**PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Citación a audiencia – Contenido – Ley 1474 de 2011 – Artículo 86**

Como se observa, la citación a la audiencia debe cumplir mínimamente los siguientes aspectos: i) señalar los *hechos* que soportan la actuación, en particular la descripción detallada de cuáles son las actuaciones u omisiones del contratista que materializan el incumplimiento de las obligaciones. Además, se deben ii) adjuntar los informes de supervisión o de interventoría que soportan la actuación, donde la entidad fundamenta su decisión de iniciar el procedimiento sancionatorio. Asimismo, debe acompañarse de las iii) pruebas adicionales con que cuente la entidad y que sirven para acreditar el incumplimiento. iv) La citación debe contener también las normas, cláusulas u obligaciones posiblemente violadas o incumplidas por el contratista. Igualmente, v) debe indicar cuáles consecuencias podrían generarse para el contratista, verbigracia, si se pretende imponerle alguna multa, hacerse efectiva la cláusula penal o declarar la caducidad del contrato. Adicionalmente, vi) las entidades estatales podrán cuantificar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento –inciso primero del artículo 86–, y, finalmente, vii) deben indicar el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, sin perjuicio de que esta se pueda efectuar por medios electrónicos.

**FACULTAD SANCIONATORIA – Procesos sancionatorios contractuales – Alcance temporal**

[…] el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 no condicionó la potestad sancionatoria 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 […]”, la Administración podrá hacer efectiva la cláusula penal inclusive después de vencido su plazo de ejecución, siempre que las obligaciones estén pendientes de cumplirse. De esta manera, la entidad podrá hacer uso de estas facultades para procurar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, precisamente cuando advierta su incumplimiento y con la finalidad de sancionar el incumplimiento, incluso después de la liquidación del contrato, pues con esta tan sólo se definió la situación en la que quedan los contratantes, luego de la ejecución del contrato, y en la respectiva acta de liquidación se pueden consagrar salvedades, en el sentido de disponer cuánto se adeudan las partes, de qué manera y en qué plazos se han de efectuar los pagos pendientes y las condiciones para el establecimiento del respectivo paz y salvo, por lo que después de la liquidación, si en ella se consignaron las respectivas salvedades o aclaraciones en donde de forma clara y concreta se relacionen las obligaciones que, a su juicio, quedaron pendientes durante la ejecución del contrato.

Bogotá D.C., 08 de agosto de 2024



Señora

**Daniela Díaz Contreras**

dannydiaz4000@hotmail.com

Bogotá D.C.

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C- 224 de 2024** |
| **Temas:**  | PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Citación a audiencia – Contenido – Ley 1474 de 2011 – Artículo 86 / FACULTAD SANCIONATORIA – Procesos sancionatorios contractuales – Alcance temporal |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta con radicado No. P20240625006482 |

Estimado señora Daniela:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 25 de junio de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

“[…] a través del presente escrito hago uso de mi Derecho Fundamental de Petición, con el fin de indicarme si es viable la aplicación del Proceso Sancionatorio de que gozan las Entidades del Estado, en el artículo 86, cuyo fin es declarar el siniestro de incumplimiento en forma posterior a la Terminación Bilateral y Anticipada de un contrato.

Lo anterior teniendo en cuenta que respecto de la Terminación Bilateral de los contratos, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás enseña que es uno de los correctivos jurídicos que tienen las partes contratantes en el régimen común para aniquilar el contrato, esto es, “… la primera forma de disolución del contrato autorizada por la ley, que otros denominan “mutuo disenso”, “resciliación” o “distracto contractual”, es la prerrogativa que asiste a las partes, fundada en la autonomía de la voluntad, para deshacer y desligarse del contrato entre ellas celebrado. Fundados en el mismo principio, pueden mutuamente extinguir sus obligaciones, tal como lo enseña el primer inciso del artículo 1625 del Código Civil, en cuanto dice que “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”.” SIC

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: ¿Puede la Entidad Estatal contratante declarar el incumplimiento del contratista después de terminado el contrato de manera bilateral?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| De conformidad con el alcance de la potestad sancionadora otorgada por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, es claro que la Entidad Estatal contratante tiene la facultad de declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, siempre que se encuentre pendiente el cumplimiento de obligaciones, lo cual puede hacer incluso después de vencido el plazo de ejecución. Para estos efectos, indistintamente de si el contrato se terminó de manera bilateral o unilateral, las Entidades Estatales deben garantizar el derecho al debido proceso del contratista aplicando el procedimiento descrito en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.  |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

Durante la ejecución de los contratos, las Entidades Estatales sometidas al EGCAP usualmente cuentan con distintas potestades exorbitantes o excepcionales y otras unilaterales, con base en las cuales ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de vigilancia y control. Entre dichas potestades se encuentran: i) las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, concepto que –además del sometimiento a las leyes nacionales– incluye la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión. Dichas prerrogativas se desarrollan en los artículos 15 a 19 ibidem. ii) Otras disposiciones también establecen algunas potestades, como la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro –artículos 7 y 11 de la Ley 1150 de 2007–. Dentro de las potestades unilaterales también se encuentra iii) la imposición unilateral de las cláusulas penales y de multas –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–.

En lo que respecta a la imposición unilateral de la multa o la cláusula penal, debe indicarse que estas 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 para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que en uno u otro caso se hayan pactado en el contrato[[1]](#footnote-2). No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las Entidades Estatales sometidas al EGCAP –Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus modificaciones–, por ministerio de la ley –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, se entienden investidas de la prerrogativa de imposición unilateral. En efecto, tratándose de las multas, en cumplimiento del principio de tipicidad, las partes deben determinar en forma pormenorizada 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 ese sentido, 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[[2]](#footnote-3), 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”[[3]](#footnote-4).

De esta forma, debe precisarse que el proceso para la declaración de incumplimientos en el marco del ejercicio de las facultades exorbitantes de la Administración observa un límite temporal a la luz de lo indicado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. Norma que, según se desprende de su literalidad, señala que la entidad puede imponer las multas y la cláusula penal pactadas en el contrato, mientras esté pendiente la ejecución de las obligaciones del contratista, lo cual, define el límite temporal para hacerlo. De hecho, no condicionó la aplicación de estas sanciones 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 verificarse después del plazo pactado para la ejecución y en caso de no cumplir en las condiciones acordadas la entidad tiene la facultad para conminar al contratista incumplido. En segundo lugar, si vencido el plazo de ejecución el contratista no cumple, la obligación no se extingue, pues de acuerdo con el artículo 1625 del Código Civil el vencimiento del plazo contractual no es un modo de extinguir las obligaciones, salvo pacto en ese sentido. Por tanto, la obligación continuará pendiente y el contratista estará en mora de cumplir por no haberlo hecho en el plazo acordado. Esto indica que lo que terminó fue el plazo de ejecución, pero la obligación todavía está pendiente de cumplimiento y el contratista podría hacerlo tardíamente con las consecuencias gravosas que esto implica. No obstante, la entidad deberá determinar si, inclusive, con el cumplimiento tardío aún se satisface el interés público.

En línea con lo anterior, puede colegirse entonces, que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 no condicionó la potestad sancionatoria 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 […]”*, la Administración podrá hacer efectiva la cláusula penal inclusive después de vencido su plazo de ejecución, siempre que las obligaciones estén pendientes de cumplirse. De esta manera, la entidad podrá hacer uso de estas facultades para procurar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, precisamente cuando advierta su incumplimiento y con la finalidad de sancionar el incumplimiento, incluso después de la liquidación del contrato, pues con esta tan sólo se definió la situación en la que quedan los contratantes, luego de la ejecución del contrato, y en la respectiva acta de liquidación se pueden consagrar salvedades, en el sentido de disponer cuánto se adeudan las partes, de qué manera y en qué plazos se han de efectuar los pagos pendientes y las condiciones para el establecimiento del respectivo paz y salvo, por lo que después de la liquidación, si en ella se consignaron las respectivas salvedades o aclaraciones en donde de forma clara y concreta se relacionen las obligaciones que, a su juicio, quedaron pendientes durante la ejecución del contrato.

Ahora bien, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las reglas de procedimiento, mediante las cuales se materializan los derechos y garantías derivadas del debido proceso, para su aplicación concreta en materia sancionatoria contractual. De conformidad con esta disposición, las *“entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento […]. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento”.*

Cabe destacar que esta norma no cualifica o se circunscribe a ciertos tipos de incumplimiento. En consecuencia, la declaratoria de cualquier incumplimiento, sea total o parcial, o independiente de su gravedad, debe realizarse con plena observancia de las reglas procedimentales del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Esto es así como consecuencia del *“principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete”[[4]](#footnote-5).*

De conformidad con lo anterior, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las etapas del procedimiento que se deben seguir, las cuales se sintetizan, de forma esquemática, así: i) c*itación a audiencia*. Es necesario remitir una citación a audiencia al contratista y al garante –cuando proceda–, cuyo contenido de señalará más adelante. ii) *Audiencia*. En la diligencia intervendrá el jefe de la entidad o su delegado y, posteriormente, se le concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente y al garante, en caso de ser necesario, para que estos presenten sus descargos, aporten y controviertan pruebas y rindan las explicaciones del caso. Y iii) *Decisión*. Debe estar contenida en resolución motivada donde se consigne, por un lado, lo ocurrido en el desarrollo de la diligencia y, por el otro, lo relativo a la imposición o no de multas y sanciones o la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal. Contra la decisión únicamente procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma diligencia. Ambas decisiones se entenderán notificadas en audiencia. Lo anterior, por supuesto, sin perjuicio del control judicial que llegue a efectuarse.

Como precisión previa, vale la pena aclarar que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[5]](#footnote-6). De ahí que las entidades de *régimen especial[[6]](#footnote-7)* en materia contractual no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al no ser entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este[[7]](#footnote-8).

De acuerdo con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, es posible concluir que, a las Entidades Estatales les corresponde adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio de forma expedita. De hecho, el primer párrafo del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 –Estatuto Anticorrupción– dispone que *“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. […]” (Énfasis fuera del texto).* Esto, define claramente el alcance de esta norma, lo que indica que el proceso sancionatorio contemplado está dirigido a los contratos que celebran las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Con todo, de conformidad con el alcance de la potestad sancionadora otorgada por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, es claro que la Entidad Estatal contratante tiene la facultad de declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, siempre que se encuentre pendiente el cumplimiento de obligaciones, lo cual puede hacer incluso después de vencido el plazo de ejecución. Para estos efectos, indistintamente de si el contrato se terminó de manera bilateral o unilateral, las Entidades Estatales deben garantizar el derecho al debido proceso del contratista aplicando el procedimiento descrito en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

1. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Ley 1474 de 2011, articulo 86.
* Ley 80 de 1993, artículo 14.
* Ley 1150 de 2007, artículos 7, 11, 17.
 |

1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente estudió la potestad sancionatoria de las Entidades Estatales con base en el proceso descrito en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en los conceptos del 16 de octubre de 2019 –rad. 2201913000007661–, del 5 de diciembre de 2019 –rad. 2201913000008964–, en el C-219 del 29 de abril de 2020, en el C-434 del 29 de julio de 2020, en el C-569 del 31 de agosto de 2020 y en el C-641 del 4 de noviembre de 2020, y C-060 del 8 de marzo de 2021. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran y se complementan en lo pertinente para dar respuesta a su consulta. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

También le invitamos a consultar las versiones I y II de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual, las cuales puede descargar en la página web de la Agencia: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital>

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Santiago Alberto Herrera MorilloAnalista T2-02 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento Cantillo Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Motivo por el cual son típicas cláusulas accidentales dentro de los contratos estatales, en los términos del artículo 1501 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-2)
2. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad. 17.009. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-3)
3. Ibídem. [↑](#footnote-ref-4)
4. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-317 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-5)
5. 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-6)
6. 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-7)
7. Esto se ha señalado en distintos conceptos de esta Subdirección, como el C-219 del 29 de abril de 2020, el C-280 del 6 de julio de 2020 y el C–434 del 29 de julio de 2020. [↑](#footnote-ref-8)