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.

Bogotá D.C., 07 de Julio de 2023

Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20230708007125
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 07/07/2023 20:59:58

Señor
Andres Alfonso Cuervo Valero
Facatativa, Cundinamarca

Concepto C – 227 de 2023

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

Radicación: Respuesta a la consulta P20230519011476

Estimado señor Cuervo:

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 a su consulta del 19 de mayo de 2023.

1. Problema planteado

Respecto al artículo 86 de la Ley 1474 de 2021, usted realiza las siguientes consultas:

"1. ¿Cuál es el tramite o procedimiento dispuesto para declarar el siniestro de una póliza respecto a la imposición de la clausula penal en un contrato estatal, cuando el contrato ya termino su plazo de ejecución y cual seria el procedimiento para cuantificar los perjuicios?
2)¿ Luego de terminado el plazo de ejecución de un contrato estatal se puede realizar el procedimiento de incumplimiento en desarrollo del procedimiento administrativo de que trata el Art. 86 de la Ley 1474 de 2011? (Sic).

2. Consideraciones

Para resolver su consulta, se analizarán los siguientes temas: i) régimen sancionatorio en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; y ii) caducidad de la facultad sancionatoria en procesos sancionatorios contractuales. Aplicación subsidiaria del artículo 52 del CPACA.

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 C-125 del 23 de marzo de 2022, C-195 del 12 de abril de 2022, C-208 del 26 de abril de 2022, C-238 del 27 de abril de 2022, C-866 del 20 de diciembre de 2022, C-034 de 09 de marzo de 2023 y C-140 del 13 de junio de 2023, entre otros[1]. Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

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

Durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – en adelante

[1] Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos

EGCAP – usualmente 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 dichas potestades se encuentran: i) las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, concepto que 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) en algunas disposiciones también establecen otras potestades exorbitantes, 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 encuentran iii) las cláusulas excepcionales de *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, 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.

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, 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: (…)".

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, 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"[2]. 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.

[2] Corte Constitucional. Sentencia C-317 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

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) *citación 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 EGCAP[3]. De ahí que las entidades de *régimen especial*[4] 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[5]. La norma indicada desarrolla el procedimiento de la siguiente manera:

> "Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el

[3] 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 […]".

[4] 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.

[5] 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.

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:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento".

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, 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[6].

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

[6] La posibilidad de realizar la audiencia por medios electrónicos cuenta con un fundamento adicional actual, en el Decreto Legislativo 537 de 2020, que establece lo siguiente: "Artículo 2. Adiciónese los siguientes incisos al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, así:

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

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

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

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.

Al respecto, es importante indicar que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispuso el debido proceso como principio rector de la potestad sancionatoria de la administración en contratación estatal, y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, como ya lo vimos, reglamentó su procedimiento. De la lectura de dichos artículos se observa el querer, por parte del legislador, de que el contratista cuente con un procedimiento sancionatorio contractual que tenga plena garantía al debido proceso.

La Corte Constitucional en sentencia SU 339 del 4 de mayo de 2011[7], indicó que el derecho al debido proceso, en ciertos casos tiene un "carácter instrumental" pues el estricto cumplimiento de "las garantías constitutivas del debido proceso administrativo y de las regulaciones legales que determinan la actuación del poder público, *se deriva la salvaguarda de otros derechos fundamentales*". En virtud a ello, el contratista contra quien se adelanta esta clase de procedimiento administrativo sancionatorio cuenta, entre otros, con los siguientes derechos: i) a un procedimiento público; ii) el ser oído antes de la decisión; iii) a la defensa y contradicción; iv) a aportar pruebas y a contradecir las que se alleguen en su contra; iv) que el procedimiento se adelante ante la autoridad competente para conocer del asunto; v) a que se le otorgue un tratamiento igual que el dado a otros particulares; vi) a que el procedimiento se adelante en un término razonable; y, vii) a que las decisiones sean motivadas, debidamente notificadas y a impugnar las mismas.

En fin, el principio al debido proceso busca en materia de contratación estatal "*en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente a las necedades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego*"[8]. Al respecto la

[7] Corte Constitucional, sentencia de Unificación Jurisprudencial SU 339 del 4 de mayo de 2011. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Exp. T-2.735.401

[8] Santofimio Gamboa, Jaime Orlando (2017). "Potestad sancionatoria de la administración en materia de contratación estatal". Montaña Plata, Alberto y Rincón Córdoba, Jorge (Ed.)

Corte Constitucional en sentencia T-722 de 2010[9] recordó que el derecho al debido proceso administrativo como la garantía a todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, permite que "*la afectación o la privación de ciertos bienes jurídicos por parte del Estado, no pueda hacerse con detrimento de sus derechos fundamentales*".

Conforme lo expuesto, es importante que la entidad acompañe la citación de la audiencia, con las pruebas que dan a lugar al reproche sancionatorio, adicionales a los informes de supervisión o de interventoría que sirven para acreditar el incumplimiento de obligaciones contractuales. Por otro lado, debe señalarse que el literal d) del artículo 86 dispone que, en cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

Se aclara que, previa a la imposición por parte de la entidad estatal de multas y sanciones pactadas en el contrato como también para hacer efectiva la cláusula penal, es necesario dar a conocer dichas pruebas, pues estas soportan la cuantificación de los perjuicios ocasionados a la entidad estatal, con base en lo cuales se determinará, en virtud del principio de proporcionalidad, el valor o porcentaje de la sanción por el cual posteriormente se siniestrará las garantías contractuales que respaldan el respectivo contrato. En todo caso, se concluye que tanto las pruebas que se acompañan con la citación y las adicionales que se practiquen, como también la tasación de perjuicio, estará sujetos a contradicción por parte del contratista, para lo cual podrá aportar pruebas y argumentos de defensa.

2.2. Caducidad de la facultad sancionatoria en procesos sancionatorios contractuales. Aplicación subsidiaria del artículo 52 del CPACA.

"*Contratos Públicos: problemas, perspectiva y prospectivas*"- Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017

[9] Corte Constitucional, sentencia de acción de tutela del 13 de septiembre de 2010. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt.

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[10]. En ese sentido, independientemente del término de caducidad de la facultad sancionatoria, también es necesario que la Entidad

[10] 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".

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.

3. Respuesta

> "1. ¿Cuál es el tramite o procedimiento dispuesto para declarar el siniestro de una póliza respecto a la imposición de la clausula penal en un contrato estatal, cuando el contrato ya termino su plazo de ejecución y cual seria el procedimiento para cuantificar los perjuicios?
> 2)¿ Luego de terminado el plazo de ejecución de un contrato estatal se puede realizar el procedimiento de incumplimiento en desarrollo del procedimiento administrativo de que trata el Art. 86 de la Ley 1474 de 2011? (Sic).

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"[11]. 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,

[11] Corte Constitucional. Sentencia C-317 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

que garantiza los parámetros mínimos del debido proceso, en los términos del 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. De cualquier modo, la Entidad Estatal debe verificar que facultad sancionatoria en el caso correspondiente, se ejerza dentro del término de prescripción del contratos 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.

Finalmente, en lo que respecta a 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. En lo que respecta a determinar la forma adecuada en los que se deben tasar los perjuicios, esta Agencia no puede determinar una única y sola metodología, pues ello dependerá del caso en concreto, del objeto del contrato, su alcance, el sistema de precios y pago pactado, entre otras variables.

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,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró:	Any Alejandra Tovar Castillo Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó:	Juan David Cárdenas Cabeza Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó:	Nohelia del Carmen Zawady Palacio Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE