CCE-DES-FM-17

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Límites a la capacidad ― Régimen**

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 como en el de las entidades exceptuadas de aquel. Si bien la regulación de la capacidad se integra por varias disposiciones y exigencias especiales –como el requisito de inscribirse, por regla general, en el Registro Único de Proponentes (RUP), establecido en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 del Decreto 19 de 2012–, se destaca el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como un conjunto de enunciados normativos que imponen restricciones para los sujetos que, eventualmente, pretendan participar en los procedimientos de selección o celebrar contratos con las entidades estatales.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Concepto ― Diferencias**

Las inhabilidades son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan: i) de la existencia de comportamientos reprochables o de sanciones anteriormente impuestas, ii) de vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil o iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado. De otro lado, las incompatibilidades son prohibiciones para participar en los procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales, fundadas en la presencia de una calidad que ostenta el sujeto interesado en realizar alguna de dichas actividades, que no puede coexistir con su calidad de proponente o contratista del Estado.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Interpretación restrictiva ― Principio *pro libertate***

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*, pues 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 al interior de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

[…]

Como se aprecia, 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.

**PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD ― Inhabilidades ― Incompatibilidades ― Aplicación ― Debido proceso**

[…] si una disposición normativa consagra un término menos gravoso para una inhabilidad, y es posterior, cronológicamente, debe interpretarse que este es el término vigente, en virtud del *principio de favorabilidad*, que también se aplica en los procedimientos administrativos. Así lo ha reconocido tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado, en desarrollo del primer inciso del artículo 29 de la Constitución, que extiende a las actuaciones administrativas el derecho fundamental al debido proceso. Verbigracia, en la sentencia T-1087 de 2005, la Corte Constitucional hizo un interesante recuento de su jurisprudencial, concluyendo que la regla contenida en el tercer inciso del artículo 29 de la Constitución –que establece que «la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable» también rige en el ámbito del derecho administrativo sancionador, o sea que no puede interpretarse como exclusiva del derecho penal. En armonía con esta tesis, el Consejo de Estado ha admitido la aplicación del principio de favorabilidad en materia sancionatoria y, concretamente, en la contratación estatal, […].

**INCUMPLIMIENTO REITERADO ― Inhabilidad ― Ley 1474 ― Artículo 90 ― Redacción original ― Ley 1955 – Modificación**

Como se aprecia, el texto original de la Ley 1474 de 2011, contemplaba tres supuestos de hecho que daban lugar a la configuración de la inhabilidad: a) el primero relativo a la imposición de cinco (5) multas por incumplimiento –parcial– durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales; b) un segundo supuesto que consistía en la concurrencia de dos (2) declaratorias de incumplimiento –definitivo­– de contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales; 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. Ante la configuración de cualquiera de tales supuestos, la persona incursa en los mismos quedaba 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.

Posteriormente, los literales a) y b) transcritos fueron modificados por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, en lo atinente al intervalo de tiempo dentro del que se deben presentar las multas y declaratorias de incumplimiento para que se den los dos primeros supuestos que dan lugar a la configuración de la inhabilidad por incumplimiento reiterado.

**INCUMPLIMIENTO REITERADO ― Inhabilidad ― Ley 2195 ― Artículo 51 ― Adición ― Literal d) ― PAE**

El artículo 51 de la Ley 2195 de 2022 adicionó el literal d) al artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, mediante el cual se modificó el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011. En el mencionado literal el legislador establece que quedará inhabilitado el contratista que incurra en la siguiente conducta: «Haber sido objeto de incumplimiento contractual o de imposición de dos (2) o más multas, con una o varias entidades, cuando se trate de contratos cuyo objeto esté relacionado con el Programa de Alimentación Escolar. Esta inhabilidad se extenderá por un término de diez (10) 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».

**INHABILIDAD ― Incumplimiento reiterado ― Ley 2195 ― Artículo 51 ― PAE**

[…] La causa jurídica que da lugar a la inhabilidad es «Haber sido objeto de incumplimiento contractual o de imposición de dos (2) o más multas, con una o varias entidades» durante la ejecución de contratos de alimentación escolar. En otras palabras, para que se aplique la causal de inhabilidad del literal d) del artículo en comento –adicionada por el artículo 51 de la Ley 2195 de 2022– es necesario que al contratista se le haya impuesto dos (2) o más incumplimientos o multas en uno o varios contratos de alimentación escolar. Aunque de la redacción de la norma pareciera desprenderse la idea de que basta un incumplimiento –pues comienza diciendo que la inhabilidad se aplica por «Haber sido objeto de incumplimiento contractual […]»–, […].

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES ― Concepto ― Ley 80 ― Artículo 14**

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 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, concepto que incluye la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión. Dichas prerrogativas se desarrollan en los artículos 15 a 19 *ibidem*. ii) Algunas disposiciones también establecen otras potestades exorbitantes, como la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro –artículos 7 y 11 de la Ley 1150 de 2007–. Dentro de las potestades unilaterales también se encuentran iii) las cláusulas excepcionales de *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, aclarando que su exorbitancia se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto, que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

Las primeras, esto es, las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, son estipulaciones virtuales en los contratos de concesión, obra, prestación de servicios públicos, aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal y los relacionados con el programa de alimentación escolar – según lo dispuso la modificación realizada por el artículo 52 de la Ley 2195 de 2022–. En tales contratos, sin importar si se incorporaron o no dentro de estos, las exorbitancias se entienden incluidas por el ministerio de la ley, como lo dispone el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES ― Ley 2195 ― Artículo 52 ― PAE ― Inclusión ­­― Elementos de la naturaleza**

[…] el artículo 52 de la Ley 2195 de 2022 establece que las entidades estatales deben pactar «las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en […] los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar». En otras palabras, el legislador modificó el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, para incluir los contratos que tengan por objeto la ejecución del Programa de Alimentación Escolar (PAE) dentro del listado de contratos que admiten las cláusulas excepcionales al derecho común –también conocidas con el nombre de cláusulas o potestades exorbitantes– mencionadas en el referido numeral, salvo la de reversión, que continúa estando permitida solo para los contratos de concesión.

Al respecto, conviene precisar que aunque, en principio, el legislador emplea una expresión imperativa –al decir que las entidades estatales *pactarán* dichas cláusulas en los contratos de alimentación escolar­–, de allí *no* se sigue que si falta la estipulación –o sea, la cláusula exorbitante señalada de manera explícita en el contrato– entonces el contrato de alimentación escolar carece de cláusulas excepcionales. Esta inferencia no puede realizarse, ya que el tercer inciso del referido numeral 2 –reiterado por el artículo 52 de la Ley 2195 de 2022– dispone que «En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente». Esto significa que, de acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil, las cláusulas excepcionales –salvo la de reversión– son elementos de la naturaleza de los contratos que tengan por objeto prestaciones relacionadas con el Plan de Alimentación Escolar (PAE), pues aunque no se pacten, se entienden incorporadas por ministerio de la Ley.

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES ― Contratos ― PAE ― Aplicación ― Debido proceso ― Equilibrio contractual**

Para hacer efectivas las cláusulas excepcionales al derecho común las entidades estatales deberán, por un lado, respetar el debido proceso del contratista y, por otro, garantizar el principio del equilibrio económico del contrato cuando a ello haya lugar. Frente a lo primero, conviene recordar que el artículo 29 de la Constitución establece que «El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas», y así lo reiteran los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 3, numeral 1, de la Ley 1437 de 2011. De este modo, dependiendo de si la cláusula excepcional tiene o no un carácter sancionatorio, la entidad estatal deberá aplicar el procedimiento administrativo *general o común* regulado en los artículos 34 al 45 de la Ley 1437 de 2011 –aplicable por remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993– o el procedimiento administrativo *sancionatorio* consagrado en el artículo 86 de la Ley 1437 de 2011. El primero de los procedimientos mencionados, por ejemplo, sería el aplicable a la interpretación unilateral y el segundo, a la declaratoria de caducidad. Por su parte, la garantía del equilibrio económico del contrato es un deber que se encuentra previsto en el numeral 1, inciso 2, del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, según el cual «En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial». Ahora bien, esto deberá ser analizado por cada entidad estatal, según la naturaleza de la cláusula excepcional que pretenda ejercer, pues, por ejemplo, en la caducidad no tiene sentido que el contratista reciba una compensación económica por supuesto desequilibrio financiero, cuando ha sido él quien ha incumplido gravemente el contrato; pero, en cambio, una modificación unilateral sí podría afectar dicha ecuación y hacer al contratista merecedor del restablecimiento subsecuente.

Finalmente, de acuerdo con los artículos 11 y 12 de la Ley 80 de 1993, son los representantes legales de las entidades públicas o sus delegatarios los llamados a adelantar los procedimientos administrativos tendientes a la aplicación de las cláusulas excepcionales en forma adecuada, de manera que no se afecte injustificadamente la ejecución del Programa de Alimentación Escolar. Esto último sucedería, por ejemplo, si la entidad estatal incurre en dilaciones injustificadas en el trámite del procedimiento, conduciendo a un desgaste administrativo que se manifiesta también negativamente en la ejecución del contrato, o cuando aplica una cláusula excepcional sin que se presente el supuesto fáctico y jurídico correspondiente –verbigracia, cuando declara la caducidad sin que haya existido incumplimiento, haciendo que el contrato termine–. En tal sentido, el ejercicio de los poderes exorbitantes incluidos por el legislador en los contratos cuyo objeto está relacionado con la ejecución del PAE debe ser acorde con el ordenamiento jurídico, lo que supone, *entre otros elementos*, garantizar los principios de celeridad, proporcionalidad y legalidad.

Bogotá D.C., **07/06/2022 08:23:23**

****

Doctor

**Juan Carlos Martínez Martín**

Director General

Unidad Administrativa Especial de Alimentación Escolar

Bogotá, D.C.

 **Concepto C ‒ 394 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Límites a la capacidad ― Régimen / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Concepto ― Diferencias / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Interpretación restrictiva ― Principio *pro libertate* / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD ― Inhabilidades ― Incompatibilidades ― Aplicación ― Debido proceso / INCUMPLIMIENTO REITERADO ― Inhabilidad ― Ley 1474 ― Artículo 90 ― Redacción original ― Ley 1955 – Modificación / INCUMPLIMIENTO REITERADO ― Inhabilidad ― Ley 2195 ― Artículo 51 ― Adición ― Literal d) ― PAE / INHABILIDAD ― Incumplimiento reiterado ― Ley 2195 ― Artículo 51 ― PAE / CLÁUSULAS EXCEPCIONALES ― Concepto ― Ley 80 ― Artículo 14 / CLÁUSULAS EXCEPCIONALES ― Ley 2195 ― Artículo 52 ― PAE ― Inclusión ― Elementos de la naturaleza / CLÁUSULAS EXCEPCIONALES ― Contratos ― PAE ― Aplicación ― Debido proceso ― Equilibrio contractual. |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20220505004422 |

Estimado Doctor Martínez:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 5 de mayo del 2022.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta, relacionada con los artículos 51 y 52 de la Ley 2195 de 2022:

«Entendiendo que el referido artículo 51 cita: “INHABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO REITERADO EN CONTRATOS DE ALIMENTACION ESCOLAR”, se hace necesario que desde la Unidad se pueda transmitir a las diferentes entidades territoriales como materializar este precepto legal en la realidad de su territorio y como es el proceso para establecer que el incumplimiento y/o imposición de multas es reiterado? ¿Quién lo establece y reporta? (sic)

»En cuanto a lo previsto en el artículo 52. “CLAUSULAS EXCEPCIONALES EN CONTRATOS DE ALIMENTACION ESCOLAR”, ¿cuáles son las posibilidades legales que tiene los gobernantes para que el servicio de alimentación que de manera conexa garantiza el derecho fundamental a la educación, se vea afectado lo menos posible cuando estamos ante el trámite de que prevé estas cláusulas? (sic)»

1. **Consideraciones**

Para resolver su consulta, se analizarán los siguientes temas: i) características del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal y principios que orientan su aplicación, ii) interpretación de la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 51 de la Ley 2195 de 2022, iii) cláusulas excepcionales al derecho común en la contratación estatal y en especial en los contratos de alimentación escolar y iv) procedimiento administrativo sancionatorio contractual.

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente analizó el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública, sus criterios de interpretación –restrictivo y *pro libertate*– y sus efectos en la capacidad contractual, entre otros, en los conceptos: C-090 del 24 de febrero de 2020, C-125 del 3 de marzo de 2020, C-157 del 17 de marzo de 2020, C-273 del 21 de mayo de 2020, C-402 del 26 de junio de 2020, C-386 del 24 de julio de 2020, C-701 del 6 de enero de 2021, C-004 del 12 de febrero de 2021, C-210 del 12 de mayo de 2021, C-275 del 11 de junio de 2021, C-449 del 31 de agosto de 2021 y C-252 del 3 de mayo de 2022. Así mismo, en los conceptos con radicado No. 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-709 del 7 de diciembre de 2020, se analizó la aplicación de la inhabilidad por incumplimiento reiterado consagrada en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, tras la modificación introducida por la Ley 1955 de 2019. Igualmente, 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, C-061 del 8 de marzo de 2022 y C-162 del 5 de abril de 2022, estudió las cláusulas excepcionales al derecho común y el procedimiento administrativo que deben efectuar las entidades estatales para declarar el incumplimiento y aplicar las sanciones correspondientes, destacando la necesidad de garantizar el debido proceso. Las ideas expuestas en dichas oportunidades se reiteran a continuación, complementándolas con la interpretación de las normas que suscitan las inquietudes del peticionario.

**2.1. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal: un límite a la capacidad contractual. La interpretación restrictiva como criterio hermenéutico de los enunciados normativos gravosos**

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-2) como en el de las entidades exceptuadas de aquel[[2]](#footnote-3). Si bien la regulación de la capacidad se integra por varias disposiciones y exigencias especiales –como el requisito de inscribirse, por regla general, en el Registro Único de Proponentes (RUP), establecido en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 del Decreto 19 de 2012[[3]](#footnote-4)–, se destaca el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como un conjunto de enunciados normativos que imponen restricciones para los sujetos que, eventualmente, pretendan participar en los procedimientos de selección o celebrar contratos con las entidades estatales[[4]](#footnote-5).

Las inhabilidades son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan: i) de la existencia de comportamientos reprochables o de sanciones anteriormente impuestas[[5]](#footnote-6), ii) de vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil[[6]](#footnote-7) o iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado[[7]](#footnote-8). De otro lado, las incompatibilidades son prohibiciones para participar en los procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales, fundadas en la calidad que ostenta el sujeto interesado en realizar alguna de dichas actividades, que no puede coexistir con su calidad de proponente o contratista del Estado[[8]](#footnote-9).

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»[[9]](#footnote-10). Si bien no todas las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son consecuencia de una medida de reproche ni de una sanción previa, como ya se explicó, 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*[[10]](#footnote-11), pues 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 al interior de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado que, al 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»[[11]](#footnote-12). 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»[[12]](#footnote-13). En tal sentido, la Sección Tercera ha señalado que:

[…] 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[[13]](#footnote-14).

También ha dicho 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.); […][[14]](#footnote-15).

Como se aprecia, 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. Por lo tanto, no es posible llevar a cabo la interpretación extensiva de estas, debiendo preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas, salvaguardando el interés general en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad.

**2.2. Interpretación de la causal de inhabilidad por incumplimiento reiterado en contratos de alimentación escolar, consagrada en el artículo 51 de la Ley 2195 de 2022**

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, en aras de hacer prevalecer los principios de probidad, transparencia y eficiencia, en el marco de la respuesta al fenómeno de la corrupción en la contratación estatal, 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. Conforme a esto, el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 estableció, originalmente, la inhabilidad de 3 años, que se configuraba bajo las siguientes tres 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, contemplaba tres supuestos de hecho que daban lugar a la configuración de la inhabilidad: a) el primero relativo a la imposición de cinco (5) multas por incumplimiento –parcial– durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales; b) un segundo supuesto que consistía en la concurrencia de dos (2) declaratorias de incumplimiento –definitivo­– de contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales; 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[[15]](#footnote-16). Ante la configuración de cualquiera de tales supuestos, la persona incursa en los mismos quedaba 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.

Posteriormente, los literales a) y b) transcritos fueron modificados por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, en lo atinente al intervalo de tiempo dentro del que se deben presentar las multas y declaratorias de incumplimiento para que se den los dos primeros supuestos que dan lugar a la configuración de la inhabilidad por incumplimiento reiterado. Los literales a) y b) quedaron así:

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, tal modificación, conlleva, en principio, 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 las leyes colombianas 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[[16]](#footnote-17). 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[[17]](#footnote-18).

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[[18]](#footnote-19).

En ese sentido, ¿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, tras su modificación por cuenta del artículo 43 de la Ley 1955 de 2019? Lo anterior obliga a 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 este particular 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[[19]](#footnote-20).

 De acuerdo con tales consideraciones, comoquiera 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 –y no haberse dispuesto 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.

 Tal interpretación además se impone con ocasión del carácter sancionador o *punitivo*[[20]](#footnote-21) de la inhabilidad por incumplimiento reiterado, que implica que su aplicación deba ser respetuosa del debido proceso[[21]](#footnote-22) y el principio de legalidad de las faltas y de las sanciones[[22]](#footnote-23), por lo que circunstancias consolidadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019 no pueden ser tenidas 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 en que asumir una interpretación contraria a la esbozada, esto es, la que indicaría que configurar 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, ya que 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, pues frente a otras causales de inhabilidad e incompatibilidad el legislador sí previó que la inhabilidad se cuenta desde el momento en que se materializa en un acto administrativo en firme 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[[23]](#footnote-24); 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[[24]](#footnote-25). 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.

Ahora bien, el artículo 51 de la Ley 2195 de 2022 adicionó el literal d) al artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, mediante el cual se modificó el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011. En el mencionado literal el legislador establece que quedará inhabilitado el contratista que incurra en la siguiente conducta: «Haber sido objeto de incumplimiento contractual o de imposición de dos (2) o más multas, con una o varias entidades, cuando se trate de contratos cuyo objeto esté relacionado con el Programa de Alimentación Escolar. Esta inhabilidad se extenderá por un término de diez (10) 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».

Como se observa, de esta disposición normativa se deducen las reglas que a continuación se indican:

i) Dicho precepto solo se aplica a los contratos que tengan por objeto la ejecución del Programa de Alimentación Escolar. Este se define por el Ministerio de Educación Nacional como el programa que «brinda un complemento alimentario a los niños, niñas y adolescentes de todo el territorio nacional, registrados en el Sistema de Matrícula -SIMAT- como estudiantes oficiales, financiados con recursos del Sistema General de Participaciones»[[25]](#footnote-26), indicando, a su vez, que el objetivo de este programa es «contribuir con la permanencia de los estudiantes del sistema escolar y aportar, durante la jornada escolar, macronutrientes (carbohidratos, proteínas y grasas) y los micronutrientes (zinc, hierro, vitamina A y calcio) en los porcentajes que se definan para cada modalidad»[[26]](#footnote-27).

ii) La causa jurídica que da lugar a la inhabilidad es «Haber sido objeto de incumplimiento contractual o de imposición de dos (2) o más multas, con una o varias entidades» durante la ejecución de contratos de alimentación escolar. En otras palabras, para que se aplique la causal de inhabilidad del literal d) del artículo en comento –adicionada por el artículo 51 de la Ley 2195 de 2022– es necesario que al contratista se le haya impuesto *dos (2) o más incumplimientos o multas* en uno o varios contratos de alimentación escolar. Aunque de la redacción de la norma pareciera desprenderse la idea de que basta un incumplimiento –pues comienza diciendo que la inhabilidad se aplica por «Haber sido objeto de incumplimiento contractual […]»–, para la Agencia esta no es la interpretación válida, por varias razones:

En primer lugar, porque el título del artículo 51 señala que esta norma consagra una «inhabilidad por incumplimiento *reiterado* en contratos de alimentación escolar» (énfasis fuera de texto), es decir que el incumplimiento *no* reiterado –o sea, el que solo se impone una vez– está excluido del ámbito de aplicación de dicho artículo.

En segundo lugar, porque el literal d) dispone que el término de diez (10) años, de duración de la inhabilidad, se cuenta «a partir de la publicación del acto administrativo que impone la inscripción *de la última multa o incumplimiento* en el Registro Único de Proponentes» (énfasis fuera de texto), lo que significa que debe haber varios incumplimientos, pues no tendría sentido que se hable del «último» si solo se ha declarado uno solo –de hecho la RAE define «último» como algo «Que está al final de una línea, de una serie o de una sucesión»[[27]](#footnote-28), es decir, como el lugar final ocupado por algo en una lista plural de elementos o circunstancias.

En tercer lugar, porque, como se explicó, en la lectura de las causales de inhabilidad e incompatibilidad debe primar una *interpretación favorable*, en caso de dudas o aparentes antinomias en el lenguaje empleado por el autor del enunciado normativo –de allí que deba prevalecer el entendimiento de que el incumplimiento singular, esto es, el no reiterado, no da lugar por sí solo a la causal de inhabilidad regulada en el referido literal d)–. Esto guarda consonancia con lo que ha indicado la jurisprudencia contencioso-administrativa, según la cual «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»[[28]](#footnote-29).

Y, en cuarto lugar, porque si se revisan los antecedentes de la Ley 2195 de 2022 se advierte que la voluntad del legislador estuvo dirigida a sancionar con esta causal de inhabilidad a quien incurriera en *incumplimientos* –es decir, en la inobservancia reiterada de sus obligaciones– en contratos de alimentación escolar. Así se lee en la exposición de motivos:

Por último, la importancia del buen manejo de los recursos del Plan de Alimentación Escolar (en adelante PAE), es fundamental para la transparencia y lucha contra la corrupción, y más aún cuando se habla de los recursos que están destinados a la niñez del país.

Por ello, con esta propuesta se busca incorporar tres medidas para que se cumplan los contratos del PAE, en garantía de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes de Colombia. Estas consisten en: i) mayor tiempo de inhabilidad por la imposición de dos (2) multas por *incumplimientos* o mora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales; […][[29]](#footnote-30) (resalto fuera de texto).

Se destaca que en la exposición de motivos se alude al término «*incumplimientos*» –en plural–, lo que supone concurrencia; y además se otorga claridad en que deben ser, como mínimo, dos (2) incumplimientos o multas.

iii) Finalmente, el literal d), adicionado por el artículo 51 de la Ley 2195 de 2022, indica que el término de la inhabilidad es de diez (10) 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». Esta norma debe interpretarse en armonía con el artículo 6 –numeral 6.2– de la Ley 1150 de 2007, que indica:

De la información sobre contratos, multas y sanciones a los inscritos. 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.

En desarrollo de este mandato legal, el artículo 2.2.1.1.1.5.7. del Decreto 1082 de 2015 establece:

Información de multas, sanciones, inhabilidades y actividad contractual. 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.

Por tanto, se concluye que el término de diez (10) años de la causal de inhabilidad prevista en el artículo 51 de la Ley 2195 de 2022 se comienza a contar a partir de la publicación del último incumplimiento o multa en el Registro Único de Proponentes. En consecuencia, el término de la inhabilidad no se activa con la sola expedición del acto administrativo que declara el incumplimiento o la multa y ni siquiera con su *firmeza*[[30]](#footnote-31) o desde la publicación *del primer* incumplimiento o multa, sino desde la publicación en el Registro Único de Proponentes del acto administrativo que impone *la última* multa o incumplimiento, luego del trámite del procedimiento administrativo sancionatorio correspondiente. Así pues, las entidades estatales están obligadas a enviar a las cámaras de comercio la copia de los actos administrativos en firme que han declarado los incumplimientos o multas, para que estas hagan la anotación en el RUP, pues el artículo 51 de la Ley 2195 de 2022, en el último inciso, establece que «La inhabilidad pertinente se hará explicita en el Registro Único de Proponentes cuando a ello haya lugar». En tal sentido, las cámaras de comercio deben revisar las anotaciones vigentes en el RUP, contrastándolas con cada incumplimiento o multa que hayan reportado las entidades estatales en los contratos de alimentación escolar, para dejar explícita la anotación de la inhabilidad a partir del último incumplimiento o multa. Si, por ejemplo, solo se ha impuesto una multa –y no hay otros incumplimientos o multas en contratos de alimentación escolar frente a un proponente–, debe quedar la anotación de esta en el RUP, pero aún no la de la inhabilidad, dado que todavía no existiría incumplimiento *reiterado*. Sin embargo, esta anotación ha de ser tenida en cuenta por la cámara de comercio respectiva para cuando le envíen copia de otro incumplimiento o multa en contra del mismo proponente, para hacer explícita, a partir de allí, la inhabilidad regulada en el artículo 51 de la Ley 2195 de 2022, por el período que esta norma establece.

**2.3. Cláusulas excepcionales al derecho común en la contratación estatal y en especial en los contratos de alimentación escolar**

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 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, concepto que incluye la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión. Dichas prerrogativas se desarrollan en los artículos 15 a 19 *ibidem*. ii) Algunas disposiciones también establecen otras potestades exorbitantes, como la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro –artículos 7 y 11 de la Ley 1150 de 2007–. Dentro de las potestades unilaterales también se encuentran iii) las cláusulas excepcionales de *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, aclarando que su exorbitancia se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto, que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

Las primeras, esto es, las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, son estipulaciones virtuales en los contratos de concesión, obra, prestación de servicios públicos, aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal y los relacionados con el programa de alimentación escolar – según lo dispuso la modificación realizada por el artículo 52 de la Ley 2195 de 2022–. En tales contratos, sin importar si se incorporaron o no dentro de estos, las exorbitancias se entienden incluidas por el ministerio de la ley, como lo dispone el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, el artículo 52 de la Ley 2195 de 2022 establece que las entidades estatales deben pactar «las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en […] los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar». En otras palabras, el legislador modificó el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, para incluir los contratos que tengan por objeto la ejecución del Programa de Alimentación Escolar (PAE) dentro del listado de contratos que admiten las cláusulas excepcionales al derecho común –también conocidas con el nombre de cláusulas o potestades exorbitantes– mencionadas en el referido numeral, salvo la de reversión, que continúa estando permitida solo para los contratos de concesión.

Al respecto, conviene precisar que aunque, en principio, el legislador emplea una expresión imperativa –al decir que las entidades estatales *pactarán* dichas cláusulas en los contratos de alimentación escolar­–, de allí *no* se sigue que si falta la estipulación –o sea, la cláusula exorbitante señalada de manera explícita en el contrato– entonces el contrato de alimentación escolar carece de cláusulas excepcionales. Esta inferencia no puede realizarse, ya que el tercer inciso del referido numeral 2 –reiterado por el artículo 52 de la Ley 2195 de 2022– dispone que «En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente». Esto significa que, de acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil[[31]](#footnote-32), las cláusulas excepcionales –salvo la de reversión– son elementos de la naturaleza de los contratos que tengan por objeto prestaciones relacionadas con el Plan de Alimentación Escolar (PAE), pues aunque no se pacten, se entienden incorporadas por ministerio de la Ley.

Para hacer efectivas las cláusulas excepcionales al derecho común las entidades estatales deberán, por un lado, respetar el debido proceso del contratista y, por otro, garantizar el principio del equilibrio económico del contrato cuando a ello haya lugar. Frente a lo primero, conviene recordar que el artículo 29 de la Constitución establece que «El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas», y así lo reiteran los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007[[32]](#footnote-33) y 3, numeral 1, de la Ley 1437 de 2011[[33]](#footnote-34). De este modo, dependiendo de si la cláusula excepcional tiene o no un carácter sancionatorio, la entidad estatal deberá aplicar el procedimiento administrativo *general o común* regulado en los artículos 34 al 45 de la Ley 1437 de 2011 –aplicable por remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993[[34]](#footnote-35)– o el procedimiento administrativo *sancionatorio* consagrado en el artículo 86 de la Ley 1437 de 2011. El primero de los procedimientos mencionados, por ejemplo, sería el aplicable a la interpretación unilateral y el segundo, a la declaratoria de caducidad. Por su parte, la garantía del equilibrio económico del contrato es un deber que se encuentra previsto en el numeral 1, inciso 2, del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, según el cual «En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial». Ahora bien, esto deberá ser analizado por cada entidad estatal, según la naturaleza de la cláusula excepcional que pretenda ejercer, pues, por ejemplo, en la caducidad no tiene sentido que el contratista reciba una compensación económica por un supuesto desequilibrio financiero, cuando ha sido él quien ha incumplido gravemente el contrato; pero, en cambio, una modificación unilateral sí podría afectar dicha ecuación y hacer al contratista merecedor del restablecimiento subsecuente.

Además, para el ejercicio de estas potestades, las entidades estatales deben analizar que se configuren los supuestos que dan lugar a su utilización, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones que regulan cada una de estas atribuciones, teniendo en cuenta que, entre otras cosas, para el ejercicio de la interpretación o modificación unilaterales es indispensable que previamente se intente llegar a un acuerdo con el contratista respecto a la interpretación o modificación del contrato –artículos 15 y 16 de la Ley 80 de 1993–.

Finalmente, de acuerdo con los artículos 11 y 12 de la Ley 80 de 1993, son los representantes legales de las entidades públicas o sus delegatarios los llamados a adelantar los procedimientos administrativos tendientes a la aplicación de las cláusulas excepcionales en forma adecuada, de manera que no se afecte injustificadamente la ejecución del Programa de Alimentación Escolar. Esto último sucedería, por ejemplo, si la entidad estatal incurre en dilaciones injustificadas en el trámite del procedimiento, conduciendo a un desgaste administrativo que se manifiesta también negativamente en la ejecución del contrato, o cuando aplica una cláusula excepcional sin que se presente el supuesto fáctico y jurídico correspondiente –verbigracia, cuando declara la caducidad sin que haya existido incumplimiento, haciendo que el contrato termine–. En tal sentido, el ejercicio de los poderes exorbitantes incluidos por el legislador en los contratos cuyo objeto está relacionado con la ejecución del PAE debe ser acorde con el ordenamiento jurídico, lo que supone, *entre otros elementos*, garantizar los principios de celeridad, proporcionalidad y legalidad.

**2.4. Procedimiento administrativo sancionatorio contractual: artículo 86 de la Ley 1474 de 2011**

Teniendo en cuenta que la aplicación de los artículos 51 y 52 de la Ley 2195 de 2022 podrían dar lugar a la imposición de sanciones contractuales por parte de las entidades estatales –aunque, como se indicó, también hay cláusulas excepcionales no sancionatorias–, se considera pertinente reiterar los comentarios que en otras oportunidades ha hecho esta Agencia en relación con el procedimiento administrativo sancionatorio, en materia contractual. Además, en la consulta se indaga por la forma de proceder en estos casos. Al respecto, conviene recordar que 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»[[35]](#footnote-36). 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) c*itación a audiencia*. Es necesario remitir una citación a audiencia al contratista y al garante –cuando proceda–, cuyo contenido de señalará más adelante. ii) *Audiencia*. En la diligencia intervendrá el jefe de la entidad o su delegado y, posteriormente, se le concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente 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 llegue a efectuarse.

Como precisión previa, vale la pena aclarar que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[36]](#footnote-37). De ahí que las entidades de *régimen especial*[[37]](#footnote-38) 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[[38]](#footnote-39). 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[[39]](#footnote-40).

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[[40]](#footnote-41).

**3. Respuesta**

«Entendiendo que el referido artículo 51 cita: “INHABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO REITERADO EN CONTRATOS DE ALIMENTACION ESCOLAR”, se hace necesario que desde la Unidad se pueda transmitir a las diferentes entidades territoriales como materializar este precepto legal en la realidad de su territorio y como es el proceso para establecer que el incumplimiento y/o imposición de multas es reiterado? ¿Quién lo establece y reporta?» (sic)

El artículo 51 de la Ley 2195 de 2022 adicionó el literal d) al artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, mediante el cual se modificó el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011. En el mencionado literal el legislador establece que quedará inhabilitado el contratista que incurra en la siguiente conducta: «Haber sido objeto de incumplimiento contractual o de imposición de dos (2) o más multas, con una o varias entidades, cuando se trate de contratos cuyo objeto esté relacionado con el Programa de Alimentación Escolar. Esta inhabilidad se extenderá por un término de diez (10) 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».

Como se observa, de esta disposición normativa se deducen las reglas que a continuación se indican:

i) Dicho precepto solo se aplica a los contratos que tengan por objeto la ejecución del Programa de Alimentación Escolar. Este se define por el Ministerio de Educación Nacional como el programa que «brinda un complemento alimentario a los niños, niñas y adolescentes de todo el territorio nacional, registrados en el Sistema de Matrícula -SIMAT- como estudiantes oficiales, financiados con recursos del Sistema General de Participaciones»[[41]](#footnote-42), indicando, a su vez, que el objetivo de este programa es «contribuir con la permanencia de los estudiantes del sistema escolar y aportar, durante la jornada escolar, macronutrientes (carbohidratos, proteínas y grasas) y los micronutrientes (zinc, hierro, vitamina A y calcio) en los porcentajes que se definan para cada modalidad»[[42]](#footnote-43).

ii) La causa jurídica que da lugar a la inhabilidad es «Haber sido objeto de incumplimiento contractual o de imposición de dos (2) o más multas, con una o varias entidades» durante la ejecución de contratos de alimentación escolar. En otras palabras, para que se aplique la causal de inhabilidad del literal d) del artículo en comento –adicionada por el artículo 51 de la Ley 2195 de 2022– es necesario que al contratista se le haya impuesto *dos (2) o más incumplimientos o multas* en uno o varios contratos de alimentación escolar. Aunque de la redacción de la norma pareciera desprenderse la idea de que basta un incumplimiento –pues comienza diciendo que la inhabilidad se aplica por «Haber sido objeto de incumplimiento contractual […]»–, para la Agencia esta no es la interpretación válida, por varias razones:

En primer lugar, porque el título del artículo 51 señala que esta norma consagra una «inhabilidad por incumplimiento *reiterado* en contratos de alimentación escolar» (énfasis fuera de texto), es decir que el incumplimiento *no* reiterado –o sea, el que solo se impone una vez– está excluido del ámbito de aplicación de dicho artículo.

En segundo lugar, porque el literal d) dispone que el término de diez (10) años, de duración de la inhabilidad, se cuenta «a partir de la publicación del acto administrativo que impone la inscripción *de la última multa o incumplimiento* en el Registro Único de Proponentes» (énfasis fuera de texto), lo que significa que debe haber varios incumplimientos, pues no tendría sentido que se hable del «último» si solo se ha declarado uno solo –de hecho la RAE define «último» como algo «Que está al final de una línea, de una serie o de una sucesión»[[43]](#footnote-44), es decir, como el lugar final ocupado por algo en una lista plural de elementos o circunstancias.

En tercer lugar, porque, como se explicó, en la lectura de las causales de inhabilidad e incompatibilidad debe primar una *interpretación favorable*, en caso de dudas o aparentes antinomias en el lenguaje empleado por el autor del enunciado normativo –de allí que deba prevalecer el entendimiento de que el incumplimiento singular, esto es, el no reiterado, no da lugar por sí solo a la causal de inhabilidad regulada en el referido literal d)–. Esto guarda consonancia con lo que ha indicado la jurisprudencia contencioso-administrativa, según la cual «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»[[44]](#footnote-45).

Y, en cuarto lugar, porque si se revisan los antecedentes de la Ley 2195 de 2022 se advierte que la voluntad del legislador estuvo dirigida a sancionar con esta causal de inhabilidad a quien incurriera en *incumplimientos* –es decir, en la inobservancia reiterada de sus obligaciones– en contratos de alimentación escolar. Así se lee en la exposición de motivos:

Por último, la importancia del buen manejo de los recursos del Plan de Alimentación Escolar (en adelante PAE), es fundamental para la transparencia y lucha contra la corrupción, y más aún cuando se habla de los recursos que están destinados a la niñez del país.

Por ello, con esta propuesta se busca incorporar tres medidas para que se cumplan los contratos del PAE, en garantía de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes de Colombia. Estas consisten en: i) mayor tiempo de inhabilidad por la imposición de dos (2) multas por *incumplimientos* o mora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales; […][[45]](#footnote-46) (resalto fuera de texto).

Se destaca que en la exposición de motivos se alude al término «*incumplimientos*» –en plural–, lo que supone concurrencia; y además se otorga claridad en que deben ser, como mínimo, dos (2) incumplimientos o multas.

iii) Finalmente, el literal d), adicionado por el artículo 51 de la Ley 2195 de 2022, indica que el término de la inhabilidad es de diez (10) 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». Esta norma debe interpretarse en armonía con el artículo 6 –numeral 6.2– de la Ley 1150 de 2007, que indica:

De la información sobre contratos, multas y sanciones a los inscritos. 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.

En desarrollo de este mandato legal, el artículo 2.2.1.1.1.5.7. del Decreto 1082 de 2015 establece:

Información de multas, sanciones, inhabilidades y actividad contractual. 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.

Por tanto, se concluye que el término de diez (10) años de la causal de inhabilidad prevista en el artículo 51 de la Ley 2195 de 2022 se comienza a contar a partir de la publicación del último incumplimiento o multa en el Registro Único de Proponentes. En consecuencia, el término de la inhabilidad no se activa con la sola expedición del acto administrativo que declara el incumplimiento o la multa y ni siquiera con su *firmeza* o desde la publicación *del primer* incumplimiento o multa, sino desde la publicación en el Registro Único de Proponentes del acto administrativo que impone *la última* multa o incumplimiento, luego del trámite del procedimiento administrativo sancionatorio correspondiente. Así pues, las entidades estatales están obligadas a enviar a las cámaras de comercio la copia de los actos administrativos en firme que han declarado los incumplimientos o multas, para que estas hagan la anotación en el RUP, pues el artículo 51 de la Ley 2195 de 2022, en el último inciso, establece que «La inhabilidad pertinente se hará explicita en el Registro Único de Proponentes cuando a ello haya lugar». En tal sentido, las cámaras de comercio deben revisar las anotaciones vigentes en el RUP, contrastándolas con cada incumplimiento o multa que hayan reportado las entidades estatales en los contratos de alimentación escolar, para dejar explícita la anotación de la inhabilidad a partir del último incumplimiento o multa. Si, por ejemplo, solo se ha impuesto una multa –y no hay otros incumplimientos o multas en contratos de alimentación escolar frente a un proponente–, debe quedar la anotación de esta en el RUP, pero aún no la de la inhabilidad, dado que todavía no existiría incumplimiento *reiterado*. Sin embargo, esta anotación ha de ser tenida en cuenta por la cámara de comercio respectiva para cuando le envíen copia de otro incumplimiento o multa en contra del mismo proponente, para hacer explícita, a partir de allí, la inhabilidad regulada en el artículo 51 de la Ley 2195 de 2022, por el período que esta norma establece.

«En cuanto a lo previsto en el artículo 52. “CLAUSULAS EXCEPCIONALES EN CONTRATOS DE ALIMENTACION ESCOLAR”, ¿cuáles son las posibilidades legales que tiene los gobernantes para que el servicio de alimentación que de manera conexa garantiza el derecho fundamental a la educación, se vea afectado lo menos posible cuando estamos ante el trámite de que prevé estas cláusulas? (sic)»

El artículo 52 de la Ley 2195 de 2022 establece que las entidades estatales deben pactar «las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en […] los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar». En otras palabras, el legislador modificó el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, para incluir los contratos que tengan por objeto la ejecución del Programa de Alimentación Escolar (PAE) dentro del listado de contratos que admiten las cláusulas excepcionales al derecho común –también conocidas con el nombre de cláusulas o potestades exorbitantes– mencionadas en el referido numeral, salvo la de reversión, que continúa estando permitida solo para los contratos de concesión.

Al respecto, conviene precisar que aunque, en principio, el legislador emplea una expresión imperativa –al decir que las entidades estatales *pactarán* dichas cláusulas en los contratos de alimentación escolar­–, de allí *no* se sigue que si falta la estipulación –o sea, la cláusula exorbitante señalada de manera explícita en el contrato– entonces el contrato de alimentación escolar carece de cláusulas excepcionales. Esta inferencia no puede realizarse, ya que el tercer inciso del referido numeral 2 –reiterado por el artículo 52 de la Ley 2195 de 2022– dispone que «En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente». Esto significa que, de acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil, las cláusulas excepcionales –salvo la de reversión– son elementos de la naturaleza de los contratos que tengan por objeto prestaciones relacionadas con el Plan de Alimentación Escolar (PAE), pues aunque no se pacten, se entienden incorporadas por ministerio de la Ley.

Para hacer efectivas las cláusulas excepcionales al derecho común las entidades estatales deberán, por un lado, respetar el debido proceso del contratista y, por otro, garantizar el principio del equilibrio económico del contrato cuando a ello haya lugar. Frente a lo primero, conviene recordar que el artículo 29 de la Constitución establece que «El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas», y así lo reiteran los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 3, numeral 1, de la Ley 1437 de 2011. De este modo, dependiendo de si la cláusula excepcional tiene o no un carácter sancionatorio, la entidad estatal deberá aplicar el procedimiento administrativo *general o común* regulado en los artículos 34 al 45 de la Ley 1437 de 2011 –aplicable por remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993– o el procedimiento administrativo *sancionatorio* consagrado en el artículo 86 de la Ley 1437 de 2011. El primero de los procedimientos mencionados, por ejemplo, sería el aplicable a la interpretación unilateral y el segundo, a la declaratoria de caducidad. Por su parte, la garantía del equilibrio económico del contrato es un deber que se encuentra previsto en el numeral 1, inciso 2, del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, según el cual «En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial». Ahora bien, esto deberá ser analizado por cada entidad estatal, según la naturaleza de la cláusula excepcional que pretenda ejercer, pues, por ejemplo, en la caducidad no tiene sentido que el contratista reciba una compensación económica por supuesto desequilibrio financiero, cuando ha sido él quien ha incumplido gravemente el contrato; pero, en cambio, una modificación unilateral sí podría afectar dicha ecuación y hacer al contratista merecedor del restablecimiento subsecuente.

Además, para el ejercicio de estas potestades, las entidades estatales deben analizar que se configuren los supuestos que dan lugar a su utilización, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones que regulan cada una de estas atribuciones, teniendo en cuenta que, entre otras cosas, para el ejercicio de la interpretación o modificación unilaterales es indispensable que previamente se intente llegar a un acuerdo con el contratista respecto a la interpretación o modificación del contrato –artículos 15 y 16 de la Ley 80 de 1993–.

Finalmente, de acuerdo con los artículos 11 y 12 de la Ley 80 de 1993, son los representantes legales de las entidades públicas o sus delegatarios los llamados a adelantar los procedimientos administrativos tendientes a la aplicación de las cláusulas excepcionales en forma adecuada, de manera que no se afecte injustificadamente la ejecución del Programa de Alimentación Escolar. Esto último sucedería, por ejemplo, si la entidad estatal incurre en dilaciones injustificadas en el trámite del procedimiento, conduciendo a un desgaste administrativo que se manifiesta también negativamente en la ejecución del contrato, o cuando aplica una cláusula excepcional sin que se presente el supuesto fáctico y jurídico correspondiente –verbigracia, cuando declara la caducidad sin que haya existido incumplimiento, haciendo que el contrato termine–. En tal sentido, el ejercicio de los poderes exorbitantes incluidos por el legislador en los contratos cuyo objeto está relacionado con la ejecución del PAE debe ser acorde con el ordenamiento jurídico, lo que supone, *entre otros elementos*, garantizar los principios de celeridad, proporcionalidad y legalidad.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista 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-2)
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-3)
3. Los incisos 1 y 2 de dicho artículo disponen: «Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

»No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes». [↑](#footnote-ref-4)
4. 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-5)
5. Son inhabilidades que responden a esta circunstancia, entre otras, las siguientes: «Quienes participaron en las licitaciones o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados» (art. 8, num. 1º, lit. b, Ley 80/93); «Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad» (art. 8, num. 1º, lit. c), Ley 80/93); «Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución» (art. 8, num. 1º, lit. d), Ley 80/93); «Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado» (art. 8, num. 1º, lit. e), Ley 80/93); «i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria» (art. 8, num. 1º, lit. i), Ley 80/93); «Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública o de cualquiera de los delitos o faltas contemplados por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional» (art. 8, num. 1º, lit. j), Ley 80/93); «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» (art. 8, num. 1º, lit. k), Ley 80/93); «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; […] 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; […] Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales» (art. 90, lit. a), b) y c), Ley 1474/11, modificado por el art. 43, Ley 1955/19). [↑](#footnote-ref-6)
6. Por ejemplo, a título enunciativo, las siguientes: «Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación» (art. 8, num. 1º, lit. g), Ley 80/93); «Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación» (art. 8, num. 1º, lit. h), Ley 80/93); «Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante» (art. 8, num. 2º, lit. b), Ley 80/93); «El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal» (art. 8, num. 2º, lit. c), Ley 80/93); «Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo» (art. 8, num. 2º, lit. d), Ley 80/93). [↑](#footnote-ref-7)
7. Verbigracia, entre otras, las que se indican a continuación: «Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato» (art. 8, num. 1º, lit. k), Ley 80/93, modificado por el art. 33, Ley 1778/16); «Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante» (art. 8, num. 2º, lit. a), Ley 80/93) [a pesar de que la norma la califica como una incompatibilidad, en realidad se trata de una inhabilidad, ya que en dicha causal no existe concurrencia de calidades en un sujeto]; «Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios» (art. 8, num. 2º, lit. f), Ley 80/93, adicionado por el art. 4º, Ley 1474/2011) [a pesar de que la norma la califica como una incompatibilidad, en realidad se trata de una inhabilidad, ya que en dicha causal no existe concurrencia de calidades en un sujeto]. [↑](#footnote-ref-8)
8. Como las señaladas a continuación: «Los servidores públicos» (art. 8, num. 1º, lit. f), Ley 80/93); «Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo» (art. 8, num. 2º, lit. d), Ley 80/93); «Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada» (art. 8, num. 2º, lit. e), Ley 80/93); «Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consaguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2o de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad» (art. 5, Ley 1474/11). [↑](#footnote-ref-9)
9. 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-10)
10. Ibíd., p. 69. [↑](#footnote-ref-11)
11. Corte Constitucional. Sentencia T-1039 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. La Corte ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras. [↑](#footnote-ref-12)
12. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Expediente: 2.251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-13)
13. 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-14)
14. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Exp. 24.057. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De De La Hoz. [↑](#footnote-ref-15)
15. AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Concepto de 11 de diciembre de 2019. Radicado de entrada No. 4201912000007060, Radicado de salida No. 2201913000009165. [↑](#footnote-ref-16)
16. 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-17)
17. 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-18)
18. 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-19)
19. AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Concepto de 3 de octubre de 2019, Radicado de entrada No. 4201913000005694, Radicado de salida No. 2201913000007385. [↑](#footnote-ref-20)
20. 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-21)
21. 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-22)
22. 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-23)
23. 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-24)
24. 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-25)
25. En sitio web: https://www.mineducacion.gov.co/1621/w3-printer-235135.html#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20es%20el%20PAE%3F,del%20Sistema%20General%20de%20Participaciones. [↑](#footnote-ref-26)
26. Ibíd. [↑](#footnote-ref-27)
27. https://dle.rae.es/%C3%BAltimo [↑](#footnote-ref-28)
28. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Exp. 24.057. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De De La Hoz. [↑](#footnote-ref-29)
29. Gaceta No. 1249. Año XXIX, del 4 de noviembre de 2020, p. 28. En: http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2020/gaceta\_1249.pdf [↑](#footnote-ref-30)
30. El fenómeno de la firmeza de los actos administrativos se define en el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011, del siguiente modo: «Los actos administrativos quedarán en firme:

»1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.

»2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

»3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.

»4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.

»5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo». [↑](#footnote-ref-31)
31. Esta norma establece: «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». [↑](#footnote-ref-32)
32. El cual señala lo siguiente: «El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

»En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

»PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

»PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas». [↑](#footnote-ref-33)
33. Que dispone: «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-34)
34. Este artículo establece: «En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

»Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

»PARÁGRAFO 1o. <Ver Notas del Editor> El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso administrativo.

»PARÁGRAFO 2o. Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina». [↑](#footnote-ref-35)
35. Corte Constitucional. Sentencia C-317 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-36)
36. 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-37)
37. 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-38)
38. 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-39)
39. 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-40)
40. 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-41)
41. En sitio web: https://www.mineducacion.gov.co/1621/w3-printer-235135.html#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20es%20el%20PAE%3F,del%20Sistema%20General%20de%20Participaciones. [↑](#footnote-ref-42)
42. Ibíd. [↑](#footnote-ref-43)
43. https://dle.rae.es/%C3%BAltimo [↑](#footnote-ref-44)
44. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Exp. 24.057. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De De La Hoz. [↑](#footnote-ref-45)
45. Gaceta No. 1249. Año XXIX, del 4 de noviembre de 2020, p. 28. En: http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2020/gaceta\_1249.pdf [↑](#footnote-ref-46)