**ENTIDADES EXCEPTUADAS EN EL SECTOR DEFENSA – Régimen contractual – Criterio diferenciador – Indumil – Derecho privado – Justificación – Principios – Función administrativa y gestión fiscal**

Las entidades exceptuadas en el sector defensa cuentan con un régimen jurídico especial en materia de contratación pública por expresa disposición legal del artículo 16 de la Ley 80 de 1993. Esto quiere decir que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – EGCAP– y, por ende, sus procedimientos contractuales tienen una normativa propia para su desarrollo, esto es, las disposiciones legales y reglamentarias de derecho privado aplicables a su actividad, las normas de creación de las entidades de régimen especial y sus manuales de contratación. Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial están facultadas legalmente para aplicar reglas distintas a las establecidas en la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente expidió la Guía para las entidades estatales con régimen especial de contratación, que las define como aquellas que contratan con un régimen distinto a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

No obstante lo anterior, las entidades de régimen especial cumplen una finalidad pública y utilizan recursos públicos para lograrlo, por lo que no son ajenas a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, entre otras reglas dispuestas en la normativa de contratación pública que son transversales a todas las entidades, sin importar su régimen contractual.

[…]

La función que cumplen los principios mencionados también se representa en la necesidad práctica —normalmente no por orden de una norma— de expedir un reglamento interno de contratación que concrete la mayor parte de aportes de esos principios a la transformación de las reglas del derecho privado. Es por esta influencia que surge la necesidad de contar con procesos de selección de contratistas que garanticen la libre concurrencia, la igualdad de oportunidades de acceso a los negocios del Estado, la trasparencia y en general los demás valores propios de la gestión de lo público. Considerando que las entidades de régimen especial administran recursos públicos, sus manuales de contratación deben ceñirse a unas reglas mínimas que garanticen el cumplimiento de los principios de la función pública, el control fiscal y los principios rectores de la contratación estatal. Dentro de estas reglas deben indicar el contenido de las propuestas y los procedimientos de selección, llevar una descripción precisa del procedimiento, los plazos de las etapas y los criterios de evaluación y desempate, y todos los criterios necesarios para garantizar la selección objetiva y la protección del interés general. Lo anterior, sin perjuicio de que algunas de estas reglas se establezcan, complementen o detallen en los documentos que se expiden en desarrollo de sus procedimientos contractuales.

Así mismo, estas entidades deben cumplir unas obligaciones transversales a la contratación pública, entre ellas la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones, la publicación de sus procedimientos de selección a través de la herramienta SECOP —en la sección Régimen Especial—, hacer uso del clasificador de bienes y servicios de las Naciones Unidas, reportar inhabilidades e incompatibilidades de los proveedores de la entidad y analizar el sector económico de los oferentes, entre otras.

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Autorización legal – Inaplicación – Entidades de régimen especial – Entidades exceptuadas**

Las cláusulas excepcionales no están contempladas en el derecho común. Estas se encuentran limitadas no solo al uso del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sino a algunos tipos de contratos específicos. En ese sentido, la única forma en que una entidad sujeta a un régimen especial pueda usar estas cláusulas es si su norma de creación lo establece. De lo contrario, si una Entidad sujeta al régimen especial requiere sancionar o dar por terminado el contrato, por regla general, debe acudir al juez competente. En este sentido, las cláusulas excepcionales de caducidad, interpretación unilateral, y potestades de *imposición unilateral* de las multas e *imposición unilateral* de la cláusula penal, etc. están prohibidas en contratos sometidos al derecho privado, ya que se deben observar las normas de orden público –art. 16 del Código Civil–, existe objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación –art. 1519 del Código Civil– y, por tanto, su inclusión en un contrato en que no exista autorización legal implicaría que estarían viciadas de nulidad absoluta –art. 1741 del Código Civil–.

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Imposición unilateral – Multa – Cláusula penal**

Lo anterior, también se extiende a las multas y la cláusula penal, en lo que se refiere a la potestad exorbitante o unilateral, cuyo fundamento normativo está en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, autorizado únicamente para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En efecto, aunque las entidades sometidas al derecho privado pueden pactar las cláusulas de multas y penal pecuniaria, con fundamento en las disposiciones civiles y comerciales, y en su autonomía de la voluntad, tal como pueden hacerlo los particulares, la facultad de imposición unilateral, contenida en el artículo 17, se reservó para las entidades sujetas al EGCAP. No obstante, el hecho de que algunas entidades estatales se rijan por el derecho privado en materia contractual no puede entenderse como una negación de lo que establece el x. Este enunciado normativo significó un «retorno del derecho administrativo» para las entidades excluidas, al reiterar que deben cumplir los principios constitucionales de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal; y ahora también publicar su actividad contractual en el SECOP II de conformidad con el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022.

**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO – Inaplicación – Entidades de régimen especial – Juez del contrato**

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al EGCAP, es decir, a la Ley 80 de 1993 y a la Ley 1150 de 2007. Así se desprende del primer inciso de aquel artículo, que establece: «*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 […]». De ahí que, solo por esta razón, sea fácil concluir que las entidades de régimen especial –entre ellas Indumil– no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por no ser entidades sometidas al EGCAP, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este.



Bogotá D.C., 29 de diciembre de 2022

Señor

**Michael Angelo Pérez Dumlao**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 832 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | ENTIDADES EXCEPTUADAS EN EL SECTOR DEFENSA – Régimen contractual – Criterio diferenciador – Indumil – Derecho privado – Justificación – Principios – Función administrativa y gestión fiscal / CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Autorización legal – Inaplicación – Entidades de régimen especial – Entidades exceptuadas – Imposición unilateral – Multa – Cláusula penal / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO – Inaplicación – Entidades de régimen especial – Juez del contrato |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20221019010506 |
|  |  |

Estimada señora Pérez:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 19 de octubre de 2022.

1. **Problemas planteados**

«[…]¿Puede una Empresa Comercial e Industrial del Estado como INDUMIL, con *régimen privado* de contratación aceptar bienes o servicios por fuera del plazo de ejecución pactado por las partes?, ¿Hasta qué momento podría la entidad recibir los bienes o servicios?, ¿Puede el supervisor tomar la decisión si acepta o no los bienes o servicios por fuera del plazo de ejecución, teniendo en cuenta la urgencia, importancia, necesidad por parte de la entidad?

En virtud de lo anterior, ¿Cuál es el procedimiento administrativo que podría adelantar INDUMIL en el evento de que se evidencie un incumplimiento imputable al contratista, teniendo en cuenta que se pactó la multa y clausula penal? ¿Para hacer efectiva las multas y/o Cláusula Penal es necesario acudir al juez del contrato?

Asimismo, mencione cual es el procedimiento que se puede adelantar para hacer efectivas las pólizas de cumplimiento por parte de INDUMIL, toda vez que, para hacer efectivas según el clausulado de las pólizas, las compañías de seguros solicitan un “Acto contractual” que declare el incumplimiento para acreditar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida según el artículo 1077 del Código de Comercio.

De lo anterior, por favor mencione cual es mecanismo o procedimiento idóneo para que las entidades del Estado con régimen privado de contratación como INDUMIL (empresa Industrial y Comercial del Estado) pueda hacer efectivas las pólizas de cumplimiento, teniendo en cuenta que para hacerlas efectivas las compañías de seguros solicitan que la entidad demuestre la ocurrencia del siniestro.»

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en el numeral 5° del artículo 3 y el numeral 8° del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

 En atención a lo anterior, esta Subdirección -dentro de los límites de su competencia- responderá su consulta, para lo cual se analizarán los siguientes temas: i) régimen contractual de las entidades exceptuadas de aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en el sector defensa; ii) cláusulas excepcionales: imposibilidad de utilizarlas en los contratos regidos por el derecho privado; iii) procedimiento administrativo sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 e inaplicabilidad, por regla general, para entidades de régimen especial; y iv) régimen jurídico de las pólizas de cumplimiento en favor de entidades exceptuadas en el sector defensa.

 La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente estudió el régimen de las entidades exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, entre otros, en los conceptos con radicado: C-147 del 17 de marzo de 2020, C-157 del 17 de marzo de 2020, C-191 del 16 de marzo de 2020 y C-168 del 31 de marzo de 2020, C-158 del 3 de abril de 2020 y C-717 del 21 de enero de 2022. La tesis propuesta en estos conceptos se reitera y amplía a continuación.

* 1. **Régimen contractual de las entidades exceptuadas de aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en el sector defensa**

Las entidades exceptuadas en el sector defensa cuentan con un régimen jurídico especial en materia de contratación pública por expresa disposición legal del artículo 16 de la Ley 80 de 1993. Esto quiere decir que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – EGCAP– y, por ende, sus procedimientos contractuales tienen una normativa propia para su desarrollo, esto es, las disposiciones legales y reglamentarias de derecho privado aplicables a su actividad, las normas de creación de las entidades de régimen especial y sus manuales de contratación.

 Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial están facultadas legalmente para aplicar reglas distintas a las establecidas en la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente expidió la Guía para las entidades estatales con régimen especial de contratación, que las define como aquellas que contratan con un régimen distinto a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007[[2]](#footnote-3).

 No obstante lo anterior, las entidades de régimen especial cumplen una finalidad pública y utilizan recursos públicos para lograrlo, por lo que no son ajenas a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, entre otras reglas dispuestas en la normativa de contratación pública que son transversales a todas las entidades, sin importar su régimen contractual. Lo anterior es reafirmado por el Consejo de Estado, que destaca las reglas que sigue la contratación de las entidades de régimen especial:

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

La Sala entiende que el régimen preponderante (derecho privado) domina y aporta el gran volumen de normas contractuales, y que el régimen inspirador (principios de la función administrativa y de la gestión fiscal) ayuda a interpretar. Sin embargo, este último también transforma parte de esas instituciones en la medida en que se suma a ellas, por lo que no siempre se logra conservando intacta la institución privada.

La función que cumplen los principios mencionados también se representa en la necesidad práctica —normalmente no por orden de una norma— de expedir un reglamento interno de contratación que concrete la mayor parte de aportes de esos principios a la transformación de las reglas del derecho privado. Es por esta influencia que surge la necesidad de contar con procesos de selección de contratistas que garanticen la libre concurrencia, la igualdad de oportunidades de acceso a los negocios del Estado, la trasparencia y en general los demás valores propios de la gestión de lo público[[3]](#footnote-4).

Considerando que las entidades de régimen especial administran recursos públicos, sus manuales de contratación deben ceñirse a unas reglas mínimas que garanticen el cumplimiento de los principios de la función pública, el control fiscal y los principios rectores de la contratación estatal. Dentro de estas reglas deben indicar el contenido de las propuestas y los procedimientos de selección, llevar una descripción precisa del procedimiento, los plazos de las etapas y los criterios de evaluación y desempate, y todos los criterios necesarios para garantizar la selección objetiva y la protección del interés general. Lo anterior, sin perjuicio de que algunas de estas reglas se establezcan, complementen o detallen en los documentos que se expiden en desarrollo de sus procedimientos contractuales.

Así mismo, estas entidades deben cumplir unas obligaciones transversales a la contratación pública, entre ellas la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones, la publicación de sus procedimientos de selección a través de la herramienta SECOP —en la sección Régimen Especial—, hacer uso del clasificador de bienes y servicios de las Naciones Unidas, reportar inhabilidades e incompatibilidades de los proveedores de la entidad y analizar el sector económico de los oferentes, entre otras.

* 1. **Cláusulas excepcionales: imposibilidad de utilizarlas en los contratos regidos por el derecho privado**

Las cláusulas excepcionales no están contempladas en el derecho común. Estas se encuentran limitadas no solo al uso del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sino a algunos tipos de contratos específicos. En ese sentido, la única forma en que una entidad sujeta a un régimen especial pueda usar estas cláusulas es si su norma de creación lo establece. De lo contrario, si una Entidad sujeta al régimen especial requiere sancionar o dar por terminado el contrato, por regla general, debe acudir al juez competente[[4]](#footnote-5).

En este sentido, las cláusulas excepcionales de caducidad, interpretación unilateral, y potestades de *imposición unilateral* de las multas e *imposición unilateral* de la cláusula penal[[5]](#footnote-6), etc. están prohibidas en contratos sometidos al derecho privado, ya que se deben observar las normas de orden público –art. 16 del Código Civil–, existe objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación –art. 1519 del Código Civil– y, por tanto, su inclusión en un contrato en que no exista autorización legal implicaría que estarían viciadas de nulidad absoluta –art. 1741 del Código Civil–. En este sentido, las cláusulas excepcionales se reservan a los contratos autorizados por la ley en la medida en que son poderes derogatorios del derecho común:

De un lado […], este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas –por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común–, y, de otro, […] el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales[[6]](#footnote-7).

Lo anterior, también se extiende a las multas y la cláusula penal, en lo que se refiere a la potestad exorbitante o unilateral, cuyo fundamento normativo está en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, autorizado únicamente para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[7]](#footnote-8). En efecto, aunque las entidades sometidas al derecho privado pueden pactar las cláusulas de multas y penal pecuniaria, con fundamento en las disposiciones civiles y comerciales, y en su autonomía de la voluntad, tal como pueden hacerlo los particulares, la facultad de imposición unilateral, contenida en el artículo 17, se reservó para las entidades sujetas al EGCAP[[8]](#footnote-9).

No obstante, el hecho de que algunas entidades estatales se rijan por el derecho privado en materia contractual no puede entenderse como una negación de lo que establece el x. Este enunciado normativo significó un «retorno del derecho administrativo» para las entidades excluidas, al reiterar que deben cumplir los principios constitucionales de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal; y ahora también publicar su actividad contractual en el SECOP II de conformidad con el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022[[9]](#footnote-10).

Adicionalmente, las entidades estatales que por disposición legal cuentan con un régimen especial[[10]](#footnote-11), exceptuado del EGCAP–Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y normas complementarias[[11]](#footnote-12)– pueden expedir un reglamento interno de contratación –comúnmente denominado *manual de contratación*–, que regule aspectos asociados a la actividad contractual, como los procedimientos de selección, los requisitos de participación, las condiciones de ejecución del contrato, etc. En otras palabras, el manual de contratación de las entidades exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación.

Sin embargo, la libertad de configuración reglamentaria de las entidades estatales, expresada en el manual de contratación, no es absoluta, ya que, a pesar de que están facultadas para regular ciertos temas relacionados con la actividad contractual, deben hacerlo respetando la reserva legal de la que gozan ciertas materias. En tal sentido, asuntos como: i) los requisitos de existencia y validez del contrato, ii) sanciones, sin perjuicio de las que pueden pactar de acuerdo con las normas civiles y comerciales, iii) procedimientos para su imposición, iv) causales de inhabilidad e incompatibilidad, v) el principio de anualidad del gasto, y vi) restricciones al acceso a la administración de justicia para discutir las controversias contractuales, son, entre otros, temas cuya regulación está reservada al legislador y que, por tanto, las entidades exceptuadas no pueden reglamentar en su manual de contratación[[12]](#footnote-13).

En este sentido, las entidades estatales que por disposición legal se rigen por el derecho privado –conocidas en el medio como entidades de régimen especial, por no someterse al EGCAP–, no pueden usar las cláusulas excepcionales que se ejerzan mediante actos administrativos; salvo que una norma particular les atribuya la potestad, como se evidenciará al desarrollar el procedimiento administrativo sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

* 1. **Procedimiento administrativo sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011: Inaplicabilidad, por regla general, para entidades de régimen especial**

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al EGCAP, es decir, a la Ley 80 de 1993 y a la Ley 1150 de 2007[[13]](#footnote-14). Así se desprende del primer inciso de aquel artículo, que establece: «*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 […]». De ahí que, solo por esta razón, sea fácil concluir que las entidades de régimen especial –entre ellas Indumil– no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por no ser entidades sometidas al EGCAP, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este.

Sobre el particular, en los últimos años se ha debatido al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado la posibilidad de las entidades con régimen especial de contratación de ejercer autotutela declarativa, imponiendo las sanciones pactadas en el contrato[[14]](#footnote-15). La jurisprudencia reciente de este tribunal[[15]](#footnote-16) y de la Corte Suprema de Justicia[[16]](#footnote-17) confirmó la validez del pacto de poderes unilaterales en el marco de los contratos de derecho privado suscritos por entidades del régimen especial, en la medida en que se trate de la capacidad negocial de las partes con fundamento en su autonomía de la voluntad. Tal capacidad dispositiva se ejerce entonces mediante actos jurídicos unilaterales de derecho privado, no de actos administrativos.

Por tanto, las entidades de régimen especial pueden pactar en el contrato que ante el incumplimiento del contratista se activará el derecho al pago de sanciones, como la multa o la cláusula penal pecuniaria. Estas sanciones podrán ser ejecutadas directamente por la entidad o, en su defecto, se podrá acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en ejercicio del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, que, como lo ha indicado la jurisprudencia, es un medio de control «pluripretensional»[[17]](#footnote-18), pues admite canalizar a través de él múltiples pretensiones, como la solicitud de declaratoria de incumplimiento y consecuencialmente la imposición de las sanciones estipuladas en el contrato. En efecto, dicho artículo establece que en la demanda se puede pedir «[…] que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas […]».

 En esa misma línea, frente a la declaratoria del siniestro que da lugar al cobro de la póliza de cumplimiento, las entidades de régimen especial deben seguir las normas del Código de Comercio. Sobre el particular este establece en su artículo 1077 que le corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida. No se podrán expedir actos administrativos que decidan, de manera unilateral, declarar el incumplimiento y hacer efectivo el amparo de la póliza del seguro de cumplimiento.

Para ello, conforme lo establece el artículo 1075 de Código de Comercio, el asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. La compañía aseguradora podrá tomar a su cargo el cumplimiento del contrato sustituyendo al contratista por otro que de cumplimiento a los derechos y obligaciones derivados del contrato asegurado.

En caso de que la reclamación sea objetada por parte de la compañía de seguros, la entidad deberá acudir al juez del contrato mediante la acción de responsabilidad civil contractual contra la contratista, vinculando como tercero civilmente responsable a la aseguradora. De esta manera, en caso de que el contratista sea condenado, el juez podrá ordenar a la aseguradora el pago de los perjuicios hasta el monto pactado como valor asegurado.

* 1. **Plazo de ejecución y vigencia del contrato estatal**

El artículo 1551 del Código Civil define el «plazo» como la época para cumplir una obligación. El plazo puede ser i) expreso o ii) tácito[[18]](#footnote-19). La doctrina define el «plazo» como un hecho futuro y cierto para el nacimiento o la extinción de un derecho, y elabora una clasificación de los plazos de la cual se destacan el plazo expreso y tácito, que complementa lo señalado en el Código Civil. Respecto del plazo expreso indica que es el señalado en términos explícitos, y el plazo tácito «[…] tiene lugar cuando no existe plazo expreso y la obligación no es susceptible de cumplirse inmediatamente […]»[[19]](#footnote-20).

 Particularmente, el plazo es una de las modalidades por las cuales las obligaciones dejan de ser puras y simples. De hecho, la regla general es que el nacimiento del derecho sea concomitante con su exigibilidad, lo que repercute en el cumplimiento inmediato de la prestación debida. Sin embargo, con las cláusulas relativas al plazo, las partes modulan cualquiera de estos dos (2) elementos haciendo que las obligaciones sean exigibles o que los derechos se extingan con el vencimiento de un período determinado en el contrato.

 Al respecto, es necesario tener en cuenta la diferencia entre los efectos de los plazos suspensivos y resolutorios. Los primeros tienen por objeto suspender la exigibilidad de las obligaciones, por lo que una vez vencido pasan a ser puras y simples de forma tal que el acreedor puede reclamar el cumplimiento inmediato de las prestaciones. En esta medida, «Cuando hay plazo suspensivo pendiente, el derecho respectivo ya ha nacido, tiene existencia real y útil. Lo que falta es solo la llegada del instante en que ese derecho puede ejercitarse, y consecuentemente, obligar al deudor»[[20]](#footnote-21). En contraste, los segundos tiene por efecto extinguir los derechos y las obligaciones nacidas del contrato, por lo que estando pendiente el vencimiento, la exigibilidad de las prestaciones es inmediata y el acreedor puede solicitar su cumplimiento, pero una vez se agota el plazo, el contrato pierde sus efectos[[21]](#footnote-22). Sobre el particular, el Consejo de Estado explica que:

Algunas obligaciones se contraen para ser cumplidas durante un plazo o en un día cierto, son las denominadas por la doctrina como *ex die* o *sub die* y otras se contraen para producir efectos hasta una época o día que se fija, las cuales se denominan *ad diem*, por tal razón, el plazo puede concebirse en función de la exigibilidad del pago o cumplimiento, o de la extinción del vínculo jurídico, diferenciándose así de las obligaciones puras y simples, las cuales no están sujetas a ninguna modalidad para su exigibilidad, es decir, nacen y se hacen exigibles en el mismo instante.

[…]

El plazo *ex die* o *sub die*, que la doctrina ha denominado término suspensivo, primordial o inicial, tiene como finalidad suspender la exigibilidad de las obligaciones en el tiempo hasta el acaecimiento del momento dispuesto, por ende su incumplimiento durante el interregno comprendido entre el surgimiento del vínculo jurídico y hasta antes del vencimiento del plazo, no conlleva consecuencias jurídicas, es decir, hasta antes de la llegada del plazo el derecho no puede exigirse[[22]](#footnote-23).

Ahora bien, tratándose de plazos de naturaleza suspensiva la exigibilidad de las obligaciones está suspendida mientras el término esté pendiente: la Administración solo podrá exigir el cumplimiento cuando venza el plazo de entrega, pues solo a partir de ese momento las obligaciones son puras y simples. En este caso, sin perjuicio de la responsabilidad del contratista por cumplimiento extemporáneo, la entidad puede recibir lo que ejecute el contratista después de vencido el plazo del contrato, lo que se extiende a la exigibilidad de lo que está pendiente por cumplir.

 De esta manera se concluye que el plazo no siempre tiene efectos extintivos en todas las tipologías contractuales. En efecto, en la medida que suspenda la exigibilidad de las obligaciones, el «plazo» expreso es aquel estipulado en el contrato, en el cual las partes disponen un término específico para su cumplimiento. Esto significa que antes de su vencimiento el contrato se encuentra en ejecución; el contratista tiene ese tiempo para ejecutar las prestaciones a las cuales se comprometió en virtud de la suscripción del negocio jurídico. En este «plazo» el contratista puede cumplir sus obligaciones anticipadamente[[23]](#footnote-24), pero el bien, obra o servicio solo le será exigible cuando venza el plazo. De acuerdo con la doctrina:

[…] Vencido el plazo, la obligación se hace exigible, es decir, se transforma en obligación pura y simple, de donde se colige: 1) el acreedor puede ejercer todas las acciones que le competen; 2) el término de la prescripción del crédito comienza a contarse (art. 2535); 3) la obligación puede entrar en compensación (art.1715, ord. 3); 4) y, por regla general, el deudor queda constituido en mora (art. 1608, ord 1)[[24]](#footnote-25).

El plazo del contrato es entonces el período requerido en este para que se cumpla su objeto, a cargo del contratista como deudor del bien, obra o servicio para satisfacer la necesidad de la entidad, y que esta última recibe como acreedora.

Al respecto, la jurisprudencia define el *plazo de ejecución* como el establecido para la realización de las prestaciones contractuales, y de igual forma, considera que mientras subsista la obligación para las partes de liquidar el contrato, el *plazo de vigencia* de este no ha finalizado[[25]](#footnote-26). De esta idea se infiere que la noción de *plazo del contrato* analizada en los párrafos precedentes equivale al concepto jurisprudencial de *plazo de ejecución*, pues ambos aluden al tiempo dispuesto para que el contratista cumpla sus obligaciones. No obstante, del vencimiento del *plazo del contrato* o del *plazo de ejecución* no se infiere la extinción de las obligaciones, pues –siempre que sea suspensivo– es posible la recepción de pagos extemporáneos. La vigencia del contrato solo cesa con la liquidación. A este punto se refiere el Consejo de Estado cuando explica que:

[…] si bien es cierto en la mayoría de los casos el plazo del contrato coincide con el de ejecución de la obra, con la entrega del suministro, con la prestación del servicio, también lo es, que este plazo no constituye propiamente hablando el periodo de ejecución del contrato porque al finalizar el plazo que se ha destinado para el cumplimiento de la obligación principal por parte del contratista las partes no quedan liberadas de pleno derecho mientras no se extingan todas las obligaciones adquiridas, lo cual se cumple necesariamente en la etapa de liquidación del contrato en la cual es donde la administración puede valorar el cumplimiento total de las obligaciones a cargo del contratista y es la que le pone término a la vinculación de las partes.

[…]

En este orden de ideas, debe precisarse que dentro de los plazos para la ejecución del contrato existe uno y con seguridad el de mayor importancia y es aquél que corresponde a la terminación definitiva de la obra, o a la entrega del último suministro o del estudio o diseño que se ha confiado, momento en el cual la administración podrá igualmente, como lo venía haciendo durante la ejecución del contrato, evaluar el cumplimiento del contratista para poderle recibir a satisfacción, puesto que es una exigencia del interés público que el colaborador privado cumpla sus prestaciones conforme al ritmo previsto en el programa y con sujeción a las especificaciones técnicas establecidas en el contrato. En el evento de que el contratista no haya cumplido cabalmente, vale decir, porque entrega la obra inconclusa o se presentan faltantes o se requiere de reparaciones, la administración podrá hacer valer sus poderes sancionatorios de acuerdo con la magnitud del incumplimiento[[26]](#footnote-27).

 Así las cosas, el plazo del contrato estatal o plazo de ejecución, coincide con el límite, en principio establecido para la realización de las obligaciones del contrato, entre tanto, la vigencia del contrato excede el término del primero y se extingue con la liquidación del contrato.

 En cuanto a la incidencia del plazo de ejecución y el de vigencia del contrato en materia de incumplimiento, lo dicho demuestra que, sin perjuicio de la responsabilidad contractual, el vencimiento del *plazo de ejecución* en los contratos no impide que la entidad pueda recibir las tareas realizadas fuera de este término, ni equivale a la imposibilidad de que el contratista realice prestaciones extemporáneas. Esta tesis se sustenta en dos (2) argumentos: por un lado, el artículo 1625 del Código Civil no dispone que el vencimiento del plazo sea una forma de extinción de las obligaciones[[27]](#footnote-28) y, por otro, en las obligaciones de dar o hacer es posible conceder *plazos de gracia*.

 En primer lugar, el principal modo de extinción de las obligaciones es el pago efectivo, el cual define el artículo 1626 del Código Civil como «la prestación de lo que se debe». Este pago puede ser oportuno o extemporáneo. En este último caso, ni el contrato se extingue ni la entidad pierde la oportunidad para recibir el objeto contratado, pues al cumplimiento *in natura* se suma la responsabilidad contractual por «no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento» –art. 1613 *ibidem*–. Para estos efectos el vencimiento del término produce la mora *ex re*, caso en el cual se exceptúa la obligación de reconvenir en la medida que el plazo interpela por sí mismo –art- 1608.1 *ibidem*–. Además, aunque la doctrina considera que la enumeración del artículo 1625 *ibidem* no es completa, el único plazo que elimina la fuerza obligatoria del contrato es el extintivo[[28]](#footnote-29). Esto significa que ante el vencimiento de un plazo suspensivo las obligaciones del contratista subsisten mientras no se extingan por el cumplimiento de la prestación adeudada.

 En segundo lugar, el ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de conceder *plazos de gracia*. A esto se refiere el artículo 1715, inciso final, del Código Civil cuando dispone que «Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor». En efecto, «las esperas» impiden la compensación porque son convenios entre las partes para prorrogar un plazo. Esta naturaleza convencional se desprende del verbo «conceder», el cual define la RAE como «Dar, otorgar, hacer merced y gracia de algo».

En contraste, «El plazo de gracia es aquel que, fuera del contrato y sin formar parte de él, obtiene buenamente el deudor de su acreedor que no le exige el cumplimiento inmediato de la obligación teniendo derecho a ello […]»[[29]](#footnote-30), por lo que nace en una conducta omisiva y unilateral del acreedor, especialmente, cuando no interviene la voluntad del deudor.

De esta manera, el vencimiento del *plazo de ejecución,* cuando tiene carácter suspensivo, no impide que la entidad reciba las tareas realizadas fuera de este término ni equivale a la imposibilidad de que el contratista realice prestaciones extemporáneas. De hecho, mientras el contrato esté vigente la entidad puede emplear los medios necesarios para exigir su cumplimiento.

1. **Respuesta**

«[…]¿Puede una Empresa Comercial e Industrial del Estado como INDUMIL, con *régimen privado* de contratación aceptar bienes o servicios por fuera del plazo de ejecución pactado por las partes?, ¿Hasta qué momento podría la entidad recibir los bienes o servicios?, ¿Puede el supervisor tomar la decisión si acepta o no los bienes o servicios por fuera del plazo de ejecución, teniendo en cuenta la urgencia, importancia, necesidad por parte de la entidad? »

El vencimiento del *plazo de ejecución,* cuando tiene carácter suspensivo, no impide que la entidad reciba las tareas realizadas fuera de este término ni equivale a la imposibilidad de que el contratista realice prestaciones extemporáneas. De hecho, mientras el contrato esté vigente la entidad puede emplear los medios necesarios para exigir su cumplimiento.

Esta tesis se sustenta en dos (2) argumentos: por un lado, el artículo 1625 del Código Civil no dispone que el vencimiento del plazo sea una forma de extinción de las obligaciones[[30]](#footnote-31) y, por otro, en las obligaciones de dar o hacer es posible conceder *plazos de gracia*.

Sobre los plazos de gracia, el artículo 1715 del Código Civil dispone que «Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor». En efecto, «las esperas» impiden la compensación porque son convenios entre las partes para prorrogar un plazo. De manera que nacen de una conducta omisiva y unilateral del acreedor, y duran hasta tanto se acuerde con el deudor.

«En virtud de lo anterior, ¿Cuál es el procedimiento administrativo que podría adelantar INDUMIL en el evento de que se evidencie un incumplimiento imputable al contratista, teniendo en cuenta que se pactó la multa y clausula penal? ¿Para hacer efectiva las multas y/o Cláusula Penal es necesario acudir al juez del contrato? »

Los contratos celebrados por Indumil, en tanto entidad sujeta al *régimen especial*, se le aplican un régimen distinto al EGCAP: el derecho privado. Sin perjuicio de la obligación de observar el artículo 13 de la Ley 1150, esto es, que en desarrollo de su actividad contractual deben observar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, al igual que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Ahora bien, por «procedimiento administrativo de incumplimiento contractual» se entenderá el establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En tal sentido, de conformidad con las consideraciones expresadas en el numeral 2.3. de este concepto, solo las entidades sometidas al EGCAP pueden aplicar este procedimiento en tanto derivan del ejercicio de una facultad unilateral. Indumil por su parte carece de competencia para utilizarlo y, en ese orden, se debe regir a las normas de derecho privado que regulan las multas y las cláusulas penales pecuniarias pactadas de mutuo acuerdo.

En ese mismo sentido, en los últimos años se ha debatido al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado la posibilidad de las entidades con régimen especial de contratación de ejercer autotutela declarativa, imponiendo las sanciones pactadas en el contrato[[31]](#footnote-32). La jurisprudencia reciente de este tribunal[[32]](#footnote-33) y de la Corte Suprema de Justicia[[33]](#footnote-34) confirmó la validez del pacto de poderes unilaterales en el marco de los contratos de derecho privado suscritos por entidades del régimen especial, en la medida en que se trate de la capacidad negocial de las partes con fundamento en su autonomía de la voluntad. Tal capacidad dispositiva se ejerce entonces mediante actos jurídicos unilaterales de derecho privado, no de actos administrativos.

Por tanto, las entidades de régimen especial pueden pactar en el contrato que ante el incumplimiento del contratista se activará el derecho al pago de sanciones, como la multa o la cláusula penal pecuniaria. Estas sanciones podrán ser ejecutadas directamente por la entidad o, en su defecto, se podrá acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en ejercicio del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011

«Asimismo, mencione cual es el procedimiento que se puede adelantar para hacer efectivas las pólizas de cumplimiento por parte de INDUMIL, toda vez que, para hacer efectivas según el clausulado de las pólizas, las compañías de seguros solicitan un “Acto contractual” que declare el incumplimiento para acreditar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida según el artículo 1077 del Código de Comercio.

De lo anterior, por favor mencione cual es mecanismo o procedimiento idóneo para que las entidades del Estado con régimen privado de contratación como INDUMIL (empresa Industrial y Comercial del Estado) pueda hacer efectivas las pólizas de cumplimiento, teniendo en cuenta que para hacerlas efectivas las compañías de seguros solicitan que la entidad demuestre la ocurrencia del siniestro.»

En esa misma línea, frente a la declaratoria del siniestro que da lugar al cobro de la póliza de cumplimiento, las entidades de régimen especial deben seguir las normas del Código de Comercio. Sobre el particular este establece en su artículo 1077 que le corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida. No se podrán expedir actos administrativos que decidan, de manera unilateral, declarar el incumplimiento y hacer efectivo el amparo de la póliza del seguro de cumplimiento.

Para ello, conforme lo establece el artículo 1075 de Código de Comercio, el asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. La compañía aseguradora podrá tomar a su cargo el cumplimiento del contrato sustituyendo al contratista por otro que de cumplimiento a los derechos y obligaciones derivados del contrato asegurado.

En caso que la reclamación sea objetada por parte de la compañía de seguros, la entidad deberá acudir al juez del contrato mediante la acción de responsabilidad civil contractual contra la contratista, vinculando como tercero civilmente responsable a la aseguradora. De esta manera, en caso de que el contratista sea condenado, el juez podrá ordenar a la aseguradora el pago de los perjuicios hasta el monto pactado como valor asegurado.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Juan Carlos Covilla MartínezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Diana Lucía Saavedra CastañedaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual  |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-2)
2. Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación: «Entidad Estatal de régimen especial: Entidad Estatal que realiza sus Procesos de Contratación con un régimen distinto al previsto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007». [↑](#footnote-ref-3)
3. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado No. 45.607 del 24 de octubre de 2016. Consejera Ponente: María Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-4)
4. Sobre las entidades de régimen especial, se puede consultar su definición y un listado aproximado de este tipo de entidades en: BARRETO MORENO, Antonio A. El derecho de la compra pública. Legis - Universidad de la Sabana, primera edición, Bogotá, 2019.

 [↑](#footnote-ref-5)
5. La exorbitancia de las dos cláusulas transcritas –cláusula penal y multas– se refiere a su *imposición unilateral*; no a su pacto que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales. [↑](#footnote-ref-6)
6. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Exp. 30.832. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-7)
7. «Artículo 17. Del derecho al debido proceso. 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» (Cursivas fuera de texto). [↑](#footnote-ref-8)
8. Esta postura también es defendida por la doctrina. Concretamente por el profesor David Suárez Tamayo, quien expresa: «Dado que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se refiere (sic) exclusivamente a las entidades sometidas al estatuto de contratación pública, quiere ello decir, que las demás entidades que no estén sometidas a la Ley 80 de 1993, sino a las normas del derecho privado, no están autorizadas, ni tienen la competencia para hacer uso de manera unilateral de cláusulas excepcionales, ni para imponer multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, y por tanto deberán acudir al juez del contrato cuando requieran hacer uso de las mismas» (SUAREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA—, 2014. p. 202). [↑](#footnote-ref-9)
9. Este fenómeno también se ha presentado, en los últimos años, en España. Al respecto, ver: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. El retorno del derecho administrativo. En: Revista de Administración Pública. Nº 216 (2018). Disponible en: https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/67033. [↑](#footnote-ref-10)
10. Es el caso de: i) las empresas sociales del Estado (art. 195, num. 6, Ley 100/1993), ii) las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (arts. 31 y 32, Ley 142/94); iii) las empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades públicas y sociedades de economía mixta con capital público mayoritario, siempre que las tres entidades mencionadas anteriormente se encuentren en competencia con el sector público o privado, a nivel nacional o internacional, o ejerzan su actividad en un mercado regulado (art. 14, Ley 1150/07); iv) las universidades públicas (art. 93, Ley 30/92); entre otras.

 [↑](#footnote-ref-11)
11. Leyes que, a su vez, han sido modificadas por otras posteriores, como las Leyes 1474 de 2011 y 1882 de 2018, entre otras. Así mismo, se recuerda que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se encuentra reglamentado actualmente por el Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-12)
12. Así lo sostuvo el Consejo de Estado: «Esta Sala, en sentido contrario al del tribunal, recuerda que las normas que establecen la manera como se perfecciona un contrato son de orden público, por tanto indisponibles por las partes, así que para las entidades excluidas de la Ley 80, un contrato existe si cumple las exigencias del ordenamiento privado; ni siquiera las del manual de contratación que expide cada hospital, ni las que prevean las partes en un contrato específico, porque los últimos no pueden reducirlas o adicionarlas, puesto que semejante acuerdo adolecerá de nulidad, al transgredir el derecho público de la nación.

»Lo anterior explica por qué en el derecho privado las partes no pueden condicionar la existencia de un contrato, que por ley sea consensual, al hecho de que conste por escrito; ni uno que requiere escritura pública al hecho de que el acuerdo verbal sea suficiente. Esto significa que si la ley impuso formalidades especiales para que exista un contrato, las partes no sólo no pueden obviarlas, sino que tampoco las pueden incrementar o adicionar; y a la inversa, si la ley no estableció formalidades especiales para que exista determinado negocio, las partes no las pueden crear con ese propósito –aunque sí podrían hacerlo para otros efectos, pero no para que exista el acuerdo de voluntades-. Lo expresado hasta ahora debe entenderse en los siguientes sentidos:

»a. Si la norma aplicable al contrato es la Ley 80, los requisitos de perfeccionamiento son los que ella establezca; de manera que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad –que autorizan los arts. 13, 32 y 40- no pueden atenuar ni hacer más exigentes los que contempla.

»b. Si la norma aplicable al contrato estatal es el derecho privado más los principios de la función administrativa, los requisitos de perfeccionamiento también son los que aquél establezca; por tanto, las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, tampoco pueden atenuar ni hacer más exigentes los que contempla.

»c. Si la entidad excluida de Ley 80 profirió un reglamento o manual de contratación, para señalar con certidumbre la manera como contratará los bienes, obras y servicios de su interés, los requisitos de perfeccionamiento de sus contratos tampoco son disponibles por ese estatuto, porque esta materia está reservada a la ley. Por tanto, cuándo existe un contrato es un aspecto que define el derecho privado, y la entidad no lo puede alterar, ni para atenuar ni para hacer más exigentes los requisitos» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 8 de abril de 2014. Exp. 25.801 C.P. Enrique Gil Botero). [↑](#footnote-ref-13)
13. En efecto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 dispone: «*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» (cursivas fuera de texto). [↑](#footnote-ref-14)
14. Providencias que avalaron dicha tesis fueron las siguientes: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 20 de febrero de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expedientes: 56939 y 56562. En cambio, la consideración de que las entidades de régimen especial, por regla general, no pueden ejercer esta potestad sancionatoria, se plantea en las sentencias del Consejo de Estado. Sección Tercera. 1 de agosto de 2018. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo. Expediente: 39277 y del 14 de febrero de 2019. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 38937. [↑](#footnote-ref-15)
15. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2016, expediente 31.430; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de agosto de 2016, expediente 41.783; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de noviembre de 2016, expediente 39.692, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de agosto de 2020, expediente 36.875. [↑](#footnote-ref-16)
16. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de agosto de 2011, expediente 11001-3103-012-1999-01957-01 [↑](#footnote-ref-17)
17. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 12 de diciembre de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente: 60.477. [↑](#footnote-ref-18)
18. Código Civil: «Articulo 1551. Definición de plazo. El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo.

»No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designe, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación; solo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes». [↑](#footnote-ref-19)
19. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis S.A., reimpresión de la octava edición, Bogotá, 2008. p. 218 y 219. [↑](#footnote-ref-20)
20. FUEYO LANERI, Fernando. Derecho civil: de las obligaciones. Tomo IV. Volumen I. Santiago de Chile: Roberts y Cía. Ltda., 1958. p. 152. [↑](#footnote-ref-21)
21. La doctrina explica lo siguiente: «Cuando se da un plazo para que se extinga un derecho, es claro que la obligación nace pura y simple frente al acreedor, pero al llegar el plazo se le extingue su derecho, que es el que en verdad está modalizado. Así, si alguien se obliga a entregar en arrendamiento un animal hasta el día treinta de cierto mes, su obligación es pura y simple. La fecha estará determinando la extinción del derecho del arrendatario. Pero, igualmente, el plazo extintivo, correlativamente, extingue la obligación, que para el caso es la que contrajo el arrendador de entregar la cosa y permitir el goce por parte del arrendatario. Y así como se extingue el derecho el derecho al goce del arrendatario y la obligación del arrendador de concederlo, también se extingue la obligación de pagar y derecho del arrendador a cobrar. Tomo ello como consecuencia de la extinción del contrato (art. 2008-2), lo que indica que el plazo extintivo es también una causal de extinción de los contratos […]» (VELÁSQUEZ GOMÉZ, Hernán Darío. Estudio sobre las obligaciones. Bogotá: Temis, 2010. p. 137).

 [↑](#footnote-ref-22)
22. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de febrero de 2015. Exp. 26.938 C.P. Olga Mélida Valle De De la Hoz (E). [↑](#footnote-ref-23)
23. Código Civil: Articulo 1552. [↑](#footnote-ref-24)
24. OSPINA FERNÁNDEZ, Op. Cit., p. 220 y 221. [↑](#footnote-ref-25)
25. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 29 de julio de 2015. Exp. 42.494. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-26)
26. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 1999. Exp. 10.264. C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-27)
27. El artículo 1625 del Código Civil dispone las formas de extinción de las obligaciones en los siguientes términos: «Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

» Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

»1o.) Por la solución o pago efectivo.

»2o.) Por la novación.

»3o.) Por la transacción.

»4o.) Por la remisión.

»5o.) Por la compensación.

»6o.) Por la confusión.

»7o.) Por la pérdida de la cosa que se debe.

»8o.) Por la declaración de nulidad o por la rescisión.

»9o.) Por el evento de la condición resolutoria.

»10.) Por la prescripción

»De la transacción y la prescripción se tratará al fin de este libro; de la condición resolutoria se ha tratado en el título De las obligaciones condicionales». [↑](#footnote-ref-28)
28. OSPINA FERNÁNDEZ, Op. Cit., p. 312. [↑](#footnote-ref-29)
29. CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Tomo X. Volumen I. Santiago de Chile: Imprenta Nascimento, 1936. p. 265. [↑](#footnote-ref-30)
30. El artículo 1625 del Código Civil dispone las formas de extinción de las obligaciones en los siguientes términos: «Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

» Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

»1o.) Por la solución o pago efectivo.

»2o.) Por la novación.

»3o.) Por la transacción.

»4o.) Por la remisión.

»5o.) Por la compensación.

»6o.) Por la confusión.

»7o.) Por la pérdida de la cosa que se debe.

»8o.) Por la declaración de nulidad o por la rescisión.

»9o.) Por el evento de la condición resolutoria.

»10.) Por la prescripción

»De la transacción y la prescripción se tratará al fin de este libro; de la condición resolutoria se ha tratado en el título De las obligaciones condicionales». [↑](#footnote-ref-31)
31. Providencias que avalaron dicha tesis fueron las siguientes: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 20 de febrero de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expedientes: 56939 y 56562. En cambio, la consideración de que las entidades de régimen especial, por regla general, no pueden ejercer esta potestad sancionatoria, se plantea en las sentencias del Consejo de Estado. Sección Tercera. 1 de agosto de 2018. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo. Expediente: 39277 y del 14 de febrero de 2019. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 38937. [↑](#footnote-ref-32)
32. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2016, expediente 31.430; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de agosto de 2016, expediente 41.783; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de noviembre de 2016, expediente 39.692, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de agosto de 2020, expediente 36.875. [↑](#footnote-ref-33)
33. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de agosto de 2011, expediente 11001-3103-012-1999-01957-01 [↑](#footnote-ref-34)