**CCE-DES-FM-17**

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

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

**PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Etapas – Trámite**

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 deben seguir: i) c*itación 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 – Inaplicación – 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 Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. De ahí que las entidades de *régimen especial* en materia contractual no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al no ser entidades sometidas al EGCAP, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este.

**COVID-19 – Colombia – Estado de emergencia económica, social y ecológica**

El mundo –y particularmente Colombia– atraviesa una situación grave en materia de salud, causada por la pandemia del virus COVID-19, declarada así por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo de 2020 .

Desde que se conoció la posibilidad de que este virus llegara al país, el Gobierno nacional inició un plan de preparación para atender la contingencia. El 6 de marzo se conoció el primer caso de COVID-19 en Colombia; razón por la cual el Ministerio de Salud declaró la terminación de la fase de preparación y activó la fase de contención en el territorio nacional. A partir de esta fecha, el Ministerio, al igual que otras autoridades, han venido expidiendo una serie de actos administrativos que establecen directrices para las autoridades y los particulares, tendientes a prevenir los contagios o, por lo menos, a disminuir la velocidad de incremento del brote. También se han expedido circulares que prevén recomendaciones como el lavado frecuente de manos, abstenerse de salir de casa, estornudar y toser en el brazo, conservar una distancia de al menos dos metros respecto de las personas mayores de 60 años, desinfectar los objetos o superficies, no saludar con la mano, con besos o con abrazos, etc. El 17 de marzo, el presidente de la república decretó el Estado de emergencia económica, social y ecológica, con fundamento en el artículo 215 de la Constitución, ordenando, como primera medida, el aislamiento preventivo de los mayores de 70 años desde el viernes 20 de marzo a las 7:00 a.m., hasta el 31 de mayo de 2020. Posteriormente, el gobierno nacional, mediante el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, ordenó el «aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 25 de marzo de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19», medida que ha sido prorrogada hasta el 1 de septiembre de 2020, según se lee en el Decreto 531 del 8 de abril de 2020, la Resolución 844 del 26 de mayo de 2020 y el Decreto 1076 del 28 de julio de 2020.

**AUDIENCIAS PÚBLICAS – Medios electrónicos – Decreto 440 de 2020 – Decreto 537 de 2020**

Dentro de las disposiciones normativas que se han expedido durante la pandemia ocasionada por el COVID-19, que han incidido en la contratación pública, las más importantes están contenidas en el Decreto 440 del 20 de marzo, cuyas medidas se mantuvieron idénticas en el Decreto 537 del 12 de abril de 2020. En tal sentido, en este se adoptan algunas medidas excepcionales para evitar el aumento de los contagios y permitir que se continúen cumpliendo los fines del Estado social de derecho a través de la actividad contractual; medidas dentro de las cuales se encuentra la adopción de medios electrónicos para llevar a cabo las audiencias en los procedimientos sancionatorios. De este modo, el artículo 2 de dicho Decreto establece que las audiencias programadas dentro de los procedimientos sancionatorios «[…] se podrán realizar a través de medios electrónicos, los cuales deberán garantizar el acceso de los contratistas y de quienes hayan expedido la garantía».

**AUDIENCIAS PÚBLICAS – Procesos sancionatorios – Decreto 440 de 2020 – Decreto 537 de 2020 – Vigencia**

[…] el artículo 2 del Decreto 537 de 2020, que se encuentra vigente en estos momentos, es diferente al artículo 2 del Decreto 440 de 2020, pues, mientras en este último se limitaron las medidas acogidas a la vigencia del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, en aquel las mismas se limitaron a la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020. La Emergencia Sanitaria, valga la pena decirlo, fue declarada hasta el 30 de mayo de 2020, y prorrogada hasta el 31 de agosto de 2020, tal y como se advierte en el artículo 1 de la Resolución 844 del 26 de mayo del año 2020.

[…]

En relación con este cambio, en el concepto C-450 del 3 de agosto de 2020, la Agencia Nacional de Contratación Estatal manifestó que «[…] el Decreto 537 del 12 de abril de 2020 está vigente mientras se mantenga la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, sustrayendo su vigencia a la duración de la declaración de Emergencia Social, Económica y Ecológica, tal y como lo planteaba el Decreto 440 de 2020».

Lo dicho en los párrafos precedentes quiere decir que las disposiciones adoptadas en el Decreto 440 de 2020, cuyas medidas se mantuvieron en el Decreto 537 del 12 de abril de 2020, se encuentran vigentes actualmente y hasta que dure la Emergencia Sanitaria, esto es, hasta el 31 de agosto de 2020, claro está, siempre que la misma no sea prorrogada nuevamente por el Ministerio de Salud y de la Protección Social.

**SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA – Covid-19**

Esto también aplica a los procesos de selección contractual, incluyendo el procedimiento de selección abreviada y, concretamente, al de *subasta inversa*, como mecanismo de adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades estatales. En efecto, el artículo 2.2.1.2.1.2.5. del Decreto 1082 de 2015 establece que «La Entidad Estatal puede escoger si adelanta la subasta inversa electrónica o presencialmente». Ahora bien, ¿puede hacerse la subasta en forma electrónica en virtud del estado de emergencia económica, social y ecológica declarado por el COVID-19, a pesar de que la entidad había escogido en el pliego de condiciones efectuar la subasta de manera presencial, teniendo en cuenta que el procedimiento se encuentra en curso? La respuesta es afirmativa, pues el artículo 1º del Decreto 537 del 12 de abril de 2020 –y en idéntico sentido el Decreto 440 de 2020– dispone que todas las audiencias públicas que deban realizarse en los procedimientos de selección se pueden realizar de manera electrónica para evitar la expansión del virus. […]

**DECRETOS 440 Y 537 DE 2020 – Contenido – Alcance**

[…] el Decreto 440 de 2020, cuyas medidas se mantuvieron en el Decreto 537 del 12 de abril de 2020, en concordancia con algunas directrices contenidas en las Leyes 527 de 1999, 962 del 2005, 1341 de 2009 y 1437 de 2011, al igual que en los Decretos 019 de 2012 y 2106 de 2019, contiene medidas que permiten a las entidades públicas continuar cumpliendo los fines constitucionales a través de la actividad contractual, y evitar el aumento de los contagios del Coronavirus «COVID-19», con lo que esto implica.

Se trata de modificaciones que no se relacionan directamente con procesos de contratación cuyo objeto sea la mitigación de los efectos de la pandemia, pues, como se vio en los párrafos precedentes, las medidas adoptadas, en términos generales, son tres: primero, la posibilidad de suspender los procedimientos de selección de contratistas y revocar los actos de apertura; segundo, la autorización a las entidades públicas para utilizar medios electrónicos para llevar a cabo: a) «las audiencias públicas que deban realizarse en los procedimientos de selección», b) para adelantar la audiencia a la que se refiere el artículo 86 de la Ley 1474 de 2022 y c) para «la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, mediante el procedimiento de selección abreviada por subasta inversa»; y tercero, la utilización preferente de los instrumentos de agregación de demanda, para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas y uniformes.

Lo anterior no quiere decir que en el Decreto 440 de 2020 no se hubieran establecido medidas aplicables a los procesos de contratación destinados a mitigar los efectos directos e indirectos causados por el Coronavirus «COVID-19», pues el decreto fue expedido, precisamente, «[…] en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica». Al respecto, se resaltan las siguientes disposiciones: i) el artículo 5, que impone a la Agencia Nacional de Contratación Pública la obligación de diseñar y organizar «el proceso de contratación los acuerdos marco de precios por contratación directa», con el fin de facilitar el abastecimiento de bienes y servicios relacionados con la pandemia derivada del referido coronavirus; ii) el artículo 6, que faculta a las entidades públicas para adquirir bienes relacionados con la emergencia, «mediante el instrumento de agregación demanda de grandes superficies»; iii) el artículo 8, que dispone que «[…] todos los contratos celebrados por las entidades estatales que se relacionen con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, podrán adicionarse sin limitación valor […]»; el artículo 10, que autoriza al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, para celebrar convenios interadministrativos internos y contratos que tengan como propósito adquirir de las entidades públicas extranjeras, empresas privadas extranjeras o de otras organizaciones· o personas extranjeras, bienes y servicios necesarios para mitigar la pandemia y sus efectos, sin aplicar la Ley 80 de 1993 […]»; y v) el artículo 7, que reguló la «contratación de urgencia» en el marco del Estado de Emergencia Sanitaria que declaró el Ministerio de Salud y de la Protección Social, por medio de la Resolución No. 385 del 12 de marzo de 2020 .

Bogotá D.C., **11/08/2020 Hora 15:25:2s**

**N° Radicado: 2202013000007336**

Señora

**Luisa Adriana Cely**

Bogotá D.C., Cundinamarca

**Concepto C ─ 526 de 2020**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Temas:** | CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Multas – Cláusula penal – Imposición unilateral / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Etapas – trámite / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Inaplicación – Entidades de régimen especial / COVID-19 – Colombia – Estado de emergencia económica, social y ecológica / AUDIENCIAS PÚBLICAS – Medios electrónicos – Decretos 440 y 537 de 2020 / AUDIENCIAS PÚBLICAS – Procesos sancionatorios – Decretos 440 y 537 de 2020 – Vigencia / SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA – Covid-19 / DECRETOS 440 Y 537 DE 2020 – Contenido y alcance |  |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4202012000006538 |  |

Estimada señora Cely,

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 31 de julio de 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

**1. Problemas planteados**

La solicitante expone que el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, decretado por el gobierno nacional con ocasión de la pandemia causada por la «Covid-19», finalizó el 5 de junio pasado y, en relación con las medidas tendientes a realizar de forma virtual la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se afirma que estas tenían vigencia mientras durara dicho estado de excepción. Teniendo en cuenta lo anterior, frente al artículo 2 del Decreto Legislativo 440 de 2020, se pregunta: «[…] ¿es viable que las entidades estatales inicien y desarrollen los procesos sancionatorios usando para el desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, mecanismos virtuales, garantizando el debido proceso y el acceso de los contratistas y sus garantes? O ¿por el contrario al no estar vigente el Estado de emergencia económica, social y ecológica, el rigor del proceso sancionatorio exige la presencia física de las partes en las instalaciones de la entidad convocante?».

**2. Consideraciones**

Para resolver la consulta planteada se hará un análisis de los siguientes temas: i) uso de medios electrónicos en las actuaciones administrativas; especialmente, en la contratación pública; y ii) disposiciones normativas expedidas a partir de la pandemia originada por el COVID-19, que permiten la implementación de la virtualidad en el ejercicio de la función pública; en especial, los Decretos 440 y 537 de 2020, que posibilitan la realización de las audiencias públicas, durante los procedimientos de selección, por medios electrónicos; incluido el de imposición de multas, sanciones y declaratoria de incumplimiento del contrato.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre estos temas en los conceptos C-248 del 19 de marzo de 2020, C-243 del 24 de marzo de 2020, C-245, C-247, C-253 y C-254 del 7 de abril de 2020, C-262 del 27 de abril de 2020, C-495 del 24 de julio de 2020 y C-450 del 3 de agosto de 2020. Particularmente, sobre el alcance del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, esta entidad se pronunció en los conceptos C-147 del 17 de marzo de 2020, C-010 del 19 de junio de 2020 y C-434 del 29 de julio de 2020. Las ideas expuestas se reiteran a continuación.

**2.1. Régimen sancionatorio en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**

En los conceptos del 16 de octubre de 2019 –rad. 2201913000007661–, del 5 de diciembre de 2019 −rad. 2201913000008964− y en el C-219 del 29 de abril de 2020 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 reitera y amplía a continuación.

Durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales generalmente cuentan con distintas potestades exorbitantes o excepcionales con base en las cuales ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de vigilancia y control, entre otras están: i) las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, entre las que se encuentran: la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión; las cuales se desarrollan en los artículos 15 a 19 *ibidem*; ii) en otras disposiciones también se encuentran establecidas otras potestades exorbitantes, como la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro; y iii) por sus características, que se enunciarán en este concepto, se tratan en un grupo distinto las cláusulas excepcionales de *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas; aclarando que su exorbitancia se refiere a su imposición unilateral; no a su pacto, que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

Las primeras, esto es, las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, son denominadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado y por la doctrina como estipulaciones virtuales en los contratos de concesión o explotación de bienes del Estado, 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 el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

En relación con dichas cláusulas, al analizarse el régimen sancionatorio contractual, 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 de sus obligaciones, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. Su propósito consiste en sancionar al contratista y, a su vez, permitirle a la entidad continuar con la ejecución por otros medios, señalados en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. En cuanto a la oportunidad para su imposición, el Consejo de Estado 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 la 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.

El último grupo de potestades excepcionales –*imposición unilateral* de la multa o la cláusula penal–, por el contrario, cuentan con una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o de hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato[[2]](#footnote-3). No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus modificaciones, en adelante EGCAP–, por ministerio de la ley –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, se entienden investidas de la prerrogativa de imposición unilateral. Se reitera que la exorbitancia de las dos cláusulas transcritas –cláusula penal y multas– se refiere a su imposición unilateral; no a su pacto, que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

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, debe atender los criterios de proporcionalidad y razonabilidad. 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, además de autorizar la imposición unilateral de multas, también precisa que la declaración de incumplimiento tiene como propósito «hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato».

En este punto, conviene resaltar lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado[[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 deben seguir: i) c*itación 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[[7]](#footnote-8). De ahí que las entidades de *régimen especial[[8]](#footnote-9)* en materia contractual no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al no ser entidades sometidas al EGCAP, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este.

Si bien 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), esta Subdirección ha considerado que la potestad sancionatoria debe consagrarse expresamente en la ley, para que sea viable su ejercicio; además, es necesario que se regule 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).

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, pero para hacerlas efectivas deben 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, que se exceptúan de la aplicación del EGCAP, tengan competencia para imponer unilateralmente sanciones contractuales[[13]](#footnote-14). Pero si en gracia de discusión gozaran de ella, el procedimiento administrativo que deberían adelantar para imponerlas no sería 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 estas entidades pueden declarar el incumplimiento mediante acto administrativo, para hacer efectivas las sanciones contractuales, al no existir un procedimiento especial tendrían que cumplir con el procedimiento administrativo 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 «Los 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.

Sin perjuicio de la anterior, hay entidades de régimen especial que tienen la competencia para declarar la caducidad del contrato, pues la ley las sujeta a las normas de derecho privado, pero les permite ejercer 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 EGCAP. Sin embargo, una posibilidad como la anterior se restringe a los supuestos donde, pese a tratarse de entidades de régimen especial, existe una atribución particular de potestades excepcionales, cuya regulación las remita particularmente al EGCAP.

**2.2. Medidas contractuales en el marco de la emergencia sanitaria: Decreto Legislativo 537 de 2020**

El mundo –y particularmente Colombia– atraviesa una situación grave en materia de salud, causada por la pandemia del virus COVID-19, declarada así por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo de 2020[[16]](#footnote-17).

Desde que se conoció la posibilidad de que este virus llegara al país, el Gobierno nacional inició un plan de preparación para atender la contingencia. El 6 de marzo se conoció el primer caso de COVID-19 en Colombia; razón por la cual el Ministerio de Salud declaró la terminación de la fase de preparación y activó la fase de contención en el territorio nacional[[17]](#footnote-18). A partir de esta fecha, el Ministerio, al igual que otras autoridades, han venido expidiendo una serie de actos administrativos que establecen directrices para las autoridades y los particulares, tendientes a prevenir los contagios o, por lo menos, a disminuir la velocidad de incremento del brote. También se han expedido circulares que prevén recomendaciones como el lavado frecuente de manos, abstenerse de salir de casa, estornudar y toser en el brazo, conservar una distancia de al menos dos metros respecto de las personas mayores de 60 años, desinfectar los objetos o superficies, no saludar con la mano, con besos o con abrazos, etc. El 17 de marzo, el presidente de la república decretó[[18]](#footnote-19) el Estado de emergencia económica, social y ecológica, con fundamento en el artículo 215 de la Constitución[[19]](#footnote-20), ordenando, como primera medida, el aislamiento preventivo de los mayores de 70 años desde el viernes 20 de marzo a las 7:00 a.m., hasta el 31 de mayo de 2020[[20]](#footnote-21). Posteriormente, el gobierno nacional, mediante el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, ordenó el «aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 25 de marzo de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19», medida que ha sido prorrogada en varias ocasiones hasta el 1 de septiembre de 2020, según se lee en el Decreto 531 del 8 de abril de 2020, la Resolución 844 del 26 de mayo de 2020 y el Decreto 1076 del 28 de julio de 2020.

Dentro de las disposiciones normativas que se han expedido durante la pandemia ocasionada por el COVID-19, que han incidido en la contratación pública, las más importantes están contenidas en el Decreto 440 del 20 de marzo, cuyas medidas se mantuvieron *idénticas* en el Decreto 537 del 12 de abril de 2020[[21]](#footnote-22). En tal sentido, en este se adoptan algunas medidas excepcionales para evitar el aumento de los contagios y permitir que se continúen cumpliendo los fines del Estado social de derecho a través de la actividad contractual; medidas dentro de las cuales se encuentra la adopción de medios electrónicos para llevar a cabo las audiencias en los procedimientos sancionatorios[[22]](#footnote-23). De este modo, el artículo 2 de dicho Decreto establece que las audiencias programadas dentro de los procedimientos sancionatorios «[…] se podrán realizar a través de medios electrónicos, los cuales deberán garantizar el acceso de los contratistas y de quienes hayan expedido la garantía». En efecto, la norma previamente comentada establece lo siguiente:

Artículo 2. Procedimientos sancionatorios. *Durante el estado de emergencia económica, social y ecológica*, las audiencias programadas de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se podrán realizar a través de medios electrónicos, los cuales deberán garantizar acceso de los contratistas y de quienes hayan expedido la garantía.

La Entidad Estatal debe elegir y garantizar los medios electrónicos y de comunicación que utilizará, así como los mecanismos para el registro de la información generada.

Sin perjuicio de lo anterior, el ordenador del gasto o funcionario competente podrá decretar la suspensión de términos, inclusive los iniciados con anterioridad a la vigencia de este Decreto. (Cursivas fuera de texto)

Resulta del caso precisar que el artículo 2 del Decreto 537 de 2020, que se encuentra vigente en estos momentos, es diferente al artículo 2 del Decreto 440 de 2020, pues, mientras en este último se limitaron las medidas acogidas a la vigencia del *Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*, en aquel las mismas se limitaron a la *Emergencia Sanitaria* declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020. La *Emergencia Sanitaria*, valga la pena decirlo, fue declarada hasta el 30 de mayo de 2020, y prorrogada hasta el 31 de agosto de 2020, tal y como se advierte en el artículo 1 de la Resolución 844 del 26 de mayo del año 2020.

En efecto, el mencionado artículo 2 del Decreto 537 de 2020, establece lo siguiente:

Artículo 2. Adiciónese los siguientes incisos al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, así:

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

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

Sin perjuicio de lo anterior, el ordenador del gasto o funcionario competente podrá decretar la suspensión de términos, inclusive los iniciados con anterioridad a la vigencia de este Decreto. (Cursivas propias)

En relación con este cambio, en el concepto C-450 del 3 de agosto de 2020, la Agencia Nacional de Contratación Estatal manifestó que «[…] el Decreto 537 del 12 de abril de 2020 está vigente mientras se mantenga la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, sustrayendo su vigencia a la duración de la declaración de Emergencia Social, Económica y Ecológica, tal y como lo planteaba el Decreto 440 de 2020».

Lo dicho en los párrafos precedentes quiere decir que las disposiciones adoptadas en el Decreto 440 de 2020, cuyas medidas se mantuvieron en el Decreto 537 del 12 de abril de 2020, se encuentran vigentes actualmente y hasta que dure la *Emergencia Sanitaria*, esto es, hasta el 31 de agosto de 2020[[23]](#footnote-24), claro está, siempre la misma no sea prorrogada nuevamente por el Ministerio de Salud y de la Protección Social.

Por otro lado, se tiene que tales disposiciones se armonizan con las disposiciones contenidas en las Leyes 527 de 1999, 962 del 2005, 1341 de 2009 y 1437 de 2011, al igual que en los Decretos 019 de 2012 y 2106 de 2019, con las cuales es viable concluir que las audiencias públicas en los procedimientos sancionatorios y de selección contractual, se pueden realizar por medios electrónicos, es decir, utilizando los sistemas de información digitales que favorecen la tele-presencia, de modo que se permita una interacción simultánea entre las personas que quieran estar presentes y las entidades estatales. De este modo, las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones utilizadas por las entidades estales deben permitir un intercambio de mensajes de datos en tiempo real, para que las personas puedan ver y escuchar lo que pasa en la audiencia, pero también escribir o hablar, garantizándose de este modo la participación, la libre concurrencia, así como la veeduría ciudadana.

Esto también aplica a los procesos de selección contractual, incluyendo el procedimiento de selección abreviada y, concretamente, al de *subasta inversa*, como mecanismo de adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades estatales. En efecto, el artículo 2.2.1.2.1.2.5. del Decreto 1082 de 2015 establece que «La Entidad Estatal puede escoger si adelanta la subasta inversa electrónica o presencialmente». Ahora bien, ¿puede hacerse la subasta en forma electrónica en virtud del estado de emergencia económica, social y ecológica declarado por el COVID-19, a pesar de que la entidad había escogido en el pliego de condiciones efectuar la subasta de manera presencial, teniendo en cuenta que el procedimiento se encuentra en curso? La respuesta es afirmativa, pues el artículo 1º del Decreto 537 del 12 de abril de 2020 –en idéntico sentido el Decreto 440 de 2020– dispone que todas las audiencias públicas que deban realizarse en los procedimientos de selección se pueden realizar de manera electrónica para evitar la expansión del virus.

En suma, el Decreto 440 de 2020, cuyas medidas se mantuvieron en el Decreto 537 del 12 de abril de 2020, en concordancia con algunas directrices contenidas en las Leyes 527 de 1999, 962 del 2005, 1341 de 2009 y 1437 de 2011, al igual que en los Decretos 019 de 2012 y 2106 de 2019, contiene medidas que permiten a las entidades públicas continuar cumpliendo los fines constitucionales a través de la actividad contractual, y evitar el aumento de los contagios del Coronavirus «COVID-19», con lo que esto implica.

Se trata de modificaciones que no se relacionan directamente con procesos de contratación cuyo objeto sea la mitigación de los efectos de la pandemia, pues, como se vio en los párrafos precedentes, las medidas adoptadas, en términos generales, son tres: *primero,* la posibilidad de suspender los procedimientos de selección de contratistas y revocar los actos de apertura; *segundo*, la autorización a las entidades públicas para utilizar medios electrónicos para llevar a cabo: a) «las audiencias públicas que deban realizarse en los procedimientos de selección», b) para adelantar la audiencia a la que se refiere el artículo 86 de la Ley 1474 de 2022 y c) para «la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, mediante el procedimiento de selección abreviada por subasta inversa»; y *tercero*, la utilización preferente de los instrumentos de agregación de demanda, para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas y uniformes.

Lo anterior no quiere decir que en el Decreto 440 de 2020 no se hubieran establecido medidas aplicables a los procesos de contratación destinados a mitigar los efectos directos e indirectos causados por el Coronavirus «COVID-19», pues el decreto fue expedido, precisamente, «[…] en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica». Al respecto, se resaltan las siguientes disposiciones: i) el artículo 5, que impone a la Agencia Nacional de Contratación Pública la obligación de diseñar y organizar «el proceso de contratación los acuerdos marco de precios por contratación directa», con el fin de facilitar el abastecimiento de bienes y servicios relacionados con la pandemia derivada del referido coronavirus; ii) el artículo 6, que faculta a las entidades públicas para adquirir bienes relacionados con la emergencia, «mediante el instrumento de agregación demanda de grandes superficies»; iii) el artículo 8, que dispone que «[…] todos los contratos celebrados por las entidades estatales que se relacionen con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, podrán adicionarse sin limitación valor […]»; el artículo 10, que autoriza al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, para celebrar convenios interadministrativos internos y contratos que tengan como propósito adquirir de las entidades públicas extranjeras, empresas privadas extranjeras o de otras organizaciones· o personas extranjeras, bienes y servicios necesarios para mitigar la pandemia y sus efectos, sin aplicar la Ley 80 de 1993 […]»; y v) el artículo 7, que reguló la «contratación de urgencia» en el marco del Estado de Emergencia Sanitaria que declaró el Ministerio de Salud y de la Protección Social, por medio de la Resolución No. 385 del 12 de marzo de 2020[[24]](#footnote-25).

**3. Respuesta**

«[…] ¿es viable que las entidades estatales inicien y desarrollen los procesos sancionatorios usando para el desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, mecanismos virtuales, garantizando el debido proceso y el acceso de los contratistas y sus garantes? O ¿por el contrario al no estar vigente el Estado de emergencia económica, social y ecológica, el rigor del proceso sancionatorio exige la presencia física de las partes en las instalaciones de la entidad convocante?».

Las medidas adoptadas en el artículo 2 del Decreto 440 de 2020, se mantuvieron en el artículo 2 del Decreto 537 del 12 de abril de 2020. Este último es diferente al artículo 2 del Decreto 440 de 2020, pues, mientras en el Decreto 440 de 2020 se limitaron las medidas acogidas a la vigencia del *Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*, en el Decreto 537 de 2020 se limitaron a la *Emergencia Sanitaria* declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020.

Esto quiere decir que las disposiciones adoptadas en el artículo 2 del Decreto 440 de 2020, cuyas medidas se mantuvieron en el Decreto 537 del 12 de abril de 2020, se encuentran vigentes actualmente y hasta que dure la *Emergencia Sanitaria*, esto es, hasta el 31 de agosto de 2020, tal y como se advierte en el artículo 1 de la Resolución 844 del 26 de mayo del año 2020. Lo anterior, claro está, siempre que la misma no sea prorrogada nuevamente por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, o que el gobierno nacional adopte alguna determinación diferente.

Lo anterior significa que sí es posible que, a la fecha de elaboración de este concepto, «[…] las entidades estatales inicien y desarrollen los procesos sancionatorios usando para el desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, mecanismos virtuales, garantizando el debido proceso y el acceso de los contratistas y sus garantes»; pero una vez terminada la *Emergencia Sanitaria*, no es posible aplicar el artículo 2 de los Decretos 440 y 537 de 2020.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Castellanos Carreño  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |

1. Sección Tercera, Sentencia del 12 de julio de 2012, expediente 15.024 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. C.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, 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. Se entiende por entidades de *régimen especial* aquellas que tienen un régimen contractual distinto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y que por regla general se rigen por el derecho privado. [↑](#footnote-ref-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. «Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

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

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

    »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. Exp. 60.477. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa [↑](#footnote-ref-13)
13. Como se ha señalado en distintos conceptos de esta Subdirección, como el C-219 del 29 de abril de 2020 y el C-280 del 6 de julio de 2020. [↑](#footnote-ref-14)
14. El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, establece: «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. En sitio web: https://www.who.int/es/news-room/detail/16-03-2020-icc-who-joint-statement-an-unprecedented-private-sector-call-to-action-to-tackle-covid-19. [↑](#footnote-ref-17)
17. En sitio web: https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Colombia-confirma-su-primer-caso-de-COVID-19.aspx. [↑](#footnote-ref-18)
18. Decreto 417 del 17 de marzo de 2020. [↑](#footnote-ref-19)
19. Artículo 215: «Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

    […]». [↑](#footnote-ref-20)
20. En: https://twitter.com/IvanDuque/status/1240114356911734791. [↑](#footnote-ref-21)
21. «Por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19». [↑](#footnote-ref-22)
22. En efecto, dentro de los considerandos del Decreto se expresa: «Que de conformidad con lo anterior, se hace necesario tomar algunas medidas en materia de contratación estatal, con la finalidad de prevenir la propagación de la pandemia, mediante el distanciamiento social, acudiendo a la realización de audiencias públicas electrónicas o virtuales, fortaleciendo el uso de las herramientas electrónicas, de manera que se evite el contacto entre los participantes en los procesos de contratación, pero sin afectar la publicidad y la transparencia; propósito que también se debe cumplir en la realización de las actuaciones contractuales sancionatorias, que deben incorporar medios electrónicos para evitar el contacto físico, pero que garanticen el debido proceso y el derecho de defensa; no obstante, en caso de ser necesario, y con el fin de facilitar que la Administración dirija los procedimientos de contratación, se debe autorizar la suspensión de los procedimientos, inclusive su revocatoria, cuando no haya mecanismos que permiten continuarlos de manera normal; adicionalmente, es necesario permitir que las autoridades administrativas, y en especial la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente pueda adelantar procedimientos de contratación ágiles y expeditos, ante la urgencia en adquirir bienes, obras o servicios para contener la expansión del virus y atender la mitigación de la pandemia; inclusive se debe autorizar, entre otras medidas pertinentes, la adición ilimitada de los contratos vigentes que contribuyan a atender la epidemia». [↑](#footnote-ref-23)
23. Resolución 844 del 26 de mayo de 2020. Artículo 1. [↑](#footnote-ref-24)
24. Prorrogada mediante la Resolución No. 844 del 26 de mayo de 2020. [↑](#footnote-ref-25)