrato pero antes de la liquidación del mismo.



ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
SECRETARÍA DE SALUD

#### IV. CONCLUSIÓN:

Como corolario de las consideraciones anteriores se puede afirmar que las entidades públicas en asuntos de contratación se encuentran regidas por la normatividad especial y vigente. A la administración pública por expreso mandato legal le asiste una potestad sancionatoria definida para los casos en que la ejecución de un contrato o convenio no se ajuste a las obligaciones pactadas, de tal manera que se presente el incumplimiento en las prestaciones debidas.

Para que proceda la declaración de incumplimiento y se puedan imponer las sanciones dispuestas en el contrato y la clausula penal pecuniaria se debe promover el trámite definido por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

De conformidad con los planteamientos previos, será menester que a la luz de la normatividad referida, la Dirección a su cargo, analice los presupuestos fácticos y jurídicos ya referidos, para que de esta manera se asuma la postura jurídica que corresponda, habida cuenta que por parte de su Dirección ya se tiene postura de cara al tema consultado.

Atentamente,

JOSÉ DARÍO TÉLLEZ CIFUENTES

Proyectó: CPatiño