**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Concepto – Marco jurídico**

[…] las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, también se les conoce como «exorbitantes». Etimológicamente, esta palabra viene del latín: se compone del prefijo *ex*, que indica separación o movimiento de salida, y la raíz de la palabra *orbita*, relacionado con el curso de los astros, un derivado de la palabra *orbis*, que significa circunferencia. En esta medida, lo exorbitante es lo que se sale excesivamente de su ritmo o medida habitual. Para la doctrina, estas cláusulas son exorbitantes bien porque son poco habituales en los contratos entre particulares o porque, pactadas en los mismos, están viciadas de nulidad. Por ejemplo, las cláusulas de caducidad, interpretación unilateral, modificación unilateral, etc. están prohibidas en contratos sometidos al derecho privado, ya que no derogan las leyes de orden público –artículo 16 del Código Civil–, existe objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación –artículo 1519 del Código Civil– y, por tanto, están viciadas de nulidad absoluta –artículo 1741 del Código Civil–. En este sentido, las cláusulas exorbitantes se reservan a los contratos autorizados por la ley, pues son poderes derogatorios del derecho común y requieren una norma excepcional como la citada *ut supra*.

**CADUCIDAD – Presupuestos – Consecuencias**

[…] cláusula excepcional de caducidad, pues es la sanción más severa que existe en la contratación estatal. Esta 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 del contrato por otros medios, señalados en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

[…]

Las consecuencias jurídicas que se generan con la caducidad son: i) la terminación del contrato, ii) la iniciación del trámite de liquidación bilateral –y unilateral, si fracasa la bilateral–, iii) la inhabilidad sobreviniente por cinco (5) años, iv) la efectividad de la garantía única de cumplimiento y v) el reporte en el SECOP, a la 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 (RUP).

**TERMINACIÓN UNILATERAL – Presupuestos**

[…] la terminación unilateral anticipada del contrato puede decretarse ante la ocurrencia de alguno de los supuestos fácticos del artículo 17 de la misma Ley. Estos supuestos son: i) razones de servicio público o de orden público, ii) muerte o incapacidad física permanente del contratista –persona natural– o disolución de la persona jurídica, iii) interdicción judicial o declaratoria de quiebra del contratista y iv) cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista, que afecten gravemente la ejecución del contrato.

De otro lado, un caso especial de terminación unilateral del contrato se encuentra previsto en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, que obliga a las entidades estatales a terminar el contrato, mediante acto administrativo, cuando se configure alguna de las causales de nulidad absoluta indicadas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 del Estatuto General, es decir: i) cuando el contrato se haya celebrado con personas afectadas por inhabilidades o incompatibilidades, ii) cuando el contrato se haya perfeccionado contraviniendo una prohibición legal o con desviación de poder y iii) cuando se declare la nulidad de los actos administrativos en los que se fundamente la celebración del contrato.

**IMPOSICIÓN DE MULTAS – Concepto**

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

[…]

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, 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».

**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011**

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

De conformidad con lo anterior, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las etapas del procedimiento que se deben seguir, las cuales se sintetizan, de forma esquemática, así: i) *citación a audiencia*. Es necesario mencionar expresa y detalladamente los hechos que la soportan, así como, también, adjuntar el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación, enunciar las normas o cláusulas posiblemente violadas y referir las consecuencias que podrían recaer sobre el contratista en el desarrollo de la actuación. ii) *Audiencia*. En la diligencia intervendrá el jefe de la entidad o su delegado y, posteriormente, se le concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente y al garante, en caso de ser necesario, para que estos presenten sus descargos, aporten y controviertan pruebas y rindan las explicaciones del caso; y iii) *Decisión*. Debe estar contenida en resolución motivada donde se consigne, por un lado, lo ocurrido en el desarrollo de la diligencia y, por el otro, lo relativo a la imposición o no de multas y sanciones o la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal. Contra la decisión únicamente procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma diligencia. Ambas decisiones se entenderán notificadas en audiencia. Lo anterior, por supuesto, sin perjuicio del control judicial que podría llegar a efectuarse.

**MODALIDAD DE SELECCIÓN DE MÍNIMA CUANTÍA – Características del procedimiento de selección**

La mínima cuantía es una modalidad de selección en virtud de la cual la entidad estatal realiza una convocatoria pública para recibir ofertas de bienes, obras o servicios cuyo valor no excede el diez por ciento (10%) de la menor cuantía. Esta modalidad de selección fue creada en el 2011 por la Ley 1450, modificada por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 – que adicionó el numeral 5º al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007–, estableciendo que el factor determinante para llevar a cabo tal procedimiento es la cuantía –calculada como presupuesto oficial a partir del estudio del sector–, «independientemente de su objeto».

**MODALIDAD DE SELECCIÓN DE MÍNIMA CUANTÍA – Ley 2069 de 2020**

[…] el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia» modificó el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. En esencia, esta disposición conserva a grandes rasgos el procedimiento previsto en el derogado artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, definiendo aspectos tales como: i) el término mínimo para publicar la invitación, ii) el plazo mínimo de recepción de las ofertas, iii) el factor de evaluación que define la selección del proponente y iv) el perfeccionamiento del contrato, las entidades deben estructurar sus procedimientos de selección de acuerdo con estos parámetros.

En este sentido, el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia», modificó el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. En esencia, esta disposición conserva a grandes rasgos el procedimiento previsto en el derogado artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, definiendo aspectos tales como: i) el término mínimo para publicar la invitación, ii) el plazo mínimo de recepción de las ofertas, iii) el factor de evaluación que define la selección del proponente y iv) el perfeccionamiento del contrato. De tal manera, las entidades deban estructurar sus procedimientos de selección de acuerdo con estos parámetros.

Aludiendo expresamente al desarrollo reglamentario, el parágrafo primero introduce el siguiente cambio: «Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones a Mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional» (Énfasis fuera de texto). Como se observa, este parágrafo dispone que el reglamento es importante para regular: i) las «particularidades del procedimiento de selección» y ii) la posibilidad de realizar estas adquisiciones a Mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de «gran almacén». En concordancia con lo anterior el parágrafo segundo señala que la contratación a la que se refiere el artículo 30 se realizará exclusivamente con las reglas contempladas en el mismo y en su reglamentación. La reglamentación a la cual se refieren las disposiciones estudiadas fue realizada mediante el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021 –que modificó el Decreto 1082 de 2015–, pero solo resulta aplicable para los procesos de mínima cuantía cuya invitación se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición, es decir, a partir del 24 de marzo de 2022, teniendo en cuenta la vigencia fijada en el artículo 8 del Decreto citado.

**MODALIDAD DE SELECCIÓN DE MÍNIMA CUANTÍA – Ley 2069 de 2020 – parágrafo 1 y 2 del artículo 30**

Aludiendo expresamente al desarrollo reglamentario, el parágrafo primero introduce el siguiente cambio: «Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones a Mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional» (Énfasis fuera de texto). Como se observa, este parágrafo dispone que el reglamento es importante para regular: i) las «particularidades del procedimiento de selección» y ii) la posibilidad de realizar estas adquisiciones a Mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de «gran almacén». En concordancia con lo anterior el parágrafo segundo señala que la contratación a la que se refiere el artículo 30 se realizará exclusivamente con las reglas contempladas en el mismo y en su reglamentación. La reglamentación a la cual se refieren las disposiciones estudiadas fue realizada mediante el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021 –que modificó el Decreto 1082 de 2015–, pero solo resulta aplicable para los procesos de mínima cuantía cuya invitación se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición, es decir, a partir del 24 de marzo de 2022, teniendo en cuenta la vigencia fijada en el artículo 8 del Decreto citado.

Esta Subdirección considera que si bien las disposiciones contenidas en los parágrafos primero y segundo del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 establecen una sujeción de los procesos de selección que se adelanten bajo la modalidad de mínima cuantía a las normas que se definan en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional –en este caso el Decreto 1860 de 2021–, esta sujeción al procedimiento definido en el reglamento no equivale a una exclusión de las demás reglas aplicables de forma transversal a todos los procesos de selección o que exceptúen las normas generales que rigen en la ejecución de los contratos estatales. Al respecto, cabe resaltar que los dos parágrafos remiten al reglamento en lo concerniente al procedimiento a seguir, pero nada se señala respecto de las normas sustantivas aplicables al contrato.





Bogotá D.C., 12 de abril de 2022

Doctor

**César Augusto Sánchez García**

Tocaima – Cundinamarca

 **Concepto C ‒ 195 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Concepto – Marco jurídico / CADUCIDAD – Consecuencias – Presupuestos / TERMINACIÓN UNILATERAL – Presupuestos / IMPOSICIÓN DE MULTAS – Concepto / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO CONTRACTUAL - Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 / MODALIDAD DE SELECCIÓN DE MÍNIMA CUANTÍA – Ley 2069 de 2020 / MODALIDAD DE SELECCIÓN DE MÍNIMA CUANTÍA – Ley 2069 de 2020 – parágrafo 1 y 2 |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20220228001964 |

Estimado señor Sánchez:

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 28 de febrero del 2022.

1. **Problema planteado**

En relación con los procesos de mínima cuantía y la aplicación de las cláusulas excepcionales contempladas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y del procedimiento de imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, usted formula la siguiente consulta:

«1). ¿Las normas de carácter general relacionadas con las cláusulas excepcionales al derecho común (Art 14.2 Ley 80 de 1993), aplican en un contrato de mínima cuantía?

2). ¿Las normas de carácter general relacionadas con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento (Art 86 Ley 1474 de 2011), aplican en un contrato de mínima cuantía?

3). ¿Las normas de carácter general relacionadas con la cláusula excepcional de “ CADUCIDAD” (Art 14.2 Ley 80 de 1993), aplican en un contrato de mínima cuantía?

4). ¿Cuáles son los efectos de las normas de carácter general relacionadas con las cláusulas excepcionales al derecho común (Art 14.2 Ley 80 de 1993), en un contrato de mínima cuantía?

5). ¿Cuáles son los efectos de las normas de carácter general relacionadas con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento (Art 86 Ley 1474 de 2011), en un contrato de mínima cuantía?

6). ¿Cuáles son los efectos de las normas de carácter general relacionadas con la cláusula excepcional de “ CADUCIDAD” (Art 14.2 Ley 80 de 1993), en un contrato de mínima cuantía?». (SIC)

1. **Consideraciones**

Con el fin de resolver su consulta, se analizarán los siguientes temas: i) las potestades excepcionales de las entidades en el marco del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ii) procedimiento administrativo sancionatorio contractual previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y iii) el procedimiento de selección de mínima cuantía y los cambios introducidos por la Ley 2069 de 2020.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos C-147 del 17 de marzo de 2020, C-219 del 29 de abril de 2020, C-434 del 29 de julio de 2020, C-569 del 31 de agosto de 2020, C-641 del 4 de noviembre de 2020, C-060 del 8 de marzo de 2021, C-528 del 5 de abril de 2021, C-035 y C-040 del 2 de marzo de 2022 y C-061 del 8 de marzo de 2022 estudió la potestad sancionatoria de las entidades estatales y el procedimiento administrativo que deben efectuar para declarar el incumplimiento y aplicar las sanciones correspondientes, destacando la necesidad de garantizar el debido proceso. Así mismo, los conceptos C-005 del 16 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-126 del 06 de abril de 2021, C-127 del 06 de abril de 2021, C-144 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-163 y C-164 del 19 de abril de 2021, C-242 del 25 de mayo de 2021, C-496 del 14 de septiembre de 2021 y C- 573 de 13 de octubre de 2021, se analizó el alcance del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020. Las ideas expuestas en dichas oportunidades se reiteran a continuación, complementándolas con algunas ideas relativas a la consulta realizada.

**2.1.** **Las potestades excepcionales de las entidades estatales en el marco del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Artículo 14 de la Ley 80 de 1993**

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 y realizan las actividades propias de vigilancia y control. Entre dichas potestades se encuentran: i) las cláusulas excepcionales consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en las cuales se incluye 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.

Las primeras potestades, esto es, las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, también se les conoce como «exorbitantes». Etimológicamente, esta palabra viene del latín: se compone del prefijo *ex*, que indica separación o movimiento de salida, y la raíz de la palabra *orbita*, relacionado con el curso de los astros, un derivado de la palabra *orbis*, que significa circunferencia. En esta medida, lo exorbitante es lo que se sale excesivamente de su ritmo o medida habitual[[1]](#footnote-1). Para la doctrina, estas cláusulas son exorbitantes bien porque son poco habituales en los contratos entre particulares o porque, pactadas en los mismos, están viciadas de nulidad[[2]](#footnote-2). Por ejemplo, las cláusulas de caducidad, interpretación unilateral, modificación unilateral, etc. están prohibidas en contratos sometidos al derecho privado, ya que no derogan las leyes de orden público –artículo 16 del Código Civil–, existe objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación –artículo 1519 del Código Civil– y, por tanto, están viciadas de nulidad absoluta –artículo 1741 del Código Civil–. En este sentido, las cláusulas exorbitantes se reservan a los contratos autorizados por la ley, pues son poderes derogatorios del derecho común y requieren una norma excepcional como la citada *ut supra*.

Como lo explica la jurisprudencia, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 dispone cuatro (4) grupos de contratos en los cuales es diferente el régimen de estas facultades[[3]](#footnote-3). El *primer grupo* corresponde a los contratos en los que es obligatorio incluir poderes exorbitantes y está formado por aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra[[4]](#footnote-4). En estas tipologías, conforme a la clasificación del artículo 1501 del Código Civil, los poderes corresponden a cláusulas de la naturaleza, es decir, aquellas que –frente al silencio del pliego de condiciones o del contrato– forman parte del negocio en virtud de la ley[[5]](#footnote-5), considerando la relación directa de estos contratos con la eficiente prestación de los servicios públicos, los poderes exorbitantes de este grupo son irrenunciables.

El *segundo grupo* está conformado por los contratos en que estas facultades son potestativas, lo cual aplica a los contratos de suministro y de prestación de servicios. Si bien todas las entidades deben cumplir con los fines del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, en este caso existe una relación indirecta con la prestación de los servicios públicos, por lo que estas cláusulas no son obligatorias. En este grupo, la ley no suple el silencio del pliego de condiciones o del contrato, pues –conforme al artículo 1501 del Código Civil– son elementos accidentales que requieren pacto expreso. Así las cosas, en caso de no se entenderán incluidas.

El *tercer grupo* corresponde a los contratos del parágrafo del artículo 14 del Estatuto General donde la ley prohíbe pactar de estos poderes, so pena de nulidad absoluta por objeto ilícito, como es el caso de los contratos con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; interadministrativos, en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no corresponden a las señaladas en el numeral 2° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como los contratos de seguro tomados por las entidades estatales.

Finalmente, el *cuarto grupo* está conformado por las tipologías que no se encuentran en alguno de los tres (3) grupos anteriormente comentados. Dado que la ley autoriza su ejercicio, no es posible fundamentar estos poderes en la autonomía de la voluntad. Por tanto, se entiende que también están prohibidos en este último grupo, ya que:

De un lado […], este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, […] el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales[[6]](#footnote-6).

En relación con dichas cláusulas, al analizarse el régimen sancionatorio contractual, se destaca la cláusula excepcional de caducidad, pues es la sanción más severa que existe en la contratación estatal. Esta 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 del contrato por otros medios, señalados en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. En cuanto a la oportunidad para su imposición, el Consejo de Estado precisó:

[…] al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico –que aquí claramente coinciden–, constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que «la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista…» y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado[[7]](#footnote-7).

Las consecuencias jurídicas que se generan con la caducidad son: i) la terminación del contrato, ii) la iniciación del trámite de liquidación bilateral –y unilateral, si fracasa la bilateral–, iii) la inhabilidad sobreviniente por cinco (5) años, iv) la efectividad de la garantía única de cumplimiento y v) el reporte en el SECOP, a la 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 (RUP).

 Así, dentro de los requisitos de orden legal que deben cumplirse para decretar la caducidad no hay uno que exija a las entidades estatales imponer multas previas al contratista, como condición *sine qua non* para la declaratoria de aquella. Es cierto 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 para declarar 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.

Aunque la caducidad y la terminación unilateral comparten la característica de ser cláusulas excepcionales que conducen al cese de la relación contractual, entre ambas hay diferencias importantes. De acuerdo con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la caducidad es una *sanción* que solo procede «[…] si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización» y que genera una inhabilidad para contratar con un término de cinco (5) años, de acuerdo con el artículo 8, numeral 1, literal c) de la Ley 80 de 1993. En cambio, la terminación unilateral anticipada del contrato puede decretarse ante la ocurrencia de alguno de los supuestos fácticos del artículo 17 de la misma Ley. Estos supuestos son: i) razones de servicio público o de orden público, ii) muerte o incapacidad física permanente del contratista –persona natural– o disolución de la persona jurídica, iii) interdicción judicial o declaratoria de quiebra del contratista y iv) cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista, que afecten gravemente la ejecución del contrato.

De otro lado, un caso especial de terminación unilateral del contrato se encuentra previsto en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, que obliga a las entidades estatales a terminar el contrato, mediante acto administrativo, cuando se configure alguna de las causales de nulidad absoluta indicadas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 del Estatuto General, es decir: i) cuando el contrato se haya celebrado con personas afectadas por inhabilidades o incompatibilidades, ii) cuando el contrato se haya perfeccionado contraviniendo una prohibición legal o con desviación de poder y iii) cuando se declare la nulidad de los actos administrativos en los que se fundamente la celebración del contrato.

Puede concluirse entonces que, en el marco del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, mientras la caducidad es una sanción contractual, la terminación unilateral no reviste carácter sancionatorio por inobservancia de los compromisos del contratista. En otras palabras, no es una consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del contrato estatal, sino que se trata de una cláusula excepcional que les permite a las entidades estatales salvaguardar los fines a los que atiende la celebración y ejecución del contrato. En consecuencia, así como en relación con la caducidad se explicó que no es un requisito legal la imposición previa de las multas, con mayor razón tampoco lo es para declarar la terminación unilateral, porque ni es una sanción ni es la consecuencia del incumplimiento de obligaciones durante la ejecución del contrato.

De lo anterior se desprende que tampoco es necesario surtir el procedimiento administrativo sancionatorio contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para declarar la terminación unilateral, porque esto no se encuentra dentro de los supuestos que determinan el ámbito de aplicación de dicho procedimiento, de acuerdo con el primer inciso del mencionado artículo. Por ende, al no ser una sanción por la inejecución o ejecución inadecuada del contrato, ni el resultado de un incumplimiento, y toda vez que también debe garantizarse el debido proceso, para declarar la terminación unilateral las entidades estatales deben adelantar el procedimiento administrativo común o general regulado en los artículos 34 al 45 de la Ley 1437 de 2011. Esto en virtud de la remisión efectuada por el primer inciso del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 a «[…] las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa» y del principio de subsidiariedad consagrado en los artículos 2 y 34 de la Ley 1437 de 2011, que establece que el procedimiento administrativo común o general se aplica cuando no existan normas especiales que regulen el trámite en sede administrativa.

El último grupo de potestades excepcionales –imposición unilateral de la multa o la cláusula penal–; por el contrario, cuentan con una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato[[8]](#footnote-8). No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus modificaciones–, por ministerio de la ley –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, se entienden investidas de la prerrogativa de imposición unilateral. Se reitera que la exorbitancia de las dos cláusulas transcritas –cláusula penal y multas– se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto. Esto último en la medida que dichas cláusulas son posibles y pueden pactarse en virtud de las normas civiles y comerciales.

En efecto, tratándose de las multas, en cumplimiento del principio de tipicidad, las partes deben determinar en forma pormenorizada las acciones u omisiones objeto de sanción y el monto de la sanción a imponer, el cual, en todo caso, debe atender los criterios de proporcionalidad y razonabilidad. En esa línea se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado:

De otro lado, según se ha expuesto, otras sanciones contractuales, como la multa y la cláusula penal, mantienen la libertad de pacto, es decir, que la ley no determina las conductas que las originan, y las partes pueden hacerlo con gran libertad -pero tampoco arbitrariamente-. Pese a este relajamiento del principio de legalidad fuerte, en todo caso se conserva el principio de tipicidad, según el cual las partes del negocio deben describir la conducta prohibida en la cláusula contractual. Además, también se mantiene el principio que impone que la conducta reprochable se establezca de manera previa a su realización –lex previa–, para evitar la arbitrariedad y el abuso de poder[[9]](#footnote-9).

De igual forma, en otra oportunidad el 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»[[10]](#footnote-10). De otro lado, la Corte Constitucional[[11]](#footnote-11) 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[[12]](#footnote-12), 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»[[13]](#footnote-13).

Estudiadas en términos generales las cláusulas excepcionales, incluyendo las regidas por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, esto es, la potestad de *imposición unilateral* de multas y la cláusula penal, corresponde analizar algunos aspectos del procedimiento administrativo sancionatorio contractual establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

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

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

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

De conformidad con lo anterior, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las etapas del procedimiento que se deben seguir, las cuales se sintetizan, de forma esquemática, así: i) *citación a audiencia*. Es necesario mencionar expresa y detalladamente los hechos que la soportan, así como, también, adjuntar el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación, enunciar las normas o cláusulas posiblemente violadas y referir las consecuencias que podrían recaer sobre el contratista en el desarrollo de la actuación. ii) *Audiencia*. En la diligencia intervendrá el jefe de la entidad o su delegado y, posteriormente, se le concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente y al garante, en caso de ser necesario, para que estos presenten sus descargos, aporten y controviertan pruebas y rindan las explicaciones del caso; y iii) *Decisión*. Debe estar contenida en resolución motivada donde se consigne, por un lado, lo ocurrido en el desarrollo de la diligencia y, por el otro, lo relativo a la imposición o no de multas y sanciones o la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal. Contra la decisión únicamente procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma diligencia. Ambas decisiones se entenderán notificadas en audiencia. Lo anterior, por supuesto, sin perjuicio del control judicial que podría llegar a efectuarse.

En este sentido, la entidad está facultada para cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista, previa declaración del mismo y luego de haberse surtido el trámite antes referido. 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 […]»[[15]](#footnote-15).

Como precisión, 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[[16]](#footnote-16). De ahí que las entidades de *régimen especial*[[17]](#footnote-17) 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[[18]](#footnote-18). 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 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–, 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[[19]](#footnote-19).

Además de lo anterior, pese a que la norma no establece un término mínimo previo entre el momento de la citación y la celebración de la audiencia, con la finalidad de respetar los principios de la función administrativa y el debido proceso, la citación debe otorgar un término razonable y suficiente para que el contratista y la aseguradora se preparen para ella y logren ejercer materialmente su derecho de defensa. En todo caso, la razonabilidad de dicho término dependerá de cada procedimiento y de la complejidad del material probatorio. Sin embargo, como lo expresa la doctrina, el término debe ser razonable y suficiente[[20]](#footnote-20).

**2.3****. Modalidad de selección de mínima cuantía. Cambios introducidos por la Ley 2069 y el Decreto 1860 de 2021**

La mínima cuantía es una modalidad de selección en virtud de la cual la entidad estatal realiza una convocatoria pública para recibir ofertas de bienes, obras o servicios cuyo valor no excede el diez por ciento (10%) de la menor cuantía. Esta modalidad de selección fue creada en el 2011 por la Ley 1450, modificada por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011[[21]](#footnote-21) –que adicionó el numeral 5º al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007–, estableciendo que el factor determinante para llevar a cabo tal procedimiento es la cuantía –calculada como presupuesto oficial a partir del estudio del sector–, «independientemente de su objeto»[[22]](#footnote-22).

Dicho de otro modo, la mínima cuantía es un procedimiento de selección excepcional[[23]](#footnote-23), porque es una excepción adicional a la regla general constituida por la licitación pública, pero se parece a esta en que también es un llamado general a presentar ofertas, efectuado por la entidad estatal interesada en contratar, aunque es distinta en otros aspectos, como su conducencia y su procedimiento; lo primero, porque solo procede por razón de una cuantía específica[[24]](#footnote-24), y lo segundo, porque sus requisitos, etapas y términos son peculiares. Cabe precisar que la disposición indicada en el párrafo anterior fue modificada por el artículo 42 de la Ley 1955 de 2019; sin embargo, la norma vigente que fundamenta la modalidad de mínima cuantía actualmente es el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, como se procederá a explicar.

En este sentido, el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia», modificó el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. En esencia, esta disposición conserva a grandes rasgos el procedimiento previsto en el derogado artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, definiendo aspectos tales como: i) el término mínimo para publicar la invitación, ii) el plazo mínimo de recepción de las ofertas, iii) el factor de evaluación que define la selección del proponente y iv) el perfeccionamiento del contrato. De tal manera, las entidades deben estructurar sus procedimientos de selección de acuerdo con estos parámetros.

Aludiendo expresamente al desarrollo reglamentario, el parágrafo primero introduce el siguiente cambio: «Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones a Mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional» (Énfasis fuera de texto). Como se observa, este parágrafo dispone que el reglamento es importante para regular: i) las «particularidades del procedimiento de selección» y ii) la posibilidad de realizar estas adquisiciones a Mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de «gran almacén». En concordancia con lo anterior el parágrafo segundo señala que la contratación a la que se refiere el artículo 30 se realizará exclusivamente con las reglas contempladas en el mismo y en su reglamentación. La reglamentación a la cual se refieren las disposiciones estudiadas fue realizada mediante el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021 –que modificó el Decreto 1082 de 2015–, pero solo resulta aplicable para los procesos de mínima cuantía cuya invitación se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición, es decir, a partir del 24 de marzo de 2022, teniendo en cuenta la vigencia fijada en el artículo 8 del Decreto citado.

Esta Subdirección considera que si bien las disposiciones contenidas en los parágrafos primero y segundo del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 establecen una sujeción de los procesos de selección que se adelanten bajo la modalidad de mínima cuantía a las normas que se definan en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional –en este caso el Decreto 1860 de 2021–, esta sujeción al procedimiento definido en el reglamento no equivale a una exclusión de las demás reglas aplicables de forma transversal a todos los procesos de selección o que exceptúen las normas generales que rigen en la ejecución de los contratos estatales. Al respecto, cabe resaltar que los dos parágrafos remiten al reglamento en lo concerniente al procedimiento a seguir, pero nada se señala respecto de las normas sustantivas aplicables al contrato.

Así las cosas, esta Agencia considera del análisis de los parágrafos primero y segundo del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 que las disposiciones contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública son aplicables a los procesos de mínima cuantía y a los contratos que se deriven de dichos procesos de selección aun cuando existan unas normas procedimentales que deben observarse de forma preferente establecidas en el artículo 30 citado y en su reglamentación. En efecto, una interpretación exegética de los parágrafos 1 y 2 del artículo 30, en la cual se entendiera que en virtud de esta disposición se excluye la aplicación de las normas sustantivas aplicables a todos los contratos llevaría a la existencia de una serie de vacíos respecto de diversas temáticas, en las que se incluye a modo de ejemplo y dado el objeto de la consulta los requisitos de ejecución del contrato, la supervisión o interventoría del contrato o la aplicación de cláusulas excepcionales, que esta Agencia considera que también se integran a los contratos derivados de los procesos de selección de mínima cuantía, de acuerdo con las normas que regulan estos contenidos en el EGCAP. Lo anterior, sin perjuicio de que existan reglas aplicables a procedimientos de selección específicos que, por tanto, no resultarían aplicables a los procesos de mínima cuantía o cuando se excluyen ciertos contenidos a procedimientos de selección o contratos celebrados bajo la modalidad de mínima cuantía; además, teniendo en cuenta que resulta prevalente la aplicación del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 y de su reglamentación, como lo establece el legislador en aquella disposición.

En efecto, teniendo en cuenta que los parágrafos primero y segundo del artículo 30 consagran una primacía de la aplicación del reglamento –Decreto 1860 del 2021– en los aspectos procedimentales, a los contratos celebrados como consecuencia de una proceso de selección de mínima cuantía les son aplicables las cláusulas excepcionales consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en el caso de que estas sean obligatorias, facultativas o prohibidas, de acuerdo con el objeto del contrato, como se explicó en los acápites precedentes. El mismo razonamiento aplica en relación con el procedimiento de imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en el sentido de que su aplicación no resulta afectada por el procedimiento de selección aplicado para la elección del contratista. En conclusión, lo explicado en los numerales 2.1 y 2.2 de este concepto aplica con independencia de que el contrato se hubiera celebrado con fundamento en un proceso de mínima cuantía.

1. **Respuestas:**

«1). ¿Las normas de carácter general relacionadas con las cláusulas excepcionales al derecho común (Art 14.2 Ley 80 de 1993), aplican en un contrato de mínima cuantía?

2). ¿Las normas de carácter general relacionadas con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento (Art 86 Ley 1474 de 2011), aplican en un contrato de mínima cuantía?

3). ¿Las normas de carácter general relacionadas con la cláusula excepcional de “ CADUCIDAD” (Art 14.2 Ley 80 de 1993), aplican en un contrato de mínima cuantía?

4). ¿Cuáles son los efectos de las normas de carácter general relacionadas con las cláusulas excepcionales al derecho común (Art 14.2 Ley 80 de 1993), en un contrato de mínima cuantía?

5). ¿Cuáles son los efectos de las normas de carácter general relacionadas con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento (Art 86 Ley 1474 de 2011), en un contrato de mínima cuantía?

6). ¿Cuáles son los efectos de las normas de carácter general relacionadas con la cláusula excepcional de “ CADUCIDAD” (Art 14.2 Ley 80 de 1993), en un contrato de mínima cuantía?». (SIC)

Dada la unidad temática de las preguntas, estas se responderán en bloque, de acuerdo con las consideraciones desarrolladas en este concepto. En este sentido, la posibilidad o la prohibición de incluir en los contratos estatales las cláusulas excepcionales consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, entre ellas la interpretación, modificación y terminación unilaterales o la caducidad del contrato, dependen del objeto contractual, en los términos explicados en el numeral 2.1. de este concepto y no de la modalidad de selección del contratista, por lo que también procederían en dichos términos frente a los contratos celebrados con fundamento en un proceso de mínima cuantía. Conforme lo expuesto, en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 se pueden identificar cuatro (4) grupos de contratos en los cuales es diferente el régimen de estas facultades: El primer grupo corresponde a aquellos en los que es obligatorio incluir poderes exorbitantes, formado por aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. El segundo grupo está conformado por los contratos en que la inclusión de estas potestades es facultativo, lo cual aplica a los contratos de suministro y de prestación de servicios. El tercer grupo corresponde a los contratos del parágrafo del artículo 14 del Estatuto General donde la ley prohíbe pactar de estos poderes, como es el caso de los contratos celebrados con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; interadministrativos, en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no corresponden a las señaladas en el numeral 2° del artículo 14 de la Ley 80, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como los contratos de seguro tomados por las entidades estatales. Finalmente, el cuarto grupo está conformado por todos los demás contratos estatales no previstos ni contemplados en alguno de los grupos anteriormente señalados, en los cuales tampoco hay lugar a la inclusión o el ejercicio de tales potestades excepcionales. Así las cosas, cada entidad estatal, previo estudio de las características y particularidades del contrato a celebrar deberán establecer si, de acuerdo con el objeto, es obligatorio incluir este tipo de cláusulas, le es facultativo o le está prohibido.

Ahora bien, frente al procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, debe señalarse que este está 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 EGCAP. En consecuencia, lo que define la posibilidad de aplicación del procedimiento sancionatorio contractual para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento consagrado en el artículo 86 de la referida ley no es la modalidad de selección del contratista, como es la mínima cuantía, sino que el régimen aplicable al contrato sea el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Ahora bien, la posibilidad de imponer unilateralmente multas o hacer efectiva la cláusula penal procederá en los términos analizados en el numeral 2.1. de este concepto, por lo que se podrá realizar en los términos establecidos en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; sin que su aplicación resulte afectada por el hecho de que el contrato se celebre luego de surtir un procedimiento de selección de mínima cuantía.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diana Lucia Saavedra CastañedaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Andrés Ricardo Mancipe GonzálezSubdirector de Gestión Contractual (E) |

1. Cfr. <http://etimologias.dechile.net/?exorbitante>. Consultado el 15 de mayo de 2020. [↑](#footnote-ref-1)
2. En efecto, «Se llaman así porque son evidentemente diferentes del derecho común. No se concebirían en los contratos civiles porque quedaría roto el principio de igualdad entre las partes y el de libertad contractual. Estas cláusulas exorbitantes del derecho común sobrepasan el ámbito de este derecho, ya sea porque son inusuales o porque incluidas en los contratos de derecho privado resultarían ilícitas por exceder el ámbito de la libertad contractual. Vale decir, en consecuencia, que las cláusulas exorbitantes pueden ser inusuales o ilícitas y en este caso por afectar el orden público» (DÍEZ, Manuel María. Manual de derecho administrativo. Tomo I. Décima Edición. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra. p. 293. En el mismo sentido, RIVERÓ, Jean. Derecho Administrativo. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984. pp. 128-129. VEDEL, George. Derecho administrativo. Madrid: Editorial Aguilar, 1980. p. 191). [↑](#footnote-ref-2)
3. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Exp. 30.832. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Idea reiterada en la Subsección A. Sentencia del 16 de agosto de 2012. Exp. 22.822. C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Subsección A. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Exp. 30.251. C.P. Hernán Andrade Rincón; Subsección C. Sentencia del 13 de mayo de 2015. Exp. 32.492. C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz (E), entre otras. [↑](#footnote-ref-3)
4. Cabe precisar que la inclusión de los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar se realizó mediante el artículo 52 de la Ley 2195 de 2022, que modificó el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-4)
5. El artículo 1501 del Código Civil prescribe lo siguiente: «Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; *son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial*; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-5)
6. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Exp. 30.832. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de julio de 2012. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 15.024. C.P. [↑](#footnote-ref-7)
8. Motivo por el cual son típicas cláusulas accidentales dentro de los contratos estatales, en los términos del artículo 1501 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-8)
9. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 15 de noviembre de 2011. Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz. Expediente: 20.916. [↑](#footnote-ref-9)
10. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente: 16.367. Véase también: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.Expediente: 17.009. [↑](#footnote-ref-10)
11. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-827 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis. [↑](#footnote-ref-11)
12. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Exp. 17.009. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ibídem. [↑](#footnote-ref-13)
14. Corte Constitucional. Sentencia C-317 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte Constitucional. Sentencia C-499 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-15)
16. Así se desprende del primer inciso de aquel artículo, que dice: «Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento […]». [↑](#footnote-ref-16)
17. Se entiende por entidades de *régimen especial* aquellas que tienen un régimen contractual distinto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y que por regla general se rigen por el derecho privado. [↑](#footnote-ref-17)
18. Esto se ha señalado en distintos conceptos de esta Subdirección, como el C-219 del 29 de abril de 2020, el C-280 del 6 de julio de 2020 y el C–434 del 29 de julio de 2020. [↑](#footnote-ref-18)
19. La posibilidad de realizar la audiencia por medios electrónicos cuenta con un fundamento adicional actual, en el Decreto Legislativo 537 de 2020, que establece lo siguiente: «Artículo 2. Adiciónese los siguientes incisos al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, así:

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

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

»Sin perjuicio de lo anterior, el ordenador del gasto o funcionario competente podrá decretar la suspensión de términos, inclusive los iniciados con anterioridad a la vigencia de este Decreto». [↑](#footnote-ref-19)
20. En este sentido, Suárez Tamayo indica: «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-20)
21. En efecto, este artículo dispuso: «Adiciónese al artículo 2o de la Ley 1150 de 2007 el siguiente numeral.

»La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

»a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas;

»b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil;

»c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas;

»d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.

»PARÁGRAFO 1o. Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones en establecimientos que correspondan a la definición de “gran almacén” señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

»PARÁGRAFO 2o. La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003, ni en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007». [↑](#footnote-ref-21)
22. Esto lo ratifica el artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-22)
23. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 463. [↑](#footnote-ref-23)
24. La contratación de mínima cuantía es aquella que no excede el 10% de la menor cuantía, o sea, que no supera el 10% de los topes definidos en el artículo 2, numeral 2, literal b) de la Ley 1150 de 2007, que dispone: «Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales.

»Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales.

»Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 850.000 salarios mínimos legales mensuales e inferiores a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 850 salarios mínimos legales mensuales.

»Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 400.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 850.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 650 salarios mínimos legales mensuales.

»Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 400.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 450 salarios mínimos legales mensuales.

»Las que tengan un presupuesto anual inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 280 salarios mínimos legales mensuales». [↑](#footnote-ref-24)