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

[L]a 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, iii) lo anterior debe acompañarse de las 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.

Como se observa, sobre la cuantificación de perjuicios ocasionados por el incumplimiento –inciso primero del artículo 86–, no se puede entender este como requisito obligatorio del contenido de la citación a la audiencia de que trata el artículo en cita, toda vez que, en el inciso respectivo de la Ley, no está contenido textualmente, no obstante, de la lectura de la norma se entiende que estos podrán ser agregados en la citación por parte de la Entidad Estatal, si así lo considera pertinente. Sin embargo, se aclara que para efectos de imponer las multas y sanciones y hacer efectiva la cláusula penal, es necesario dar a conocer dicha cuantificación al contratista en garantía de su derecho de defensa, contradicción, y al debido proceso que consagra el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, pues con base en estos se determinará y verificará la proporcionalidad de las sanciones a aplicar.

**CADUCIDAD – Facultad sancionatoria – Procesos sancionatorios contractuales**

Respecto a los procedimientos administrativos sancionatorios contractuales, el parágrafo 1 del artículo 47 del CPACA expresamente dispone que estos se rigen por las normas especiales en la materia, incluido los recursos. Por tal razón, en principio la norma aplicable para ejercer las potestades sancionatorias contractuales es el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que comporta un procedimiento especial, célere, eficaz y sumario, llevado a cabo en audiencia pública y que brinda las garantías mínimas al contratista para ejercer su derecho de defensa y contradicción, justificadas en el debido proceso, en los términos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Sin perjuicio de lo anterior, puede considerarse que, dado el carácter supletivo del procedimiento administrativo sancionatorio del CPACA, las reglas de este procedimiento pueden complementar los aspectos no previstos en las normas especiales que rigen el procedimiento administrativo sancionatorio contractual. La anterior conclusión se sustenta en lo siguiente: i) el primer inciso del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 establece una remisión a las normas del CPACA que rigen los procedimientos administrativos, en lo que sea compatible con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y ii) los artículos 2 y 47 (inciso 1) del CPACA, consagran el principio de subsidiariedad, en virtud del cual las normas de la primera parte del código se deben aplicar en aquellos casos en los cuales haya vacío en las normas especiales.

**CADUCIDAD – Aplicación subsidiaria del artículo 52 del CPACA**

Definido lo anterior se observa que el artículo 52 del CPACA es la norma que consagra la caducidad de la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones, que opera luego de transcurridos tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, plazo dentro del cual el acto administrativo sancionatorio debe quedar expedido y notificado. Además, estableció de manera independiente y autónoma el término de un (1) año para resolver los recursos procedentes contra el acto sancionatorio, contado a partir de la interposición de los mismos, so pena de la pérdida de competencia. Finalmente, dispuso que, si los recursos no se deciden en el término fijado, se entenderán resueltos a favor del recurrente.

Ahora bien, en vista de que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no reguló este asunto de manera especial, resultaría posible aplicar el artículo 52 del CPACA, si las circunstancias de un caso concreto lo ameritan, porque no contradice la norma especial, sino que la complementa. Lo anterior aun cuando el artículo 86 de la Ley 1474 establece que el recurso de reposición debe resolverse en la misma audiencia; pero no regula la consecuencia de lo que ocurriría si la entidad contratante no lo resuelve en esa oportunidad, situación irregular que entraría a suplirse con lo dispuesto en la norma del procedimiento sancionatorio general.

[…] De cualquier modo, es necesario tener en cuenta que la garantías que amparan el cumplimiento en los contratos estatales están regidas por los términos de prescripción establecidos para el contrato de seguro en el artículo 1081 del Código de Comercio. En ese sentido, independientemente del término de caducidad de la facultad sancionatoria, también es necesario que la Entidad Estatal tenga en cuenta lo anterior, en aras de evitar que se declaren incumplimientos cuando se haya consolidado la prescripción de las acciones que derivan del contrato de seguro que ampara a la Entidad Estatal ante el incumplimiento del contratista y no sea posible siniestrar las garantías que respaldan el contrato estatal.

**PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA – Transitoriedad de derechos – Alcanzar certeza en las relaciones**

“Dentro de la cultura jurídica la figura de la prescripción extintiva o liberatoria encuentra justificación plena por un sinnúmero de razones, sin que importe en qué orden se las presente, que ponen de manifiesto – en especial en el ámbito de las obligaciones- la transitoriedad de algunos derechos (los derechos de colaboración ajena) y de las pretensiones, el apremio de definir las situaciones pendientes a la mayor brevedad posible, la carga que pesa sobre los distintos miembros sociales de hacer valer sus derechos con presteza, facilitar la prueba del pago y, en últimas, el anhelo de alcanzar certeza en las relaciones. En rigor, puede decirse que en razón de la inercia de ambas partes y, en últimas, del abandono del titular del derecho durante el término que sea, el ordenamiento se desentiende de la relación entre ellas, no le presta más apoyo a aquel, y en últimas, deja su suerte a la decisión del prescribiente.

**CONTRATO DE SEGURO – Prescripción – Prescripción ordinario – Prescripción extraordinaria**

“(...) En este orden de ideas, resulta claro que el legislador colombiano del año 1971, siguiendo un criterio ciertamente diferente al establecido por la legislación civil nacional y buena parte de la comparada –en general-, prohijó para el contrato de seguro dos tipos de prescripción divergentes: la ordinaria y la extraordinaria, cimentadas en postulados disímiles a los que disciplinan este binomio en la prenotada codificación civil (arts. 2535 y 2512), no empece haber conservado la misma denominación asignada por esta a la prescripción adquisitiva (art. 2527, C.C.).

La primera, según se acotó en líneas anteriores, de estirpe subjetiva, y la segunda, de naturaleza típicamente objetiva, calidades éstas que se reflejan, de una parte, en los destinatarios de la figura sub examine: determinadas personas –excluidos los incapaces- y „toda clase de personas‟ –incluidos éstos-, respectivamente, y, de la otra, en el venero prescriptivo.

Es así, se reitera, cómo en punto tocante al inicio del referido decurso, se tiene establecido que la ordinaria correrá desde que se haya producido el conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción (el siniestro, el impago de la prima, el incumplimiento de la garantía, la floración –eficaz- de la reticencia o de la inexactitud en la declaración del estado de riesgo, etc.), al paso que la extraordinaria, justamente por ser objetiva, correrá sin consideración alguna del precitado conocimiento. De allí que, expirado el lustro, indefectiblemente, irrumpirán los efectos extintivos o letales inherentes a la prescripción en comento (...).

**PRESCRIPCIÓN – Contrato de seguro − Prescripción ordinario – Prescripción extraordinaria – Distinción – Computo términos**

Puntualización adicional requiere la distinción entre una y otra especie de prescripción, por cuanto a términos del referido artículo 1081 del C. de Co., los cinco años que se exigen para la extraordinaria correrán “contra toda clase de personas”; mandato este último cuyo alcance definió la Corte al sostener que “La expresión „contra toda clase de personas‟ debe entenderse en el sentido de que el legislador dispuso que la prescripción extraordinaria corre aún contra los incapaces (artículo 2530 numeral 1° y 2541 del C.C.), así como contra todos aquellos que no hayan tenido ni podido tener conocimiento...” del hecho que da base a la acción (...).

Resulta por ende de lo dicho, que los dos años de la prescripción ordinaria corren para todas las personas capaces, a partir del momento en que conocen real o presuntamente del hecho que da base a la acción, por lo cual dicho término se suspende en relación con los incapaces (artículo 2541 C.C.), y no corre contra quien no ha conocido ni podido o debido conocer aquél hecho; mientras que los cinco años de la prescripción extraordinaria corren sin solución de continuidad, desde el momento en que nace el respectivo derecho, contra las personas capaces e incapaces, con total prescindencia del conocimiento de ese hecho, como a espacio se refirió, y siempre que, al menos teóricamente, no se haya consumado antes la prescripción ordinaria.

Bogotá D.C., [Día] [Mes.NombreCapitalizado] [Año]

Señora

**Jessica Alejandra Araujo Rodriguez**

jessi64\_@hotmail.com

Bogotá D.C.

****

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C-882 de 2024** |
| **Temas:**  | PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Citación a audiencia – Contenido – Ley 1474 de 2011 – Artículo 86 / CADUCIDAD – Facultad sancionatoria – Procesos sancionatorios contractuales / CADUCIDAD – Facultad sancionatoria – Procesos sancionatorios contractuales – Aplicación subsidiaria del artículo 52 del CPACA /PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA – Transitoriedad de derechos – Alcanzar certeza en las relaciones /CONTRATO DE SEGURO – Prescripción – Prescripción ordinario – Prescripción extraordinaria / PRESCRIPCIÓN – Contrato de seguro − Prescripción ordinario – Prescripción extraordinaria – Distinción – Computo términos |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta con radicado No. P20241115011481 |

Estimada señora Araujo:

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 radicada en esta entidad el 15 de noviembre de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

*“Solicito muy amablemente, se sirva responder los siguientes problemas jurídicos:*

*1. ¿Desde cuándo se configura la prescripción ordinaria y la prescripción extraordinaria para hacer efectiva las diferentes pólizas que respaldan un Cto. De obra estatal?*

*2. ¿Cuál es la diferencia entre la prescripción ordinaria y la prescripción extraordinaria para hacer efectiva las diferentes pólizas que respaldan un contrato de obra estatal?*

*3. En el eventual caso que el Cto. de obra este suspendido, ¿desde cuándo comienza a correr la prescripción de la póliza?*

*4. ¿Se debe entender que cuando se finaliza el PAS Contractual empieza a contarse el término de prescripción de la póliza de un Cto. de obra estatal, por haberse tenido certeza del incumplimiento?*

*5. ¿La no amortización del anticipo se entiende amparado por la póliza de buen manejo y correcta inversión del anticipo?*

*6. ¿Cuál es el mecanismo para hacer efectiva la póliza que ampara el buen manejo del anticipo de la fiducia en el Cto Estatal?:?” [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 los siguientes interrogantes i) ¿Desde cuándo se configuran la prescripción ordinaria y la prescripción extraordinaria de la acción de cobro de la garantía única de cumplimiento? ¿cuál es el término con que cuenta una entidad pública pueda declarar el incumplimiento de un contrato y cuál es la diferencia entre los términos de prescripción ordinaria y extraordinaria?; y ii) ¿cuál es el procedimiento para hacer efectiva la póliza que ampara el buen manejo del anticipo en un Contrato Estatal?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| Dando respuesta puntal al primer problema jurídico, es menester precisar que, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. La ordinaria es de dos (2) años y se cuenta a partir del momento en que la Entidad Estatal tiene o debe tener conocimiento del hecho. La extraordinaria es de cinco (5) años, que se cuentan desde la ocurrencia del siniestro. Ahora bien, conforme a lo dispuesto por la jurisprudencia del Consejo de Estado y el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 el cual establece de manera expresa que la imposición de la multa procede mientras esté pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Asimismo, la entidad podrá adelantar el proceso administrativo sancionatorio incluso después del plazo de ejecución para el caso de la declaratoria de incumplimiento con ocasión de la cláusula penal pecuniaria, siempre que la obligación esté aún pendiente de cumplir. De esta forma, la entidad estatal podrá hacer uso de estas facultades para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contratista.Sin perjuicio de esto, comoquiera que no existe norma especial que regule la caducidad de la facultad sancionatoria contractual de las entidades sometidas al EGCAP, esta se encuentra sometida a lo dispuesto en el artículo 52 del CPACA, como norma supletiva, si las circunstancias particulares de un caso concreto lo ameritan. De acuerdo con esta norma, la potestad sancionadora caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado.Sin embargo, al margen de lo ocurrido durante los tres (3) años siguientes al hecho materia de incumplimiento contractual, es importante poner de presente que, de acuerdo con reciente pronunciamiento jurisprudencial, la facultad sancionatoria de la Administración para el caso de la declaratoria de la cláusula penal pecuniaria además estaría condicionada a que sea ejercida durante el plazo de la liquidación del contrato[[1]](#footnote-1), entendida como el acto que cierra definitivamente la relación contractual entre las partes, proporcionando certeza y seguridad jurídica sobre la situación en que queda luego de finalizar la ejecución del contrato. De cualquier modo, es importante precisar que existen dos términos que corren de manera concomitante. El primero corresponde al término para el agotamiento del procedimiento sancionatorio contemplado en el artículo 86 del CPACA, procedimiento administrativo sancionatorio en el cual debe vincularse a la aseguradora garante del cumplimiento del contrato estatal. Esto en virtud del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 que dispone que los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. El segundo al termino en que la Administración puede adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio dentro del término que la ley prevé para la liquidación de los contratos, esto es, el plazo previsto para la liquidación bilateral, más el plazo de la liquidación unilateral, sumado al término del plazo de la acción del medio de control de controversias contractuales.Con todo, se recomienda que la declaratoria de incumplimiento ocurra durante la vigencia del contrato de seguro. Para estos efectos, el artículo 1081 del Código de Comercio consagra un término de dos (2) años para la prescripción ordinaria cuyo término empieza a contabilizarse desde el momento en que la Entidad conozca o deba conocer del hecho que da base a la acción. En esta medida, vencido alguno de estos plazos, la Administración pierde competencia para declarar el siniestro respecto de la Aseguradora. En todo caso esta Agencia recomienda que la declaratoria del incumplimiento se efectué dentro de la vigencia del término para afectar la garantía única de cumplimiento, es decir, del contrato de seguro.Por último, en respuesta al segundo planteamiento se indica que, el procedimiento establecido para declarar el incumplimiento contractual y hacer efectiva la garantía que respalda el buen manejo del anticipo, o cualquier otra garantía, se regirá por lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual asegura el cumplimiento de los parámetros mínimos del debido proceso, conforme a lo estipulado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.Sin perjuicio de esto, comoquiera que no existe norma especial que regule la caducidad de la facultad sancionatoria contractual de las entidades sometidas al EGCAP, esta Agencia considera pertinente aplicar lo dispuesto en el artículo 52 del CPACA, como norma supletiva, si las circunstancias particulares de un caso concreto lo ameritan, y deben revisarse armónicamente con las condiciones particulares de la póliza en caso que allí se haya establecido el procedimiento aplicable en caso de siniestrarla. De cualquier modo, la Entidad Estatal debe verificar que la facultad sancionatoria en el caso correspondiente se ejerza dentro del término de prescripción del contrato de seguro en el marco del cual se expidió la garantía que ampara el correspondiente contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio.Con todo, no sobra acotar que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio debe vincularse a la aseguradora garante del cumplimiento del contrato estatal. En este sentido, debe entenderse que la entidad está facultada para afectar el amparo de cumplimiento, siniestrando la póliza conforme al procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, recomendando que al momento de adelantar este procedimiento se revisen las condiciones particulares de la garantía. |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

El desarrollo del procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 supone la aplicación previa y concomitante de un marco normativo regido por el derecho fundamental al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política. Este derecho fundamental rige en todas las actuaciones judiciales y administrativas, inclusive en el procedimiento administrativo general, tal y como lo dispone el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, que, con similar propósito, prescribe: “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 este sentido, debe considerarse que las actuaciones contractuales de las entidades estatales sometidas al EGCAP se complementan con la regulación general de las actuaciones administrativas, pues ese es el sentido del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 que establece que en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esa ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de estas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. Asimismo, establece que “los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”, siendo posible acudir a la aplicación normativa complementaria y concordante del CPACA, sin perjuicio de la primacía de la norma especial.

A su turno, los artículos 47 a 52 de la Ley 1437 de 2011 - CPACA consagran unas normas y garantías mínimas del procedimiento administrativo sancionatorio general, cuya aplicación es de carácter supletorio, tal y como se dispone en el primer artículo mencionado, cuyo texto relevante es el siguiente:

“Artículo 47. Procedimiento administrativo sancionatorio. 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.

[…]

PARÁGRAFO 1. Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia.

PARÁGRAFO 2. En los procedimientos administrativos sancionatorios fiscales el término para presentar descargos y solicitar o aportar pruebas será de cinco (5) días”.

Como puede verse, la norma somete la aplicación del procedimiento administrativo sancionatorio general del CPACA para asuntos que no estén regulados por normas especiales que rijan la materia, en armonía con el artículo 34 del mismo cuerpo normativo que dispone que las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que establece el CPACA, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales, consagrando la primacía de la aplicabilidad de las normas especiales en materia administrativa sancionatoria.

Respecto a los procedimientos administrativos sancionatorios contractuales, el parágrafo 1 del artículo 47 del CPACA expresamente dispone que estos se rigen por las normas especiales en la materia, incluido los recursos. Por tal razón, en principio la norma aplicable para ejercer las potestades sancionatorias contractuales es el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que comporta un procedimiento especial, célere, eficaz y sumario, llevado a cabo en audiencia pública y que brinda las garantías mínimas al contratista para ejercer su derecho de defensa y contradicción, justificadas en el debido proceso, en los términos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Sin perjuicio de lo anterior, puede considerarse que, dado el carácter supletivo del procedimiento administrativo sancionatorio del CPACA, las reglas de este procedimiento pueden complementar los aspectos no previstos en las normas especiales que rigen el procedimiento administrativo sancionatorio contractual. La anterior conclusión se sustenta en lo siguiente: i) el primer inciso del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 establece una remisión a las normas del CPACA que rigen los procedimientos administrativos, en lo que sea compatible con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y ii) los artículos 2 y 47 (inciso 1) del CPACA, consagran el principio de subsidiariedad, en virtud del cual las normas de la primera parte del código se deben aplicar en aquellos casos en los cuales haya vacío en las normas especiales.

Definido lo anterior se observa que el artículo 52 del CPACA es la norma que consagra la caducidad de la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones, que opera luego de transcurridos tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, plazo dentro del cual el acto administrativo sancionatorio debe quedar expedido y notificado. Además, estableció de manera independiente y autónoma el término de un (1) año para resolver los recursos procedentes contra el acto sancionatorio, contado a partir de la interposición de los mismos, so pena de la pérdida de competencia. Finalmente, dispuso que, si los recursos no se deciden en el término fijado, se entenderán resueltos a favor del recurrente.

Ahora bien, en vista de que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no reguló este asunto de manera especial, resultaría posible aplicar el artículo 52 del CPACA, si las circunstancias de un caso concreto lo ameritan, porque no contradice la norma especial, sino que la complementa. Lo anterior aun cuando el artículo 86 de la Ley 1474 establece que el recurso de reposición debe resolverse en la misma audiencia; pero no regula la consecuencia de lo que ocurriría si la entidad contratante no lo resuelve en esa oportunidad, situación irregular que entraría a suplirse con lo dispuesto en la norma del procedimiento sancionatorio general.

La anterior interpretación guarda armonía con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, frente al respeto por el debido proceso en las actuaciones administrativas sancionatorias. En efecto, por virtud de este derecho fundamental y de los principios de eficacia, eficiencia y legalidad de las actuaciones administrativas, aplicables a la contratación estatal, conforme al artículo 23 de la Ley 80 de 1993, no podrían aceptarse dilaciones injustificadas e inobservancia de las formas propias del procedimiento sancionatorio contractual, reglas que no permiten dejar sin definición la situación jurídica del contratista que ha sido vinculado a un procedimiento para ser sujeto pasivo de la potestad sancionatoria del Estado.

De cualquier modo, es necesario tener en cuenta que la garantías que amparan el cumplimiento en los contratos estatales están regidas por los términos de prescripción establecidos para el contrato de seguro en el artículo 1081 del Código de Comercio[[2]](#footnote-2). En ese sentido, independientemente del término de caducidad de la facultad sancionatoria, también es necesario que la Entidad Estatal tenga en cuenta lo anterior, en aras de evitar que se declaren incumplimientos cuando se haya consolidado la prescripción de las acciones que derivan del contrato de seguro que ampara a la Entidad Estatal ante el incumplimiento del contratista y no sea posible siniestrar las garantías que respaldan el contrato estatal.

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento contractual, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal, a través del procedimiento descrito en dicha norma. Cabe destacar que el artículo en mención no cualifica o se circunscribe a ciertos tipos de incumplimiento. En consecuencia, la declaratoria de cualquier incumplimiento, sea total o parcial, durante o posterior a la terminación del contrato e 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”[[3]](#footnote-3). A la misma conclusión se llega si se tiene en consideración la necesidad de respetar el debido proceso en “todas las actuaciones administrativas” como lo ordena el artículo 29 superior.

Por lo tanto, el procedimiento previsto para declarar el incumplimiento contractual y hacer efectiva la cláusula penal de un contrato que se encuentra terminado, será a través de lo regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que garantiza los parámetros mínimos del debido proceso, en los términos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Sin perjuicio de lo anterior, comoquiera que no existe norma especial que regule el termino de caducidad para hacer uso de la facultad sancionatoria contractual de las entidades sometidas al EGCAP, esta Agencia recomienda que la citada facultad sancionatoria en el caso correspondiente, se ejerza dentro del término de prescripción del contrato de seguro en el marco del cual se expidió la garantía que ampara el correspondiente contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio, no obstante resulta importante revisar para cado caso en concreto la viabilidad de tomar como referente los pronunciamientos jurisprudenciales que ya se mencionaron en este documento, que posibilitan hacer uso de la misma facultad con anterioridad al vencimiento del plazo para liquidar los contratos.

De acuerdo con el artículo 1081 del Código de Comercio, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. La prescripción ordinaria es de dos (2) años, término que aplica en favor de cualquier debe computarse a partir del momento en que la Entidad Estatal tiene o debió tener conocimiento del hecho. La extraordinaria es de cinco (5) años, que corre contra toda clase de personas, y empezará desde la ocurrencia del siniestro.

Ahora bien, conforme a lo dispuesto por la jurisprudencia del Consejo de Estado y el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 el cual establece de manera expresa que la imposición de la multa procede mientras esté pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Asimismo, la entidad podrá adelantar el proceso administrativo sancionatorio incluso después del plazo de ejecución para el caso de la declaratoria de incumplimiento con ocasión de la cláusula penal pecuniaria, siempre que la obligación esté aún pendiente de cumplir. De esta forma, la entidad estatal podrá hacer uso de estas facultades para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contratista.

Sin perjuicio de lo anterior, es relevante poner de presente que, el Consejo de Estado, en reciente jurisprudencia ha indicado que *“*[…] *si bien es cierto que en vigencia del Decreto 222 de 1983 y de la Ley 80 de 199312, la Sección Tercera estimó que la competencia temporal para hacer efectiva la cláusula penal se extendía hasta el vencimiento de los términos de las liquidaciones bilateral y unilateral, esto es, 6 meses, la Sala considera que el razonamiento no puede ser idéntico para los contratos regulados por la Ley 1150 de 2007, porque esta normativa, como ya se señaló, permite que el contrato sea liquidado durante el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales”[[4]](#footnote-4)*. En estas consideraciones, el Consejo de Estado deja entrever una postura según la cual el ejercicio de la facultad sancionatoria, además del plazo por la aplicación supletiva del artículo 52 del CPACA, estaría condicionado por la vigencia del plazo de liquidación del contrato establecido por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993[[5]](#footnote-5).

En atención a esto, el límite temporal de la facultad sancionatoria de la Administración para el caso de la declaratoria incumplimiento con miras a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria se extendería durante el plazo liquidación del contrato[[6]](#footnote-6), entendida como el acto que cierra definitivamente la relación contractual entre las partes, proporcionando certeza y seguridad jurídica sobre la situación en que queda luego de finalizar la ejecución del contrato. Dado que la liquidación del contrato extingue el vínculo contractual entre la entidad contratante y el contratista, la Administración ya no podrá imponer sanciones al contratista incumplido, puesto que se da por finalizada la relación contractual. En consecuencia, las entidades pierden competencia para ejercer sus prerrogativas una vez vencido el plazo para liquidar los contratos.

Con sustento en lo anterior, es importante precisar que existen es existen dos términos que corren de manera concomitante. El primero corresponde al término del procedimiento administrativo sancionatorio en el cual debe vincularse a la aseguradora garante del cumplimiento del contrato estatal. Esto en virtud del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 que dispone que los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. El segundo al termino en que la Administración puede adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio dentro del término que la ley prevé para la liquidación de los contratos, esto es, el plazo previsto para la liquidación bilateral, más el plazo de la liquidación unilateral, sumado al término del plazo de la acción del medio de control de controversias contractuales.

Con todo, se recomienda que la declaratoria de incumplimiento ocurra durante la vigencia del contrato de seguro. Para estos efectos, el artículo 1081 del Código de Comercio consagra un término de dos (2) años para la prescripción ordinaria cuyo término empieza a contabilizarse desde el momento en que la Entidad conozca o deba conocer del hecho que da base a la acción. En esta medida, vencido alguno de estos plazos, la Administración pierde competencia para declarar el siniestro respecto de la Aseguradora. En todo caso esta Agencia recomienda que la declaratoria del incumplimiento se efectué dentro de la vigencia del término para afectar la garantía única de cumplimiento, es decir, del contrato de seguro.

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

|  |
| --- |
| * Código de Comercio. Artículo 1081.
* Ley 80 de 1993. Artículo 60.
* Ley 1150 de 2007. Artículo 17.
* Ley 1437 de 2011. Artículos 47 a 52.
* Ley 1474 de 2011. Artículo 86.
 |

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

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en los conceptos La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, estudió la potestad sancionatoria de las entidades estatales y el procedimiento administrativo que deben efectuar para declarar el incumplimiento y aplicar las sanciones correspondientes, destacando la necesidad de garantizar el debido proceso, en los conceptos C-147 del 17 de marzo de 2020, C-219 del 29 de abril de 2020, C-434 del 29 de julio de 2020, C-569 del 31 de agosto de 2020, C-641 del 4 de noviembre de 2020, C-060 del 8 de marzo de 2021, C-528 del 5 de abril de 2021, C-420 del 25 de agosto de 2022, C- 720 del 25 de enero de 2022, [C-085 del 29 de abril de 2022](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-085%20de%202022) [C-125 del 23 de marzo de 2022,](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-125%20de%202022) [C-195 del 12 de abril de 2022,](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-195%20de%202022) [C-208 del 26 de abril de 2022,](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-208%20de%202022) [C-238 del 27 de abril de 2022,](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C%20-%20238%20de%202022) [C-866 del 20 de diciembre de 2022](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-866%20de%202022%22%20%5Ct%20%22_blank), [C-034 de 09 de marzo de 2023](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-034%20de%202023) y C-140 del 13 de junio de 2023. 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 la versión VII  de 2024 , del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual relacionado con las ASOCIACIONES PÚBLICO POPULARES , el cual se puede descargar en la página web de la Agencia: [https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsala-de-prensa%2Fboletin-digital&data=05%7C02%7Cmartha.romero%40colombiacompra.gov.co%7C315ed31c447042b59dd908dd07f079f5%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638675451604900896%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJFbXB0eU1hcGkiOnRydWUsIlYiOiIwLjAuMDAwMCIsIlAiOiJXaW4zMiIsIkFOIjoiTWFpbCIsIldUIjoyfQ%3D%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=4OynsIcDoUi0wn09UzrJ8oeVVfEtQqotlfuOBHDZvw8%3D&reserved=0)

Por último, los 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: | Diana Carolina Blanco Rodriguez Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan Carlos González Contratista de la Subdirección de Gestión ContractualAlejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Consejo de Estado. Sección Tercera, Auto del 16 de agosto de 2022, Consejera Ponente María Adriana Marín, Exp. No. 67.526. [↑](#footnote-ref-1)
2. Código de Comercio: “Artículo 1081. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional. Sentencia C-317 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera, Auto del 16 de agosto de 2022, C. P. María Adriana Marín, Exp. No. 67.526. [↑](#footnote-ref-4)
5. Con relación al con el que cuentan las Entidades Estatales para liquidar los contratos, se ha pronunciado en reiteradas ocasiones el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades ha señalado: “La entidad estatal, una vez expirado el plazo expreso indicado en los pliegos de condiciones o en el contrato o, en su defecto, el tácito o supletivo de cuatro meses previsto en la ley, sin que el contratista se haya presentado a la liquidación o las partes no hubieren llegado a un acuerdo, “tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes” (artículo 11 de la Ley 1150 de 2007), para lo cual habrá de expedir un acto administrativo de conformidad con la normatividad aplicable. Al respecto se debe tener en cuenta que la liquidación unilateral es subsidiaria o supletoria frente a la bilateral, dado que el contratista tiene derecho a acordar la liquidación, debidamente reconocido por el ordenamiento jurídico. la competencia con la cual está investida una entidad para liquidar de forma unilateral o intervenir en la liquidación bilateral de un contrato estatal, se pierde cuando ha expirado el término de caducidad para la presentación de la demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales. No es procedente que, con posterioridad a que haya caducado la oportunidad para la interposición del medio de control de controversias contractuales, se puedan hacer liquidaciones bilaterales o unilaterales mediante la celebración de negocios jurídicos entre las partes o la expedición de actos por la Administración que procuren un efecto declarativo de la extinción de las obligaciones contractuales o constitutivo de reconocimientos patrimoniales, toda vez que los términos de caducidad de la acción son de orden público, perentorios, improrrogables e indisponibles, en consideración al interés general y la necesidad de otorgar certeza y seguridad a las partes de una relación o situación jurídica. (…) la necesidad de tener certeza y seguridad jurídica en las relaciones crediticias de la administración con los particulares y dada la solemnidad que rige en este ámbito, el ordenamiento establece algunas formas, operaciones o mecanismos para determinar cómo se verifica esa situación en el contrato estatal y cómo se expresa la conformidad de la Administración y del particular colaborador con las prestaciones realizadas, para poder quedar a paz y salvo y dar finiquito a la relación negocial. Así, por regla general, se impone que la verificación de la realización de las prestaciones mutuas en los contratos estatales no es de carácter informal, sino que es el resultado de una actuación que culmina con un acto solemne bilateral o unilateral, según el caso, en el cual se documenta por escrito la comprobación del cumplimiento contractual y su finiquito, con valor liberatorio para las partes y acreditativo de tal extinción. La liquidación es, pues, una etapa o fase del proceso de contratación del Estado que termina con un acuerdo o un acto administrativo, en el que constará la extinción del vínculo contractual y cuya virtualidad es la de cerrar definitivamente la relación entre los contrayentes y dar certeza y seguridad jurídica de la situación en que queda luego de finalizar la ejecución del contrato y, además, es un escenario propicio para precaver y solucionar futuras controversias entre las partes con ocasión de su ejecución”. Consejo de Estado. Sala de Consulta Civil. Concepto del 28 de junio de 2016. Número Único: 11001-03-06-000-2015-00067-00. C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado. Sección Tercera, Auto del 16 de agosto de 2022, Consejera Ponente María Adriana Marín, Exp. No. 67.526. [↑](#footnote-ref-6)