**CCE-DES-FM-17**

**DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO – Principio rector – Fundamento – Procedimiento sancionatorio contractual**

La Constitución Política contempla el debido proceso como derecho fundamental y sobre su ámbito de aplicación señala que «El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas». La claridad de esta norma no deja lugar a ninguna duda, y es ello lo que ha llevado a la Corte Constitucional a afirmar que «[u]na de las notas más destacadas de la Constitución Política de 1991 es la extensión de las garantías propias del debido proceso a las actuaciones administrativas». Sin embargo, dicha ampliación tiene algunas particularidades o matices que también han sido reseñados por la Corte Constitucional.

[…]

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 resulta relevante respecto al desarrollo legislativo que, en materia de contratación estatal, ha tenido el principio y derecho constitucional al debido proceso. El mencionado artículo prescribe que «El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales».

**POTESTAD SANCIONATORIA – Proceso de contratación – Facultades – Potestades exorbitantes**

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 la imposición unilateral de las cláusulas penales y de las 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.

**PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Artículo 86 – Ley 1474 de 2011 – Etapas**

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) 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.

**SUSPENSIÓN DEL CONTRATO – Concepto – Procedencia**

La *suspensión* es la medida por la cual se acuerda el cese provisional de la ejecución del contrato, por la ocurrencia de circunstancias que lo impiden o lo dificultan. Las razones de aquella pueden ser de orden técnico, jurídico o económico. En la medida de lo posible, las entidades estatales, durante la fase de planeación debe precaver los riesgos que pueden afectar la ejecución normal del contrato, pero esto no elimina la probabilidad de que ocurran sucesos posteriores y extraordinarios que lleven a las partes a acordar la suspensión o que paralicen el contrato de facto, mientras se resuelven las situaciones que están incidiendo negativamente en el desarrollo del negocio o que lo están tornando imposible. Esto quiere decir que la suspensión puede ser acordada por las partes –como usualmente sucede y es lo más recomendable, siempre que existan motivos fundados para ello– o darse por la fuerza de los hechos, es decir, por la configuración de eventos externos e irresistibles que hagan imposible la ejecución del contrato durante un tiempo ; es decir, por factores que constituyan razones de fuerza mayor o caso fortuito.

**SUSPENSIÓN DEL CONTRATO – Procedimiento administrativo sancionatorio – Posibilidad de realizarlo**

Pero, al margen de las consideraciones anteriores, hay que decir con claridad que una cosa es la suspensión del contrato estatal y otra el procedimiento administrativo sancionatorio. Si la entidad pública contratante evidencia razones óptimas para iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio, porque encuentra que el contratista podría haber incurrido en incumplimiento, debe citarlo , brindándole las garantías formales establecidas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, independientemente de que el contrato se encuentre o no suspendido.

Bogotá D.C., **12/08/2020 Hora 14:37:48s**

**N° Radicado: 2202013000007403**

Señora

**Liliana Cifuentes**

Ciudad

**Concepto C - 527 de 2020**

**Temas**: DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO – Principio rector – Fundamento – Procedimiento sancionatorio contractual / POTESTAD SANCIONATORIA CONTRACTUAL – Facultades – Potestades exorbitantes / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Ley 1474, artículo 86 – Etapas / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO – Concepto – Procedencia / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO – Procedimiento administrativo sancionatorio – Posibilidad de realizarlo.

**Radicación**: Respuesta a consulta 4202012000006536

Estimada señora Cifuentes,

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

**1. Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta: «Muy amablemente solicito el favor de ayudarme con una duda que tengo acerca de si se puede realizar una audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, estando suspendido el contrato».

**2. Consideraciones**

Para resolver la pregunta que usted plantea se harán algunas consideraciones sobre: i) el debido proceso como principio rector de las actuaciones administrativas contractuales, ii) el régimen sancionatorio en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, iii) el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, iv) la oportunidad y límite temporal para el ejercicio del *ius puniendi* por parte de las entidades estatales en materia contractual y v) la suspensión del contrato estatal, como medida que no impide la realización del procedimiento administrativo sancionatorio.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre la potestad sancionatoria de las entidades estatales en la actividad contractual, la oportunidad para su ejercicio y el procedimiento adminitrativo que deben adelantar aquellas entidades que se rigen por las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los conceptos con radicado No. 2201913000007661 del 16 de octubre de 2019, 2201913000008964 del 5 de diciembre de 2019, C-147 del 17 de marzo de 2020, C-221 del 21 de abril de 2020, C-219 del 29 de abril de 2020, C-010 del 19 de junio de 2020, C-280 del 6 de julio de 2020 y C-434 del 29 de julio de 2020. Las ideas expuestas en dichos conceptos se reiteran y complementan a continuación:

* 1. **Debido proceso, como principio rector de los procedimientos administrativos contractuales**

La Constitución Política contempla el debido proceso como derecho fundamental y sobre su ámbito de aplicación señala que «El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas». La claridad de esta norma no deja lugar a ninguna duda, y es ello lo que ha llevado a la Corte Constitucional a afirmar que «[u]na de las notas más destacadas de la Constitución Política de 1991 es la extensión de las garantías propias del debido proceso a las actuaciones administrativas»[[1]](#footnote-1). Sin embargo, dicha ampliación tiene algunas particularidades o *matices* que también han sido reseñados por la Corte Constitucional[[2]](#footnote-2).

En ese orden de ideas, las garantías del debido proceso aplican por expreso mandato constitucional a toda actuación administrativa, pero ello debe ser interpretado en consideración a los principios que caracterizan cada escenario y las diferencias entre los procesos judiciales y los procedimientos administrativos.

Con base en estas consideraciones la Corte ha resaltado la importancia de aplicar en todos los casos los principios y garantías derivados del debido proceso, pero armonizando los mandatos del artículo 29 superior con los principios del artículo 209 constitucional, de manera que no se pierda de vista que «mediante el procedimiento administrativo se logra el cumplimiento de la función administrativa […]»[[3]](#footnote-3).

El artículo 3, numeral 1, de la Ley 1437 de 2011 ratifica que el debido proceso es un principio rector de los procedimientos administrativos, al disponer que «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» y que «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».

 El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 resulta relevante respecto al desarrollo legislativo que, en materia de contratación estatal, ha tenido el principio y derecho constitucional al debido proceso. El mencionado artículo prescribe que «El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales».

 Apoyándose en esta norma, así como en las garantías derivadas directamente de la Constitución y de otras normas procedimentales, el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de aclarar que:

Al respecto, la jurisprudencia de la Corporación ha sido categórica en afirmar que en materia contractual también se debe respetar este derecho fundamental al debido proceso, siempre que la administración en su papel de parte contratante dentro de un negocio jurídico, pretenda ejercer su poder de autotutela declarativa mediante la expedición de actos administrativos de carácter particular y concreto, en tal forma que se garantice el pleno conocimiento del contratista sobre la actuación adelantada por la administración y su posibilidad de ejercer en debida forma el derecho de audiencia y de defensa[[4]](#footnote-4).

 Con base en las anteriores consideraciones, la máxima corporación de lo contencioso administrativo concluyó «no cabe duda alguna en relación con la aplicación del debido proceso en materia contractual y especialmente cuando se trate de decisiones sancionatorias»[[5]](#footnote-5).

 Estas ideas son fundamentales pues, de entrada, permiten poner de presente que la Administración se encuentra obligada a respetar las garantías del debido proceso en materia contractual, sin importar la declaratoria a realizar o el asunto a decidir, y, como se verá más adelante, permiten comprender cómo dicho derecho fundamental se materializa a través del procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Sin embargo, antes de abordar este aspecto, conviene hacer algunos comentarios sobre el régimen sancionatorio, desde el punto de vista sustantivo.

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

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 la *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de las 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, se denominan 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[[6]](#footnote-6):

[…] 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.

El último grupo de potestades –*imposición unilateral* de la multa o la cláusula penal–, por el contrario, cuentan con una particular combinación de principio de legalidad y 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[[7]](#footnote-7). 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[[8]](#footnote-8), 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[[9]](#footnote-9) 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[[10]](#footnote-10), 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».

**2.3. Procedimiento administrativo sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011**

La Ley 1474 de 2011 contempla la posibilidad de declarar el incumplimiento cuantificando los perjuicios del mismo, claro está, previa citación del contratista y respetando el debido proceso. 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 […]»[[11]](#footnote-11).

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[[12]](#footnote-12). De ahí que las entidades de *régimen especial*[[13]](#footnote-13) 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[[14]](#footnote-14), 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[[15]](#footnote-15) y el artículo 3, numeral 1 de la Ley 1437 de 2011[[16]](#footnote-16).

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»[[17]](#footnote-17), 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[[18]](#footnote-18). 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[[19]](#footnote-19) y de las empresas sociales del Estado[[20]](#footnote-20). 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.

**2.4. Límite temporal para el ejercicio del *ius puniendi* por parte de las entidades estatales en materia contractual.**

En concepto emitido en respuesta a la consulta con radicado No. 4201911000005276 del 5 de agosto de 2019, así como en Concepto C-221 del 21 de abril de 2020, esta Subdirección se pronunció acerca de la oportunidad o límite temporal para el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las entidades estatales en materia contractual. Tales ideas se reiteran a continuación:

La finalidad de los contratos estatales está dirigida al cumplimiento de los objetivos misionales de las entidades estatales y con ello los fines del Estado. Por este motivo, esas entidades cuentan con prerrogativas que pueden aplicar en desarrollo de la ejecución contractual, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del contratista y con ello los fines descritos[[21]](#footnote-21). En ese sentido, la Administración goza de facultades sancionatorias que se traducen en medidas cuyos efectos producen la terminación anormal de la relación jurídico negocial, como es el caso de la caducidad, o en medidas apremiantes o coercitivas que buscan el cumplimiento de las obligaciones del contratista cuando no lo ha hecho en los términos del contrato. No obstante, cuando se trata de la multa y cláusula penal, las partes deben pactarlas para que, previo procedimiento que garantice el debido proceso del contratista, la entidad las imponga directamente.

Pese a lo anterior, en la historia de las disposiciones normativas que han regulado los contratos estatales ha habido incertidumbre por el vacío normativo frente a la oportunidad que tienen las entidades estatales para ejercer su poder sancionatorio, particularmente frente a la multa, la cláusula penal y la caducidad. Sin embargo, el Consejo de Estado interpretó y unificó criterios frente a dicha temporalidad en los casos que estudió bajo la vigencia del derogado Decreto 222 de 1983, sin que a la fecha exista un posición de fondo y uniforme sobre la interpretación de la temporalidad sancionatoria en vigencia de la Ley 1150 de 2007, la cual, en criterio de esta Subdirección, no es indispensable para su interpretación, toda vez que, como se estudiará más adelante, dicha Ley establece las condiciones, inclusive de tiempo, para que la entidad estatal ejerza el poder sancionatorio.

Así las cosas, se revisarán las posiciones adoptadas por el Consejo de Estado en casos estudiados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, en relación con los límites temporales para imponer las sanciones por el incumplimiento del contratista.

a) Decreto 222 de 1983

Durante la vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 las entidades podían declarar la caducidad e imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, siempre que la última facultad quedara estipulada en el respectivo contrato; de la misma forma, la cláusula penal pecuniaria debía estar incluida en el contrato, salvo en los de empréstito. En los siguientes términos estuvo regulado:

Artículo 60. de las cláusulas que forzosamente deben contener los contratos. Salvo disposición en contrario, en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; penal pecuniaria y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar. Así mismo en los contratos administrativos y en los de derecho privado de la administración en que se pacte la caducidad, se incluirán como cláusulas obligatorias los principios previstos en el título IV de este estatuto.

[...]

Artículo 64. De la declaratoria de caducidad. La declaratoria de caducidad deberá proferirse por el jefe de la entidad contratante mediante resolución motivada, en la cual se expresarán las causas que dieron lugar a ella y se ordenará hacer efectivas las multas, si se hubieren decretado antes, y el valor de la cláusula penal pecuniaria convenida, si fuere el caso.

[...]

Artículo 71. De la cláusula sobre multas. En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra.

Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto.

En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula.

Artículo 72. De la cláusula penal pecuniaria. En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.

La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato.

El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante.

De acuerdo con lo anterior, ninguna de esas disposiciones establecía el límite que tenía la entidad para imponer la multa o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria o la caducidad. Por este motivo, el Consejo de Estado debió interpretar el momento hasta el cual era posible imponer dichas sanciones.

En su línea jurisprudencial, esa Corporación indicó que una entidad estatal podía declarar el incumplimiento del contratista únicamente para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria después de vencido el plazo de ejecución y hasta su liquidación. Por tanto, la vigencia del contrato no limitaba la competencia del poder sancionatorio de la entidad estatal, como sí ocurría con la caducidad y la multa, pues estas solo podían hacerse efectivas durante el plazo de ejecución del contrato. En este sentido señaló lo siguiente:

Excepcionalmente la administración podrá declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato (cosa que pudo hacer durante la vigencia de éste, bien para imponerle multa al contratista o para caducarlo) luego de su vencimiento, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, tal como lo ha dicho la jurisprudencia de esta sala en forma reiterada (...)[[22]](#footnote-22).

[...] De otro lado, y en sentido contrario, la Sección Tercera también se ha pronunciado en relación con la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Al respecto sostiene, invariablemente, que no sólo puede hacerlo durante el plazo de ejecución, sino también cuando ha vencido, incluso hasta su liquidación, de manera que la vigencia del plazo no limita la competencia sancionatoria[[23]](#footnote-23).

De esta manera, el Consejo de Estado cerró la brecha que existía en relación con la aplicación temporal de las potestades sancionatorias de las entidades estatales en el marco del Decreto 222 de 1983, y aunque en vigencia de la Ley 1150 de 2007 la interpretación sobre este tema se estudiará más adelante, es necesario recalcar que esa Corporación señaló que con la entrada en vigencia de esta Ley la competencia temporal cambió con lo indicado en el artículo 17.

b) Ley 80 de 1993

La Ley 80 de 1993 no estableció de manera expresa la posibilidad de pactar e imponer multas ni la cláusula penal en los contratos estatales, por lo que antes del 16 de julio de 2007[[24]](#footnote-24) hubo en la jurisprudencia dos posiciones en diferentes tiempos frente a su aplicabilidad:

i) Entre los *años de 1993 y 2005* el Consejo de Estado sostuvo que era posible pactar e imponer y hacer efectivas la multa y la cláusula penal. La Corporación consideró que esas sanciones podían pactarse en los contratos estatales como sanción por el incumplimiento del contratista y la Administración tenía competencia para imponerlas directamente, en virtud del carácter ejecutivo de los actos administrativos previsto para ese momento en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo. Además, indicó que la multa debía ser impuesta dentro del plazo contractual puesto que era el tiempo de vigencia que tenía la entidad para ejercer directamente sus poderes:

Para la Sala la administración sí tiene competencia para imponer por sí y ante sí, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos.

[...]

La reiterada posición de la Sala ha sido la de que los poderes exorbitantes, hoy excepcionales, otorgan a la entidad una competencia también excepcional, que debe ser ejercida dentro de la vigencia del contrato para brindarle seguridad jurídica a la relación contractual, al punto que estarían viciados de nulidad los actos en los que se ejercitan tales poderes cuando se expiden por fuera del plazo del contrato, que es a la vez el término de vigencia de la competencia de la entidad pública para ejercer directamente sus poderes, puesto que una vez vencidos, será el juez del contrato quien debe calificar los incumplimientos[[25]](#footnote-25). Las razones que justificaban la limitación temporal en el ejercicio de las potestades de la entidad contratante siguen teniendo vigencia bajo el actual régimen de contratación administrativa (ley 80 de 1993)[[26]](#footnote-26).

En este período el Consejo de Estado sostuvo la misma interpretación que hizo frente a los límites temporales para imponer sanciones bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983, es decir, las multas y la caducidad debían declararse dentro del plazo del contrato y la cláusula penal hasta su liquidación[[27]](#footnote-27). Sin embargo, y solo frente a la caducidad, en el año 1999 el Consejo de Estado manifestó que si el plazo contractual había terminado, pero existían obligaciones pendientes de ejecución, la entidad podría declarar la caducidad después del plazo de ejecución ya que la obligación no se extinguía con el vencimiento del plazo contractual[[28]](#footnote-28).

ii) Entre el 2005 y el 2007 el Consejo de Estado sostuvo que la Ley 80 de 1993 no facultaba a la Administración para imponer las multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos estatales, como sí lo prescribía el Decreto 222 de 1983, por lo que si bien era posible pactarlas no podían hacerlas efectivas directamente:

Según se observa, ni en esta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222 incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado.

No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002 pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad proviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80 tal facultad fue derogada.

Bajo esta posición, era posible pactar la multa y la cláusula penal, pero la Administración no estaba facultada para imponerlas directamente, toda vez que la Ley no le había otorgado dicha facultad, y de hacerlo los actos administrativos estarían viciados de nulidad, por adoptar dichas decisiones sin competencia. Por lo anterior, en dicho período no fue necesario abordar el estudio frente al límite temporal de la imposición de sanciones al contratista incumplido.

Por último, frente al momento hasta el cual la Administración puede declarar la caducidad, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación jurisprudencial, indicó que solo puede hacerlo durante el plazo de ejecución, porque de acuerdo con la naturaleza de la caducidad, el incumplimiento al que esta se refiere se debe valorar en el plazo de ejecución del contrato[[29]](#footnote-29).

c) Ley 1150 de 2007

Esta Ley, a diferencia de la Ley 80 de 1993, sí determinó de manera expresa que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública pueden imponer las multas pactadas en el contrato, así como declarar su incumplimiento con la finalidad de hacer efectiva la cláusula penal, siempre que se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. El artículo 17 prescribe lo siguiente:

Artículo 17. del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

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

Lo anterior quiere decir que la entidad puede imponer la multa o hacer efectiva la cláusula penal en cualquier momento mientras esté pendiente la ejecución de las obligaciones del contratista, lo que permitió de alguna manera cerrar el debate que existió frente al límite temporal para imponer las respectivas sanciones.

Nótese que la norma no condicionó la aplicación de las sanciones –multa y cláusula penal– al plazo de ejecución del contrato, y esto tiene sentido si se armoniza con la finalidad de la multa o de la cláusula penal y los fines de la contratación estatal. En primer lugar, existen obligaciones cuyo cumplimiento solo puede ser verificado después del plazo de ejecución y en caso de no cumplir en las condiciones acordadas la entidad tiene la facultad para conminar al contratista incumplido a cumplir. En segundo lugar, si vencido el plazo de ejecución el contratista no cumple, la obligación no se extingue, pues de acuerdo con el Código Civil el vencimiento del plazo contractual no es un modo de extinguir las obligaciones[[30]](#footnote-30), salvo pacto en ese sentido, por lo que la obligación continuará pendiente y el contratista estará en mora de cumplir por no haberlo hecho en el plazo acordado[[31]](#footnote-31). Esto indica que lo que terminó fue el plazo de ejecución, pero la obligación todavía está pendiente de cumplimiento y el contratista podrá hacerlo tardíamente con las consecuencias que esto conlleva[[32]](#footnote-32). No obstante, la entidad es la que debe, dependiendo de su necesidad, determinar si inclusive con el cumplimiento tardío del contratista aún se satisface el interés público.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 no condicionó la imposición de las multas y la cláusula penal al plazo del contrato, y por el contrario, de manera expresa indicó que estas proceden «mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista», en los acuerdos contractuales que se rigen por la Ley 1150 de 2007 la entidad estatal podrá imponer las multas y hacer efectiva la cláusula penal inclusive después de su plazo de ejecución, siempre que la obligación esté pendiente de cumplimiento. De esta manera, la entidad podrá hacer uso de aquellas facultades contractuales para procurar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, y satisfacer las necesidades objeto del contrato y consecuentemente garantizar los fines del Estado.

Adicionalmente, el mismo Consejo de Estado, al estudiar casos bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983, e inclusive de la Ley 80 de 1993, indicó, a manera de *obiter dictum*, que la posición adoptada frente a la competencia temporal para imponer sanciones cambió, no por una decisión judicial nueva sino por la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, puesto que su artículo 17 prescribe, de manera expresa, que la competencia para imponer sanciones –multas y cláusula penal– procede mientras esté pendiente la ejecución de las obligaciones del contratista:

No obstante, en vigencia de la Ley 1150 de 2007 este mismo problema – competencia temporal para imponer sanciones-, en relación con las multas y la cláusula penal pecuniaria, cambió de sentido, esta vez no por una variación introducida por la jurisprudencia a sus propias tesis, sino porque la ley 1150 reguló expresamente el tema, señalando que la competencia sancionatoria se conserva «mientras esté pendiente la ejecución» del contrato, así es que de ninguna manera quedó limitado a que se haga sólo «durante el plazo» del contrato. En este sentido, el inciso primero del art. 17 de esta ley expresa categóricamente: «... Esta decisión... procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista».

[...]

Esta postura, inclusive, la conserva esta Corporación en la actualidad. Es decir, que hoy admite la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, una vez vencido el contrato. Esto no se discute ni siquiera en vigencia de la ley 1150 de 2007; menos tratándose de un contrato regido por el Decreto 222 de 1983 y algunas normas especiales que regulan el juego del chance –como en el caso concreto[[33]](#footnote-33).

Ahora bien, es necesario precisar que si el contrato fue objeto de liquidación sin pendientes –quedando las partes a paz y salvo–, la entidad ya no podrá hacer efectivo su poder sancionatorio sobre el contratista incumplido, toda vez que la liquidación finiquita la relación jurídico negocial de las partes. La liquidación de los contratos estatales se deberá hacer de acuerdo con los plazos indicados en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007[[34]](#footnote-34).

De otro lado, la entidad estatal no pierde competencia para imponerle la multa o la cláusula penal al contratista por las obligaciones incumplidas –siempre y cuando se encuentre aún pendiente su cumplimiento–, así haya sido demandada en controversias contractuales con la pretensión de liquidación judicial del contrato. En otras palabras, si las partes no liquidaron el contrato de manera bilateral, ni la entidad tampoco lo hizo dentro del término de los dos meses siguientes, y el contratista acudió a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, solicitando la liquidación judicial y notificándole a la entidad estatal el auto admisorio de la demanda, esto no significa que la entidad ya no pueda sancionar con multa o cláusula penal pecuniaria al contratista incumplido.

La anterior idea se apoya en dos argumentos: en primer lugar, el hecho de que el contratista demande a la entidad estatal contratante no hace cesar el vínculo contractual que tiene vigente con aquella, cuando, después del vencimiento del plazo contractual, han quedado obligaciones pendientes. En otras palabras, a pesar de haber acudido a la Jurisdicción, pidiendo la liquidación, debe continuar cumpliendo el contrato vigente, toda vez que subsisten obligaciones en este. Lo contrario implicaría admitir que el ejercicio del derecho de acción en estos casos conlleva a la terminación de los contratos estatales; aspecto que no está previsto en el artículo 1.625 del Código Civil y que, por tanto, no es posible inferir. En segundo lugar, como se indicó, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 somete la competencia de las entidades estatales para imponer la multa y la cláusula penal pecuniaria, no a un plazo, sino a una condición: que «[…] se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista». Por tanto, así la entidad se notifique del auto admisorio de la demanda formulada por el contratista, solicitando la liquidación, al estar aún pendientes las obligaciones contractuales de este –en el evento en que, vencido el plazo del contrato, haya quedado en mora–, la entidad contratante aún puede declararle el incumplimiento y hacerle efectiva la multa y la cláusula penal pecuniaria. Razonar en forma contraria, es decir, afirmando que la entidad no puede aplicar estos dos tipos de sanciones cuando el contratista acudió a la jurisdicción, sería suponer la pérdida de competencia, a pesar de la claridad del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; hipótesis que no resulta válida, porque la pérdida de competencia debe estar consagrada expresamente en las disposiciones normativas. Es lo que sucede, por ejemplo en los supuestos de i) silencio administrativo negativo[[35]](#footnote-35) y ii) revocación directa[[36]](#footnote-36), en los cuales el legislador expresamente establece que la Administración pierde competencia, en un caso, para pronunciarse y, en el otro, para revocar el acto administrativo de manera directa, cuando ha sido notificada del auto admisorio de la demanda. Sin embargo, esto mismo no se establece frente a la potestad sancionatoria atribuida a las entidades estatales en virtud del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007[[37]](#footnote-37).

Acoger la tesis expuesta, o sea, la idea de que aun cuando se haya configurado una relación jurídico-procesal, la entidad estatal puede todavía decretar la multa o la cláusula penal pecuniaria en contra del contratista, sin duda, no puede leerse como una negación del derecho de acción; pues el contratista podría demandar la nulidad de los actos administrativos que le impongan dichas sanciones, con un término de caducidad autónomo para dichas pretensiones.

**2.5. Suspensión del contrato estatal y posibilidad de adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio aun cuando aquel no se esté ejecutando**

Con fundamento en las consideraciones efectuadas hasta este momento, debe precisarse qué sucede en cuanto al cumplimiento de las obligaciones y a las consecuencias que pueden generarse por su inobservancia, cuando el contrato se halla *suspendido*, y si esto es óbice para realizar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Al respecto, debe indicarse que la *suspensión* no termina el contrato, pues dicho evento no se encuentra consagrado en las causales previstas en el artículo 1.625 del Código Civil, como ya se explicó.

La *suspensión* es la medida por la cual se acuerda el cese provisional de la ejecución del contrato, por la ocurrencia de circunstancias que lo impiden o lo dificultan[[38]](#footnote-38). Las razones de aquella pueden ser de orden técnico, jurídico o económico. En la medida de lo posible, las entidades estatales, durante la fase de planeación debe precaver los riesgos que pueden afectar la ejecución normal del contrato, pero esto no elimina la probabilidad de que ocurran sucesos posteriores y extraordinarios que lleven a las partes a acordar la suspensión o que paralicen el contrato *de facto*, mientras se resuelven las situaciones que están incidiendo negativamente en el desarrollo del negocio o que lo están tornando imposible. Esto quiere decir que la suspensión puede ser acordada por las partes –como usualmente sucede y es lo más recomendable, siempre que existan motivos fundados para ello– o darse por la fuerza de los hechos, es decir, por la configuración de eventos externos e irresistibles que hagan imposible la ejecución del contrato durante un tiempo[[39]](#footnote-39); es decir, por factores que constituyan razones de fuerza mayor o caso fortuito[[40]](#footnote-40).

Por lo tanto, aun cuando un contrato se suspenda, conserva vigencia, pues su plazo no ha vencido –precisamente uno de los efectos de la suspensión es que se detiene provisionalmente el cómputo del plazo[[41]](#footnote-41)– y además las obligaciones de las partes están pendientes de cumplimiento a cabalidad. Solo cuando los motivos que han dado lugar a la suspensión sean permanentes e irresistibles, lo que inicialmente fue solo dicha suspensión puede dar paso a la terminación, y en este evento el deudor no será responsable, salvo que las razones de la suspensión y futura terminación le sean imputables[[42]](#footnote-42). Piénsese, por ejemplo, en el caso de un contrato de suministro respecto del cual el contratista le solicite a la entidad estatal la suspensión por la tardanza de uno de sus proveedores, y que luego se compruebe que la demora es atribuible a la falta de pago del contratista a dichos comerciantes, quienes por eso se niegan en adelante a seguirle vendiendo. Conductas como esta podrían hacer que la suspensión sea permanente y que la entidad estatal se vea en la obligación de terminar el contrato para no afectar la prestación del servicio a su cargo, ni, en consecuencia, los fines del Estado[[43]](#footnote-43).

Es entonces importante que en cada caso concreto se analicen las causas de la suspensión: si estas son ajenas a las partes o, por el contrario, se endilgan a estas o a una de ellas. Solo de tal manera podrá definirse la eventual responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de las obligaciones. Es más, también puede suceder que solo se suspenda la ejecución del cumplimiento de algunas obligaciones del contrato, manteniéndose las demás en un desarrollo normal. Así se presenta, verbigracia, en el evento en que un contrato de obra tiene tres frentes de trabajo y se suspende uno –por, ejemplo, porque se detecta una sujeción material imprevista–, conservándose la ejecución de los otros dos. En estos casos no puede el contratista excusarse del cumplimiento de las obligaciones no suspendidas, con el pretexto de que otras lo están. Incluso, puede que se suspenda el contrato en cuanto a su obligación principal, es decir, frente a su objeto, pero que las partes queden con ciertos compromisos originarios del contrato o que se pactaron en el acta de suspensión, siendo muchas veces estos últimos, deberes que buscan lograr la reanudación del contrato. La desatención de tales obligaciones también podría generar responsabilidad contractual en la entidad estatal o en el contratista[[44]](#footnote-44).

Pero, al margen de las consideraciones anteriores, hay que decir con claridad que una cosa es la suspensión del contrato estatal y otra el procedimiento administrativo sancionatorio. Si la entidad pública contratante evidencia razones óptimas para iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio, porque encuentra que el contratista podría haber incurrido en incumplimiento, debe citarlo[[45]](#footnote-45), brindándole las garantías formales establecidas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, independientemente de que el contrato se encuentre o no suspendido.

De esta manera, el cese temporal de la ejecución del contrato no impide que la entidad surta el procedimiento administrativo sancionatorio, pues lo uno no va ligado a lo otro. Circunstancia distinta es que la razón que pretende aducir la entidad estatal para iniciar dicho procedimiento sea el supuesto «incumplimiento» de las obligaciones, que se da durante la suspensión, sin que exista responsabilidad del contratista, pues tales obligaciones no podían cumplirse en este período. En este caso el procedimiento administrativo sancionatorio no es procedente, pero si aún así la entidad estatal lo adelanta, el contratista puede esgrimir en sus descargos los motivos que le han hecho imposible el cumplimiento de las obligaciones y estas deben ser valoradas por la entidad contratante para no imponer la sanción. Sin embargo, puede también suceder que el procedimiento administrativo sancionatorio se inicie mientras el contrato está suspendido, pero para determinar, y si es del caso, decretar el incumplimiento, así como la sanción correspondiente, derivado de obligaciones no observadas por el contratista antes de la suspensión. Claramente, en este caso la citación a la audiencia es válida, pues las razones de la suspensión son ajenas a los hechos que motivan la actuación sancionatoria, ya que el contratista sí estaba en capacidad de cumplir y no lo hizo; entonces no puede excusarse en la suspensión.

En conclusión, los elementos sustanciales que deben reunirse para que pueda declararse el incumplimiento e imponerse las sanciones respectivas, son aspectos que deben probarse y verificarse en cada caso por las entidades estatales como presupuesto para la viabilidad del procedimiento administrativo sancionatorio. Si estos elementos confluyen, así el contrato estatal esté suspendido, puede realizarse la audiencia regulada en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

**3. Respuesta**

«Muy amablemente solicito el favor de ayudarme con una duda que tengo acerca de si se puede realizar una audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, estando suspendido el contrato».

Aunque el contrato estatal se encuentre suspendido, está vigente, pues no se han presentado los modos de extinción de las obligaciones previstos en el artículo 1.625 del Código Civil. Por otro parte, el procedimiento administrativo sancionatorio, que se encuentra regulado, para las entidades que se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, nada tiene que ver en principio con que el contrato se encuentre en ejecución. Por lo tanto, aunque el contrato esté suspendido, si se reúnen los elementos sustanciales que permitan señalar que el contratista ha incurrido en un posible incumplimiento, el procedimiento administrativo sancionatorio puede realizarse.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. Corte Constitucional. Sentencia C-034 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-1)
2. «La extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica, sin embargo, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos» (Ibíd.) [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional, Sentencia C-640 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 30 de enero de 2013. Exp. 24.743. C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ibídem. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sección Tercera, Sentencia del 12 de julio de 2012, expediente 15.024 y ponencia de Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-6)
7. Motivo por el cual son típicas cláusulas accidentales dentro de los contratos estatales, en los términos del artículo 1501 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-7)
8. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Exp. 17.009. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Constitucional. Sentencia C-827 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17.009, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Constitucional. Sentencia C-499 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-11)
12. 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-12)
13. 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-13)
14. Providencias que avalaron dicha tesis fueron las siguientes: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 20 de febrero de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expedientes: 56939 y 56562. En cambio, la consideración de que las entidades de régimen especial, por regla general, no pueden ejercer esta potestad sancionatoria, se plantea en las sentencias del Consejo de Estado. Sección Tercera. 1 de agosto de 2018. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo. Expediente: 39277 y del 14 de febrero de 2019. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 38937. [↑](#footnote-ref-14)
15. «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-15)
16. «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-16)
17. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 12 de diciembre de 2017. Exp. 60.477. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-17)
18. 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-18)
19. 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-19)
20. 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-20)
21. La Ley 80 de 1993 establece en el artículo 3 los fines de la estatal, prescribiendo que: «Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines». [↑](#footnote-ref-21)
22. Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, N.o 50422- 23-31-000-1992-01369-01 (17.031) de 20 de noviembre de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Esta tesis también fue adoptada y expuesta en la misma Corporación en Sentencia de 9 de abril de 1992, Exp.6491, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia N.o 23001-23-31-000-2000-02857-01(24.697) de 24 de octubre de 2013, C.P. Enrique Gil Botero. Tesis también sostenida en el expediente N.o 18.017 de 25 de mayo de 2011, C.P, que a su vez recoge la línea establecida en la Sentencia 3.615 de 29 de enero de 1.988, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Ver también sentencia N.o 18.017 del 25 de mayo de 2011. [↑](#footnote-ref-23)
24. Año en el que fue expedida la Ley 1150 «Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos». [↑](#footnote-ref-24)
25. «Este principio ha sido recogido en muchos de sus fallos, tales como los dictados el 21 de febrero de 1986 (proceso 4550), enero 29 de 1988 (proceso 3616), abril 9 de 1992 (proceso 6491), febrero 15 de 1991 (proceso 5973), mayo 6 de 1992 (proceso 6661), octubre 1o de 1992 (proceso 6631), 26 de noviembre de 1996 (proceso 10.192), Julio 18 de 1997 (proceso 10.703)». [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto con radicado N.o 13.988 del 4 de junio de 1998, C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-26)
27. Al respecto ver sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, N.o 50422-23-31-000-1992-01369-01 (17.031) de 20 de noviembre de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, así como sentencias de 6 de junio de 1996, expediente 2.240 y de 18 de julio de 1997, expediente 10.103. [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de septiembre de 1999, Exp. 10.264. Esta posición fue reiterada en entre otras en la Sentencia de 18 de marzo de 2004, Exp. 15.936. [↑](#footnote-ref-28)
29. Sala Plena, Sentencia N.o 15024 85001-23-31-000-1995-00174 (15024) del 12 de julio de 2012, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-29)
30. El Código Civil enuncia, en el artículo 1.625, los modos de extinción de las obligaciones, en los siguientes términos: «Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

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

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

»2o.) Por la novación.

»3o.) Por la transacción.

»4o.) Por la remisión.

»5o.) Por la compensación.

»6o.) Por la confusión.

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

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

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

»10.) Por la prescripción.

»De la transacción y la prescripción se tratará al fin de este libro; de la condición resolutoria se ha tratado en el título De las obligaciones condicionales». [↑](#footnote-ref-30)
31. El Código Civil establece en el artículo 1608 la mora del deudor, indicando que: «El deudor está en mora:

»1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

»2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

»3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor». [↑](#footnote-ref-31)
32. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de septiembre de 1999, expediente No 10.264: «Cuando el contratista de la administración no cumple dentro del plazo establecido en el contrato, es precisamente el vencimiento del plazo el que pone en evidencia su incumplimiento y es este el momento en el que la administración debe calificar la responsabilidad que le incumbe al contratista, de manera que si lo fue por motivos únicamente imputables a él que no encuentran justificación, debe sancionar su incumplimiento». [↑](#footnote-ref-32)
33. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia N.o 23001-23-31-000-2000-02857-01(24.697) de 24 de octubre de 2013, C.P. Enrique Gil Botero. De la misma forma, esta tesis se expone en el expediente N.o 18.017 de 25 del mayo de 2011, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-33)
34. El artículo 11 establece los plazos para la liquidación de los contratos e indica entre otras cosas que: «Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A». [↑](#footnote-ref-34)
35. «[…]

»La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda» (artículo 83, Ley 1437 de 2011). [↑](#footnote-ref-35)
36. «La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.

»[…]» (artículo 95, Ley 1437 de 2011). [↑](#footnote-ref-36)
37. El caso de la caducidad es diferente, porque, según se explicó, la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado sostiene que una vez vencido el plazo del contrato no se puede imponer esta sanción. [↑](#footnote-ref-37)
38. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1 de octubre de 2018. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente: 57.897. [↑](#footnote-ref-38)
39. Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1 de junio de 2017. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Expediente: 36.117, en la cual se analizó la suspensión de un contrato estatal debido a un paro armado promovido por grupos al margen de la ley en el sitio de ejecución de la obra. [↑](#footnote-ref-39)
40. El artículo 64 del Código Civil define la fuerza mayor o caso fortuito como «el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.». [↑](#footnote-ref-40)
41. «[…] De modo que, los contratos estatales pueden suspenderse de común acuerdo por la ocurrencia de circunstancias que lo justifiquen. Así, aunque subsiste el vínculo contractual no corre el plazo inicialmente pactado y no se ejecutan las obligaciones. El contrato se reinicia cuando se cumpla la condición o el término dispuesto en el acuerdo de suspensión o anticipadamente por convenio de las partes» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 10 de mayo de 2019. Consejero Ponente: Guillermo Sánchez Luque. Expediente: 59.532). [↑](#footnote-ref-41)
42. «[…] en pronunciamiento del año 2012, la Sala de esta Subsección señaló que la suspensión del contrato, más estrictamente de la ejecución del contrato, como medida excepcional procede, por regla general, de consuno entre las partes, cuando situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público impidan, temporalmente, cumplir el objeto de las obligaciones a cargo de las partes contratantes, de modo que el principal efecto que se desprende de la suspensión es que las obligaciones convenidas no pueden hacerse exigibles mientras perdure la medida y, por lo mismo, el término o plazo pactado del contrato (de ejecución o extintivo) no corre mientras permanezca suspendido. Por esa misma razón, la suspensión debe estar sujeta a un modo específico, plazo o condición, pactado con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, acorde con la situación que se presente en cada caso, pero no puede permanecer indefinida en el tiempo» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 16 de julio de 2015. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 31.634). [↑](#footnote-ref-42)
43. En circunstancias como la mencionada la entidad podría hacer uso de las cláusulas de caducidad o de terminación unilateral, reguladas en los artículos 17 y 18 de la Ley 80 de 1993, según el caso. [↑](#footnote-ref-43)
44. En efecto, el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 establece: «Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista». Por su parte, el artículo 52 de la misma Ley señala: «Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley.

»Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o. de esta ley». [↑](#footnote-ref-44)
45. Por eso el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 prescribe que «a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. […]». [↑](#footnote-ref-45)