**CCE-DES-FM-17**

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Carácter sancionatorio – Restricción**

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública responde a la tendencia, vigente desde hace varias décadas en nuestro país, pero que se ha reforzado en los últimos años, de asegurar que la actividad de provisión de los bienes y servicios por parte de las entidades estatales se efectúe cumpliendo con los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, especialmente con probidad y transparencia. Es por ello que, como lo ha destacado la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades se han convertido en herramientas en la lucha contra la corrupción, adoptando paulatinamente un cariz sancionatorio o «neopunitivo» . Si bien no todas las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son consecuencia de una medida de reproche ni de una sanción previa, es indiscutible que en los años más recientes los lamentables hechos de corrupción han generado, como respuesta del legislador, un incremento de las restricciones a la capacidad contractual, dirigidas a prevenir este tipo de situaciones o a sancionar tales conductas.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva**

[..] las inhabilidades e incompatibilidades –como ya se dijo– al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley –o sea, deben satisfacer el principio de legalidad– y su interpretación debe ser restrictiva y apegada al texto normativo. Si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio.

[…]el principio pro libertate es el que debe dirigir la interpretación de las disposiciones normativas que consagran restricciones de derechos, como sucede con las causales de inhabilidad e incompatibilidad en la contratación estatal. En conclusión, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades está concebido como un conjunto de restricciones a la capacidad para presentar ofertas y contratar con el Estado, por lo que ninguna persona natural o jurídica que se encuentre incurso en alguna causal estará en la posibilidad de suscribir contratos con alguna entidad estatal. No obstante, al estar estas causales sometidas a interpretación y aplicación restrictiva, deberá analizarse en el caso concreto si efectivamente la respectiva persona se encuentra incursa en el supuesto de hecho que da lugar a la configuración de la inhabilidad o incompatibilidad, en virtud de la que opera la restricción a la capacidad para contratar.

Conforme a lo anterior, el conflicto sobre la aplicación de una ley se presenta cuando en vigencia de la ley anterior nace un hecho allí previsto, sin que se consolide situación jurídica alguna, pero los efectos se producen bajo la vigencia de la ley posterior, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley anterior pero la ley posterior contempla nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos; es decir, en vigencia de la ley anterior solo se presentaron situaciones que generaron una simple expectativa

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Incumplimiento reiterado – Modificación – Ley 1955 de 2019 – Aplicación – Irretroactividad**

El artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, que modificó el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, rige a partir de su expedición, lo que implica que las sanciones anteriores al 25 de mayo de 2019 no se deben acumular para configurar la inhabilidad por incumplimiento reiterado, a menos que durante la vigencia del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 -original- se haya consolidado la respectiva situación jurídica, dando lugar a la configuración de la inhabilidad. En este sentido, las sanciones impuestas y declaratorias de incumplimiento consolidadas con anterioridad a dicha fecha no deben tenerse en cuenta para determinar la configuración de la inhabilidad bajo el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019.

En este orden, la inhabilidad por incumplimiento reiterado, prescrita en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, modificado por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, de conformidad con la posición hermenéutica explicada por e la Agencia Nacional de Contratación Pública, aplica frente a incumplimientos y sanciones impuestas con posterioridad al 25 de mayo de 2019, fecha de entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019.

**CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA – Registro único de proponentes – Publicidad – Permanencia – Término de tres (3) años**

Es necesario integrar el artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015 con el artículo 90 de la Ley 1474 de 2020. Al respecto, este último dispone que la inhabilidad por incumplimiento reiterado se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la publicación del acto administrativo que impone la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. Dado que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispone que las entidades estatales podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal, esta es una de las sanciones contractuales que deben *reportarse* a la cámara de comercio e *inscribirse* en RUP de acuerdo con el artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015. Ahora bien, considerando que el reglamento guardó silencio sobre el *término de permanencia* de la anotación de la cláusula penal pecuniaria, la Agencia estima que esta deberá constar en el registro por un término de tres (3) años contados a partir de la publicación de la misma.

Esta postura permite armonizar el Decreto Único Reglamentario del Sector de Planeación Nacional con el Estatuto Anticorrupción –incluyendo sus modificaciones posteriores–, ya que –conforme a lo explicado *ut supra*– es necesaria la publicidad de las sanciones contractuales, especialmente, cuando el incumplimiento reiterado genera una inhabilidad para contratar con el Estado en los términos del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 –modificado por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019–. Esta forma de integrar el ordenamiento también es congruente con el artículo 30 del Código Civil, pues mediante este parámetro hermenéutico la norma –equivalente en la codificación chilena de 1855– pretendió que «Las expresiones equívocas u oscuras deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos que con relación a la materia de que se trata ha empleado el autor en otras partes del mismo escrito, o en otra ocasión semejante». Incluso, con esta pauta también se explicó que «Debe ser tal la interpretación, que entre todas las cláusulas del razonamiento haya la mayor consonancia; salvo que aparezca que en las últimas se ha querido modificar las primeras. Otro tanto se aplica a los diferentes tratados que se refieren a un mismo asunto».



Bogotá D.C., 25 Marzo 2022

Señora

**Lucy Adriana Cely Ramos**

Bogotá D.C.

 **Concepto C ‒ 128 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Carácter sancionatorio – Restricción / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Incumplimiento reiterado – Modificación – Ley 1955 de 2019 – Aplicación – Irretroactividad / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA – Registro único de proponentes – Publicidad – Sanción – Permanencia – Término de tres (3) años /  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20220211001365 |

Estimada señora Cely:

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 10 de febrero de 2022.

1. **Problema planteado**

En relación con la publicidad de incumplimientos derivados de la imposición de cláusula penal pecuniaria en el Registro Único de Proponentes, usted realiza la siguiente pregunta:

«Establece el Artículo 2.2.1.1.1.5.7. Información de multas, sanciones, inhabilidades y actividad contractual del Decreto 1082 de 2015, que (...)"El registro de las sanciones e inhabilidades debe permanecer en el certificado del RUP por el término de la sanción o de la inhabilidad. La información relativa a multas debe permanecer en el certificado del RUP por un año, contado a partir de la publicación de la misma"(....) sin embargo la norma no establece cúal sería el término de publicación en el RUP para el caso de imposición de cláusula penal por incumplimiento.

Si bien es cierto que la norma en comento indica que el registro de la sanción en el RUP del contratista deberá ser por el término de la misma, no existe disposición legal en la cláusula penal por incumplimiento que permita establecerlo desde el acto administrativo y siendo un tema de sanciones no existe una pretendida liberalidad para establecerla por parte de la entidad estatal, máxime cuando no existe disposición normativa que establezca unos márgenes para el operador que la fija.

Poder definir el término de duración del registro de la sanción por cláusula penal en el RUP, resulta de capital importancia por los efectos que tiene el mencionado registro en la determinación de las futuras inhabilidades a las que podría estar sujeto el contratista conforme lo establece el artículo 90 de la ley 1474 de 2011 que fue modificado por el artículo. 43, Ley 1955 de 2019».

**2. Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en los contratos estatales, en los Conceptos con radicados Nos. 4201912000003368 del 21 de mayo de 2019, 4201912000003592 del 28 de agosto de 2019, 4201913000005649 del 17 de septiembre de 2019, 4201913000006917 del 7 de octubre de 2019, 4201912000006692 del 12 de noviembre de 2019. De igual forma, en los Conceptos C-090 del 24 de febrero de 2020, C-125 del 3 de marzo de 2020, C-085 del 4 de marzo de 2020, C-246 del 3 de abril de 2020, C-273 del 21 de mayo de 2020, C-402 de 22 de junio de 2020, C-585, C-592 del 14 de septiembre de 2020 y C-580 del 21 de septiembre de 2020, entre otros. Además, en los Conceptos con radicados Nos. 4201913000005694 del 3 de octubre de 2019, 4201912000006259 del 13 de noviembre de 2019, 4201912000007281 del 5 de diciembre de 2019, 4201912000007060 del 11 de diciembre de 2019 y C-178 de 26 de abril de 2021, se analizó la aplicación de la inhabilidad por incumplimiento reiterado consagrada en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, modificado por la Ley 1955 de 2019. Algunos de los argumentos entonces expuestos se reiteran a continuación:

**2.1. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal**

En la contratación estatal, la capacidad también es un requisito de validez de los contratos, tanto en el régimen de las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[1]](#footnote-1) como en el de las exceptuadas de aquel[[2]](#footnote-2). En relación con la capacidad jurídica, se destaca el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como un conjunto de normas que imponen restricciones a los sujetos que, eventualmente, pretendan participar en los procedimientos de selección o celebrar contratos con las entidades estatales[[3]](#footnote-3).

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública responde a la tendencia, vigente desde hace varias décadas en nuestro país, pero que se ha reforzado en los últimos años, de asegurar que la actividad de provisión de los bienes y servicios por parte de las entidades estatales se efectúe cumpliendo con los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, especialmente con probidad y transparencia. Es por ello que, como lo ha destacado la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades se han convertido en herramientas en la lucha contra la corrupción, adoptando paulatinamente un cariz sancionatorio o «neopunitivo»[[4]](#footnote-4). Si bien no todas las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son consecuencia de una medida de reproche ni de una sanción previa, es indiscutible que en los años más recientes los lamentables hechos de corrupción han generado, como respuesta del legislador, un incremento de las restricciones a la capacidad contractual, dirigidas a prevenir este tipo de situaciones o a sancionar tales conductas.

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades –como ya se dijo– al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley –o sea, deben satisfacer el principio de legalidad– y su interpretación debe ser *restrictiva*[[5]](#footnote-5)y apegada al texto normativo. Si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal ha sido la postura jurisprudencial, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado que, al tratar de precisar el sentido de este tipo de normas, «[…] el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas»[[6]](#footnote-6). Por su parte, el Consejo de Estado ha acogido también este criterio, considerando –como expresa la Sala de Consulta y Servicio Civil–, que «La interpretación restrictiva de las normas que establecen inhabilidades constituye una aplicación del principio del Estado de Derecho previsto en el artículo 6º de la Constitución, según el cual “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes” lo que se traduce en que pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido»[[7]](#footnote-7). En tal sentido, la Sección Tercera ha señalado lo siguiente:

[…] de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, la aplicación de las normas que contemplan inhabilidades e incompatibilidades, como en general de todas aquellas que comportan prohibiciones o limitaciones, deben responder a una interpretación restrictiva que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento[[8]](#footnote-8).

También explicó que:

[…] la aplicación de estos preceptos exige una interpretación restrictiva, dado que según el principio hermenéutico *pro libertate*, entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula una inhabilidad, debe preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas; en otros términos, se encuentra prohibida constitucionalmente la interpretación extensiva de las causales de inhabilidad, toda vez que las palabras de la ley son la frontera que no se puede traspasar en el ejercicio hermenéutico de las mismas, pues de hacerlo se vulnerarían los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 CN) y a la igualdad (art. 13 Ibid.); […][[9]](#footnote-9).

 En conclusión, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades está concebido como un conjunto de restricciones a la capacidad para presentar ofertas y contratar con el Estado, por lo que ninguna persona natural o jurídica que se encuentre incursa en alguna causal estará en la posibilidad de suscribir contratos con alguna entidad estatal. No obstante, al estar estas causales sometidas a interpretación y aplicación restrictiva, deberá analizarse en el caso concreto si efectivamente la respectiva persona se encuentra incursa en el supuesto de hecho que da lugar a la configuración de la inhabilidad o incompatibilidad, en virtud de la que opera la restricción a la capacidad para contratar.

**2.2. Aplicación de la inhabilidad por incumplimiento reiterado tras la modificación introducida por la Ley 1955 de 2019**

Las multas y la declaratoria de incumplimiento son sanciones administrativas impuestas por la entidad en cada contrato, frente al incumplimiento, parcial o definitivo, de las obligaciones pactadas. En principio, las consecuencias de estas sanciones no se proyectan más allá del marco del contrato en el que fueron impuestas. No obstante, conforme a los principios de probidad, transparencia y eficiencia, el legislador determinó que la declaratoria reiterada de estas sanciones, bien sea por la misma entidad o por varias, en uno o varios contratos, tuviera consecuencias negativas para el contratista más allá de los incumplimientos contractuales que las generaron.

En ese sentido, dentro del conjunto de medidas administrativas, fiscales y penales adoptadas por la Ley 1474 de 2011, conocida como Estatuto Anticorrupción, se incluyó la creación de una inhabilidad para contratar en razón del incumplimiento reiterado de los oferentes en la ejecución de otros contratos estatales. Para estos efectos, el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 dispuso una inhabilidad de tres (3) años, que se configura bajo las siguientes causales:

Artículo 90. Inhabilidad por incumplimiento reiterado. Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:

* + 1. Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;
		2. Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales;
		3. Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.

La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado.

Parágrafo. La inhabilidad a que se refiere el presente artículo se extenderá a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Como se aprecia, el texto original de la Ley 1474 de 2011 contempla tres supuestos de hecho que dan lugar a la configuración de la inhabilidad: a) el primero relativo a imposición de cinco (5) multas por incumplimiento –parcial– durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales; b) un segundo supuesto que consiste en la concurrencia de dos (2) declaratorias de incumplimiento –definitivo­– de contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias vigencias fiscales; y c) un tercer supuesto alusivo a la imposición de dos (2) multas y una (1) declaratoria de incumplimiento –definitivo–, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales[[10]](#footnote-10). Ante la configuración de cualquiera de estos supuestos, la persona quedaría inhabilitada por un periodo de tres (3) años contados a partir de la fecha de inscripción en el RUP de la última multa o declaratoria de incumplimiento.

Recientemente, los literales a) y b) fueron modificados por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, en lo que respecta al periodo dentro del que se deben presentar las multas y declaratorias de incumplimiento para que se configure los dos primeros supuestos que dan lugar a la configuración de la inhabilidad por incumplimiento reiterado. Los literales a) y b) quedaron de la siguiente manera:

1. Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, con una o varias entidades estatales, *durante los últimos tres (3) años*;
2. Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos, con una o varias entidades estatales, *durante los últimos tres (3) años* […]. (Cursivas fuera de texto)

En ese orden, a la luz del texto original de la Ley 1474 de 2011, para que se configurara la inhabilidad era necesario que las cinco multas –literal a)– o los dos incumplimientos –literal b)– fueran declarados en la misma vigencia fiscal, esto es, en el mismo año. Después de la modificación introducida por la Ley 1955 de 2019, basta que las dos declaratorias de incumplimiento o las cinco multas se hayan impuesto dentro de los últimos tres años.

 Ahora bien, esta modificación conlleva un problema hermenéutico relativo a la aplicación de la ley en el tiempo. Al respecto, conviene recordar que los efectos de una ley se producen a partir de su vigencia, lo que quiere decir que, por regla general, en el ordenamiento jurídico opera la irretroactividad. Así se desprende de la Ley 153 de 1887, que dispuso que la ley posterior prevalece sobre la ley anterior y en el evento en que existan discrepancias entre las mismas se debe aplicar la ley posterior[[11]](#footnote-11). No obstante, si en vigencia de la anterior ley se consolidó una situación jurídica no deberá aplicarse la ley posterior, pues de acuerdo con la Constitución Política los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, a menos que se trate de leyes penales que beneficien al reo –principio de favorabilidad– o que comprometan el interés público o social[[12]](#footnote-12).

Conforme a lo anterior, el conflicto sobre la aplicación de una ley se presenta cuando en vigencia de la ley anterior nace un hecho allí previsto, sin que se consolide situación jurídica alguna, pero los efectos se producen bajo la vigencia de la ley posterior. De igual forma, cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley anterior pero la ley posterior contempla nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos, es decir, en vigencia de la ley anterior solo se presentaron situaciones que generaron una simple expectativa[[13]](#footnote-13).

En ese sentido, es necesario determinar cómo debe resolverse el conflicto de la aplicación de la ley en el tiempo en lo relativo al supuesto de hecho del literal b) del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, una vez su modificación por cuenta del artículo 43 de la Ley 1955 de 2019. Lo anterior implica determinar a partir de cuándo debe contarse el término de tres (3) años, o si para la configuración de la inhabilidad resulta válido tener en cuenta declaratorias de incumplimiento consolidadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019. Sobre ello esta Agencia , en Concepto de 3 de octubre de 2019, manifestó lo siguiente:

El 25 de mayo del presente año entró a regir la Ley 1955 de 2019, la cual modificó lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, ampliando el plazo durante el cual se deben declarar las sanciones a un contratista para que se configure la inhabilidad por incumplimiento reiterado.

El legislador no contemplo excepción frente a la aplicación retroactiva de la Ley 1955 de 2019, y si bien la inhabilidad del artículo 43 es de carácter sancionatorio, por tratarse de la potestad punitiva del Estado, el principio de favorabilidad es aplicable al proceso sancionatorio administrativo en virtud de lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política y en la Ley 1437 de 2011.

Ahora, la Ley en mención tampoco contempló su aplicación retrospectiva a las situaciones de hecho que tuvieron lugar antes de su entrada en vigencia, porque sencillamente si dichas situaciones se hubiesen presentado en vigencia del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 se hubiera configurado la inhabilidad; en este sentido sus efectos tampoco serían ultraactivos.

Así las cosas, los efectos del artículo 43 de la Ley 1955 de 2019 se producen hacia el futuro, y en este sentido no se podrán tener en cuenta las sanciones impuestas antes del 25 de mayo de 2019, ya que la Ley 1955 de 2019 derogó todas las disposiciones contrarias. Entonces, como quiera que desde el 25 de mayo de 2019 entró a regir una nueva disposición normativa para la inhabilidad por incumplimiento reiterado, a partir de esta fecha se deberá contabilizar los tres (3) años durante los cuales al contratista le han sido impuestas cinco (5) o más multas, o declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos. Esto quiere decir que no es posible acumular las sanciones anteriores ni tampoco los años durante los cuales aquellas fueron impuestas.

[…] la Constitución Política dispone en materia del derecho al debido proceso, que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, lo cual aplica para el caso de las inhabilidades de naturaleza sancionatoria, pues como se anotó en precedencia, estas limitan derechos subjetivos. Por lo anterior, la inhabilidad por incumplimiento reiterado después del 25 de mayo de 2019 se debe configurar según lo indicado en el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, a menos que antes de su entrada en vigencia se hubiese consolidado la situación jurídica prevista en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011[[14]](#footnote-14).

De acuerdo con las consideraciones anteriores, dado que los efectos del artículo 43 de la Ley 1955 de 2019 se producen hacia al futuro, y al haberse derogado el texto original de los literales a y b del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 sin efectos ultractivos, para que se configure la causal de inhabilidad aludida es necesario que las declaratorias de incumplimiento se hayan consolidado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019, esto es, del 25 de mayo de 2019 en adelante.

Además, tal interpretación se impone con ocasión del carácter sancionador o punitivo[[15]](#footnote-15) de la inhabilidad por incumplimiento reiterado, que implica que su aplicación deba ser respetuosa del debido proceso[[16]](#footnote-16) y el principio de legalidad de las faltas y de las sanciones[[17]](#footnote-17), por lo que circunstancias consolidadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019 no pueden tenerse en cuenta a efectos de configurar la referida inhabilidad, en la medida que el contenido del supuesto de hecho de la falta sancionada con la inhabilidad cambió con la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019. En tal sentido, admitir la configuración de la inhabilidad conforme al supuesto de hecho vigente respecto de circunstancias anteriores a su entrada en vigor, no solo constituiría una aplicación retroactiva de la ley, sino también una vulneración al principio de legalidad y los postulados del derecho al debido proceso.

La postura anterior además se encuentra de acuerdo con el principio *pro libertate* que debe dirigir la interpretación de las disposiciones normativas que consagran restricciones de derechos, como son las inhabilidades. Esto en la medida que asumir la interpretación contraria a la explicada, esto es, la que indicaría que para la configuración de la causal de inhabilidad en comento resultaría válido considerar hechos ocurridos –en un intervalo de 3 años–, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019, implicaría una mayor restricción de derechos, pues se extenderían los efectos de la norma a un mayor número de casos particulares, lo cual resultaría contrario a la interpretación restrictiva que amerita la norma bajo estudio.

De otra parte, conviene recordar que de conformidad con el inciso anterior al parágrafo del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, la inhabilidad por incumplimiento reiterado se configura a partir de la inscripción en el Registro Único de Proponentes de la última multa o declaratoria de incumplimiento requerida para su configuración. Por lo tanto, no se podrá extender la inhabilidad desde que se declaró la sanción por parte de la entidad, pues esto implicaría afectar la interpretación restrictiva que rige en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

 Resulta relevante poner esto de presente ya que frente otras causales de inhabilidad e incompatibilidad, el legislador sí previó que la inhabilidad se cuente desde el momento en que se materializa en un acto administrativo ejecutoriado el hecho sancionado con la inhabilidad, como en los casos de la declaratoria de la caducidad del contrato o cuando se declara el incumplimiento del interventor. Es así como el literal c) del numeral 1, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, referido a la declaratoria de caducidad, señala que la inhabilidad de cinco (5) años empezará a contar a partir de la ejecutoria del acto administrativo que declara la caducidad del contrato[[18]](#footnote-18); y el literal k) establece que la inhabilidad se extenderá por cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que declare el incumplimiento por parte del interventor al deber de entregar información a la entidad contratante[[19]](#footnote-19). Conforme a esto, no fue accidental que el legislador, en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, dispusiera que la inhabilidad se configura con la *publicación* del acto administrativo que impone la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, y no cuando la entidad lo declara en el acto administrativo.

En este orden, la inhabilidad por incumplimiento reiterado de la Ley 1474 de 2011 se configura una vez se cumplan los supuestos del artículo 90 *ibidem*, modificado por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, es decir, que la persona haya sido objeto de declaratoria de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años; y que el acto administrativo que la impone haya sido publicado en el Registro Único de Proponentes. Tales incumplimientos, de conformidad con la posición hermenéutica explicada y adoptada por el la Agencia Nacional de Contratación Pública, deberán ser posteriores al 25 de mayo de 2019, fecha de entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019.

**2.3. Reporte, registro y publicación de sanciones por cláusula penal pecuniaria en el Registro Único de Proponentes**

El artículo 6.2 de la Ley 1150 de 2007 obliga a las entidades públicas a reportar a la Cámara de Comercio correspondiente la información sobre contratos, multas y sanciones[[20]](#footnote-20). Esta norma pretende poner en conocimiento de todos los participantes del sistema de compras públicas la información de sanciones y multas impuestas a los inscritos en el RUP, como una forma de ejercer control a la ejecución de los contratos suscritos por las entidades estatales. Dicha obligación también es congruente con el artículo 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 218 del Decreto 19 de 2012, que estableció los deberes de publicar en el SECOP y de comunicar a las Cámaras de Comercio, la parte resolutiva, de los actos que impongan multas y sanciones, entre otras decisiones[[21]](#footnote-21).

En la Ley 80 de 1993 se observa la voluntad del legislador de divulgar el comportamiento contractual de los participantes en el sistema de compras públicas. En este contexto, el artículo 6.2 de la Ley 1150 de 2007 constituye un desarrollo material de los principios aplicables a las actuaciones contractuales en los términos del artículo 23 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[22]](#footnote-22). Entre otros, la Ley 80 de 1993 concreta el principio de transparencia de la actividad contractual, objeto de regulación expresa en el artículo 24 *ibidem*, que guarda estrecha relación con el de publicidad, el cual rige el ejercicio de la función administrativa, según el artículo 209 de la Constitución Política.

Ahora bien, el numeral 6.2. de la Ley 1150 de 2007 estableció la información que deberá registrarse en el Registro Único de Proponentes, precisando que «Las entidades estatales enviarán mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio, la información concerniente a los contratos, su cuantía, cumplimiento, *multas y sanciones* relacionadas con los contratos que hayan sido adjudicados, los que se encuentren en ejecución y los ejecutados» (Énfasis fuera de texto). Así las cosas, teniendo en cuenta el objeto de la consulta, corresponde determinar si la cláusula penal pecuniaria está comprendida dentro de la expresión «multas y sanciones» contenida en la norma anteriormente citada.

Para responder este interrogante debe precisarse que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 se refiere al debido proceso como un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. Esta norma, además de autorizar la imposición unilateral de multas, también dispone que las entidades «[…] podrán declarar el incumplimiento con el propósito de 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[[23]](#footnote-23) en relación con las diferencias entre las multas y la cláusula penal, pues «[a]unque […] 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».

De la cita debe concluirse que la cláusula penal pecuniaria tiene carácter sancionatorio, pues del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 se infiere dicha naturaleza, dado que constituye la consecuencia jurídica de la declaratoria de incumplimiento del contrato. Es claro que con ella se penaliza el incumplimiento definitivo del contrato a partir de una estimación anticipada de los perjuicios que se ocasionen a la entidad contratante. Por ello, conforme a lo previsto en el artículo 1599 del Código Civil, la doctrina también sostiene que «[…] Igualmente, aun en el caso de constituir una estimación anticipada de los perjuicios, en la medida que el acreedor se releva de la obligación de demostrar los perjuicios que le fueron causados, también se vislumbra su carácter sancionatorio»[[24]](#footnote-24).

Esta naturaleza se infiere del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, pues dispone 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 cual se desprende también del artículo 90 *ibidem* cuando el incumplimiento reiterado se asocia a una inhabilidad para celebrar contratos. Por tanto, conforme al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, dado que la imposición unilateral de la cláusula penal pecuniaria tiene carácter sancionador, el acto administrativo que la declara también debe reportarse a la cámara de comercio de acuerdo con el artículo 6.2 de la Ley 1150 de 2007.

En este punto, se estima pertinente indicar que la norma anteriormente citada consagró una atribución reglamentaria sobre el tema. Para estos efectos dispuso que «Las condiciones de remisión de la información y los plazos de permanencia de la misma en el registro serán señalados por el Gobierno Nacional». Actualmente, este mandato se desarrolla en el artículo 14 del Decreto 1510 de 17 de julio de 2013, compilado posteriormente en el artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015. Este dispone lo siguiente:

Las Entidades Estatales deben enviar mensualmente a las cámaras de comercio de su domicilio, copia de los actos administrativos en firme, por medio de los cuales impusieron multas y sanciones y de las inhabilidades resultantes de los contratos que hayan suscrito, y de la información de los Procesos de Contratación en los términos del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007. Para el efecto las cámaras de comercio pueden establecer mecanismos electrónicos para recibir la información mencionada. El registro de las sanciones e inhabilidades debe permanecer en el certificado del RUP por el término de la sanción o de la inhabilidad. La información relativa a multas debe permanecer en el certificado del RUP por un año, contado a partir de la publicación de la misma.

Las cámaras de comercio deben tener un mecanismo de interoperabilidad con el SECOP para el registro de la información de que trata el presente artículo.

La norma precisa los elementos para cumplir con el artículo 6.2. de la Ley 1150 de 2007, los cuales se concretan en los siguientes tres (3) puntos: i) *reporte* de las multas y sanciones por parte de las entidades estatales, ii) *registro* de las multas y sanciones en el RUP por parte de las Cámaras de Comercio y iii) *término de permanencia* de las anotaciones en el registro. En relación con el *reporte*, la norma impone la obligación a las entidades estatales de enviar mensualmente a las cámaras de comercio del lugar de su domicilio, copia de los actos administrativos en firme que impusieron multas y sanciones y de las inhabilidades que deriven de los contratos suscritos, a través de los mecanismos que para el efecto disponga la cámara respectiva.

Respecto al *registro*¸ la disposición estableció la obligación a las cámaras de comercio de registrar las sanciones e inhabilidades remitidas por las entidades estatales en el RUP, con el propósito de concretar aspectos de publicidad y transparencia en la actividad contractual. Finalmente, en relación con el *término,* es decir, el periodo en que debe constar la anotación correspondiente, la norma estableció que las sanciones e inhabilidades permanecerán en el registro por el término de la sanción o inhabilidad, según el caso. Igualmente, estableció que en el caso de las multas, deberán permanecer publicadas por el término de un año, contado a partir de la publicación de la misma.

Para efectos de la publicidad de las sanciones establecidas en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, el artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015 reguló únicamente el término de publicidad de las multas. En este contexto, ¿qué información sancionatoria debe aparecer en el RUP? Al respecto, es necesario tener en cuenta que el artículo 2.2.1.1.1.5.6 del Decreto 1082 de 2015 dispone que:

El certificado del RUP debe contener: (a) los bienes, obras y servicios para los cuales está inscrito el proponente de acuerdo con el Clasificador de Bienes y Servicios; (b) los requisitos e indicadores a los que se refiere el artículo 2.2.1.1.1.5.3del presente decreto; (c) la información relativa a contratos, multas, sanciones e inhabilidades; y (d) la información histórica de experiencia que el proponente ha inscrito en el RUP. Las cámaras de comercio expedirán el certificado del RUP por solicitud de cualquier interesado. Las Entidades Estatales podrán acceder en línea y de forma gratuita a la información inscrita en el RUP.

[…]

La norma trascrita determinó que en el Registro Único de Proponentes deben inscribirse, entre otras, las multas, sanciones e inhabilidades. Conforme a lo explicado *ut supra*, la cláusula penal pecuniaria constituye una sanción, por lo que, previo *reporte* de las entidades estatales, las Cámaras de Comercio deben *registrarlas* en el RUP. Sin embargo, esta conclusión plantea una nueva inquietud sobre el *término de permanencia* de la anotación de la cláusula penal pecuniaria en el Registro Único de Proponentes. Lo anterior, considerando que el reglamento omitió señalar el tiempo que debe permanecer la anotación de la cláusula penal pecuniaria en el RUP. La respuesta a este interrogante plantea por los menos tres (3) escenarios de posibles soluciones:

La *primera respuesta* consiste en aplicar por analogía el término de publicación previsto para la multa en el artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015. Para la Agencia esta tesis no resulta conveniente, pues a pesar de que tanto la multa como la cláusula penal pecuniaria son manifestaciones del ejercicio de la potestad sancionatoria de las entidades públicas, estas no comparten la misma naturaleza jurídica. En efecto, la multa es de carácter conminatorio, mientras que la cláusula penal pecuniaria es de naturaleza compensatoria, pues con ella se pretende estimar anticipadamente el valor de los perjuicios causados al contratante frente al incumplimiento del contrato. En efecto, se tratan de figuras distintas de acuerdo con la regulación establecida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Por lo demás, considerando que –conforme al artículo 27 del Código Civil– «cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá a su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu», no es procedente extender el término establecido para las multas a la cláusula penal. Esto en la medida que el artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015 determinó la regla aplicable en materia de publicidad para las multas, excluyendo otra clase de sanciones pues, en caso contrario, no tendría efecto útil la discriminación prevista en el reglamento.

La *segunda respuesta* se relaciona con la publicidad ilimitada de la cláusula penal pecuniaria, esto es, que se certifique indefinidamente en el Registro Único de Proponentes la nota de la sanción impuesta. A juicio de la Agencia, dicha postura tampoco es adecuada en tanto que la publicidad de las anotaciones en el registro debe tener un límite temporal. Esta es la orientación general del inciso segundo del artículo 6.2 de la Ley 1150 de 2007, al disponer que los plazos de permanencia de la información en el registro serán señalados por el Gobierno Nacional. Por lo demás, 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 –art. 28, inciso final–, lo que también impediría que las anotaciones se certificaran indefinidamente[[25]](#footnote-25).

Por último, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente encuentra una *tercera respuesta* a partir del criterio de interpretación previsto en el artículo 30 del Código Civil. Esta norma dispone que «El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía» y que «Los pasajes oscuros de la Ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto».

Particularmente, el artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015 regula el deber de *reportar* las *sanciones* a la cámara de comercio, el cual se complementa con el artículo 2.2.1.1.1.5.7 *ibidem* sobre la obligación de *inscribirlas* en el RUP. Aunque el reglamento guarda silencio sobre el *término de permanencia* de las anotaciones en el registro respecto de las cláusulas penales, es necesario integrar el ordenamiento jurídico, ya que no es posible adoptar decisiones inhibitorias sobre la base del silencio, oscuridad o insuficiencia de las normas –art. 48 de la Ley 153 de 1887 (equivalente al art. 4 del Código de Napoleón).

Por ello, cuando el ordenamiento no resuelve completamente un caso, dejando sin considerar algún elemento, corresponde al operador jurídico *completar* el precepto, obteniendo de algún modo la regIa para resolver la controversia bajo examen. Por ello, la doctrina foránea explica que «Cuando la ley es clara, hay que seguirla; cuando es oscura, se han que examinar detalladamente sus disposiciones. *A falta de ley, hay que tener en cuenta la costumbre o la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural ante el silencio, la contradicción o la oscuridad de las leyes positivas*»[[26]](#footnote-26) (Énfasis fuera de texto). Esto también es congruente con el artículo 230 de la Constitución Política de 1991 que consagra la equidad como un criterio auxiliar, así como con el artículo 32 del Código Civil en la medida que «[…] se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural».

Esta referencia «al espíritu general de la legislación y a la equidad natural» descarta la posibilidad de que la anotación de la cláusula penal se realice en el registro de forma indefinida, pues si el reglamento consagró un plazo limitado para las multas, no se encuentra una justificación razonable para el tratamiento diferenciado respecto al cobro unilateral de los perjuicios compensatorios estimados anticipadamente. Por lo demás, en la medida que las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una naturaleza jurídica distinta, tampoco existe una base razonable para aplicar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887[[27]](#footnote-27).

En este punto, es necesario integrar el artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015 con el artículo 90 de la Ley 1474 de 2020. Al respecto, este último dispone que la inhabilidad por incumplimiento reiterado se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la publicación del acto administrativo que impone la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. Dado que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispone que las entidades estatales podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal, esta es una de las sanciones contractuales que deben *reportarse* a la cámara de comercio e *inscribirse* en RUP de acuerdo con el artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015. Ahora bien, considerando que el reglamento guardó silencio sobre el *término de permanencia* de la anotación de la cláusula penal pecuniaria, la Agencia estima que esta deberá constar en el registro por un término de tres (3) años contados a partir de la publicación de la misma.

Esta postura permite armonizar el Decreto Único Reglamentario del Sector de Planeación Nacional con el Estatuto Anticorrupción –incluyendo sus modificaciones posteriores–, ya que –conforme a lo explicado *ut supra*– es necesaria la publicidad de las sanciones contractuales, especialmente, cuando el incumplimiento reiterado genera una inhabilidad para contratar con el Estado en los términos del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 –modificado por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019–. Esta forma de integrar el ordenamiento también es congruente con el artículo 30 del Código Civil, pues mediante este parámetro hermenéutico la norma –equivalente en la codificación chilena de 1855– pretendió que «Las expresiones equívocas u oscuras deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos que con relación a la materia de que se trata ha empleado el autor en otras partes del mismo escrito, o en otra ocasión semejante»[[28]](#footnote-28). Incluso, con esta pauta también se explicó que «Debe ser tal la interpretación, que entre todas las cláusulas del razonamiento haya la mayor consonancia; salvo que aparezca que en las últimas se ha querido modificar las primeras. Otro tanto se aplica a los diferentes tratados que se refieren a un mismo asunto»[[29]](#footnote-29).

Partiendo de la falta de regulación sobre el *término de permanencia* de la anotación de la cláusula penal pecuniaria en el artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015 este es el criterio que la Agencia, en ejercicio de la función consultiva, estima adecuado para llenar el vacío reglamentario. Lo anterior sin desconocer la posibilidad de otras posturas igualmente persuasivas, y sin perder de vista que –en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 189.11 superior– el Gobierno nacional podría establecer un plazo distinto. En todo caso, la inhabilidad prevista en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 se hará explícita en el Registro Único de Proponentes cuando a ello haya lugar.

Sin embargo, conforme al artículo 2.2.1.1.1.5.5 del Decreto 1082 de 2015, es necesario tener en cuenta que «*La Superintendencia de Industria y Comercio autorizará* el formulario de solicitud de registro en el RUP y *el esquema gráfico del certificado que para el efecto le presenten las cámaras de comercio*» (Énfasis fuera de texto). Por tanto, también se exhorta al peticionario a que plantee esta inquietud a la SIC, ya que es el órgano que tiene la competencia para estandarizar el esquema gráfico del Registro Único de Proponentes.

**3. Respuestas**

«Establece el Artículo 2.2.1.1.1.5.7. Información de multas, sanciones, inhabilidades y actividad contractual del Decreto 1082 de 2015, que (...)"El registro de las sanciones e inhabilidades debe permanecer en el certificado del RUP por el término de la sanción o de la inhabilidad. La información relativa a multas debe permanecer en el certificado del RUP por un año, contado a partir de la publicación de la misma"(....) sin embargo la norma no establece cúal sería el término de publicación en el RUP para el caso de imposición de cláusula penal por incumplimiento.

Si bien es cierto que la norma en comento indica que el registro de la sanción en el RUP del contratista deberá ser por el término de la misma, no existe disposición legal en la cláusula penal por incumplimiento que permita establecerlo desde el acto administrativo y siendo un tema de sanciones no existe una pretendida liberalidad para establecerla por parte de la entidad estatal, máxime cuando no existe disposición normativa que establezca unos márgenes para el operador que la fija.

Poder definir el término de duración del registro de la sanción por cláusula penal en el RUP, resulta de capital importancia por los efectos que tiene el mencionado registro en la determinación de las futuras inhabilidades a las que podría estar sujeto el contratista conforme lo establece el artículo 90 de la ley 1474 de 2011 que fue modificado por el artículo. 43, Ley 1955 de 2019».

De acuerdo con el razonamiento precedente, el artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015 regula el deber de *reportar* las *sanciones* a la cámara de comercio, el cual se complementa con el artículo 2.2.1.1.1.5.7 *ibidem* sobre la obligación de *inscribirlas* en el RUP. Aunque el reglamento guarda silencio sobre el *término de permanencia* de las anotaciones en el registro respecto a las cláusulas penales, es necesario integrar el ordenamiento jurídico, ya que no es posible adoptar decisiones inhibitorias sobre la base del silencio, oscuridad o insuficiencia de las normas –art. 48 de la Ley 153 de 1887 ( equivalente al art. 4 del Código de Napoleón)–. Por ello, cuando el ordenamiento no resuelve completamente un caso, dejando sin considerar algún elemento, corresponde al operador jurídico *completar* el precepto, obteniendo de algún modo la regIa para resolver la controversia bajo examen.

 Para estos efectos, se descarta la posibilidad de que la anotación de la cláusula penal se realice en el registro de forma indefinida, pues si el reglamento consagró un plazo limitado para las multas, no se encuentra una justificación razonable para el tratamiento diferenciado respecto al cobro unilateral de los perjuicios compensatorios estimados anticipadamente. Lo anterior, además se fundamenta en que el numeral 6.2 de la Ley 1150 de 2007, refiriéndose, entre otros, a la información sobre «multas y sanciones» señaló que «las condiciones de remisión de la información *y los plazos de permanencia de la misma* en el registro serán señalados por el Gobierno Nacional» (Cursiva fuera del original). Por lo demás, en la medida que las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una naturaleza jurídica distinta, tampoco existe una base razonable para aplicar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887.

En este punto, es necesario integrar el artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015 con el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 –modificado por el artículo 43 de la ley 1955 de 2019–. Al respecto, este último dispone que la inhabilidad por incumplimiento reiterado se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la publicación del acto administrativo que impone la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. Dado que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispone que las entidades estatales podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal, esta es una de las sanciones contractuales que deben *reportarse* a la cámara de comercio e *inscribirse* en RUP de acuerdo con el artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015. Ahora bien, considerando que el reglamento guardó silencio sobre el *término de permanencia* de la anotación de la cláusula penal pecuniaria, la Agencia estima que –de acuerdo a la pauta hermenéutica del artículo 30 del Código Civil– esta deberá constar en el registro por un término de tres (3) años contados a partir de la publicación de la misma.

Esta postura permite armonizar el Decreto Único Reglamentario del Sector de Planeación Nacional con el Estatuto Anticorrupción –incluyendo sus modificaciones posteriores–, ya que –conforme a lo explicado *ut supra*– es necesaria la publicidad de las sanciones contractuales, especialmente, cuando el incumplimiento reiterado genera una inhabilidad para contratar con Estado en los términos del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 –modificado por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019–. En este contexto, partiendo de la falta de regulación sobre el *término de permanencia* de la anotación de la cláusula penal pecuniaria en el artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015 este es el criterio que la Agencia, en ejercicio de la función consultiva, estima adecuado para llenar el vacío reglamentario. Lo anterior sin desconocer la posibilidad de otras posturas igualmente persuasivas, y sin perder de vista que –en ejercicio de la competencia prevista e/ /n el artículo 189.11 superior– el Gobierno nacional podría establecer un plazo distinto. En todo caso, la inhabilidad prevista en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 se hará explícita en el Registro Único de Proponentes cuando a ello haya lugar.

Sin embargo, conforme al artículo 2.2.1.1.1.5.5 del Decreto 1082 de 2015, es necesario tener en cuenta que «*La Superintendencia de Industria y Comercio autorizará* el formulario de solicitud de registro en el RUP y *el esquema gráfico del certificado que para el efecto le presenten las cámaras de comercio*» (Énfasis fuera de texto). Por tanto, también se exhorta al peticionario a que plantee esta inquietud a la SIC, ya que es el órgano que tiene la competencia para estandarizar el esquema gráfico del Registro Único de Proponentes.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nina María Padrón BallestasContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE/  |

1. El artículo 6 de la Ley 80 de 1993 expresa: «Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

»Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más». [↑](#footnote-ref-1)
2. El artículo 1502 del Código Civil prevé la capacidad legal como requisito para obligarse contractualmente, en los siguientes términos: «Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

»1o.) que sea legalmente capaz.

[…]

»La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra». [↑](#footnote-ref-2)
3. En tal sentido, José Luis Benavides comenta que «Aunque la mayoría de las reglas limitativas de la responsabilidad contractual se aplican a la administración, existen también algunas restricciones importantes a la capacidad de los contratistas: *el régimen de inhabilidades e incompatibilidades* (1) y la obligación de ciertos proponentes de inscribirse en el *registro único* (2)» (BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Entre el Derecho público y el Derecho privado. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 278). [↑](#footnote-ref-3)
4. BARRETO ROZO, Antonio Alejandro. Inhabilidades de la contratación estatal, efectos y neopunitivismo en el Estatuto Anticorrupción. En: ALVIAR GARCÍA, Helena (Coordinadora). Nuevas tendencias del Derecho administrativo. Bogotá: Universidad de los Andes; Temis, 2016. pp. 63-99. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ibíd., p. 69. [↑](#footnote-ref-5)
6. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1039 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto. La Corte ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras. [↑](#footnote-ref-6)
7. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Expediente: 2251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-7)
8. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-8)
9. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Exp. 24.057. C.P. Olga Melida Valle De De La Hoz. [↑](#footnote-ref-9)
10. AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Concepto de 11 de diciembre de 2019. Radicado de entrada No. 4201912000007060, Radicado de salida No. 2201913000009165. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ley 153 de 1887 «Artículo 2. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior». [↑](#footnote-ref-11)
12. Constitución Política de Colombia «Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

[…]

»Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio».

»En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

 […]

»Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social». [↑](#footnote-ref-12)
13. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C -619 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: «La noción de derecho adquirido se contrapone a la de mera expectativa. Por derecho adquirido ha entendido la doctrina y la jurisprudencia aquel derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hace parte de él, y que por lo mismo, no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente.

»Lo anterior conduce a afirmar que el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación o integridad, está garantizada, en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción.

»Ajusta mejor con la técnica denominar 'situación jurídica concreta o subjetiva', al derecho adquirido o constituido de que trata la Constitución en sus artículos 30 y 202; y 'situación jurídica abstracta u objetiva', a la mera expectativa de derecho. Se está en presencia de la primera cuando el texto legal que la crea ha jugado ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una persona en el momento en que ha entrado a regir una ley nueva. A la inversa, se está frente a la segunda, cuando el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona». [↑](#footnote-ref-13)
14. AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Concepto de 3 de octubre de 2019, Radicado de entrada No. 4201913000005694, Radicado de salida No. 2201913000007385. [↑](#footnote-ref-14)
15. Dicha naturaleza sancionatoria de la inhabilidad por incumplimiento reiterado, la hace asimilable a una pena en los términos del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, que dispone que para efectos de determinar la pena procedente la infracción correspondiente deberá ser castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido. Este artículo señala que: «En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

»Exceptúanse de esta disposición:

»1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y

»2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo á la ley bajo la cual se hubiere cometido». [↑](#footnote-ref-15)
16. Constitución Política de Colombia «Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

»Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

»En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable […]». [↑](#footnote-ref-16)
17. Ley 1437 de 2011 «Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

»Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

»1. 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 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 […]». [↑](#footnote-ref-17)
18. Ley 80 de 1993: «Artículo 8 De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar:

[…]

»c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

[…]

»Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación, de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma». [↑](#footnote-ref-18)
19. Ley 80 de 1993: »Artículo 8 De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar

»k) El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

»Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente». [↑](#footnote-ref-19)
20. En lo pertinente, la norma dispone que «Las entidades estatales enviarán mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio, la información concerniente a los contratos, su cuantía, cumplimiento, multas y sanciones relacionadas con los contratos que hayan sido adjudicados, los que se encuentren en ejecución y los ejecutados.

»Las condiciones de remisión de la información y los plazos de permanencia de la misma en el registro serán señalados por el Gobierno Nacional.

»El servidor público encargado de remitir la información, que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta». [↑](#footnote-ref-20)
21. Ley 80 de 1993: «Artículo 31. De la publicación de los actos y sentencias sancionatorias. <Artículo modificado por el artículo [218](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0019_2012_pr004.html#218) del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> La parte resolutiva de los actos que declaren Ia caducidad, impongan multas, sanciones o declaren el incumplimiento, una vez ejecutoriados, se publicarán en el SECOP y se comunicarán a Ia cámara de comercio en que se encuentre inscrito el contratista respectivo. También se comunicarán a Ia Procuraduría General de Ia Nación». [↑](#footnote-ref-21)
22. Ley 80 de 1993: «Artículo 23. De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo». [↑](#footnote-ref-22)
23. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17.009, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-23)
24. VELÁSQUEZ GOMÉZ, Hernán Darío. Estudio sobre las obligaciones. Bogotá: Temis, 2010. p. 917. [↑](#footnote-ref-24)
25. Para la Corte Constitucional, de acuerdo con lo explicado en la Sentencia C-407 de 2020, la prohibición del inciso final del artículo 28 superior «[…] tiene por objeto eliminar las penas y medidas de seguridad que no tengan un término final. Es un mandato constitucional que erradica cualquier posibilidad de penas y medidas de seguridad que no cesen en el tiempo. Esta idea es un corolario de la dignidad de la persona […]». Esta prohibición también regiría en materia contractual, ya que el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 dispone que «El debido proceso se aplicara a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas». [↑](#footnote-ref-25)
26. PORTALIS, Jean-Étienne. Discurso preliminar sobre el proyecto de Código Civil. Consultado el 24 de marzo de 2022 en la página <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19797/discurso_portalis_hd31_2014.pdf>. [↑](#footnote-ref-26)
27. Esta norma dispone que «Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho». [↑](#footnote-ref-27)
28. BELLO, Andrés. Principios de Derecho Internacional. Consultado el 24 de marzo de 2022 en la página web <https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/principios-de-derecho-internacional-volumen-iv--0/html/ff25acaa-82b1-11df-acc7-002185ce6064_76.html#I_19>. \_ [↑](#footnote-ref-28)
29. *Ibidem.* [↑](#footnote-ref-29)