CCE-DES-FM-17

**CADUCIDAD DEL CONTRATO – Consecuencias**

Las consecuencias jurídicas que se generan con la caducidad son: i) terminación del contrato; ii) iniciación del trámite de liquidación bilateral; iii) inhabilidad sobreviniente por cinco años; iv) efectividad de la garantía única de cumplimiento; y v) reporte al Secop, Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio donde el contratista esté inscrito con el propósito de incluir la anotación en el Registro Único de Proponentes.

**CADUCIDAD DEL CONTRATO – Presupuestos – Requisitos**

Los presupuestos para declarar la caducidad están establecidos en los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993. En primer lugar, el artículo 18 establece los siguientes requisitos para su procedencia: i) debe acreditarse el *incumplimiento* de alguna o algunas de las obligaciones del contratista, con todos los elementos que configuran el «incumplimiento». ii) dicho incumplimiento debe afectar de manera *grave* y *directa* la ejecución del contrato; y iii) además, debe evidenciar la posibilidad de conducir a la paralización de la ejecución del contrato. En segundo lugar, se deben acreditar requisitos genéricos establecidos en el artículo 14 de la Ley 80 para el uso de potestades exorbitantes, de manera que solo se puede utilizar esta atribución en los contratos en que es posible su pacto o en los que se entiende pactada por mandato directo de la ley, como se indicó anteriormente. En tercer lugar, de acuerdo con la postura decantada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, por ejemplo, la citada anteriormente, se añade el requisito de que solo es posible declarar la caducidad del contrato mientras el plazo de ejecución no haya expirado.

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Multas – Cláusula penal – Imposición unilateral**

El último grupo de potestades excepcionales –imposición unilateral de la multa o la cláusula penal–, por el contrario, cuentan con una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato. No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus modificaciones, en adelante EGCAP–, por ministerio de la ley –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, se entienden investidas de la prerrogativa de imposición unilateral. Se reitera que la exorbitancia de las dos cláusulas transcritas –cláusula penal y multas– se refiere a su imposición unilateral; no a su pacto, que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

**CLÁUSULAS PENALES Y MULTAS – Imposición unilateral – Proporcionalidad – Régimen jurídico – Derecho privado**

[…] Frente a la *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas, en relación con la graduación de las sanciones en los procedimientos administrativos sancionatorios contractuales, cabe destacar el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 –en adelante, también, CPACA–, norma que contiene «criterios de graduación de las sanciones». Sin embargo, se debe precisar que solo se puede acudir a los criterios allí establecidos «cuando resultaren aplicables», lo cual, a nuestro juicio, deriva en la inaplicación de dichos criterios en estos procedimientos contractuales, porque se debe acudir a los criterios establecidos en las disposiciones civiles y comerciales, por disposición de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Lo que, a su vez, se sustenta en el parágrafo del artículo 47 del CPACA que establece, en relación con el procedimiento administrativo sancionatorio general, que: «Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia». De modo que en relación con este aspecto concreto, al existir regulación especial en otras leyes, se deben aplicar dichos criterios de proporcionalidad.

En efecto, en el procedimiento sancionatorio contractual las entidades estatales deben actuar de acuerdo con el principio de proporcionalidad para «graduar las sanciones». En tal sentido, primero se deben atender las circunstancias de cada caso en particular y revisar cuidadosamente la forma como se pactaron las penalidades asociadas al incumplimiento en el contrato. Sin perjuicio de lo anterior, también se deben tener en cuenta las normas de derecho privado a las que remite la Ley 80 de 1993 –art. 32, 40 y 13, particularmente– y que complementan dicho estatuto contractual; de manera que, en relación con el principio de proporcionalidad y la graduación de las sanciones, resulta especialmente relevante destacar los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, los cuales contienen los parámetros para tasar el monto de las *penas* a imponer pactadas en el contrato; disposiciones que deben ser observadas por las entidades estatales en los procedimientos sancionatorios, so pena de que, en caso de demandarse su nulidad, el juez declare la nulidad parcial de los actos administrativos que aplican dichas cláusulas contractuales.

**CLÁUSULAS PENALES Y MULTAS – Oportunidad**

el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 no condicionó la imposición de las multas y la cláusula penal al plazo del contrato, y por el contrario, de manera expresa indicó que estas proceden «[…] mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista […]», la Administración podrá imponer las multas y hacer efectiva la cláusula penal inclusive después de su plazo de ejecución, siempre que la obligación esté pendiente de cumplir. De esta manera, la entidad podrá hacer uso de estas facultades para procurar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

**CLÁUSULAS PENALES Y MULTAS – Requisitos – Procedencia**

Respecto a la *imposición unilateral* de las multas y la cláusula penal, como se indicó: i) debe acreditarse el incumplimiento de las obligaciones contractuales; ii) solo es posible imponerlas si se pactaron en el contrato y conforme a las causales establecidas allí; iii) se deben atender los requisitos establecidos en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, esto es, que «se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista», incluso aunque haya vencido el plazo de ejecución; iv) en su aplicación debe observarse lo prescrito en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio y demás normas del derecho privado que complementan el régimen de estas penalidades; y v) su imposición debe realizarse con estricta observancia del debido proceso, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

**PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Citación a audiencia – Contenido – Ley 1474 de 2011 – Artículo 86**

Dicha citación debe cumplir mínimamente los siguientes aspectos: i) señalar los *hechos* que soportan la actuación, en particular la descripción detallada de cuáles son las actuaciones u omisiones del contratista que materializan el incumplimiento de las obligaciones; ii) adjuntar los informes de supervisión o de interventoría que soportan la actuación, donde la entidad fundamenta su decisión de iniciar el procedimiento sancionatorio; iii) acompañarse de las pruebas adicionales con que cuente la entidad y que sirven para acreditar el incumplimiento; iv) contener cuáles son las normas, cláusulas u obligaciones posiblemente violadas o incumplidas por el contratista; v) indicar cuáles consecuencias podrían generarse para el contratista, verbigracia, si se pretende imponerle alguna multa, hacerse efectiva la cláusula penal o declarar la caducidad del contrato; vi) podrán cuantificar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento –inciso primero del artículo 86–; y, finalmente, vii) debe indicarse el lugar, fecha y hora para realización de la audiencia, sin perjuicio de que esta se pueda realizar por medios electrónicos.

**CITACIÓN A AUDIENCIA – Contenido – Culpabilidad – Diligencia – Causa extraña – Prueba**

debe tenerse en cuenta que el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 remite al derecho privado para completar el régimen contractual del EGCAP, al establecer que: «Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley». En este sentido, es procedente acudir al régimen general de las obligaciones contemplado en el derecho civil, siempre que no exista una norma especial y prevalente de derecho público, de manera que, por tener relación directa con el asunto analizado, el artículo 1604 establece que la prueba de la diligencia o cuidado o del caso fortuito –causa extraña–, en principio, corresponde probarlo al que lo alega. En este sentido, la entidad en la citación no está obligada a dar cuenta de esos dos aspectos o de la culpabilidad del contratista, toda vez que, aunque los debe tener en cuenta para: i) decidir si inicia el procedimiento sancionatorio, y si finalmente, ii) luego de surtido el procedimiento, decide imponer la sanción contractual, es al contratista a quién corresponde alegarlos y soportarlos en desarrollo del procedimiento, cuando considere que con ellos puede eximirse de responsabilidad.

Bogotá D.C., **31/08/2020 Hora 16:57:15s**

**N° Radicado: 2202013000008150**

Señora

**OLGA PATRICIA VEGA CEDEÑO**

Caquetá

**Concepto C – 569 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CADUCIDAD DEL CONTRATO – Consecuencias / CADUCIDAD DEL CONTRATO – Presupuestos – Requisitos / CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Multas – Cláusula penal – Imposición unilateral / CLÁUSULAS PENALES Y MULTAS – Imposición unilateral – Proporcionalidad – Régimen jurídico – Derecho privado / CLÁUSULAS PENALES Y MULTAS – Oportunidad / CLÁUSULAS PENALES Y MULTAS – Requisitos – Procedencia / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Citación a audiencia – Contenido – Ley 1474 de 2011 – Artículo 86 / CITACIÓN A AUDIENCIA – Contenido – Culpabilidad – Diligencia – Causa extraña – Prueba |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4202013000007275 |

Estimada señora Vega,

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 21 de agosto de 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

**1. Problema planteado**

Usted formula los siguientes interrogantes relacionados con el procedimiento administrativo sancionatorio contractual, establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011: «1. ¿Las entidades públicas en el escrito de citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, debe (sic) dedicar un acápite sobre el grado de culpabilidad del contratista en cuanto a los incumplimientos endilgados, es decir, debe calificar la conducta atribuida al contratista a título de dolo o culpa?». «2. ¿Cuál debe ser la estructura integral del escrito de citación a audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, conforme a nuestro ordenamiento jurídico colombiano?». «3. ¿Qué acápites adicionales a los contemplados en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 debe contener el escrito de citación a fin de garantizar el debido proceso que le asiste al contratista convocado?». «4. ¿Cuáles son los presupuestos para que una entidad pública pueda imponer a un contratista una multa, cláusula penal pecuniaria y/o declarar la caducidad de un contrato?».

**2. Consideraciones**

Para responder las preguntas planteadas, se estudiará, en primer lugar, el régimen sancionatorio en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, donde se profundizará en la caducidad del contrato y la imposición unilateral de multas y la cláusula penal; en segundo lugar, se desarrollará el procedimiento administrativo sancionatorio contractual establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, profundizando en el contenido de la citación a audiencia.

En los conceptos del 16 de octubre de 2019 –rad. 2201913000007661–, del 5 de diciembre de 2019 −rad. 2201913000008964−, en el C-219 del 29 de abril de 2020 y en el C-434 del 29 de julio de 2020 la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció en relación con el régimen sancionatorio en materia contractual como herramienta para la dirección general del negocio y la realización de las actividades propias de vigilancia y control. En dichos conceptos también se trataron algunos aspectos relacionados con el procedimiento administrativo sancionatorio contractual, por lo que se reiterarán algunas de dichas consideraciones y se realizarán otras para responder las preguntas de la peticionaria.

**2.1. Régimen sancionatorio en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**

Durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales generalmente cuentan con distintas potestades exorbitantes o excepcionales con base en las cuales ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de vigilancia y control, entre otras están: i) las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, donde se encuentran la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión, las cuales se desarrollan en los artículos 15 a 19 *ibidem*; ii) en otras disposiciones también se encuentran establecidas otras potestades exorbitantes, como la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro; y iii) las cláusulas excepcionales de *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas; aclarando que su exorbitancia se refiere a su imposición unilateral; no a su pacto, que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

Las primeras, esto es, las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, son denominadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado y por la doctrina como estipulaciones virtuales en los contratos de concesión, obra, prestación de servicios públicos y aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, pues en ellos, sin importar si se incorporaron o no dentro del instrumento negocial, se entienden incluidas por el ministerio de la ley, como lo dispone el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

En relación con dichas cláusulas, al analizarse el régimen sancionatorio contractual, procede destacar la cláusula excepcional de caducidad, pues es la sanción más severa que existe en la contratación estatal, y se impone al contratista cuando incurre en un incumplimiento de sus obligaciones, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. Su propósito consiste en sancionar al contratista y, a su vez, permitirle a la entidad continuar con la ejecución por otros medios, señalados en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. En cuanto a la oportunidad para su imposición, el Consejo de Estado precisó:

(…) al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico –que aquí claramente coinciden–, constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que “la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista…” y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado[[1]](#footnote-1).

Las consecuencias jurídicas que se generan con la caducidad son: i) terminación del contrato; ii) iniciación del trámite de liquidación bilateral; iii) inhabilidad sobreviniente por cinco años; iv) efectividad de la garantía única de cumplimiento; y v) reporte al Secop, Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio donde el contratista esté inscrito con el propósito de incluir la anotación en el Registro Único de Proponentes.

Los presupuestos para declarar la caducidad están establecidos en los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993. En primer lugar, el artículo 18 establece los siguientes requisitos para su procedencia: i) debe acreditarse el *incumplimiento* de alguna o algunas de las obligaciones del contratista, con todos los elementos que configuran el «incumplimiento». ii) dicho incumplimiento debe afectar de manera *grave* y *directa* la ejecución del contrato; y iii) además, debe evidenciar la posibilidad de conducir a la paralización de la ejecución del contrato. En segundo lugar, se deben acreditar requisitos genéricos establecidos en el artículo 14 de la Ley 80 para el uso de potestades exorbitantes, de manera que solo se puede utilizar esta atribución en los contratos en que es posible su pacto o en los que se entiende pactada por mandato directo de la ley, como se indicó anteriormente. En tercer lugar, de acuerdo con la postura decantada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, por ejemplo, la citada anteriormente, se añade el requisito de que solo es posible declarar la caducidad del contrato mientras el plazo de ejecución no haya expirado.

El último grupo de potestades excepcionales –imposición unilateral de la multa o la cláusula penal–, por el contrario, cuentan con una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato[[2]](#footnote-2). No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus modificaciones, en adelante EGCAP–, por ministerio de la ley –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, se entienden investidas de la prerrogativa de imposición unilateral. Se reitera que la exorbitancia de las dos cláusulas transcritas –cláusula penal y multas– se refiere a su imposición unilateral; no a su pacto, que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

En efecto, tratándose de las multas, en cumplimiento del principio de tipicidad, las partes deben determinar pormenorizadamente las acciones u omisiones objeto de sanción y el monto de la sanción a imponer, el cual, en todo caso, debe atender los criterios de proporcionalidad y razonabilidad. En esa línea se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la Sentencia del 15 de noviembre de 2011, expediente 20.916, con ponencia de Olga Mélida Valle de De La Hoz:

De otro lado, según se ha expuesto, otras sanciones contractuales, como la multa y la cláusula penal, mantienen la libertad de pacto, es decir, que la ley no determina las conductas que las originan, y las partes pueden hacerlo con gran libertad -pero tampoco arbitrariamente-. Pese a este relajamiento del principio de legalidad fuerte, en todo caso se conserva el principio de tipicidad, según el cual las partes del negocio deben describir la conducta prohibida en la cláusula contractual. Además, también se mantiene el principio que impone que la conducta reprochable se establezca de manera previa a su realización –lex previa–, para evitar la arbitrariedad y el abuso de poder.

De igual forma, en la sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 16.367 y ponencia de Enrique Gil Botero, la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó que «el núcleo mínimo de este derecho exige que una norma –legal o contractual– contemple la falta y la sanción. Si ni siquiera lo hace el contrato, la administración no puede imponer sanciones, so pena de violar el debido proceso». Así mismo, frente al tema *sub examine,* el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 13 de noviembre de 2008[[3]](#footnote-3), indicó *in extenso* lo siguiente:

La otra, la débil, donde se enmarcan la mayoría de las sanciones contractuales, hace relación a que lo determinante no es que una Ley sea quien contemple las faltas y las sanciones, sino que sea una norma –por ejemplo, un reglamento- quien en forma previa y clara las estipule. A este grupo pertenecen buena parte de las sanciones administrativas, como las educativas, las cuales no están consagradas en una ley expedida por el legislador o por el ejecutivo al amparo de facultades extraordinarias, sino en simples reglamentos administrativos internos.

Algunas de las sanciones contractuales podrían enmarcarse en esta clasificación, pues es claro que la ley –bien la que expide el Congreso o bien los decretos con fuerza de ley– no las contempla de manera directa –salvo excepciones–. Tal es el caso de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, que están autorizadas por la ley, pero no previstas en ella, sino en cada contrato, en caso de que las partes las pacten.

Obsérvese cómo el «principio de legalidad» –es decir, la predeterminación de las conductas en la Ley–, en materia contractual se reduce a la simple «tipicidad» de la conducta –es decir, a la descripción y especificación normativa del comportamiento prohibido–, pues lo determinante no es que la Ley contemple la falta y la sanción, sino que estén previamente definidas en cualquier norma, sin que importe que sea o no una ley quien lo haga.

Por tanto, en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes –no la ley; pero autorizadas por ella– quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de ius puniendi sui generis al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad.

De otro lado, la Corte Constitucional[[4]](#footnote-4) precisó que la tipicidad hacía referencia a «la exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras».

Por su parte, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, además de autorizar la imposición unilateral de multas, también precisa que la declaración de incumplimiento tiene como propósito «hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato».

En este punto, conviene resaltar lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado[[5]](#footnote-5), en relación con las diferencias entre las multas y la cláusula penal, esto es: «[a]unque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común –en lo sustancial–, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato».

Frente a la *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas, en relación con la graduación de las sanciones en los procedimientos administrativos sancionatorios contractuales, cabe destacar el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 –en adelante, también, CPACA–, norma que contiene «criterios de graduación de las sanciones». Sin embargo, se debe precisar que solo se puede acudir a los criterios allí establecidos «cuando resultaren aplicables», lo cual, a nuestro juicio, deriva en la inaplicación de dichos criterios en estos procedimientos contractuales, porque se debe acudir a los criterios establecidos en las disposiciones civiles y comerciales, por disposición de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Lo que, a su vez, se sustenta en el parágrafo del artículo 47 del CPACA que establece, en relación con el procedimiento administrativo sancionatorio general, que: «Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia». De modo que en relación con este aspecto concreto, al existir regulación especial en otras leyes, se deben aplicar dichos criterios de proporcionalidad[[6]](#footnote-6).

En efecto, en el procedimiento sancionatorio contractual las entidades estatales deben actuar de acuerdo con el principio de proporcionalidad para «graduar las sanciones». En tal sentido, primero se deben atender las circunstancias de cada caso en particular y revisar cuidadosamente la forma como se pactaron las penalidades asociadas al incumplimiento en el contrato. Sin perjuicio de lo anterior, también se deben tener en cuenta las normas de derecho privado a las que remite la Ley 80 de 1993 –art. 32, 40 y 13, particularmente[[7]](#footnote-7)– y que complementan dicho estatuto contractual; de manera que, en relación con el principio de proporcionalidad y la graduación de las sanciones, resulta especialmente relevante destacar los artículos 1596 del Código Civil[[8]](#footnote-8) y 867 del Código de Comercio[[9]](#footnote-9), los cuales contienen los parámetros para tasar el monto de las *penas* a imponer pactadas en el contrato; disposiciones que deben ser observadas por las entidades estatales en los procedimientos sancionatorios, so pena de que, en caso de demandarse su nulidad, el juez declare la nulidad parcial de los actos administrativos que aplican dichas cláusulas contractuales. Así lo ha señalado la jurisdicción de lo contencioso administrativo:

Conforme a lo anterior, se debe tener presente que el decreto-ley 222 de 1983 -al igual que hoy acontece con la Ley 1.150 de 2007-, facultaron a las entidades públicas para que -previo pacto- impusieran y ejecutaran la cláusula penal pecuniaria frente a sus contratistas -al verificar un incumplimiento contractual-. Pero es necesario considerar, igualmente, que la normatividad -arts. 1596 del CC y 867 Co de Co.-, la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, han dispuesto y analizado la posibilidad de graduar -disminuyendo y aumentando- dicha cláusula.

De allí que, si el contratista afectado con la imposición de la cláusula penal considera que el monto establecido por tal concepto es excesivo, injusto o desproporcionado, puede acudir al juez para que revise la decisión administrativa[[10]](#footnote-10).

En tal sentido, las disposiciones anteriores constituyen los parámetros que deben observar las entidades estatales al imponer unilateralmente una multa o al ejercer unilateralmente la cláusula penal, pues las normas citadas aplican a ambos supuestos. Ahora bien, la regla general es que las partes estipulen lo relacionado con la tipificación de la multa y la cláusula penal pecuniaria, incluido lo referente a sus montos, claro está, sin exceder los límites legales y sin incurrir en abuso del derecho. Además, en su pacto y aplicación se deben observar las normas del derecho privado estudiadas previamente.

En relación con el ámbito temporal para la imposición de las multas y la cláusula penal, a diferencia de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 determinó de manera expresa que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública pueden imponer las multas pactadas en el contrato, así como declarar su incumplimiento con la finalidad de hacer efectiva la cláusula penal, siempre que se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. En lo pertinente, el artículo 17 prescribe lo siguiente:

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. (Énfasis fuera de texto).

Lo anterior quiere decir que la entidad puede imponer la multa o hacer efectiva la cláusula penal en cualquier momento, mientras esté pendiente la ejecución de las obligaciones del contratista, lo que concluyó el debate frente al límite temporal para hacerlo. De hecho, no condicionó la aplicación de estas sanciones al plazo de ejecución del contrato, y esto tiene sentido si se armoniza con la finalidad de la multa o de la cláusula penal y los fines de la contratación estatal. En primer lugar, existen obligaciones cuyo cumplimiento solo puede ser verificado después del plazo de ejecución y en caso de no cumplir en las condiciones acordadas la entidad tiene la facultad para conminar al contratista incumplido. En segundo lugar, si vencido el plazo de ejecución el contratista no cumple, la obligación no se extingue, pues de acuerdo con el Código Civil el vencimiento del plazo contractual no es un modo de extinguir las obligaciones[[11]](#footnote-11), salvo pacto en ese sentido, por lo que la obligación continuará pendiente y el contratista estará en mora de cumplir por no haberlo hecho en el plazo acordado[[12]](#footnote-12). Esto indica que lo que terminó fue el plazo de ejecución, pero la obligación todavía está pendiente de cumplimiento y el contratista podría hacerlo tardíamente con las consecuencias que esto conlleva[[13]](#footnote-13). No obstante, la entidad determina si, inclusive, con el cumplimiento tardío aún se satisface el interés público.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 no condicionó la imposición de las multas y la cláusula penal al plazo del contrato, y por el contrario, de manera expresa indicó que estas proceden «[…] mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista […]», la Administración podrá imponer las multas y hacer efectiva la cláusula penal inclusive después de su plazo de ejecución, siempre que la obligación esté pendiente de cumplir. De esta manera, la entidad podrá hacer uso de estas facultades para procurar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

Estudiadas las cláusulas excepcionales de caducidad e *imposición unilateral* de multas y la cláusula penal, corresponde estudiar algunos aspectos del procedimiento administrativo sancionatorio contractual establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con la finalidad de resolver los cuestionamientos de la peticionaria.

**2.2. Procedimiento administrativo sancionatorio contractual. Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011**

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las reglas de procedimiento, mediante las cuales se materializan los derechos y garantías derivadas del debido proceso, para su aplicación concreta en materia sancionatoria contractual. De conformidad con esta disposición, las «entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento […]. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento».

Cabe destacar que esta norma no cualifica o se circunscribe a ciertos tipos de incumplimientos. En consecuencia, la declaratoria de cualquier incumplimiento, sea total o parcial, o independiente de su gravedad, debe hacerse con plena observancia de las reglas procedimentales establecidas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Esto es así como consecuencia del «principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete»[[14]](#footnote-14). A la misma conclusión se llega si se tiene en consideración la necesidad de respetar el debido proceso en «todas las actuaciones administrativas» como lo ordena el artículo 29 superior.

De conformidad con lo anterior, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las etapas del procedimiento que se deben seguir, las cuales se sintetizan, de forma esquemática, así: i) c*itación a audiencia*. Es necesario remitir una citación a audiencia al contratista y al garante –cuando proceda–, cuyo contenido de señalará más adelante. ii) *Audiencia*. En la diligencia intervendrá el jefe de la entidad o su delegado y, posteriormente, se le concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente y al garante, en caso de ser necesario, para que estos presenten sus descargos, aporten y controviertan pruebas y rindan las explicaciones del caso; y iii) *Decisión*. Debe estar contenida en resolución motivada donde se consigne, por un lado, lo ocurrido en el desarrollo de la diligencia y, por el otro, lo relativo a la imposición o no de multas y sanciones o la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal. Contra la decisión únicamente procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma diligencia. Ambas decisiones se entenderán notificadas en audiencia. Lo anterior, por supuesto, sin perjuicio del control judicial que llegue a efectuarse.

Como precisión previa, vale la pena aclarar que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[15]](#footnote-15). De ahí que las entidades de *régimen especial[[16]](#footnote-16)* en materia contractual no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al no ser entidades sometidas al EGCAP, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este[[17]](#footnote-17). La norma indicada desarrolla el procedimiento de la siguiente manera:

Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

Teniendo en cuenta que los cuestionamientos de la peticionaria se refieren al contenido de la citación a la audiencia, se profundizará en su contenido, por lo que se desarrollará el literal a) de la norma citada. Dicha citación debe cumplir mínimamente los siguientes aspectos: i) señalar los *hechos* que soportan la actuación, en particular la descripción detallada de cuáles son las actuaciones u omisiones del contratista que materializan el incumplimiento de las obligaciones; ii) adjuntar los informes de supervisión o de interventoría que soportan la actuación, donde la entidad fundamenta su decisión de iniciar el procedimiento sancionatorio; iii) acompañarse de las pruebas adicionales con que cuente la entidad y que sirven para acreditar el incumplimiento; iv) contener cuáles son las normas, cláusulas u obligaciones posiblemente violadas o incumplidas por el contratista; v) indicar cuáles consecuencias podrían generarse para el contratista, verbigracia, si se pretende imponerle alguna multa, hacerse efectiva la cláusula penal o declarar la caducidad del contrato; vi) podrán cuantificar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento –inciso primero del artículo 86–; y, finalmente, vii) debe indicarse el lugar, fecha y hora para realización de la audiencia, sin perjuicio de que esta se pueda realizar por medios electrónicos[[18]](#footnote-18).

Además de lo anterior, pese a que la norma no establece un término mínimo previo entre el momento de la citación y la celebración de la audiencia, con la finalidad de respetar los principios de la función administrativa y el debido proceso, la citación debe otorgar un término razonable y suficiente para que el contratista y la aseguradora se preparen para ella y logren ejercer materialmente su derecho de defensa. En todo caso, la razonabilidad de dicho término dependerá de cada procedimiento y de la complejidad del material probatorio, en todo caso, como lo expresa la doctrina, el término debe ser razonable y suficiente[[19]](#footnote-19).

Sin perjuicio de lo anterior, y por la importancia de los planteamientos de la peticionaria, la entidad debe analizar previo a la remisión del escrito de citación si efectivamente hay lugar a iniciar el procedimiento sancionatorio dirigido a imponer alguna sanción al contratista, de manera que, cuando claramente advierte que frente a la inejecución o ejecución defectuosa del contrato se presenta un eximente de responsabilidad, como el caso fortuito, la fuerza mayor o que el hecho no es imputable al contratista, por ser atribuible a un tercero, en esos supuestos se podrá abstener de iniciar el procedimiento; sin perjuicio de que las circunstancias anteriores sean alegadas por el contratista en el desarrollo de la actuación.

Es decir, la entidad previo a remitir la citación deben decidir el mérito y oportunidad de comenzar con el procedimiento administrativo sancionatorio, para la cual debe reflexionar si el daño que se le causó con la ejecución defectuosa o la inejecución del contrato sí es atribuible al contratista y si no se presenta algún eximente de responsabilidad; no obstante, no es necesario u obligatorio que dé cuenta de estos aspectos en la citación a la audiencia, ya que si opta por iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio se debe a que efectivamente considera que es procedente la sanción y no le es evidente, *prima facie,* la configuración de algún eximente de responsabilidad; pues éstos, al igual que la carga de diligencia para eventualmente eximirse de responsabilidad, corresponde probarlos y alegarlos al contratista.

En efecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 remite al derecho privado para completar el régimen contractual del EGCAP, al establecer que: «Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley». En este sentido, es procedente acudir al régimen general de las obligaciones contemplado en el derecho civil, siempre que no exista una norma especial y prevalente de derecho público, de manera que, por tener relación directa con el asunto analizado, el artículo 1604 establece lo siguiente frente a la responsabilidad del deudor:

Artículo 1604. Responsabilidad del deudor. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega*.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

De la disposición anterior se destaca el inciso tercero, que establece que la prueba de la diligencia o cuidado o del caso fortuito –causa extraña–, en principio, corresponde probarlo al que lo alega[[20]](#footnote-20). En este sentido, la entidad en la citación no está obligada a dar cuenta de esos dos aspectos, toda vez que, aunque los debe tener en cuenta para: i) decidir si inicia el procedimiento sancionatorio, y si finalmente, ii) luego de surtido el procedimiento, decide imponer la sanción contractual, es al contratista a quién corresponde alegarlos y soportarlos en desarrollo del procedimiento, cuando considere que con ellos puede eximirse de responsabilidad.

**3.** **Respuesta**

Con fundamento en las consideraciones anteriores, se responderán las preguntas planteadas por la peticionaria, respondiendo de forma conjunta las 3 primeras preguntas por estar relacionadas todas ellas con el contenido de la citación a audiencia:

«1. ¿Las entidades públicas en el escrito de citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, debe (sic) dedicar un acápite sobre el grado de culpabilidad del contratista en cuanto a los incumplimientos endilgados, es decir, debe calificar la conducta atribuida al contratista a título de dolo o culpa?».

«2. ¿Cuál debe ser la estructura integral del escrito de citación a audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, conforme a nuestro ordenamiento jurídico colombiano?».

«3. ¿Qué acápites adicionales a los contemplados en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 debe contener el escrito de citación a fin de garantizar el debido proceso que le asiste al contratista convocado?».

La citación a audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, debe contener los elementos citados en dicha disposición, en este sentido, debe cumplir mínimamente los siguientes aspectos: i) señalar los *hechos* que soportan la actuación, en particular la descripción detallada de cuáles son las actuaciones u omisiones del contratista que materializan el incumplimiento de las obligaciones; ii) adjuntar los informes de supervisión o de interventoría que soportan la actuación, donde la entidad fundamenta su decisión de iniciar el procedimiento sancionatorio; iii) acompañarse de las pruebas adicionales con que cuente la entidad y que sirven para acreditar el incumplimiento; iv) contener cuáles son las normas, cláusulas u obligaciones posiblemente violadas o incumplidas por el contratista; v) indicar cuáles consecuencias podrían generarse para el contratista, verbigracia, si se pretende imponerle alguna multa, hacerse efectiva la cláusula penal o declarar la caducidad del contrato; vi) podrán cuantificar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento –inciso primero del artículo 86–; y, finalmente, vii) debe indicarse el lugar, fecha y hora para realización de la audiencia, sin perjuicio de que esta se pueda realizar por medios electrónicos

Sin perjuicio de lo anterior, la entidad debe analizar previo a la remisión del escrito de citación si efectivamente hay lugar a iniciar el procedimiento sancionatorio dirigido a imponer alguna sanción al contratista, de manera que, cuando claramente advierte que frente a la inejecución o ejecución defectuosa del contrato se presenta un eximente de responsabilidad, como el caso fortuito, la fuerza mayor o que el hecho no es imputable al contratista, por ser atribuible a un tercero, en esos supuestos se podrá abstener de iniciar el procedimiento; sin perjuicio de que las circunstancias anteriores sean alegadas por el contratista en el desarrollo de la actuación.

Es decir, la entidad previo a remitir la citación deben decidir el mérito y oportunidad de comenzar con el procedimiento administrativo sancionatorio, para la cual debe reflexionar si el daño que se le causó con la ejecución defectuosa o la inejecución del contrato sí es atribuible al contratista y si no se presenta algún eximente de responsabilidad; no obstante, no es necesario u obligatorio que dé cuenta de estos aspectos en la citación a la audiencia, ya que si opta por iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio se debe a que efectivamente considera que es procedente la sanción y no le es evidente, *prima facie,* la configuración de algún eximente de responsabilidad; pues éstos, al igual que la carga de diligencia para eventualmente eximirse de responsabilidad, corresponde probarlos y alegarlos al contratista.

En efecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 remite al derecho privado para completar el régimen contractual del EGCAP, al establecer que: «Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley». En este sentido, es procedente acudir al régimen general de las obligaciones contemplado en el derecho civil, siempre que no exista una norma especial y prevalente de derecho público, de manera que, por tener relación directa con el asunto analizado, el artículo 1604 establece que la prueba de la diligencia o cuidado o del caso fortuito –causa extraña–, en principio, corresponde probarlo al que lo alega[[21]](#footnote-21). En este sentido, la entidad en la citación no está obligada a dar cuenta de esos dos aspectos o de la culpabilidad del contratista, toda vez que, aunque los debe tener en cuenta para: i) decidir si inicia el procedimiento sancionatorio, y si finalmente, ii) luego de surtido el procedimiento, decide imponer la sanción contractual, es al contratista a quién corresponde alegarlos y soportarlos en desarrollo del procedimiento, cuando considere que con ellos puede eximirse de responsabilidad.

«4. ¿Cuáles son los presupuestos para que una entidad pública pueda imponer a un contratista una multa, cláusula penal pecuniaria y/o declarar la caducidad de un contrato?».

El presupuesto común a todos los supuestos consiste en el incumplimiento de las obligaciones contractuales. Respecto a la caducidad, como se señaló anteriormente, sus requisitos están establecidos en los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993. En primer lugar, el artículo 18 establece los siguientes: i) debe acreditarse el incumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones del contratista, con todos los elementos que configuran el «incumplimiento». ii) dicho incumplimiento debe afectar de manera grave y directa la ejecución del contrato; y iii) además, debe evidenciar la posibilidad de conducir a la paralización de la ejecución del contrato. En segundo lugar, se deben acreditar los requisitos genéricos establecidos en el artículo 14 de la Ley 80 para el uso de potestades exorbitantes, de manera que solo se puede utilizar esta atribución en los contratos en que es posible su pacto o en los que se entiende pactada por mandato directo de la ley, como se indicó anteriormente. En tercer lugar, de acuerdo con la postura decantada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, solo es posible declarar la caducidad del contrato mientras el plazo de ejecución no haya expirado. Finalmente, la imposición de la caducidad debe realizarse con estricta observancia del debido proceso, y aplicando el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Respecto a la *imposición unilateral* de las multas y la cláusula penal, como se indicó: i) debe acreditarse el incumplimiento de las obligaciones contractuales; ii) solo es posible imponerlas si se pactaron en el contrato y conforme a las causales establecidas allí; iii) se deben atender los requisitos establecidos en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, esto es, que «se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista», incluso aunque haya vencido el plazo de ejecución; iv) en su aplicación debe observarse lo prescrito en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio y demás normas del derecho privado que complementan el régimen de estas penalidades; y v) su imposición debe realizarse con estricta observancia del debido proceso, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sebastián Ramírez Grisales  Contratista – Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |

1. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 12 de julio de 2012. Exp. 15.024. C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-1)
2. Motivo por el cual son típicas cláusulas accidentales dentro de los contratos estatales, en los términos del artículo 1501 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-2)
3. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Exp. 17.009. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional. Sentencia C-827 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis. [↑](#footnote-ref-4)
5. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Exp. 17.009. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-5)
6. Esta misma interpretación se expuso en el concepto C-211 del 21 de abril de 2020 y conforme a las líneas anteriores se deben entender las consideraciones realizadas en dicho concepto. [↑](#footnote-ref-6)
7. El inciso primero del último artículo establece: «Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo [2](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#2)o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley». [↑](#footnote-ref-7)
8. «Artículo 1596. Rebaja de pena por cumplimiento parcial. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal». [↑](#footnote-ref-8)
9. «Artículo 867. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

   »Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

   »*Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte*» (Cursiva fuera del original). [↑](#footnote-ref-9)
10. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Exp. 17.009. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-10)
11. El artículo 1625 del Código Civil dispone las formas de extinción de las obligaciones en los siguientes términos: «Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

    »Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

    »1o.) Por la solución o pago efectivo.

    »2o.) Por la novación.

    »3o.) Por la transacción.

    »4o.) Por la remisión.

    »5o.) Por la compensación.

    »6o.) Por la confusión.

    »7o.) Por la pérdida de la cosa que se debe.

    »8o.) Por la declaración de nulidad o por la rescisión.

    »9o.) Por el evento de la condición resolutoria.

    »10.) Por la prescripción

    »De la transacción y la prescripción se tratará al fin de este libro; de la condición resolutoria se ha tratado en el título De las obligaciones condicionales». [↑](#footnote-ref-11)
12. Al respecto, el artículo 1608 del Código Civil dispone que «El deudor está en mora:

    »1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

    »2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

    »3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor». [↑](#footnote-ref-12)
13. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 13 de septiembre de 1999. Rad. 10.264. C.P. Ricardo Hoyos Duque. No en vano, explica lo siguiente: «[…] cuando el contratista de la administración no cumple dentro del plazo establecido en el contrato, es precisamente el vencimiento del plazo el que pone en evidencia su incumplimiento y es este el momento en el que la administración debe calificar la responsabilidad que le incumbe al contratista, de manera que si lo fue por motivos únicamente imputables a él que no encuentran justificación, debe sancionar su incumplimiento». [↑](#footnote-ref-13)
14. Corte Constitucional. Sentencia C-317 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-14)
15. Así se desprende del primer inciso de aquel artículo, que dice: «Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento […]». [↑](#footnote-ref-15)
16. Se entiende por entidades de *régimen especial* aquellas que tienen un régimen contractual distinto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y que por regla general se rigen por el derecho privado. [↑](#footnote-ref-16)
17. Como se ha señalado en distintos conceptos de esta Subdirección, como el C-219 del 29 de abril de 2020, el C-280 del 6 de julio de 2020 y el C–434 del 29 de julio de 2020. [↑](#footnote-ref-17)
18. La posibilidad de realizar la audiencia por medios electrónicos cuenta con un fundamento adicional actual, en el Decreto Legislativo 537 de 2020, que establece lo siguiente: «Artículo 2. Adiciónese los siguientes incisos al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, así:

    »Procedimientos sancionatorios. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las audiencias programadas de conformidad con el procedimiento establecido en el presente artículo, se podrán realizar a través de medios electrónicos, los cuales deberán garantizar el acceso de los contratistas y de quienes hayan expedido la garantía.

    »La entidad estatal debe elegir y garantizar los medios electrónicos y de comunicación que utilizará, así como los mecanismos para el registro de la Información generada.

    »Sin perjuicio de lo anterior, el ordenador del gasto o funcionario competente podrá decretar la suspensión de términos, inclusive los iniciados con anterioridad a la vigencia de este Decreto».

    [↑](#footnote-ref-18)
19. En este sentido, Suárez Tamayo expresa lo siguiente: «La citación debe hacerse con un plazo anterior a la audiencia, razonable y suficiente, de modo que el contratista y la aseguradora puedan prepararse para la misma. Dado que la norma no estipuló dicho término se considera que el mismo no debería ser inferior, como mínimo de cinco (5) días hábiles, según la complejidad del hecho que genera la citación a audiencia, plazo que es el que comúnmente utiliza la legislación colombiana para hacer por ejemplo citaciones para notificaciones, o el que se utiliza por ejemplo para citar a audiencias en procesos disciplinarios verbales (Ley 734 de 2002)». (SUÁREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria. Medellín: Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– y Librería Jurídica Sánchez, 2014. p. 165). [↑](#footnote-ref-19)
20. «Y, ¿por qué le impone esta carga la ley al deudor? Porque nadie más que el deudor sabe el motivo por el cual incumplió su obligación. Si no entrega la cosa que se debía porque se enfermó, porque hubo una congestión en el tráfico vehicular, porque tuvo un accidente, etc., es él quien conoce el motivo, no el acreedor. La ley, aplicando la experiencia de la vida, le exige que explique el motivo, que pruebe que actuó diligentemente, o cuáles fueron los hechos extraños que le impidieron cumplir con su obligación». (VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío. Estudio sobre obligaciones. Bogotá: Temis, 2010. p.712). [↑](#footnote-ref-20)
21. «Y, ¿por qué le impone esta carga la ley al deudor? Porque nadie más que el deudor sabe el motivo por el cual incumplió su obligación. Si no entrega la cosa que se debía porque se enfermó, porque hubo una congestión en el tráfico vehicular, porque tuvo un accidente, etc., es él quien conoce el motivo, no el acreedor. La ley, aplicando la experiencia de la vida, le exige que explique el motivo, que pruebe que actuó diligentemente, o cuáles fueron los hechos extraños que le impidieron cumplir con su obligación». (VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío. Estudio sobre obligaciones. Bogotá: Temis, 2010. p.712). [↑](#footnote-ref-21)