**CCE-DES-FM-17**

**ENTIDADES ESTATALES – Facultades sancionatorias – Ley 80 de 1993**

La Administración está revestida de facultades sancionatorias que le permiten, entre otras cosas, el ejercicio de potestades coercitivas en eventos de incumplimiento de las obligaciones pactadas que afecten la ejecución de los cometidos estatales; potestades que en todo caso deben ceñirse a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico.

**MECANISMOS DE DIRECCIÓN Y COERCIÓN – Multa**

Hay diversos mecanismos de dirección y coerción para el cumplimiento de fines contractuales, dentro de los cuales se encuentra la multa, cuyo objetivo fundamental es apremiar al contratista al cumplimiento de la prestación incumplida durante la ejecución del contrato.

**PRINCIPIO DE LEGALIDAD – Multa**

La multa se edifica sobre los principios de legalidad y de autonomía de la voluntad de las partes; «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».

**MARCO REGULATORIO – Multa**

El marco regulatorio proscrito por el legislador para efectos de imponer multas a los contratistas se encuentra consagrado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 en virtud del cual se faculta expresamente a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, garantizando en todo caso el debido proceso. En concordancia con lo anterior, el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 establece el procedimiento de imposición de multas, sanciones y declaratoria de incumplimiento, dirigido específicamente a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

**ENTIDADES ESTATALES – Régimen especial de contratación – Pacto de sanciones**

En virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes, estas entidades podrán pactar las cláusulas que consideren necesarias para lograr el cumplimento de sus intereses, como podría ser el establecimiento de multas en los eventos que se especifiquen expresamente por las partes.

**ENTIDADES ESTATALES – Potestad sancionatoria – Imposición de Multas**

La potestad sancionatoria debe consagrarse expresamente en la ley para que sea viable su ejercicio y que no basta ello, sino que además se debe regular previamente y a nivel legal el procedimiento aplicable para la imposición de las sanciones. Ambas condiciones son la materialización de los principios de competencia y de legalidad de las formas propias de cada juicio, contenidas en el derecho fundamental al debido proceso.

**PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO – Ley 1474 de 2011 – Régimen especial de contratación – Inaplicabilidad**

Las entidades estatales que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no son destinatarias de los artículos citados, de tal suerte que no es viable la aplicación del procedimiento de imposición de multas de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 en la actividad contractual de las mismas.

Bogotá D.C., **30/11/2020 Hora 17:35:45s**

**N° Radicado: 2202013000011805**

Señora

**Sandra Patricia Villamor**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 699 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | ENTIDADES ESTATALES – Facultades sancionatorias – Ley 80 de 1993 / MECANISMOS DE DIRECCIÓN Y COERCIÓN – Multa / PRINCIPIO DE LEGALIDAD – Multa / MARCO REGULATORIO – Multa / ENTIDADES ESTATALES – Régimen especial de contratación – Pacto de sanciones / ENTIDADES ESTATALES – Potestad sancionatoria – Imposición de multas / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO – Ley 1474 de 2011 – Régimen especial de contratación - Inaplicabilidad. |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta 4202013000009546 |
|  |  |

Estimada señora Villamor:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º; y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 5 de octubre de 2020.

1. **Problemas planteados**

En la consulta formulada por usted se identifican los siguientes interrogantes: i) ¿las entidades sometidas al régimen especial de contratación pueden redactar el procedimiento para la aplicación de multas o, en su defecto, determinar que se aplicará el procedimiento sancionatorio establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?; ii) ¿para la aplicación o exigibilidad monetaria de multas, las entidades estatales con Régimen Especial de Contratación deben acudir obligatoriamente al juez del contrato?; y, iii) «¿Pueden las Entidades Estatales con Régimen Especial de contratación, pueden adoptar en sus contratos el procedimiento para aplicar las cláusulas de apremio establecidas en el clausulado de las pólizas de cumplimiento con régimen especial de contratación, que tienen las aseguradoras, cuando el contrato se garantice con este tipo de pólizas de cumplimiento?».

1. **Consideraciones**

Para absolver los interrogantes planteados, esta dependencia analizará: i) el régimen sancionatorio contractual de la Administración Pública, en el cual se hará especial referencia a las multas; y ii) su aplicación en las entidades estatales con régimen especial de contratación.

El asunto en mención ha sido abordado previamente por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en los conceptos con radicado No. 2202013000005840 de 6 de julio de 2020, 2202013000006874 de 29 de julio de 2020, 2202013000007336 de 11 de agosto de 202, C-219 del 29 de abril de 2020 y C-569 del 31 de agosto de 2020.

* 1. **Régimen sancionatorio contractual de la Administración Pública**

De conformidad con el artículo tercero de la Ley 80 de 1993, las entidades deben buscar el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas, de tal suerte que, para la consecución de dichos fines, al celebrar un contrato tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del mismo.

Esto implica que las autoridades administrativas están revestidas de facultades sancionatorias que les permiten, entre otras cosas, el ejercicio de potestades coercitivas en eventos de incumplimiento de las obligaciones contractualmente pactadas que afecten la ejecución de los cometidos estatales, potestades que en todo caso deben ceñirse a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico. Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado que

La potestad sancionadora es sólo un instrumento de los muchos con que cuenta la administración en materia contractual para la consecución de los objetivos que la ley le asigna a través de la delimitación de competencias. […]

De otra parte, la potestad sancionadora, al igual que ocurre con otras potestades reconocidas a la Administración, sólo se puede concebir bajo el postulado según el cual la actividad administrativa se halla supeditada al derecho. Es decir, no se trata de un poder aislado sino sometido en todo momento al principio de legalidad. […]

Visto lo anterior, la potestad sancionadora se halla sometida al principio de legalidad en los siguientes aspectos: 1. Su atribución; 2. El carácter discrecional o reglado de su ejercicio; 3. El espacio temporal en que puede utilizarse, y 4. Las formalidades procedimentales exigidas para imponer una sanción[[1]](#footnote-2).

En este sentido, conviene precisar que hay diversos mecanismos de dirección y coerción para el cumplimiento de fines contractuales, dentro de los cuales se encuentra prevista la multa, cuyo objetivo fundamental es apremiar al contratista al cumplimiento de la prestación incumplida durante la ejecución del contrato. El Consejo de Estado ha señalado que

En el ejercicio de la potestad sancionatoria en materia contractual se han identificado varios tipos a saber: (i) sanciones pecuniarias como la efectividad de la cláusula penal; (ii) sanciones rescisorias como el decreto de la caducidad del contrato y (iii) sanciones coercitivas como la imposición de multas[[2]](#footnote-3).

Por su parte, el régimen sancionatorio se edifica sobre los principios de legalidad y de autonomía de la voluntad de las partes, «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»[[3]](#footnote-4) .

En lo que respecta a la imposición unilateral de multas, el Consejo de Estado ha indicado que:

La imposición unilateral de multas al tratarse de una competencia pública debe fundarse en el principio de legalidad previsto en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política, como postulado esencial del Estado Social de Derecho y de toda manifestación del poder público, conforme al cual será legítima toda actuación de las autoridades en cuanto se desarrolle dentro del preciso ámbito funcional definido por el legislador, proscribiendo las actuaciones de los servidores públicos que impliquen omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones[[4]](#footnote-5).

Bajo estos parámetros, el marco regulatorio prescrito por el legislador para efectos de imponer multas a los contratistas se encuentra consagrado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en virtud del cual se faculta expresamente a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para hacer efectivas las sanciones que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, garantizando en todo caso el debido proceso.

En concordancia con lo anterior, el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 establece el procedimiento de imposición de multas, sanciones y declaratoria de incumplimiento, dirigido específicamente a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, esto es, aquellas entidades que, conforme lo dispone en artículo segundo de la Ley 80 de 1993, se regulan por dicho estatuto y las normas que lo modifiquen y reglamenten. De esta manera, las entidades estatales que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no son destinatarias de la normativa citada, de tal suerte que no resultaría viable la aplicación del procedimiento de imposición de multas de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 en la actividad contractual de las mismas.

En cuanto a las entidades sometidas a régimen especial, cabe destacar que estas adelantan sus procedimientos contractuales a través de regímenes diferentes a los previstos en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. En esta medida, la normativa que rige su actuación viene dada por la norma que crea el régimen especial y por el respectivo manual de contratación debidamente expedido. Adicionalmente, este tipo de entidades actúan en desarrollo de su actividad contractual en igualdad de condiciones con los particulares, es decir, generalmente se rigen por el derecho privado atendiendo a las normas civiles o comerciales. En consecuencia, las entidades de régimen especial son aquellas que, por expresa disposición legal y por su naturaleza o situación de competencia, tienen condiciones diferenciales respecto de la normativa general de contratación pública.

Al respecto, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación, que las define como aquellas que contratan con un régimen distinto a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007[[5]](#footnote-6). No obstante, las entidades con régimen especial emplean recursos públicos para lograr su finalidad y por este motivo se rigen por los principios de la función administrativa y la contratación estatal. De esta manera, para efectos de determinar ciertas reglas que regirán el proceso contractual, este tipo de entidades debe indicar el contenido de las propuestas y los procedimientos de selección, llevar una descripción precisa del procedimiento, los plazos de las etapas y los criterios de evaluación y desempate, y todos los criterios necesarios para garantizar la selección objetiva y la protección del interés general. El Consejo de Estado ha señalado que

[…] en la contratación de las entidades excluidas de la Ley 80 se distinguen perfectamente dos ordenamientos jurídicos: uno prevalente, el derecho privado, que aporta todas sus instituciones, reglas y principios y las pone al servicio de los contratos de dichas entidades; y otro, secundario, referido a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal —pero no a la Ley 80 de 1993, con sus reglas particulares—, que inspiran al régimen anterior con valores propios del derecho público[[6]](#footnote-7).

En este sentido, se observa que las entidades con régimen especial de contratación deben dar observancia a los principios y valores propios del derecho administrativo; sin embargo, rigen su actuación, mayoritariamente, a partir de las disposiciones propias del derecho privado.

* 1. **Régimen sancionatorio en contratos suscritos por entidades sometidas a régimen especial**

Como se ha mencionado, por regla general las entidades estatales en materia de contratación se rigen por la Ley 80 de 1993 y por la ley 1150 de 2007. Sin embargo, la ley ha excluido de su aplicación a algunas de ellas cuyo régimen especial las faculta para aplicar en su actividad contractual unas reglas distintas, cumpliendo con los principios de la función administrativa, de la contratación pública y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, según sea el caso y se encuentran sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal[[7]](#footnote-8).

Por otra parte, en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes y las normas de derecho privado que rigen la contratación con entidades de régimen especial, estas podrán pactar las cláusulas que consideren necesarias para lograr el cumplimento de sus intereses, como podría ser el establecimiento de cláusulas penales o multas. Sin embargo, estas entidades encuentran limitantes toda vez que, al no ceñirse por la normativa general de contratación pública, no se encuentran facultadas para determinar procedimientos excepcionales como la aplicación unilateral de multas o cláusulas penales o la imposición de procedimientos sancionatorios, pues su estipulación no puede ser atribuida exclusivamente a la autonomía de las partes, salvo que la Ley que creó el régimen especial autorice su uso. El Consejo de Estado reafirma lo anterior, manifestando que

En efecto, con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato regido por el derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de declarar incumplida a la otra parte, ni el de establecer el valor de tal incumplimiento, dado que no se puede ser juez y parte a la vez en esa clase de relación negocial; por consiguiente, le corresponde al juez del contrato, de acuerdo con lo alegado y probado en juicio, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que indiquen el incumplimiento del mismo[[8]](#footnote-9).

Por tal motivo, esta Subdirección considera que «la potestad sancionatoria debe consagrarse expresamente en la ley para que sea viable su ejercicio y que no basta ello, sino que además se debe regular previamente y a nivel legal el procedimiento aplicable para la imposición de las sanciones. Ambas condiciones son la materialización de los principios de competencia y de legalidad de las formas propias de cada juicio, contenidas en el derecho fundamental al debido proceso»[[9]](#footnote-10).

En conclusión, los poderes excepcionales atribuidos a la administración pública únicamente pueden ser ejercidos en los casos y en las condiciones que la ley autoriza, especialmente teniendo en cuenta que todas las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual los servidores públicos solo pueden ejercer las funciones a ellos asignadas específicamente en la Constitución Política, la ley y los reglamentos.

Así las cosas, para hacer efectiva la multa que se pacte en los contratos que celebren las entidades con un régimen especial de contratación, deberá acudirse al juez del contrato, puesto que dichas entidades no cuentan con la autorización legal para imponerlas de manera unilateral y por ende, tal y como fue expuesto en el acápite anterior, tampoco resulta viable la aplicación del procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en tanto que este rige únicamente para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, descartando así a las entidades que cuentan con régimen especial de contratación.

Finalmente, cabe señalar que, teniendo en cuenta que las cláusulas contractuales de apremio tienen una naturaleza punitiva y, en virtud de estas, se pacta anticipadamente la pena adjudicable a la parte incumplida, las partes participantes en una relación contractual enmarcada en el régimen especial se encuentran facultadas para incluirla dentro de sus contratos en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, para efectos de hacer efectivas las consecuencias que se desprenden de la cláusula de apremio resulta necesario, por regla general, acudir al juez del contrato, por cuanto es este quien tiene la facultad de determinar si existe un incumplimiento y, en tal caso, aplicar las sanciones pactadas o modificarlas según el ordenamiento vigente.

1. **Respuestas**

¿Las entidades sometidas al régimen especial de contratación pueden redactar el procedimiento para la aplicación de multas o, en su defecto, determinar que se aplicará el procedimiento sancionatorio establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?

En virtud del principio de autonomía de la voluntad que rige los contratos celebrados por entidades estatales con régimen especial, estas podrán pactar las cláusulas accidentales que consideren necesarias para la efectiva ejecución de los contratos, por lo que podrán prever multas o cláusulas penales. Sin embargo, este tipo de disposiciones únicamente podrán hacerse efectivas acudiendo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, en todo caso, no es dado que este tipo de entidades determinen procedimientos sancionatorios especiales, ni establezcan facultades para la declaratoria unilateral de incumplimiento del contrato o la imposición unilateral de multas. Lo anterior, por cuanto la facultad sancionatoria se encuentra reservada a las autoridades expresamente indicadas por ley, ciñéndose a los principios de legalidad y debido proceso. En la misma medida, no podrá aplicarse el procedimiento establecido en el artículo 86 de la ley 1474, reservado exclusivamente para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

¿ Para la aplicación o exigibilidad monetaria de multas, las entidades estatales con Régimen Especial de Contratación deben acudir obligatoriamente al juez del contrato?

Las entidades con régimen especial pueden pactar en el contrato que, ante el incumplimiento del contratista, se activará el derecho de pago de sanciones, como la multa o la cláusula penal pecuniaria. Sin embargo, estas entidades no tienen competencia para la imposición unilateral de estas sanciones contractuales, debido a que no hay disposición legal que las habilite para ejercer esta potestad y la relación negocial celebrada se encuentra en un marco de igual frente a la otra parte. En tal sentido, para hacer efectiva y exigible la multa en los términos pactados en el contrato, deberá acudirse al juez competente con el fin de que sea este quien determine la imposición de la misma a la parte incumplida.

De esta manera, en el marco de una relación contractual con entidades sometidas a régimen especial, las disputas surgidas de los instrumentos celebrados deben ser conocidas y resueltas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, siendo el juez la autoridad competente para determinar la existencia y extensión de un eventual incumplimiento y por ende hacer efectiva la multa y el pago de la misma.

De acuerdo con lo anterior, el procedimiento para la imposición de multas o sanciones en las Entidades Estatales con régimen especial de contratación es el que dispongan las reglas del derecho privado, que, en todo caso, implican acudir al juez del contrato, único competente para imponerlas y hacerlas efectivas. Lo anterior, sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales en el asunto materia de análisis.

¿Pueden las Entidades Estatales con Régimen Especial de Contratación adoptar en sus contratos el procedimiento para aplicar las cláusulas de apremio establecidas en el clausulado de las pólizas de cumplimiento con régimen especial de contratación, que tienen las aseguradoras, cuando el contrato se garantice con este tipo de pólizas de cumplimiento?

Las entidades Estatales con Régimen Especial podrán establecer todas las sanciones que estén permitidas por las leyes, civiles y comerciales y las que se encuentren incluidas dentro del manual de contratación interno de cada entidad, sin violentar las regulaciones del derecho privado. De esta manera, teniendo en cuenta que las cláusulas contractuales de apremio tienen una naturaleza punitiva y, en virtud de estas, se pacta anticipadamente la pena adjudicable a la parte incumplida, las partes participantes en una relación contractual enmarcada en el régimen especial se encuentran facultadas para incluirlas dentro de sus contratos en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, para efectos de hacer efectivas las consecuencias que se desprenden de la cláusula de apremio resulta necesario, por regla general, acudir al juez del contrato, por cuanto es este quien tiene la facultad de determinar si existe un incumplimiento y, en tal caso, aplicar las sanciones pactadas o modificarlas según el ordenamiento vigente.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Guillermo Escolar Flórez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual |

1. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 22 de octubre de 2012. Consejero Ponente Doctor Enrique Gil Botero. Exp No. 20738. [↑](#footnote-ref-2)
2. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, radicado número 25000-23-26-000-1995-01699-01(17936). Consejera Ponente Doctora Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-3)
3. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Expediente número 17.009. Consejero Ponente Doctor Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-4)
4. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, providencia de 10 de octubre de 2013. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157). [↑](#footnote-ref-5)
5. Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación: «Entidad Estatal de régimen especial: Entidad Estatal que realiza sus Procesos de Contratación con un régimen distinto al previsto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-6)
6. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de octubre de 2016, Radicado No. 45.607. Consejera Ponente Doctora María Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-7)
7. Ley 1150 de 2007. Artículo 13 [↑](#footnote-ref-8)
8. Ver en este sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de junio de 2015, expediente 34.367, sentencia del 21 de octubre de 1994, expediente 9288. [↑](#footnote-ref-9)
9. Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, Concepto C-219 del 24 de abril del 2020. [↑](#footnote-ref-10)