CCE-DES-FM-17

**LEY 2080 DE 2021 – Procesos sancionatorios contractuales – Ausencia de modificación**

En las reformas introducidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA – en virtud de la expedición de la Ley 2080 de 2021, respecto a las actuaciones sancionatorias contractuales no se evidencian cambios, es decir que la norma conservó su mandato original en cuanto a la remisión a normas especiales que rijan la materia, en armonía con el artículo 34 del mismo cuerpo normativo que dispone que las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que establece el – CPACA –, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales, revalidando la primacía de la norma especial. Así las cosas, la entrada en vigencia la Ley 2021 de 2021 modifica varias disposiciones del – CPACA –, pero primordialmente referentes al proceso administrativo sancionatorio fiscal, en cuanto al contractual se mantiene incólume el mencionado cuerpo normativo y con ello la remisión normativa especial que precede a la vigencia de la Ley 2080 de 2021.

**SANCIONES CONTRACTUALES – Clases – Consagración legal**

Durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública usualmente cuentan con distintas potestades exorbitantes o excepcionales, con base en las cuales ejercen la dirección general del contrato. Entre dichas potestades se encuentran i) las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, concepto que incluye la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión. Dichas prerrogativas se desarrollan en los artículos 15 a 19 *ibidem*. ii) En algunas disposiciones también se establecen otras potestades exorbitantes, como la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro –artículos 7 y 11 de la Ley 1150 de 2007–. Dentro de las potestades unilaterales también se encuentran iii) las cláusulas excepcionales de *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, 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.

**PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Marco normativo – 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 normativa, las «entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento […]. Para tal efecto observarán […]» el procedimiento que en tal enunciado normativo se regula.

Cabe destacar que esta norma no se circunscribe a ciertos tipos de incumplimiento. En consecuencia, la declaratoria de cualquier incumplimiento, sea total o parcial, o independientemente 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». 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.



CCE-DES-FM-17

Bogotá, 13 mayo de 2021

Señor

**Carlos Mario Ordosgoitia Liñan**

Ciudad

**Concepto C – 194 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | LEY 2080 DE 2021 – Procesos sancionatorios contractuales – Ausencia de modificación / SANCIONES CONTRACTUALES – Clases – Consagración legal / NORMA ESPECIAL PARA EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Ley 1474 de 2011 – Artículo 86 |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20210330002586 |

Estimado señor Ordosgoitia,

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 su consulta del 5 de abril del año 2021.

**1. Problemas planteados**

Usted plantea las siguientes preguntas, teniendo en cuenta para la primera de ellas lo establecido en el parágrafo primero del artículo 3 de la Ley 2080 de 2021:

[…] ¿Cuáles son las normas especiales a las que hace atribución esa disposición, para adelantar las actuaciones administrativas contractuales sancionatorio, incluyendo los recursos?

¿En materia de declaratoria de siniestros, aplican las normas referidas a las actuaciones administrativas consignadas en el Código de Procedimiento Administrativo y lo Contencioso Administrativo - CPACA, a efectos de garantizar el debido proceso, o su declaratoria no requiere actuación previa, y solo basta con un acto administrativo debidamente motivado?

¿El siniestro para hacer efectivo los amparos solo procede previo la declaratoria de incumplimiento, cláusula penal o multas, o su declaratoria goza de independencia, según las disposiciones vigentes y la jurisprudencia? ¿En los Convenios de Cooperación Especial de Ciencia y Tecnología (regidos por los Decretos Leyes 393 y 591 de 1991, y la Ley 80 de 1993), existe habilitación legal para que la entidad pública imponga a los cooperantes (particulares) multas o declare incumplimiento a efectos de hacer efectiva la cláusula penal?

1. **Consideraciones**

Antes de estudiar la consulta, es necesario precisar que las preguntas que la integran, a excepción de la primera, desbordan la función consultiva de esta entidad, como quiera que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, de conformidad con los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, solo tiene competencia para absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En tal sentido, cabe aclarar que mediante radicado RS20210408002773 del 8 de abril de 2021 se le informó sobre esta circunstancia.

Dilucidado lo anterior, para resolver el primer interrogante, se analizarán los siguientes temas: i) la Ley 2080 de 2021 y su incidencia en los procesos sancionatorios contractuales; ii) las potestades excepcionales de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; iii) la norma especial que consagra el procedimiento administrativo sancionatorio contractual; y iv) prevalencia de la norma especial en materia sancionatoria contractual no excluye la aplicación de principios y normas suplementarias.

Esta Agencia se pronunció sobre la potestad sancionatoria de las entidades estatales como herramienta para la dirección general del negocio y para la vigilancia y control en materia contractual y el trámite para su ejercicio, en los conceptos C-147 del 17 de marzo de 2020, C-219 del 29 de abril de 2020, C–251 del 27 de mayo de 2020, C–280 del 6 de julio de 2020, C-434 del 29 de julio de 2020, C-516 del 11 de agosto de 2020, C-569 del 31 de agosto de 2020, C-607 del 13 de octubre de 2020, C-641 del 4 de noviembre de 2020, C-025 del 25 de febrero de 2021, C-060 del 8 de marzo de 2021 y C-128 del 5 de abril de 2021. La tesis expuesta se reitera y amplía a continuación.

* 1. **Ley 2080 de 2021 y su incidencia en los procesos sancionatorios contractuales**

Considerando que al plantear la consulta se alude a la Ley 2080 de 2021, conviene precisar que verificada la normativa que abarca la precitada ley, en lo concerniente a los procesos sancionatorios contractuales, se hace referencia a estos solo en su artículo 3, por medio del cual se modifica el parágrafo del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 y se adiciona uno nuevo, que en su texto original señalaba:

Artículo 47.Procedimiento administrativo sancionatorio. 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.

[…]

Parágrafo. Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia.

Luego de la modificación emanada de la Ley 2080 de 2021, el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 quedó de la siguiente manera:

Artículo 47.Procedimiento administrativo sancionatorio. 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.

[…]

PARÁGRAFO 1. Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia.

PARÁGRAFO 2. En los procedimientos administrativos sancionatorios fiscales el término para presentar descargos y solicitar o aportar pruebas será de cinco (5) días.

Verificada la norma objeto de modificación, se observa que con antelación a las reformas introducidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA – la Ley 2080 de 2021, en lo concerniente a las actuaciones sancionatorias contractuales no se evidencian cambios, es decir, la norma conservó su mandato original en cuanto a la remisión a normas especiales que rijan la materia, en armonía con el artículo 34 del mismo cuerpo normativo que dispone que las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que establece el –CPACA–, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales, revalidando la primacía de la norma especial.

Así las cosas, la Ley 2080 de 2021 modifica varias disposiciones del –CPACA–, pero primordialmente referentes al proceso administrativo sancionatorio fiscal. Sin embargo, respecto a los procedimientos administrativos sancionatorios contractuales se mantiene incólume la regulación inicial de la Ley 1437 de 2011, y con ello la remisión normativa especial que se ha mantenido en el artículo 47. Así, el parágrafo 1 del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 3 de la Ley 2080 de 2021, mantiene el mismo espíritu de la norma inicial en lo que respecta a los procedimientos sancionatorios contractuales, conservando la remisión a las normas especiales sobre la materia.

**2.2** **Las potestades excepcionales de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**

Durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales que se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública cuentan con distintas potestades exorbitantes con las cuales ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de vigilancia y control. Entre otras se encuentran: i) las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, como la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión, desarrolladas en los artículos 15 a 19 *ibidem*; ii) las previstas en los artículos 11 y 7 de la Ley 1150 de 2007, relacionadas con la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro; y iii) las dispuestas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 respecto a la *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas, aclarando que su exorbitancia se refiere a su imposición unilateral, especialmente, cuando es posible pactar estas cláusulas en virtud de las normas civiles y comerciales.

La jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina han coincidido en señalar que las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 resultan ser estipulaciones de obligatoria inclusión en los contratos de concesión o explotación de bienes del Estado, obra, prestación de servicios públicos y aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal. En estas tipologías contractuales, sin importar si se incorporaron o no dentro del contrato, se entienden incluidas por el ministerio de la ley.

Entre estas cláusulas, la caducidad se erige como la sanción más severa en contratación estatal. Particularmente, 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[[1]](#footnote-1), al respecto, es importante aclarar que las entidades estatales como directoras de la ejecución del contrato, deben estar al tanto del grado de cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista y, en la medida de lo posible, no deben permitir que el incumplimiento avance o se torne más gravoso. Para ello, pueden pactar en el contrato y hacer efectivas, si es el caso, tanto la multa como la cláusula penal pecuniaria. Pero de lo dicho no puede concluirse que sea un requisito de la caducidad la imposición previa de una multa, pues además de que el incumplimiento grave del contrato –que es presupuesto de la caducidad– puede presentarse *ipso facto*, es decir, sin que se evidencien antecedentes de incumplimientos parciales, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública permite decretar directamente esta cláusula excepcional, respetando el debido proceso.

Las consecuencias jurídicas que se generan con la caducidad son: i) terminación del contrato, ii) iniciación del trámite de liquidación, 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.

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 de hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato[[2]](#footnote-2). No obstante, una vez incluidas, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública pueden imponerlas unilateralmente.

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.

De igual forma, en la sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 16.367, 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».

**2.3 Norma especial que consagra el procedimiento administrativo sancionatorio contractual**

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

Cabe destacar que esta norma no se circunscribe a ciertos tipos de incumplimiento. En consecuencia, la declaratoria de cualquier incumplimiento, sea total o parcial, o independientemente de su gravedad, debe hacerse con plena observancia de las reglas procedimentales establecidas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Lo anterior, como consecuencia del «principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete». 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.

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las etapas del procedimiento que se deben seguir, las cuales se sintetizan así: i) citación a audiencia. Es obligatorio el envío al contratista y al garante –cuando proceda–, su contenido se precia en la norma y se expondrá 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, así como al garante, en caso de ser necesario, para que estos presenten sus descargos, aporten y controviertan pruebas y rindan las explicaciones del caso. Finalmente, iii) Decisión. Debe estar contenida en una resolución motivada donde se consigne lo ocurrido en el desarrollo de la diligencia y lo relativo a la imposición o no de 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. De ahí que las entidades de régimen especial 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 Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este. 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.

Como se observa, la citación a la audiencia 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 supuesto incumplimiento de las obligaciones. Además, se deben ii) adjuntar los informes de supervisión o de interventoría que soportan la actuación, donde la entidad fundamenta su decisión de iniciar el procedimiento sancionatorio. Asimismo, iii) lo anterior debe acompañarse de las pruebas adicionales con que cuente la entidad y que sirven para acreditar el incumplimiento. iv) La citación debe contener también las normas, cláusulas u obligaciones posiblemente violadas o incumplidas por el contratista. Igualmente, v) debe 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. Adicionalmente, vi) las entidades estatales podrán cuantificar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento –inciso primero del artículo 86–, esta facultad, en palabras de la Corte Constitucional, «[…] está reglada y se ejerce conforme a un procedimiento administrativo, del que debe darse cuenta en un acto administrativo motivado, de tal suerte que la cuantificación de los perjuicios no obedece a la mera discrecionalidad de la entidad estatal, ni es fruto de su capricho […]»[[6]](#footnote-6), y, finalmente, vii) deben indicar el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, sin perjuicio de que esta se pueda efectuar por medios electrónicos.

En suma, el proceso pormenorizado previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 es el que impera actualmente en materia sancionatoria contractual y bajo el cual las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública deberán desarrollar las actuaciones con miras a la declaratoria de incumplimiento e imposición de multas y sanciones en ejercicio de su deber de vigilancia y control de los contratos estatales. En el mismo sentido, el Consejo de Estado conceptuó sobre el tema, señalando lo siguiente:

[…]

Como puede verse, la norma reitera la competencia de las entidades estatales de imponer unilateralmente, mediante acto administrativo, las multas pactadas en el contrato, previa la celebración de una audiencia en la cual se inicia y agota todo el procedimiento para la ejecutoria de la sanción o la terminación del mismo, si ha cesado el incumplimiento. En esta audiencia, el contratista podrá ejercer su derecho de defensa y contradicción, para lo cual puede aportar o solicitar pruebas[[7]](#footnote-7). Una vez se ejerza ese derecho, la entidad adoptará la decisión sobre la imposición de la multa mediante resolución motivada y se sustentará y decidirá el recurso de reposición que presenten los afectados. Lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 podría entenderse como el desarrollo más depurado y concreto del derecho al debido proceso en materia de la adopción de medidas sancionatorias de carácter contractual, recogiendo los avances jurisprudenciales y doctrinales que se dieron desde la expedición de la ley 1150 de 2007. En consecuencia, es el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 la norma que actualmente regula la materia, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007[[8]](#footnote-8).

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 el garante 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. Sin embargo, como lo expresa la doctrina, el término debe ser razonable y suficiente[[9]](#footnote-9).

**2.4 La prevalencia de la norma especial no excluye la aplicación de principios y normas suplementarias**

El desarrollo del procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 supone la aplicación previa y concomitante de un marco normativo del cual no puede ser ajeno, pese a la especialidad de la precitada norma. En este sentido, por regla general, los contratos estatales deben contar con garantías. Por ello, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 dispone que los contratistas tienen la obligación de constituirla para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, pudiendo consistir en pólizas expedidas por compañías aseguradoras, garantías bancarias u otros mecanismos permitidos por la ley y el reglamento.

Las condiciones en las que debe cumplirse esta obligación fueron reglamentadas por el Decreto 1082 de 2015, el cual se refiere, en los artículos 2.2.1.2.3.1.1. al 2.2.1.2.3.1.19, a las clases de garantías permitidas, la indivisibilidad de las mismas, los riesgos que deben ser objeto de cobertura, la vigencia y valores mínimos, entre otros aspectos que debe cumplir las garantías constituidas, ya sea a través de pólizas de seguro, garantías bancarias o patrimonios autónomos.

Por su parte, el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 dispone que el debido proceso rige en todas las actuaciones judiciales y administrativas, con similar propósito, el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 prescribe: «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 […]».

En efecto, la remisión normativa prioriza la aplicación de normas especiales en la materia, pero no se traduce en el desconocimiento de otras en cuanto a temas que no regulen, así como no hace nugatoria la aplicación de los principios que deben tenerse en cuenta no solo en los procesos sancionatorios contractuales sino en toda actuación de la Administración pública. En este sentido, el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 establece que en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esa ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil[[10]](#footnote-10), asimismo, establece que «los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo», siendo posible acudir a la aplicación normativa complementaria y concordante sin perjuicio de la primacía de la norma especial.

**3. Respuestas**

«[…] En virtud de lo ceñido por el parágrafo 1º del artículo 3º de la Ley 2080 de 25 de enero de 2021, ¿Cuáles son las normas especiales a las que hace atribución esa disposición, para adelantar las actuaciones administrativas contractuales sancionatorio, incluyendo los recursos?»

El parágrafo 1 del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 3 de la Ley 2080 de 2021, mantiene el mismo espíritu de la norma inicial, en lo que respecta a los procedimientos sancionatorios contractuales, conservando la remisión a las normas especiales sobre la materia, que en la actualidad se refiere fundamentalmente al procedimiento reglado que se encuentra consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, sin perjuicio de la aplicación de normas conexas y complementarias o de aquellas que las modifiquen o deroguen.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alfredo Benavides Zarate  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Gestor T1 – Grado 15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. En cuanto a la oportunidad para su imposición, el Consejo de Estado ha precisado: «(…) 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» Sección Tercera, Sentencia del 12 de julio de 2012, expediente 15.024 y ponencia de 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. 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. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17.009, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional. Sentencia C-499 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-6)
7. Según la jurisprudencia constitucional, ver la sentencia C–203 de 2011, la regulación de los medios de prueba, ingrediente consustancial al debido proceso y al derecho de defensa, incluye: a) “el derecho para presentarlas y solicitarlas”; b) “el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra”; c) “el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción”; d) “el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste”; e) “el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos”; y f) “el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso”. [↑](#footnote-ref-7)
8. Concepto No 2157 del 10 de octubre de 2013, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente Álvaro Namen Vargas. [↑](#footnote-ref-8)
9. En este sentido, Suárez Tamayo expresa lo siguiente, aunque cabe destacar que las normas analizadas no regulan este aspecto, por lo que existe discrecionalidad por parte de las entidades estatales: «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-9)
10. Actualmente el Código General del Proceso, como quiera que el Código de Procedimiento Civil fue derogado por el artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. [↑](#footnote-ref-10)