**CCE-DES-FM-17**

**ACTUACIONES CONTRACTUALES – Debido proceso administrativo**

[…] tanto en materia sancionatoria como no sancionatoria, las garantías del debido proceso aplican por expreso mandato constitucional a toda actuación administrativa. Sin embargo, estas deben interpretarse atendiendo a los principios que caracterizan cada escenario, teniendo en cuenta las diferencias entre los procesos judiciales y los procedimientos administrativos. De acuerdo con estas consideraciones la Corte resalta la importancia de aplicar en todos los casos los principios y garantías derivados del debido proceso, pero armonizando los mandatos del artículo 29 superior con los principios del artículo 209 constitucional, de manera que no se pierda de vista que «mediante el procedimiento administrativo se logra el cumplimiento de la función administrativa […]».

**POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO – Caducidad – Fundamento constitucional**

[…] las decisiones mediante las cuales se decreta la caducidad o se imponen unilateralmente las multas y la cláusula penal pecuniaria también están limitadas por el ejercicio oportuno del *ius puniendi*, pues es una condición para la válidez de estos actos administrativos. Este asunto es de especial relevancia para efectos del tema objeto de consulta, ya que si bien el artículo 3.1, inciso segundo, de la Ley 1437 de 2011 dispone que «En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de *no reformatio in pejus* y *non bis in idem*», la Constitución Política prohíbe la existencia de penas y medidas de seguridad imprescriptibles y también consagra el derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas –art. 28, inciso final, y artículo 29, inciso tercero, respectivamente–.

**PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Procedimiento administrativo general – Caducidad – Aplicación subsidiaria**

La existencia de procedimientos especiales no es una negación absoluta de la posibilidad de llenar las lagunas con la remisión a las normas generales sobre la materia. Esto es precisamente lo que consagra el inciso primero del artículo 47 del CPACA cuando dispone que «Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. *Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes*» (Énfasis fuera de texto). En otras palabras, la aplicación de la caducidad de la potestad sancionadora del artículo 52 del CPACA en los procedimientos contractuales del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se fundamenta tanto en el artículo 77, inciso primero, de la Ley 80 de 1993 como en el artículo 47, inciso primero, de la Ley 1437 de 2011.

Esto significa que las entidades contratantes tienen la obligación de adelantar el procedimiento administrativo sancionador de forma expedita. De hecho, el literal a) del artículo 86 del Estatuto Anticorrupción dispone que «Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido […]», la cual «[…] podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales […]». Estas reglas marcan el inicio del plazo de caducidad de la potestad sancionadora del Estado, el cual comieza con el presunto incumplimiento contractual en cualquiera de las tres (3) modalidades consagradas en el artículo 1613 del Código Civil. En cada una de estas situaciones, dependiendo de las particularidades del caso concreto, la entidad determinará si el incumplimiento tiene naturaleza continuada o no, citando la audiencia a la mayor brevedad con el fin de expedir y notificar la decisión en el plazo perentorio e imporrogable del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011.

Bogotá D.C., **04/11/2020 Hora 19:53:21s**

**N° Radicado: 2202013000010963**

Señora

**María** **González**

Bogotá D.C.

 **Concepto C – 641 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | ACTUACIONES CONTRACTUALES – Debido proceso administrativo / POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO – Caducidad – Fundamento constitucional / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Procedimiento administrativo general – Caducidad – Aplicación subsidiaria  |
| **Radicación:**  | Respuesta a la consulta 4202013000008238 |

Estimada señora González:

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la consulta realizada el 22 de septiembre de 2020.

1. **Problemas planteados**

Respecto al procedimiento administrativo sancionador del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, usted realiza las siguientes preguntas: i) «¿Cuál es el plazo que tiene la Entidad para dar inicio al proceso de incumplimiento contractual?», ii) «¿Tiene una entidad pública un plazo o término máximo para finalizar el procedimiento mediante el cual se tramita un incumplimiento contractual?», iii) «¿La duración del proceso de incumplimiento se debe contabilizar desde la remisión del informe por parte del supervisor, el envío de la citación o desde el momento en que se instaura la audiencia?», iv) «En el evento que una audiencia de incumplimiento contractual, de que trata el artículo 86 Ley 1474 de 2011, se extienda por más de un (1) año, teniendo en cuenta (i) la inasistencia de las partes, (ii) la suspensión para la práctica de pruebas, (iii) el análisis jurídico de las mismas o (iv) la verificación y estudio del recurso presentado; ¿se genera algún incumplimiento a la normatividad que regula este procedimiento o alguna transgresión a las normas que desarrollan la contratación pública en Colombia al superar este lapso de tiempo?» y v) «Para efectos de conocer la realidad de este tipo de procesos y el término promedio de los mismos, es necesario se me suministre, de las últimas tres vigencias (2017, 2018 y 2019), una base de datos que contenga la siguiente información: fecha de inicio del proceso de incumplimiento, fecha de finalización y tipo de sanción (caducidad, multa, aplicación de la cláusula penal)».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó el alcance del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en los Conceptos 4201913000004732 del 28 de agosto, 2201913000007661 del 16 de octubre, 2201913000008964 del 5 de diciembre de 2019. El régimen sancionatorio contractual de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública también se estudió en los conceptos C-001 del 18 de marzo de 2020, C-010 del 19 de junio de 2020, C-434 del 29 de julio de 2020. En lo pertinente, la tesis desarrollada en estos conceptos se reitera a continuación.

 La Constitución Política de 1991 contempla el debido proceso como derecho fundamental, y sobre su ámbito de aplicación dispone que se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. La claridad de esta norma no deja dudas sobre la extensión de las garantías del debido proceso, lo que llevó a la Corte Constitucional a afirmar que «Una de las notas más destacadas de la Constitución Política de 1991 es la extensión de las garantías propias del debido proceso a las actuaciones administrativas»[[1]](#footnote-1). Sin embargo, esta extensión tiene algunas particularidades que también explica la Corte Constitucional en los siguientes términos:

La extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica, sin embargo, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos[[2]](#footnote-2).

En ese orden de ideas, tanto en materia sancionatoria como no sancionatoria, las garantías del debido proceso aplican por expreso mandato constitucional a toda actuación administrativa. Sin embargo, estas deben interpretarse atendiendo a los principios que caracterizan cada escenario, teniendo en cuenta las diferencias entre los procesos judiciales y los procedimientos administrativos. De acuerdo con estas consideraciones la Corte resalta la importancia de aplicar en todos los casos los principios y garantías derivados del debido proceso, pero armonizando los mandatos del artículo 29 superior con los principios del artículo 209 constitucional, de manera que no se pierda de vista que «mediante el procedimiento administrativo se logra el cumplimiento de la función administrativa […]»[[3]](#footnote-3).

 El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 es relevante respecto al desarrollo legislativo del debido proceso en la contratación estatal. El mencionado artículo prescribe que este derecho fundamental será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales[[4]](#footnote-4). Apoyándose en esta norma, así como de las garantías derivadas directamente de la Constitución y otras normas procedimentales, el Consejo de Estado ha sostenido que:

Al respecto, la jurisprudencia de la Corporación ha sido categórica en afirmar que en materia contractual también se debe respetar este derecho fundamental al debido proceso, siempre que la administración en su papel de parte contratante dentro de un negocio jurídico, pretenda ejercer su poder de autotutela declarativa mediante la expedición de actos administrativos de carácter particular y concreto, en tal forma que se garantice el pleno conocimiento del contratista sobre la actuación adelantada por la administración y su posibilidad de ejercer en debida forma el derecho de audiencia y de defensa[[5]](#footnote-5).

 Con fundamento en estas consideraciones, la máxima corporación de lo contencioso administrativo concluyó «no cabe duda alguna en relación con la aplicación del debido proceso en materia contractual y especialmente cuando se trate de decisiones sancionatorias»[[6]](#footnote-6). Estas ideas son fundamentales, pues permiten afirmar que la Administración se encuentra obligada a respetar las garantías del debido proceso en materia contractual sin importar la declaratoria a realizar o el asunto a decidir.

Para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 –en concordancia con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007– regula el procedimiento sancionatorio contractual, prescribiendo que «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 […]». La norma citada establece las etapas del procedimiento que se deben seguir, las cuales en forma esquemática pueden resumirse así:

i) *Citación a audiencia*. Es necesario mencionar expresa y detalladamente los hechos que la soportan, así como, también, adjuntar el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación, enunciar las normas o cláusulas posiblemente violadas y referir las consecuencias que podrían recaer sobre el contratista en el desarrollo de la actuación, citando a la aseguradora cuando la garantía de cumplimiento consista en una póliza. 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 podría llegar a efectuarse.

Concretamente, el procedimiento descrito en el párrafo precedente es una manifestación de la *legalidad de las formas de cada juicio* en la contratación estatal, la cual no solo se aplica en virtud del artículo 29 de la Constitución Política sino también con fundamento en el artículo 3.1, inciso primero, de la Ley 1437 de 2011. Esto último en la medida que «En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción».

Sin embargo, las decisiones mediante las cuales se decreta la caducidad o se imponen unilateralmente las multas y la cláusula penal pecuniaria también están limitadas por el ejercicio oportuno del *ius puniendi*, pues es una condición para la validez de estos actos administrativos. Este asunto es de especial relevancia para efectos del tema objeto de consulta, ya que si bien el artículo 3.1, inciso segundo, de la Ley 1437 de 2011 dispone que «En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de *no reformatio in pejus* y *non bis in idem*», la Constitución Política prohíbe la existencia de penas y medidas de seguridad imprescriptibles y también consagra el derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas –art. 28, inciso final, y artículo 29, inciso tercero, respectivamente–.

Lo anterior significa que la potestad sancionadora del Estado está sometida a un plazo estricto. Este aspecto es evidente en materia penal, donde los artículos 83 y siguientes de la Ley 599 de 2000 –en concordancia con las disposiciones de la Ley 906 de 2004– regulan la prescripción de la acción relacionada con la comisión de hechos punibles. Esto igualmente se refleja en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000 como en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, los cuales regulan la caducidad y la prescripción de la acción en materia de responsabilidad fiscal y disciplinaria, respectivamente. Finalmente, el ordenamiento también regula plazos especiales de caducidad o prescripción de la potestad sancionatoria en materia de impuestos –arts. 638 y 817 del Decreto Ley 624 de 1989–, de tránsito –arts. 159 y 161 de la Ley 679 de 2002–, de medio ambiente –art. 10 de la Ley 1333 de 2009–, de aduanas –arts. 611 y 612 del Decreto 1165 de 2019–, entre otros[[7]](#footnote-7).

De esta manera, de las normas constitucionales y legales anteriormente citadas se infiere que la potestad sancionatoria de las autoridades públicas, en cuanto manifestación del *ius puniendi* del Estado, está sometida a la regla de la caducidad, garantizando que los particulares –frente a la comisión de infracciones administrativas– no queden sujetos indefinidamente a actuaciones administrativas extemporáneas. Para Santofimio Gamboa, la regulación de la caducidad incorpora en el procedimiento administrativo un principio de seguridad jurídica, ligado a la competencia *ratione temporis*:

Bajo esa perspectiva se espera de [las autoridades] no solo el estricto cumplimiento del régimen sustancial que deban aplicar en cada una de sus manifestaciones, sino también, y de manera principal, el respeto al ámbito temporal concedido por las normas para desempeñarse válidamente. En otras palabras, el ejercicio de autoridad está acompañado del acatamiento imperativo de las reglas de competencia y de los términos estrictos concedidos para su ejercicio. De desconocerse estas premisas lógicas y elementales del actuar público se estaría incursionando en el ámbito de la ilegalidad y consecuentemente de la incompetencia[[8]](#footnote-8). (Corchetes fuera de texto)

Ahora bien, el procedimiento administrativo especial para la imposición de sanciones contractuales del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no dispone un término de caducidad de la potestad sancionadora del Estado. Esto no hace automáticamente que su ejercicio sea imprescriptible, pues los artículos 28 y 29 de la Constitución Política –conforme al artículo 85 superior– son normas de aplicación inmediata, es decir, no requieren desarrollo legislativo previo para su vigencia. Además, en la medida que el artículo 77, inciso primero, de la Ley 80 de 1993 dispone que «En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales […]», es necesario acudir a las normas del procedimiento administrativo general en ausencia de reglas especiales.

Para estos efectos, el artículo 38 del derogado Decreto Ley 01 de 1984 disponía que «Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas». Conforme a la definición de la Real Academia Española, por *caducidad* se entiende la «Extinción de una facultad o de una acción por el mero transcurso de un plazo configurado por la ley como carga para el ejercicio de aquellas», definición acorde con los principios constitucionales que fundamentan esta garantía. No obstante, si bien el CCA reguló este término, dejó el problema de determinar cuándo se interrumpía, respuesta que la jurisprudencia abordó desde tres (3) posiciones.

i) *Tesis laxa*. De acuerdo con esta posición, para interrumpir el plazo dispuesto en el artículo 38 del Decreto Ley 01 de 1984 basta expedir el acto administrativo sancionador, sin que sea necesaria la notificación o su firmeza por la resolución de los recursos interpuestos. La jurisprudencia sostuvo esta tesis sobre la base de que la notificación no es un elemento estructural de la decisión sancionatoria, razón por la que esta existe a partir del acto administrativo correspondiente, considerando que los recursos son mecanismos de protección jurídica de los administrados, los cuales suponen la imposición previa de la sanción[[9]](#footnote-9).

ii) *Tesis intermedia*. La segunda posición considera válido el ejercicio de la potestad sancionadora con la expedición y notificación del acto principal dentro del término de caducidad. Esto con independencia de la interposición de los recursos, ya que producen una decisión diferente a la inicial en la que se decide si la sanción debe ser confirmada, revocada o modificada. A diferencia de la postura anterior, la *tesis intermedia* reconoce que –si bien la notificación no influye en la existencia del acto administrativo– la publicidad es un requisito de eficacia, por lo que la sanción no puede imponerse sin el conocimiento del afectado[[10]](#footnote-10).

iii) *Tesis estricta*. Finalmente, algunas sentencias del Consejo de Estado explican que la interrupción del término de caducidad se presenta cuando la sanción se ha expedido, notificado y ejecutoriado dentro del plazo concedido por la ley[[11]](#footnote-11). Es decir, si la sanción se expide y notifica dentro del plazo de tres (3) años, pero queda ejecutoriada un mes después, la Administración pierde competencia para imponerla. De esta manera, en caso de ser interpuestos oportunamente, es necesario resolver y notificar la decisión que resuelve los recursos, especialmente, cuando tienen efectos suspensivos –art. 55 del derogado CCA–, por lo que mientras la sanción no tenga firmeza lo único que existe es el trámite del procedimiento sancionador.

Frente a la disparidad de criterios y la existencia de decisiones contradictorias, la Sala Plena del Consejo de Estado en el 2009 unificó la jurisprudencia sobre el tema, al considerar que la caducidad de la potestad sancionatoria se interrumpe con la notificación del acto administrativo que impone la sanción, optando por la argumentación correspondiente a la *tesis intermedia*. Para efectos del derogado artículo 38 del Código Contencioso Administrativo significa que, dentro del plazo consagrado en la ley, no es necesaria la firmeza de la decisión, pues basta la notificación del acto inicial[[12]](#footnote-12).

 Esta tesis influyó en la regulación de la caducidad de la potestad sancionadora en la Ley 1437 de 2011, pues elevó a rango de ley la postura de la decisión citada en el párrafo precedente. Para estos efectos, el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone lo siguiente:

Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.

Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria[[13]](#footnote-13).

 Ante la claridad de la norma anterior, la pregunta clave consiste en determinar si el plazo de caducidad del artículo 56 de la Ley 1437 de 2011 aplica al procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Aunque la respuesta es positiva, con fundamento en el citado artículo 77, inciso primero, de la Ley 80 de 1993, es necesario tener en cuenta que el parágrafo del artículo 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que «Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia». Esta norma no niega la remisión a las normas del procedimiento administrativo general en materia contractual, pues la caducidad de la potestad sancionadora es una regla con fundamento constitucional en la prohibición de penas y medidas de seguridad imprescriptibles y en el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas, por lo que una interpretación distinta llevaría al absurdo insostenible de desconocer el principio de seguridad jurídica que la inspira.

Todo lo contrario, el parágrafo citado consagra la especialidad del procedimiento sancionador contractual. Esto significa la primacía de los aspectos regulados en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, sobre los previstos en las normas generales del procedimiento administrativo sancionatorio general, en la medida que el Estatuto Anticorrupción contiene el trámite mediante el cual, conforme al artículo 29 superior, se manifiesta el principio de legalidad de las formas de cada juicio en materia sancionatoria para las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993.

La existencia de procedimientos especiales no es una negación absoluta de la posibilidad de llenar las lagunas con la remisión a las normas generales sobre la materia. Esto es precisamente lo que consagra el inciso primero del artículo 47 del CPACA cuando dispone que «Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. *Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes*» (Énfasis fuera de texto). En otras palabras, la aplicación de la caducidad de la potestad sancionadora del artículo 52 del CPACA en los procedimientos contractuales del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se fundamenta tanto en el artículo 77, inciso primero, de la Ley 80 de 1993 como en el artículo 47, inciso primero, de la Ley 1437 de 2011.

Esto significa que las entidades contratantes tienen la obligación de adelantar el procedimiento administrativo sancionador de forma expedita. De hecho, el literal a) del artículo 86 del Estatuto Anticorrupción dispone que «Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido […]», la cual «[…] podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales […]». Estas reglas marcan el inicio del plazo de caducidad de la potestad sancionadora del Estado, el cual comienza a contarse desde la ocurrencia del presunto incumplimiento contractual en cualquiera de las tres (3) modalidades consagradas en el artículo 1613 del Código Civil[[14]](#footnote-14). En cada una de estas situaciones, dependiendo de las particularidades del caso concreto, la entidad determinará si el incumplimiento tiene naturaleza continuada o no, citando la audiencia a la mayor brevedad con el fin de expedir y notificar la decisión en el plazo perentorio e improrrogable del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011.

1. **Respuestas**

i) «¿Cuál es el plazo que tiene la Entidad para dar inicio al proceso de incumplimiento contractual?».

El literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 dispone que «Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido […]», la cual «[…] podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales […]». Esto significa que si bien la ley no dispone un plazo cierto, la entidad contratante –una vez conoce la existencia del presunto incumplimiento– debe actuar expeditamente, citando la audiencia en el menor tiempo posible, dadas las particularidades del caso concreto. Lo anterior, sin perjuicio del término de caducidad de la potestad sancionatoria contractual, como se expondrá en la respuesta a la siguiente pregunta.

ii) «¿Tiene una entidad pública un plazo o término máximo para finalizar el procedimiento mediante el cual se tramita un incumplimiento contractual?».

Teniendo en cuenta que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no contiene una disposición especial sobre la caducidad de la potestad sancionadora, es necesario remitirse al artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, especialmente, porque esta norma desarrolla los artículos 28 y 29 de la Constitución Política de 1991, los cuales consagran la prohibición de penas y medidas de seguridad imprescriptibles y el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas. Esta remisión a las normas del procedimiento administrativo sancionatorio general se fundamenta tanto en el artículo 77, inciso primero, de la Ley 80 de 1993 como en el artículo 47, inciso primero, del CPACA, por lo que la entidad contratante debe expedir y notificar el acto administrativo que decide sobre la sanción dentro de los tres (3) años siguientes a la ocurrencia del hecho que da lugar a ella.

iii) «¿La duración del proceso de incumplimiento se debe contabilizar desde la remisión del informe por parte del supervisor, el envío de la citación o desde el momento en que se instaura la audiencia?».

Conforme a lo explicado en el presente concepto, la caducidad de la potestad sancionadora es de tres (3) años contados a partir del hecho, la conducta u omisión que ocasione la sanción, circunstancia que es anterior a la remisión del informe de supervisor, el envío de la citación o la instalación de la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En esta medida, frente a las modalidades de incumplimiento del artículo 1613 del Código Civil, la entidad determinará si tienen naturaleza continuada o no, citando la audiencia a la mayor brevedad posible, con el fin de expedir y notificar la decisión en el plazo perentorio e improrrogable del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011.

iv) «En el evento que una audiencia de incumplimiento contractual, de que trata el artículo 86 Ley 1474 de 2011, se extienda por más de un (1) año, teniendo en cuenta (i) la inasistencia de las partes, (ii) la suspensión para la práctica de pruebas, (iii) el análisis jurídico de las mismas o (iv) la verificación y estudio del recurso presentado; ¿se genera algún incumplimiento a la normatividad que regula este procedimiento o alguna transgresión a las normas que desarrollan la contratación pública en Colombia al superar este lapso de tiempo?».

Aunque el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 tiene como propósito agilizar las decisiones administrativas en el marco de las garantías previstas en el artículo 29 superior, algunas circunstancias extraordinarias hacen que el procedimiento no sea tan sumario. Particularmente, la demora ocasionada por la inasistencia de la partes, la suspensión de la práctica de pruebas y el análisis jurídico de las mismas solo afecta la competencia *ratione temporis* de la entidad contratante si no expide y notifica el acto administrativo que impone la sanción dentro de los tres (3) años siguientes a la ocurrencia del hecho que da lugar a la misma, descartando la configuración de la caducidad de la potestad sancionatoria si la entidad realiza estas actuaciones en un plazo inferior al anteriormente señalado.

 En lo que respecta a la demora en la verificación y estudio de las impugnaciones, el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 dispone que el «[…] acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. *Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver*» (Énfasis fuera de texto). Esta norma consagra un silencio administrativo positivo en los recursos de los procedimientos sancionadores, por lo que la entidad pierde competencia para decidir pasado más de un (1) año desde su interposición, ya que con el vencimiento de este plazo surge un acto ficto o presunto que accede a las pretensiones del recurrente.

v) «Para efectos de conocer la realidad de este tipo de procesos y el término promedio de los mismos, es necesario se me suministre, de las últimas tres vigencias (2017, 2018 y 2019), una base de datos que contenga la siguiente información: fecha de inicio del proceso de incumplimiento, fecha de finalización y tipo de sanción (caducidad, multa, aplicación de la cláusula penal)».

Consultada la Subdirección de Estudios de Mercado y Abastecimiento Estratégico de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, la dependencia manifiesta que la entidad no cuenta con la información solicitada, ya no que se lleva un registro consolidado sobre la duración de los procedimientos administrativos sancionatorios del 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: | Juan David Montoya Penagos Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-034 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-1)
2. *Ibídem*. [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-640 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-3)
4. El artículo 17, inciso primero, de la Ley 1150 de 2007 dispone 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». [↑](#footnote-ref-4)
5. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 30 de enero de 2013. Exp. 24.743. C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ibídem. [↑](#footnote-ref-6)
7. Por ello, la Corte Constitucional explica que «Si el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones, la obligación de adelantar los procesos sin dilaciones injustificadas también lo es. La justicia impartida con prontitud y eficacia no sólo debe operar en los procesos penales -criminales-, sino en los de todo orden, administrativos, contravencionales, disciplinarios, policivos, etc.» (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-244 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz). [↑](#footnote-ref-7)
8. SANTOFIMIO GAMBOA. Jaime Orlando. Compendio de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 293. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 29 de abril de 1994. Exp. 5158. C.P. Consuelo Sarria Olcos. En un sentido similar, Sección Cuarta. Sentencia del 29 de abril de 1994. Exp. 5225. C.P. Jaime Abella Zárate. [↑](#footnote-ref-9)
10. Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 31 de mayo de 1996. Exp. 7507. C.P. Delio Gómez Leyva. En un sentido similar, Sección Cuarta. Sentencia del 7 de mayo de 1999. Exp. 9204. C.P. Delio Gómez Leyva, Sección Cuarta. Sentencia del 9 de diciembre de 2004. Exp. 14062. C.P. Maria Inés Ortiz Barbosa. [↑](#footnote-ref-10)
11. CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia del 5 de mayo de 2012. Rad. 4430. C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

Esta tesis también está implícita en la posición de la Corte Constitucional, ya que –aunque no se refiere expresamente al artículo 38 del CCA– considera que «El vencimiento del [término de previsto en la ley] implica para dichas entidades la pérdida de la potestad de imponer sanciones, es decir, que una vez cumplido dicho periodo sin que se haya dictado y ejecutoriado la providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria, no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiado con la prescripción» (Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-244 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Con fundamento en un argumento similar, la Corte también declaró la exequibilidad del derogado artículo 36 de la Ley 200 de 1995, en la Sentencia C-556 de 2001, con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis. Esta norma disponía que «El disciplinado podrá renunciar a la prescripción de la acción disciplinaria. En este caso la acción solo podrá proseguirse por un término máximo de un (1) año contado a partir de la presentación personal de la solicitud, vencido el cual sin que se hubiese proferido y ejecutoriado el respectivo fallo, no procede decisión distinta a la declaratoria de la prescripción». [↑](#footnote-ref-11)
12. Al respecto, explicó que «[…] los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado. Así, la existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto.

»La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas y regidas por procedimientos propios. La primera, culmina cuando la administración, luego de tramitarla, define la investigación y expide el acto que impone la sanción. La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado con la decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, dispuestos para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de una decisión ya tomada» (CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. Sentencia del 29 de septiembre de 2009. Rad. 11001031500020030044201. C.P. Susana Buitrago Valencia). [↑](#footnote-ref-12)
13. Para entender la diferencia entre caducidad y prescripción la doctrina considera que estos conceptos aluden, respectivamente, al «[…] nacimiento de dos distintas obligaciones para la Administración: instruir el expediente sancionatorio y castigar la infracción en un plazo determinado.

»Por el lado del infracto surgen dos derechos: el derecho a que la tramitación del procedimiento sancionatorio se haga en un determinado tiempo (el de la caducidad) y el derecho a que la sanción solo puede imponerse durante la vigencia de los plazos de prescripción» (Cfr. OSSA ARBELAÉZ, Jaime. Derecho administrativo sancionador: una aproximación dogmática. Segunda Edición. Bogotá: Legis, 2009. pp. 606-607). [↑](#footnote-ref-13)
14. El artículo 1613 del Código Civil dispone que «La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de *no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento*.

»Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente» (Cursiva fuera de texto). [↑](#footnote-ref-14)