**CCE-DES-FM-17**

**EJECUCIÓN DEL CONTRATO – Herramientas – Dirigir el negocio – Vigilar y controlar**

Durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales generalmente cuentan con dos grupos de figuras jurídicas con base en las cuales pueden ejercer la dirección general del negocio y realizar las actividades propias de vigilancia y control, estas son: i) las cláusulas excepcionales y ii) la declaratoria de incumplimiento bien para multar al contratista ora para hacer efectiva la cláusula penal.

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Caducidad**

[…] las cláusulas excepcionales son denominadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado y por la doctrina como estipulaciones virtuales en los contratos de concesión, obra, prestación de servicios públicos y aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, pues en ellos, sin importar si se incorporaron o no dentro del instrumento negocial, se entienden incluidas por el ministerio de la ley, como lo dispone de forma clara el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Sobre dichas cláusulas, por estar dentro del régimen sancionatorio, procede destacar la cláusula excepcional de caducidad, pues es la sanción más severa que existe en la contratación estatal, y se impone al contratista cuando incurre en un incumplimiento grave y directo que afecte la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. Su propósito fundamental es permitirle a la entidad reemplazar al contratista para continuar con la ejecución de este con otro.

**CADUCIDAD – Consecuencias jurídicas**

Las consecuencias jurídicas que se generan con ocasión de la declaratoria de caducidad, son: i) terminación del contrato; ii) iniciación del trámite de liquidación bilateral; iii) inhabilidad sobreviniente por cinco años; iv) efectividad de la garantía única de cumplimiento; y v) reporte al Secop, Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio donde el contratista esté inscrito con el propósito de incluir la anotación en el Registro Único de Proponentes.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Declaratoria – Finalidad**

La declaratoria de incumplimiento bien para multar al contratista ora para hacer efectiva la cláusula penal […] cuenta con una muy particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, lo cierto es que es indispensable que en uno u otro caso se hayan pactado en forma inequívoca dentro del contrato.

**MULTA – Criterios – Razonabilidad – Proporcionalidad – Necesidad**

[…] tratándose de las multas, en cumplimiento del principio de tipicidad, las partes deben determinar pormenorizadamente las acciones u omisiones objeto de sanción y el monto de la sanción a imponer, el cual, en todo caso, deberá atender los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad.

En esa línea se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la Sentencia del 15 de noviembre de 2011, expediente 20.916, con ponencia de Olga Mélida Valle de De La Hoz […].

**MULTA – Principio de tipicidad**

[…] en la Sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 16.367 y ponencia de Enrique Gil Botero, la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó que «el núcleo mínimo de este derecho exige que una norma –legal o contractual– contemple la falta y la sanción. Si ni siquiera lo hace el contrato, la administración no puede imponer sanciones, so pena de violar el debido proceso».

[…]

De otro lado, la Corte Constitucional precisó que la tipicidad hacía referencia a «la exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así́ como la correlación entre unas y otras».

**MULTA – Cláusula penal – Similitudes – Diferencias**

En este punto, conviene resaltar lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado , en relación con las diferencias entre las multas y la cláusula penal, esto es: «[a]unque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común -en lo sustancial-, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato».

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Cuantificación – Perjuicios – Debido proceso**

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

**PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Ley 1474 de 2011 – Inaplicabilidad – Regímenes especiales – Contratación estatal**

Valga la pena precisar 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, es decir, a la Ley 80 de 1993 y a la Ley 1150 de 2007. De ahí que las entidades de régimen especial en materia contractual no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al no ser entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este.

**PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Ley 1437 de 2011 – Aplicabilidad subsidiaria – Dosificación – Atenuantes – Agravantes – Alcance**

Igualmente, en relación con la dosificación, atenuantes y agravantes en los procesos procedimientos sancionatorios contractuales, también resulta procedente la aplicación de los criterios establecidos en el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, norma que contiene «criterios de graduación de las sanciones». Sin embargo, se debe precisar que solo se puede acudir a los criterios allí establecidos «cuando resultaren aplicables», lo cual, a nuestro juicio, significa que primero se debe acudir a los criterios establecidos en las disposiciones civiles y comerciales que resultaren aplicables, por disposición de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Por ejemplo, el artículo 1596 del Código Civil reconoce la posibilidad de rebajar la pena cuando «el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte». Igualmente, el artículo 1601 ibidem establece un criterio de proporcionalidad de la cláusula penal. En ambos casos, se resalta, se trata de normas a las que se puede acudir de forma «subsidiaria» ante el silencio de las partes del contrato, previo a la aplicación del antes mencionado artículo 50.

La regla general, entonces, es que las partes estipulen lo relacionado con la tipificación de las sanciones contractuales la multa y la cláusula penal pecuniaria, incluido lo referente a la dosificación, atenuantes y agravantes, claro está, sin exceder los límites legales y sin incurrir en abuso del derecho. Ante el silencio de estas, lo procedente sería, pues, acudir a las normas del derecho privado y, eventualmente, a los criterios establecidos en el artículo 50 de la Ley 1437 del año 2011.

**SANCIÓN CONTRACTUAL – Dosificación – Atenuantes – Agravantes – Competencia exclusiva – Legislador**

Lo que no puede pasar es que las autoridades administrativas, incluidas las entidades territoriales, los concejos municipales y las asambleas departamentales, pretendan regular la dosificación, atenuantes y agravantes en los procesos sancionatorios contractuales, pues al hacerlo estarían excediendo su potestad reglamentaria. Tal afirmación se deriva de la jurisprudencia pacífica de la Sección Tercera del Consejo de Estado, quien ha considerado que es competencia exclusiva del Congreso de la República establecer, por un lado, los «elementos del tipo administrativo», esto es, el sujeto activo, el sujeto pasivo, los hechos constitutivos del «incumplimiento» y los elementos descriptivos y normativos de la conducta a sancionar. Por el otro lado, le corresponde regular lo relacionado con el procedimiento sancionatorio contractual. Tales consideraciones encuentran fundamento en los artículos 150, numeral 10, y 113 de la Constitución Política, así como también en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

**MIPYMES – Artículo 12 – Ley 1150 de 2007 – Ámbito de aplicación**

El artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 regula la promoción del desarrollo en la contratación pública. Esta norma, desde sus orígenes, pretendió «apoyar y promocionar la formación de empresas» . Así lo demuestran sus antecedentes legislativos, en donde se da cuenta que la misma siempre estuvo relacionada con incentivar las Mipymes. […] Lo dicho antes, a juicio de la Agencia Nacional de Contratación Pública, da cuenta de que la intención del legislador fue la de restringir el ámbito de aplicación del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, a las Mipymes, incluidas las conformadas por personas marginadas o discriminadas. A su vez, las consideraciones precedentes dejan ver que el legislador no quiso cubrir a este tipo de personas con los «incentivos» regulados en dicha normativa, sino cuando las mismas estuvieran asociadas bajo esa modalidad de empresa». Tal consideración excluye per se cualquier tipo de incentivo relacionado con el origen o domicilio de este tipo de personas, pues, se insiste, lo importante es que conformen Mipymes y, por ende, lo relevante para fines contractuales es el domicilio de estas últimas.

**CONTRATACIÓN ESTATAL – Sujetos de especiales – Protección constitucional**

Esto no quiere decir que en la contratación estatal no sea posible e imperativo buscar la implementación de incentivos para los sujetos de especial protección constitucional. Por ejemplo, en materia de obras públicas de infraestructura de transporte, material en la cual se deben aplicar los Documento Tipo o Pliegos Tipo, se otorga un trato preferente a los proponentes que acrediten la vinculación de personas en condición de discapacidad. Igualmente, la Ley 823 de 2003, en el artículo 5, numeral 2, establece que «el Gobierno Nacional promoverá la incorporación de las mujeres al empleo en el sector de la construcción, mediante la sensibilización, la capacitación y el reconocimiento de incentivos a los empresarios del sector». Esto último en acatamiento de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado al suscribir, entre otras, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer −Convención de Belem do Para−, aprobada por el Congreso mediante la Ley 248 de 1995.

Bogotá D.C., **29/04/2020 Hora 18:22:24s**

**N° Radicado: 2202013000003258**

Señor

**Alexander Aragón Torrealba**

Agencia para la Infraestructura del Meta

Villavicencio, Meta

**Concepto C ─ 219 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | EJECUCIÓN DEL CONTRATO ― Herramientas para dirigir el negocio y vigilar y controlar / CLÁUSULAS EXCEPCIONALES ― Caducidad / CADUCIDAD ― Consecuencias jurídicas / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Declaratoria – Finalidad / MULTAS ― Deben ser proporcionales, razonables y necesarias / MULTAS ― Principio de tipicidad / MULTAS Y CLÁUSULA PENAL ― Similitudes y diferencias / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ― Cuantificación de perjuicios debe respetar debido proceso / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL REGULADO EN LA LEY 1474 DE 2011 ― Inaplicabilidad en los regímenes especiales de contratación estatal / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL REGULADO EN LA LEY 1437 DE 2011 ― Inaplicabilidad para la dosificación, atenuantes y agravantes en procesos sancionatorios contractuales / DOSIFICACIÓN, ATENUANTES Y AGRAVANTES DE LA SANCIÓN CONTRACTUAL – Competencia exclusiva del legislador para regularlos / ARTÍCULO 12 DE LA LEY 1150 DE 2007 – Ámbito de aplicación / CONTRATACIÓN ESTATAL – Sujetos especiales – Protección constitucional |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta 4202013000001735  |

Estimado señor Aragón Torrealba:

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 9 de marzo de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted informa que la «intención de [la] consulta es introducir estrategias en la contratación de infraestructura pública, pata promover que los contratistas de obras, interventorías y consultorías vinculen un mínimo de personal femenino, y a empresas de servicios de transporte y otras empresas locales, a las obras territoriales; pues como es conocido la ejecución del Presupuesto Público puede servir de motor para impulsar la economía local, y contribuir a cerrar las brechas sociales y de género». Con fundamento en lo anterior, realiza las siguientes preguntas:

 i) «¿el Gobierno Nacional, a través de CCE, ha realizado o adelanta alguna reglamentación para promover la incorporación de las mujeres al empleo en el sector de la construcción pública a través de las licitaciones de obra y/o concursos para interventorías o Consultorías, en lo posible que se otorgue puntaje a la propuesta por determinado porcentaje mínimo de personal femenino calificado y/o no calificado; como ya lo hay para personas con discapacidad?».

 ii) «¿el Gobierno Departamental, a través de decretos u ordenanzas, o sus entidades descentralizadas, puede expedir reglamentación sobre la dosificación, atenuantes y agravantes en procesos sancionatorios contractuales?».

 iii) «¿la entidad contratante puede establecer y pactar en la minuta una proporción o cantidad mínima de mujeres de la región entre el personal calificado y entre el personal no calificado, que deben ser vinculados a la ejecución de las obras, interventorías, y consultorías? ¿Esta obligación se podría basar en lo establecido en la Ley 823 de 2003 artículo 5, numeral 2?».

 iv) «¿la entidad contratante puede propiciar desde el borrador de minuta una proporción o cantidad mínima de mujeres de la región entre el personal calificado y entre el personal no calificado que puede ser vinculadas voluntariamente por el Contratista a la ejecución de las obras, interventorías y consultorías[,] para que en caso de procesos sancionatorios contractuales pueda la entidad contratante tener este tipo de vinculación como un atenuante para la dosificación de las sanciones o medidas a imponer?».

 v) «¿la entidad contratante puede propiciar desde el borrador de minuta una proporción de servicios de transporte de materiales, equipos, y personal, mínimo, con empresas locales o de la región, que pueden ser vinculadas voluntariamente por el Contratista a la ejecución de las obras, interventorías y consultorías[,] para que en caso de procesos sancionatorios contractuales pueda la entidad contratante tener este tipo de vinculación como un atenuante para la dosificación de las sanciones o medidas a imponer?».

1. **Consideraciones**

Para resolver sus inquietudes, es necesario hacer referencia, por un lado, al régimen sancionatorio contractual y, por el otro, a las medidas de promoción y desarrollo en la contratación pública a las que se hace referencia en el artículo 12, inciso 4, de la Ley 1150 de 2007.

* 1. **Régimen sancionatorio**

En los conceptos del 16 de octubre y el 5 de diciembre de 2019 −radicados No. 2201913000007661 y 2201913000008964− la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció en relación con el régimen sancionatorio en materia contractual como herramienta para la dirección general del negocio y la realización de las actividades propias de vigilancia y control. La tesis propuesta se reiterará a continuación.

Durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales generalmente cuentan con dos grupos de figuras jurídicas con base en las cuales pueden ejercer la dirección general del negocio y realizar las actividades propias de vigilancia y control, estas son: i) las cláusulas excepcionales y ii) la declaratoria de incumplimiento bien para multar al contratista ora para hacer efectiva la cláusula penal.

Las primeras, esto es, las cláusulas excepcionales, son denominadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado y por la doctrina como estipulaciones virtuales en los contratos de concesión, obra, prestación de servicios públicos y aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, pues en ellos, sin importar si se incorporaron o no dentro del instrumento negocial, se entienden incluidas por el ministerio de la ley, como lo dispone de forma clara el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Sobre dichas cláusulas, por estar dentro del régimen sancionatorio, procede destacar la cláusula excepcional de caducidad, pues es la sanción más severa que existe en la contratación estatal, y se impone al contratista cuando incurre en un incumplimiento grave y directo que afecte la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. Su propósito fundamental es permitirle a la entidad reemplazar al contratista para continuar con la ejecución de este con otro. En cuanto a la oportunidad para su imposición, el Consejo de Estado ha precisado[[1]](#footnote-2):

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

Las consecuencias jurídicas que se generan con ocasión de la declaratoria de caducidad, son: i) terminación del contrato; ii) iniciación del trámite de liquidación bilateral; iii) inhabilidad sobreviniente por cinco años; iv) efectividad de la garantía única de cumplimiento; y v) reporte al Secop, Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio donde el contratista esté inscrito con el propósito de incluir la anotación en el Registro Único de Proponentes.

Las segundas, por el contrario, cuentan con una muy particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, lo cierto es que es indispensable que en uno u otro caso se hayan pactado en forma inequívoca dentro del contrato[[2]](#footnote-3).

En efecto, tratándose de las multas, en cumplimiento del principio de tipicidad, las partes deben determinar pormenorizadamente las acciones u omisiones objeto de sanción y el monto de la sanción a imponer, el cual, en todo caso, deberá atender los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad.

En esa línea se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la Sentencia del 15 de noviembre de 2011, expediente 20.916, con ponencia de Olga Mélida Valle de De La Hoz:

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

De igual forma, en la Sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 16.367 y ponencia de Enrique Gil Botero, la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó que «el núcleo mínimo de este derecho exige que una norma –legal o contractual– contemple la falta y la sanción. Si ni siquiera lo hace el contrato, la administración no puede imponer sanciones, so pena de violar el debido proceso».

Así mismo, frente al tema *sub examine* el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 13 de noviembre de 2008[[3]](#footnote-4), indicó *in extenso* lo siguiente:

La otra, la débil, donde se enmarcan la mayoría de las sanciones contractuales, hace relación a que lo determinante no es que una Ley sea quien contemple las faltas y las sanciones, sino que sea una norma –por ejemplo, un reglamento- quien en forma previa y clara las estipule. A este grupo pertenecen buena parte de las sanciones administrativas, como las educativas, las cuales no están consagradas en una ley expedida por el legislador o por el ejecutivo al amparo de facultades extraordinarias, sino en simples reglamentos administrativos internos.

Algunas de las sanciones contractuales podrían enmarcarse en esta clasificación, pues es claro que la ley –bien la que expide el Congreso o bien los decretos con fuerza de ley- no las contempla de manera directa –salvo excepciones-. Tal es el caso de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, que están autorizadas por la ley, pero no previstas en ella, sino en cada contrato, en caso de que las partes las pacten.

Obsérvese cómo el “principio de legalidad” –es decir, la predeterminación de las conductas en la Ley-, en materia contractual se reduce a la simple “tipicidad” de la conducta –es decir, a la descripción y especificación normativa del comportamiento prohibido-, pues lo determinante no es que la Ley contemple la falta y la sanción, sino que estén previamente definidas en cualquier norma, sin que importe que sea o no una ley quien lo haga.

Por tanto, en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes –no la ley; pero autorizadas por ella- quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de ius puniendi sui generis al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad.

De otro lado, la Corte Constitucional[[4]](#footnote-5) precisó que la tipicidad hacía referencia a «la exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras».

Por su parte, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 es claro en precisar que la declaración de incumplimiento tiene como propósito «hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato».

En este punto, conviene resaltar lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado[[5]](#footnote-6), en relación con las diferencias entre las multas y la cláusula penal, esto es: «[a]unque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común -en lo sustancial-, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato».

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

En este sentido, la entidad está facultada para cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista, previa declaración del mismo y luego de haberse surtido el trámite antes referido. Esta facultad, en palabras de la Corte Constitucional, «[…] está reglada y se ejerce conforme a un procedimiento administrativo, del que debe darse cuenta en un acto administrativo motivado, de tal suerte que la cuantificación de los perjuicios no obedece a la mera discrecionalidad de la entidad estatal, ni es fruto de su capricho […]»[[6]](#footnote-7).

Valga la pena precisar 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, es decir, a la Ley 80 de 1993 y a la Ley 1150 de 2007[[7]](#footnote-8). De ahí que las entidades de régimen especial en materia contractual no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al no ser entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[8]](#footnote-9), sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este.

No se desconoce que en los últimos años se ha presentado un intenso debate al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado, acerca de la posibilidad de las entidades con régimen especial de contratación de ejercer autotutela declarativa, imponiendo las sanciones pactadas en el contrato[[9]](#footnote-10). Sin embargo, esta Subdirección considera que la potestad sancionatoria debe consagrarse expresamente en la ley para que sea viable su ejercicio y que no basta ello, sino que además se debe regular previamente y a nivel legal el procedimiento aplicable para la imposición de las sanciones. Ambas condiciones son la materialización de los principios de competencia y de legalidad de las formas propias de cada juicio, contenidas en el derecho fundamental al debido proceso, que rige también en las actuaciones administrativas, según lo indica el primer inciso del artículo 29 de la Constitución[[10]](#footnote-11) y el artículo 3, numeral 1 de la Ley 1437 de 2011[[11]](#footnote-12).

Con todo, 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, pero para hacerlas efectivas deberán 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»[[12]](#footnote-13), 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 […]».

No considera entonces esta Subdirección que las entidades de régimen especial tengan competencia para imponer unilateralmente sanciones contractuales. Pero, es más, aún si, en gracia de discusión, gozara de ella, el procedimiento administrativo que debería adelantar para la imposición de aquellas no podría ser el del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, porque, como se explicó, el primer inciso de dicha norma establece que rige para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Entonces, si se admitiera que las entidades de régimen especial pueden declarar mediante acto administrativo el incumplimiento, para hacer efectivas las sanciones contractuales, al no existir un procedimiento especial, tendrían que cumplir con el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en los artículos 47 al 52 de la Ley 1437 de 2011, pues la primera de las referidas disposiciones establece, en armonía con el artículo 2 dicho Código –consagratorio del principio de subsidiariedad–, que «[l]os procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes». Sin embargo, se reitera que esto solo sería en el evento de aceptarse que dichos órganos del Estado tienen competencia para imponer sanciones contractuales; lo que en realidad no sucede.

Hay entidades de régimen especial que tienen la competencia para declarar la caducidad –que, como se sabe, es una cláusula excepcional, que consiste en una sanción contractual por incumplimiento grave del contratista[[13]](#footnote-14)–, pues la ley las sujeta a las normas de derecho privado, pero les permite el ejercicio de tales exorbitancias. Tal es el caso de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios[[14]](#footnote-15) y de las empresas sociales del Estado[[15]](#footnote-16). En tales eventos, las entidades de régimen especial deben aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ya que en el pacto e imposición de la caducidad se consideran entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Igualmente, en relación con la dosificación, atenuantes y agravantes en los procedimientos sancionatorios contractuales, también resulta procedente la aplicación de los criterios establecidos en el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, norma que contiene «criterios de graduación de las sanciones». Sin embargo, se debe precisar que solo se puede acudir a los criterios allí establecidos «cuando resultaren aplicables», lo cual, a nuestro juicio, significa que primero se debe acudir a los criterios establecidos en las disposiciones civiles y comerciales, por disposición de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Por ejemplo, el artículo 1596 del Código Civil reconoce la posibilidad de rebajar la pena cuando «el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte». Igualmente, el artículo 1601 *ibidem* establece un criterio de proporcionalidad de la cláusula penal. En ambos casos, se resalta, se trata de normas a las que se puede acudir de forma «subsidiaria» ante el silencio de las partes del contrato, previo a la aplicación del antes mencionado artículo 50.

La regla general, entonces, es que las partes estipulen lo relacionado con la tipificación de la multa y la cláusula penal pecuniaria, incluido lo referente a la dosificación, atenuantes y agravantes, claro está, sin exceder los límites legales y sin incurrir en abuso del derecho. Ante el silencio de estas, lo procedente sería, pues, acudir a las normas del derecho privado y, eventualmente, a los criterios establecidos en el artículo 50 de la Ley 1437 del año 2011.

Lo que no puede pasar es que los concejos municipales y las asambleas departamentales, pretendan regular la dosificación, atenuantes y agravantes en los procesos sancionatorios contractuales, pues al hacerlo estarían excediendo su potestad reglamentaria. Tal afirmación se deriva de la jurisprudencia pacífica de la Sección Tercera del Consejo de Estado, quien ha considerado que es competencia exclusiva del Congreso de la República establecer, por un lado, los «elementos del tipo administrativo», esto es, el sujeto activo, el sujeto pasivo, los hechos constitutivos del «incumplimiento» y los elementos descriptivos y normativos de la conducta a sancionar[[16]](#footnote-17). Por el otro lado, le corresponde regular lo relacionado con el procedimiento sancionatorio contractual[[17]](#footnote-18). Tales consideraciones encuentran fundamento en los artículos 150, numeral 10, y 113 de la Constitución Política, así como también en la jurisprudencia de la Corte Constitucional[[18]](#footnote-19).

Entre otras cosas, recientemente concluyó esta Sala, al juzgar la validez del artículo 87 del decreto 2.474 de 2008, que no es posible que mediante normas internas se establezca el procedimiento sancionatorio contractual. Se fundamentó en que sólo la ley puede regular el tema, por tratarse de una materia reservada al legislador, y que mientras esto no ocurra se deben aplicar las reglas del Código Contencioso Administrativo:

«Visto lo anterior, el problema suscitado en el libelo de la demanda se centra en determinar, si es ajustado a la legalidad que el procedimiento para la imposición de las multas se confíe a cada entidad estatal o si con ello se incurre en un desbordamiento de la potestad reglamentaria. En el libelo de demanda se señaló:

[…]

»La Sala, en primer lugar precisa que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa. Esta conclusión, tal como lo señala la doctrina especializada, se desprende directamente del artículo 150 de la Constitución, si se tiene en cuenta que asigna como competencia exclusiva de la rama legislativa la expedición de códigos y sucede que los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo.

»Esta postura ha sido defendida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha señalado que: “a partir de la Constitución de 1991, con la salvedad hecha en relación con los procedimientos especiales que puedan existir en el orden distrital, departamental y municipal, todo procedimiento administrativo especial debe regularse a través de ley, e incorporarse al Código Contencioso Administrativo como lo exige con fines de sistematización, el aparte final del artículo 158 de la Constitución Política.

»Por consiguiente, no es admisible que mediante reglamento se asigne la competencia a cada entidad estatal de establecer aspectos procedimentales que comprometan o condicionen las garantías propias del derecho fundamental del debido proceso reconocido a toda persona en el ordenamiento jurídico. Cuando se trata de la relación que se establece entre administración y ciudadano (relación extra-orgánica), y se constata que la ley no ha definido los mínimos procedimentales, es indispensable acudir al procedimiento administrativo general consignado en el Código Contencioso Administrativo, norma supletoria para estos casos».

Así las cosas, bien porque sean considerados elementos descriptivos de la sanción administrativa o bien porque sean considerados aspectos procedimentales, lo relacionado con la dosificación, atenuantes y agravantes de la sanción contractual debe ser pactado por las partes o, en su defecto, regulado por el legislador o, lo que es lo mismo, no puede ser regulado por las autoridades administrativas, so pena de vulnerar el principio de legalidad y con ello el Estado de derecho, así como también poner en peligro el derecho fundamental al debido proceso de los contratistas.

* 1. **Promoción del desarrollo en la contratación pública**

El artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 regula la promoción del desarrollo en la contratación pública. Esta norma, en principio, pretendió «apoyar y promocionar la formación de empresas»[[19]](#footnote-20). Así lo demuestran sus antecedentes legislativos, en donde se da cuenta que la misma siempre estuvo relacionada con incentivar las Mipymes. Muestra de lo dicho anteriormente es que en el informe de ponencia para segundo debate se aclaró lo siguiente[[20]](#footnote-21):

El artículo 13 relacionado con las medidas de promoción de la pequeña y mediana empresa y los grupos marginados de ciudadanos fue objeto de las siguientes modificaciones:

- Se aclara que los grupos marginados de ciudadanos para poder acceder a los beneficios consagrados en la norma, *deberán organizarse bajo la forma de Mipymes*.

- La reserva de 1.000 smlmv aprobada en el primer debate, debe ser ajustada a la cifra equivalente en pesos a $125.000 US, que corresponde a la reserva de Mipymes que pactó el Gobierno Nacional en el TLC. (Cursivas propias)

A juicio de la Agencia Nacional de Contratación Pública, aunque pueda ser cierto que la intención inicial del legislador era la de restringir el ámbito de aplicación del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, a las Mipymes, incluidas las conformadas por personas marginadas o discriminadas, lo cierto es que el ámbito de aplicación de dicha norma se amplió, luego de la modificación introducida por el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011, que establece que:

[…] en los pliegos de condiciones las entidades estatales, dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.

Nótese que el legislador reconoció, de forma genérica, la posibilidad que tienen las entidades públicas de implementar en el pliego de condiciones mecanismos que fomenten la ejecución de contratos estatales por parte de sujetos de especial protección constitucional. Con todo, resulta imperioso aclarar que dicha norma establece que tal posibilidad está circunscrita a «las condiciones que señale el reglamento», lo que hace forzoso concluir que tales mecanismos de fomento no pueden ser aplicados por las entidades, hasta tanto el Gobierno Nacional expida la reglamentación correspondiente, en ejercicio de las potestades que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política.

El Gobierno Nacional ha desarrollado el alcance de tales incentivos en algunos casos, pero en otros aun no lo ha hecho. Por ejemplo, el artículo 2.2.1.2.1.2.25. del Decreto 1082 de 2015, reglamentario del artículo 2, numeral 2, literal h, de la Ley 1150 de 2007, reconoce que las entidades que tengan a su cargo la ejecución de programas de protección de personas amenazadas; de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, incluida la atención de los respectivos grupos familiares; de atención a población desplazada por la violencia; de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamientos violentos de diferente tipo; y de población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo, «deben aplicar el procedimiento establecido para la selección abreviada de menor cuantía».

Igualmente, por disposición del artículo 2.2.1.2.4.2.6. del Decreto 1082 de 2015, en los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, para incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad, «las entidades estatales deberán otorgar el uno por ciento (1%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal», de acuerdo con los requisitos que regula dicha norma y en los términos establecidos en los artículos 2.2.1.2.4.2.7. y 2.2.1.2.4.2.8. *ibídem*. En similares términos, se reconocen beneficios contractuales en favor de estas personas, en los Documentos Tipo, tanto en los de licitación pública como en los de mínima cuantía, como dan cuenta los «documentos base» al regular los criterios de desempate «numeral 4.4.7»

 Incluso, la Agencia Nacional de Contratación Pública y el Departamento Nacional de Planeación, en conjunto con la Vicepresidencia de la República, se encuentran, actualmente, trabajando en un proyecto de decreto que pretende implementar algunas medidas en favor de las mujeres cabezas de familia en materia de contratación estatal, desarrollando para ello el artículo 11 de la Ley 82 de 1993. Este tipo de medidas normativas, a nuestro juicio, materializa los principios constitucionales y es compatible con las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano, en el entendido de que tales obligaciones no solo vinculan a los poderes legislativos sino también a todo el aparato estatal, el cual es llamado de forma íntegra y omnicomprensiva a la protección de la mujer.

 Es del caso precisar que la Ley 823 de 2003, en el artículo 5, numeral 2, establece que «el Gobierno Nacional promoverá la incorporación de las mujeres al empleo en el sector de la construcción, mediante la sensibilización, la capacitación y el reconocimiento de incentivos a los empresarios del sector». Esto último en acatamiento de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado al suscribir, entre otras, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer −Convención de Belem do Para−, aprobada por el Congreso mediante la Ley 248 de 1995.

 De todas formas, en lo que tiene que ver con la ejecución de contratos estatales y con la provisión de bienes y servicios por parte de mujeres, hasta que el Gobierno Nacional no reglamente las condiciones de aplicación del artículo 12, inciso 4, de la Ley 1150 de 2007, no es posible que las entidades establezcan mecanismos de fomento en los pliegos de condiciones, precisamente, por la falta de desarrollo frente a las condiciones para que esto sea posible, como sí se hizo, por ejemplo, con las personas en condición de discapacidad, entre otros. Las entidades públicas, incluidas las territoriales, tampoco pueden implementar este tipo de medidas diferenciales con fundamento en el mandato contenido en Ley 823 de 2003, pues el mismo está dirigido expresamente al Gobierno Nacional, lo que impide que cualquier entidad diferente implemente medidas que fomenten la contratación estatal en favor de mujeres. Todo, claro está, sin perjuicio de las obligaciones generales que le asite a toda entidad pública de impedir cualquier tipo de acto discriminatorio que afecte a las mujeres por su condición de mujer en sí misma considerada.

1. **Respuesta**

i) «¿el Gobierno Nacional, a través de CCE, ha realizado o adelanta alguna reglamentación para promover la incorporación de las mujeres al empleo en el sector de la construcción pública a través de las licitaciones de obra y/o concursos para interventorías o Consultorías, en lo posible que se otorgue puntaje a la propuesta por determinado porcentaje mínimo de personal femenino calificado y/o no calificado; como ya lo hay para personas con discapacidad?».

La Agencia Nacional de Contratación Pública y el Departamento Nacional de Planeación, en conjunto con la Vicepresidencia de la República, se encuentran, actualmente, trabajando en un proyecto de decreto que pretende implementar algunas medidas en favor de las mujeres en materia de contratación estatal, desarrollando para ello el artículo 11 de la Ley 82 de 1993. La implementación de este tipo de medidas normativas, claro está, se encuentran sometida a un proceso de deliberación política, en el cual el escrutinio social y jurídico debe ser especialmente calificado, dada su importancia; lo que, además de suponer un producto de mayor calidad, implica el agotamiento de diferentes etapas de concertación, las cuales, a su vez, exigen de un tiempo prudencial, del cual depende su vocación de prosperidad. Sin embargo, esta Agencia se encuentra comprometida en dicha normativa.

ii) «¿el Gobierno Departamental, a través de decretos u ordenanzas, o sus entidades descentralizadas, pueden expedir reglamentación sobre la dosificación, atenuantes y agravantes en procesos sancionatorios contractuales?».

No es posible que los concejos municipales y las asambleas departamentales regulen la dosificación, atenuantes y agravantes en los procesos sancionatorios contractuales, pues al hacerlo estarían excediendo su potestad reglamentaria. Tal afirmación se deriva de la jurisprudencia pacífica de la Sección Tercera del Consejo de Estado, quien ha considerado que es competencia exclusiva del Congreso de la República establecer, por un lado, los «elementos del tipo administrativo», esto es, el sujeto activo, el sujeto pasivo, los hechos constitutivos del «incumplimiento» y los elementos descriptivos y normativos de la conducta a sancionar. Por el otro lado, también es competencia exclusiva del Congreso de la República regular lo relacionado con el procedimiento sancionatorio contractual. Tales consideraciones, como se dijo en el presente documento, encuentran fundamento en los artículos 150, numeral 10, y 113 de la Constitución Política, así como también en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

iii) «¿la entidad contratante puede establecer y pactar en la minuta una proporción o cantidad mínima de mujeres de la región entre el personal calificado y entre el personal no calificado, que deben ser vinculados a la ejecución de las obras, interventorías, y consultorías? ¿Esta obligación se podría basar en lo establecido en la Ley 823 de 2003 artículo 5, numeral 2?».

Actualmente, no existe una norma que les otorgue competencia a las entidades públicas para establecer y ponderar de forma distinta las propuestas que acrediten una cantidad mínima de mujeres de una región en específico. Por una parte, la norma que usted refiere confiere una habilitación dirigida al Gobierno Nacional y no a las entidades estatales de forma genérica. Por la otra, el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, tal y como se explicó en el numeral 2.2. de este concepto, aún no ha sido reglamentado por el Gobierno Nacional, en lo que tiene que ver con los incentivos contractuales en favor de las mujeres. Esto último significa que, hasta tanto se profiera tal reglamentación, las entidades estatales no pueden invocar dicha norma como fundamento para establecer medidas en favor de las mujeres.

iv) «¿la entidad contratante puede propiciar desde el borrador de minuta una proporción o cantidad mínima de mujeres de la región entre el personal calificado y entre el personal no calificado que puede ser vinculadas voluntariamente por el Contratista a la ejecución de las obras, interventorías y consultorías, para que en caso de procesos sancionatorios contractuales pueda la entidad contratante tener este tipo de vinculación como un atenuante para la dosificación de las sanciones o medidas a imponer?»; y v) «¿la entidad contratante puede propiciar desde el borrador de minuta una proporción de servicios de transporte de materiales, equipos, y personal, mínimo, con empresas locales o de la región, que pueden ser vinculadas voluntariamente por el Contratista a la ejecución de las obras, interventorías y consultorías, para que en caso de procesos sancionatorios contractuales pueda la entidad contratante tener este tipo de vinculación como un atenuante para la dosificación de las sanciones o medidas a imponer?».

Nada obsta para que las partes del contrato estatal pacten el alcance de la multa y la cláusula penal pecuniaria, lo cual incluye lo relacionado con los atenuantes para la dosificación de la sanción a imponer. Por supuesto, aquí resulta indispensable distinguir entre las entidades que están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Públicas, y las que no lo están, pues, en el caso de estas últimas, la sanción debe hacerse efectiva ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, lo que implica que será este funcionario el encargado de definir, en última instancia, todo lo relacionado con el alcance de los atenuantes pactados por las partes.

Con todo, aunque es cierto que las partes del contrato pueden pactar la tipicidad de la multa y la cláusula penal pecuniaria, también lo es que estas deben hacerlo dentro de los límites de razonabilidad, proporcionalidad y estricta necesidad. En ese sentido, esta Agencia no encuentra justificación alguna para que las partes pacten atenuar la sanción a imponer al contratista, cuando quiera que este demuestre haber vinculado una cantidad de mujeres de una región determinada del país, primero, porque lo uno no tiene relación con lo otro y, segundo, porque la medida a adoptar en nada favorece el acceso al trabajo de personas en condiciones de discriminación histórica, esto es, el fin perseguido por el trato preferente. Además, como se indicó, esta es una materia que no ha sido reglamentada por el Gobierno Nacional.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Castellanos CarreñoContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz Díez Contratista, Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. Sección Tercera, Sentencia del 12 de julio de 2012, expediente 15024 y ponencia de Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-2)
2. Motivo por el cual son típicas cláusulas accidentales dentro de los contratos estatales, en los términos del artículo 1501 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-3)
3. Consejo de Estado. Sección Tercera. Exp. 17.009. M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-4)
4. Corte Constitucional. Sentencia C-827 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis. [↑](#footnote-ref-5)
5. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17.009 y, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-6)
6. Corte Constitucional. Sentencia C-499 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-7)
7. 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-8)
8. Debe recordarse que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública son las que se señalan en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Esta disposición establece: «Para los solos efectos de esta ley:

»1o. Se denominan entidades estatales:

»a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

»b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos

[…]». [↑](#footnote-ref-9)
9. 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-10)
10. »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.

»Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

»Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso». [↑](#footnote-ref-11)
11. «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 ídem*

[…]»*.* [↑](#footnote-ref-12)
12. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 12 de diciembre de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente: 60477. [↑](#footnote-ref-13)
13. El artículo 18 de la Ley 80 de 1993 establece: «La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

»En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

»Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

»La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento». [↑](#footnote-ref-14)
14. El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, indica: «Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

»Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

»PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993». [↑](#footnote-ref-15)
15. El artículo 195, numeral 6 de la Ley 100 de 1993 establece que las empresas sociales del Estado: «En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública». [↑](#footnote-ref-16)
16. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Exp. 20.738. M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-17)
17. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Exp. 20.917. M.P. Enrique Gil Botero. Allí se reitera la sentencia de la misma Sección, dictada el 14 de abril de 2010, dentro del expediente No. 36.054. [↑](#footnote-ref-18)
18. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 1994. MM. PP. Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell. En igual sentido, la sentencia C-229 de 2003. M. P. Rodrigo Escobar Gil. [↑](#footnote-ref-19)
19. Gaceta No. 656 del 22 de septiembre de 2005. p. 10. [↑](#footnote-ref-20)
20. Gaceta No. 90 del 28 de abril de 2006. p. 7. [↑](#footnote-ref-21)