

Bogotá D.C, martes 27 de febrero de 2024

CIRCULAR N° 005 OAJ

(27 de Febrero de 2024)

PARA: DIRECTORA GENERAL, SUBDIRECTORES, JEFE OFICINA ASESORA DE PLANEACIÓN Y TECNOLOGIAS DE LA INFORMACIÓN, JEFE OFICINA DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO, ASESORA DE COMUNICACIONES, ASESORA DE CONTROL INTERNO, GERENTES, FUNCIONARIOS Y CONTRATISTAS

DE: JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

ASUNTO: SANCIONATORIO CONTRACTUAL: Recomendaciones para la imposición de multas o sanciones por incumplimiento contractual

En atención al plan de acción de la política de prevención de daño antijurídico adoptada en la entidad, de conformidad con la normatividad vigente y en atención a las posibles situaciones que se generen con ocasión de presuntos incumplimientos contractuales, es oportuno reiterar lo que sobre el particular se ha venido insistiendo en inducciones, emisión de conceptos y en los diferentes comités de contratación, conciliación y prevención del daño antijurídico respectivamente.

En este orden de ideas, en la presente se realiza una aproximación conceptual sobre la facultad sancionatoria contractual de la administración, su titularidad, procedencia, oportunidad y, asimismo, se incluyen una serie de recomendaciones dirigidas a supervisores y ordenadores del gasto en esta materia.

En consecuencia, se recomienda aplicar el contenido de lo que se expone en el citado, así como descender la información con los equipos asignados a cada unidad de gestión.


SANDRA MARGOTH VÉLEZ ABELLO
Jefe Oficina Asesora Jurídica
IDARTES

Se adjunta documento en 19 folios.

Revisó y ajustó: Sandra Margoth Vélez Abello – Jefe OAJ 

Proyectó: Cristian Camilo Correa Arenas – Profesional Universitario OAJ 

1. LA FACULTAD SANCIONATORIA CONTRACTUAL

Dentro de las facultades otorgadas a las entidades sometidas al estatuto general de contratación, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 contiene la de imponer cláusulas penales y multas a los contratistas cuya conducta se torne en incumplimiento contractual o en atraso al cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando la decisión sea adoptada con respeto al debido proceso y al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, tal y como reza la norma:

“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

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

Esta facultad de imponer sanciones -facultad o potestad sancionatoria contractual- con que cuenta la administración, en consonancia con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, pretende en últimas garantizar la satisfacción de las necesidades de la administración y, en tal medida, lograr el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Es por ello que, tal como lo plantea la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, “*el orden jurídico atribuye a la Administración potestades de naturaleza sancionatoria que persiguen asegurar que se cumplan las obligaciones que emanan del contrato estatal*”¹.

Nótese, pues, que el marco normativo de la facultad sancionatoria contractual, más que erigirse como una herramienta de castigo al contratista, tiene una connotación más bien conminatoria en procura de lograr la ejecución total del contrato, de modo que la administración no quede sometida al arbitrio del contratista sobre el cumplimiento, ni a los inconvenientes prácticos que conllevarían su declaratoria a través de la vía judicial.

2. TITULARIDAD

Sin ánimo de ahondar en las características y elementos de la acción sancionatoria que la carta política ha depositado en cabeza del Estado (pues trascendería el objeto de esta circular), el estatuto general de la contratación ha sido claro en indicar que la decisión sobre la imposición o no de multas o sanciones deberá ser tomada por “*el jefe de la entidad o su delegado*”, según lo dispuesto en el literal b) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Ahora, la expresión “*jefe de la entidad o su delegado*” no debe verse aisladamente, ni como una simple remisión a la representación legal que recae en cabeza del director o jefe de una entidad, sino que

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: ALVARO NAMEN VARGAS. Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013) Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157) Referencia: Multas en la contratación estatal. Procedimiento para la imposición de multas. Contratos celebrados antes de la vigencia de la ley 1150 de 2007.

debe ser comprendida de manera sistemática con el régimen contractual público y en observancia de las facultades reconocidas en materia de contratación y ordenación del gasto contenidas en la ley.

Así las cosas, es conveniente recordar algunos puntos necesarios para dilucidar esta situación. En primer lugar, la capacidad de contratación y de la ordenación del gasto; en segundo lugar, la correlación existente entre dicha capacidad y las funciones de dirección y vigilancia del contrato; seguido de una breve acotación sobre el ejercicio de la supervisión; y finalmente, una breve aproximación a la figura de la delegación de funciones en esta materia.

2.1. Capacidad de contratación y ordenación del gasto

Respecto de la capacidad de contratación la Ley 80 de 1993 prevé:

“ARTÍCULO 11. DE LA COMPETENCIA PARA DIRIGIR LICITACIONES ~~O CONCURSOS~~ Y PARA CELEBRAR CONTRATOS ESTATALES. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2o.:

*1o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> La **competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones ~~o concursos~~ y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad**, según el caso.*

(...)

3o. Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva:

*c) **Los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles.***

En lo que atañe a la capacidad para contratar, el Estatuto Orgánico del Presupuesto² señala lo siguiente:

*ARTÍCULO 110. Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. **Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano** quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el estatuto general de contratación de la administración pública y en las disposiciones legales vigentes.*

(...)

***En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades** la Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, **las entidades territoriales**, asambleas y consejos, las contralorías y personerías territoriales **y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica.** (...)” Subrayas y negrillas fuera de texto)*

Acertadamente la Corte Constitucional mediante sentencia C-283/97, ha estipulado lo siguiente:

² Decreto Ley 111 de 1996
Instituto Distrital de las Artes - Idartes
Carrera 8 No. 15-46, Bogotá, D.C. Colombia
Teléfono: 3795750
www.idartes.gov.co
e-Mail: contactenos@idartes.gov.co

*“(…) la ordenación del gasto es aquella **facultad de los órganos estatales que disponen de autonomía presupuestal, para ejecutar el presupuesto de gastos asignado por la respectiva Ley Anual del Presupuesto, lo que genera un ámbito de decisión propio en punto a la contratación y a la disposición de los recursos adjudicados.** (…)”*

2.2. Funciones de dirección y vigilancia del contrato asociadas al ejercicio de la potestad sancionatoria

Se debe complementar lo anterior señalando que el representante legal de la entidad está facultado para ordenar y dirigir procesos de selección, así como para escoger contratistas con los que firmará contratos y, asimismo, para realizar el control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual y por ende a delegar funciones, como la que refiere a la ordenación del gasto. En este contexto, y en el marco de la facultad sancionatoria, se trae a colación el siguiente extracto de pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

*“(…) la Administración no solo tiene un poder de dirección y control en la ejecución del contrato, sino **también con fundamento en el ius puniendi del Estado ciertas potestades sancionatorias que operan frente al incumplimiento de las obligaciones** en que incurra el contratista y que **se concretan en la adopción de medidas extintivas que comportan la terminación anormal y anticipada del contrato (como ocurre con el decreto de caducidad del mismo), o sin que impliquen su extinción, de medidas coercitivas y apremiantes (como sucede con la imposición de multas)**, para **compeler y conminar al contratista a realizar y ejecutar las prestaciones del contrato y evitar así su incumplimiento total**, de manera que no se trastorne o perturbe la prestación de los servicios o se impida la obtención de los bienes y obras objeto del mismo.*

La ley dota entonces a la Administración de una serie de facultades para constreñir al contratista, castigarlo ante el incumplimiento de sus obligaciones o incluso separarlo de la ejecución del contrato mediante la ruptura del vínculo (caducidad) en caso de ser necesario para la prestación regular, continua y eficiente del objeto contractual y en procura de la satisfacción sin interrupciones y demoras del interés público perseguido con su celebración.

*Así pues, **en aras de lograr la ejecución del contrato de acuerdo con las exigencias materiales, técnicas y financieras pactadas, el contratista se encuentra sujeto al poder sancionatorio o coercitivo de la Administración**, cuyo ejercicio en todo caso no puede alterar el equilibrio contractual ni las garantías constitucionales que le asisten a aquel (legalidad, tipicidad de la conducta, proporcionalidad, igualdad, etc.) (…)”³*

Se colige de lo expuesto, pues, que el deber de dirigir y vigilar el contrato trae aparejada la facultad de imponer multas o sanciones frente a eventuales incumplimientos, con el propósito claro de lograr el cumplimiento total del contrato.

2.3. La importancia de una adecuada supervisión dentro de los deberes de dirección y vigilancia, y su relevancia para el ejercicio de la facultad sancionatoria contractual

De acuerdo con lo señalado en el artículo 11 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 110 del Estatuto Orgánico

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: ALVARO NAMEN VARGAS. Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013) Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157) Referencia: Multas en la contratación estatal. Procedimiento para la imposición de multas. Contratos celebrados antes de la vigencia de la ley 1150 de 2007.

del Presupuesto ya citados, en principio están llamados a ejercer vigilancia y seguimiento del contrato estatal el jefe de la entidad o su delegado; sin embargo, previendo la dificultad práctica que ello implicaría, la normatividad colombiana prevé que el seguimiento a la ejecución contractual puede realizarse a través de un supervisor o un interventor.

Según el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011⁴, es tarea de las entidades estatales “vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor”. Dicha vigilancia, al tenor del citado artículo, consiste “en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados”.

Así entonces, por cuanto la supervisión y la interventoría implican el “seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligatorio por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista”, el artículo 84 del estatuto referido prevé como una de las principales responsabilidades del supervisor-interventor la de “mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias (...) que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente. (...)”

Estas y otras actividades son recogidas en el Manual de Supervisión e Interventoría del Instituto Distrital de las Artes⁵ y en los actos que lo modifiquen y adicione, como parte de las obligaciones de la supervisión-interventoría durante la etapa contractual, en los siguientes términos:

“5.3.2.2 Funciones de supervisión relacionadas con la imposición de sanciones por incumplimientos contractuales:

El supervisor debe requerir por escrito al contratista para que cumpla con las obligaciones en los términos y condiciones pactadas y garantizarle su derecho al debido proceso y a la legítima defensa. Esto significa que al contratista se le debe dar la oportunidad de controvertir los requerimientos que se le formulen, de ser oído y de hacer valer sus puntos de vista sobre el particular.

Cuando el contratista no atienda los requerimientos satisfactoria u oportunamente, el supervisor deberá informarlo dentro de un plazo máximo de tres (3) días al Ordenador del Gasto, con el fin de determinar si procede la aplicación de sanciones de conformidad con lo previsto en la ley y lo pactado en el contrato y acorde con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 (...)”

En consonancia con lo anterior, en el artículo 86 se fijaron las reglas generales del procedimiento administrativo sancionatorio contractual para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento; precepto donde igualmente se determinaron unas responsabilidades al supervisor-interventor del contrato, en el sentido de presentar un informe a la entidad estatal mediante el cual se dé cuenta de los hechos generadores y sus consecuencia ante un posible incumplimiento contractual; punto en el que se ahondará más adelante.

2.4. Breve aproximación a la figura de la delegación de funciones en esta materia

Por obvias razones, el marco normativo contractual público colombiano prevé que la capacidad para contratar y la ordenación del gasto, junto con todas las facultades y deberes que ello implica, puedan

⁴ “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.”

⁵ En la actualidad adoptado mediante Resolución 780 de 2019.

ser delegadas en cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. Sobre el particular, el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 establece:

ARTÍCULO 12. DE LA DELEGACIÓN PARA CONTRATAR. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Los **jefes y los representantes legales** de las entidades estatales **podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones** ~~o concursos~~ **en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.**

<Inciso **CONDICIONALMENTE** exequible> <Inciso adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> En ningún caso, **los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.** (...)"

En consonancia, el artículo 110 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, respecto de las facultades de ordenación del gasto, determinó que el jefe de la entidad "podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el estatuto general de contratación de la administración pública y en las disposiciones legales vigentes."

En referencia al punto anterior, respecto de la condición de ordenador del gasto y la posibilidad de su delegación, el Consejo de Estado ha considerado:

"(...) la ordenación del gasto es una manifestación del poder estatal que representa la facultad de disponer del presupuesto de las entidades públicas, de acuerdo con el plan previamente diseñado y aprobado por los órganos competentes. Junto a la existencia o apropiación de unos recursos económicos se requiere que exista un servidor público dotado de la capacidad jurídica necesaria para ejecutarlos, ya a través del gasto propiamente dicho, o de las inversiones pertinentes. Por el alto compromiso que apareja y por lo sensible que resulta frente al manejo de las arcas del Estado, **la calidad de "ordenador del gasto" es una potestad reservada por el ordenamiento jurídico al "jefe de cada órgano", esto es, a los funcionarios que dentro de la administración pública son identificados como los representantes legales de cada entidad** que cuenta con autonomía administrativa, financiera o presupuestal, como así lo ratifica el artículo 39 de la Ley 80 del 28 de octubre de 1993. Ahora, **aunque la calidad de ordenador del gasto es exclusiva de los jefes o representantes legales de las entidades públicas, el ordenamiento jurídico les permite delegarla en otros funcionarios públicos de los niveles directivo y asesores pertenecientes al mismo organismo, en forma expresa o escrita**⁶ (...)"⁷ (Subraya y negrilla fuera de texto)

Aunque de los extractos recogidos resulta evidente que el jefe de la entidad puede delegar la facultad de celebrar contratos y ordenar el gasto, se colige de lo aquí recogido que la titularidad de la facultad sancionatoria contractual:

- ✓ Reposa en cabeza del jefe de la entidad;
- ✓ Puede ser delegada en el nivel de cargos que disponen las normas que rigen la materia.

⁶ Sección Quinta, sentencia del 30 de octubre de 2008, rad. 2007-00790, MP. María Nohemí Hernández Pinzón

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA. Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil diez (2010). Radicación: 23001-23-31-000-2008-00087-03(IJ) Actor: CARLOS VALERA PEREZ Y OTROS Demandado: GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE CORDOBA

- ✓ Su delegación no implica la exoneración de estas responsabilidades en cabeza del jefe de la entidad.

3. PROCEDENCIA

Visto que la administración cuenta con una serie de facultades para conminar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones o de castigarlo ante el incumplimiento de las mismas, facultades que constituyen la denominada *potestad sancionatoria contractual*, es menester precisar el concepto de incumplimiento y las formas de incumplimiento que dan lugar al ejercicio de dicha potestad.

3.1. Incumplimiento contractual

Como aproximación al concepto de incumplimiento, se trae a colación el artículo 7.1.1. de los Principios UNIDROIT Sobre Contratos Comerciales, que respecto del *incumplimiento en general*, señala:

“(...) consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío. (...)”⁸

En similar sentido, el Consejo de Estado ha concebido el incumplimiento contractual como:

“(...) la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor. (...)”⁹

Por su parte, la doctrina especializada lo ha definido en los siguientes términos:

“(...) El incumplimiento puede consistir en la inejecución de la prestación -total o parcial- o en el retardo (...)”¹⁰

Y en adición, se ha afirmado que

“(...) el cumplimiento de la obligación suele entenderse como la ejecución de la prestación debida, conforme con lo pactado por las partes, o bien lo establecido por la ley o por el juez, lo cual tiene como soporte legal el artículo 1613 del Código Civil, según el cual “el pago es la prestación de lo que se debe”. A su vez, incumplimiento es la situación en la que el deudor inobserva la prestación debida al acreedor (ya sea por retardo o cumplimiento imperfecto), lo cual da lugar a las acciones correspondientes al acreedor (...)”¹¹

3.2. Posibles formas de incumplimiento

⁸ Recuperado de: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2004-Spanish-i.pdf>

⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013). Radicación número: 73001-23-31-000-1997-14722-01(25131) Actor: HERNANDO OLMOS MILLAN Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

¹⁰ CUBIDES CAMACHO, Jorge. “Obligaciones. Octava edición. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Editorial Ibañez, 2022. Pág. 395.

¹¹ Jorge Oviedo Albán & Álvaro Vidal Olivares, El concepto unitario de incumplimiento en el moderno derecho de

contratos, 69 Vniversitas (2020). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.cuim>

Instituto Distrital de las Artes - Idartes

Carrera 8 No. 15-46, Bogotá, D.C. Colombia

Teléfono: 3795750

www.idartes.gov.co

e-Mail: contactenos@idartes.gov.co



Delimitado el concepto de incumplimiento, y sin pretender mayor extensión en este documento, se enlistarán algunas formas de incumplimiento que se entienden como premisa necesaria para justificar la aplicación de la potestad sancionatoria contractual. Se expuso ya que el incumplimiento puede darse por (i) la inejecución de la prestación (total o parcial)¹² o por (ii) el retardo en la prestación debida; lo que permitiría sugerir posibles formas de incumplimiento, que pueden darse durante la vigencia del contrato:

3.2.1. En relación con la **oportunidad para cumplir la obligación**, se incurriría en incumplimiento cuando:

- La prestación se encuentra en mora o retraso de cumplirse.
- La prestación no se cumple en la oportunidad establecida.

3.2.2. En relación con la **ejecución de la obligación**, se incurriría en incumplimiento cuando:

- La prestación no se ha cumplido en su totalidad.
- La prestación no se ha cumplido atendiendo las especificaciones y exigencias de la entidad estatal.
- La prestación no se ha cumplido en la calidad exigida por la entidad estatal.
- La prestación no genera el producto esperado por la entidad, en términos de calidad, oportunidad, acorde con los procesos y procedimientos definidos.

3.3. Consecuencia del incumplimiento

Como se ha expuesto, la administración está facultada para imponer sanciones cuando sobrevengan incumplimientos en la ejecución del contrato. Dichas sanciones pueden ser clasificadas en tres tipos, tal como lo plantea el Consejo de Estado:

*“(…) En el ejercicio genérico de ese poder sancionatorio en materia contractual se han identificado varios **tipos de sanciones** a saber: **(i) pecuniarias**, como la efectividad de las cláusulas penales; **(ii) rescisorias**, que le permiten a la administración sancionar a su contratista y poner fin al contrato en razón del incumplimiento total y grave de las obligaciones a cargo de este último, como el decreto de la caducidad del contrato y **(iii) coercitivas o compulsorias**, que tienen por objeto que el contrato se pueda cumplir dentro del término y en las condiciones pactadas, como la imposición de multas. (…)”¹³*

Existen, pues, tres grandes consecuencias preliminares que han de ser tenidas en cuenta y precisadas durante el ejercicio de la potestad sancionatoria contractual con que está facultada la administración. A continuación, se realiza una aproximación, pues, a los conceptos de cláusula penal, caducidad y

¹² O cumplimiento imperfecto.

¹³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: ALVARO NAMEN VARGAS. Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013) Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157)

multa.

- **CLÁUSULA PENAL:** *“Medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.”¹⁴ “La cláusula penal es una tasación anticipada y definitiva de perjuicios.”¹⁵ “(...) la cláusula penal es un cálculo anticipado de perjuicios que hacen las partes por el incumplimiento del contrato (art. 1600 CC)⁸⁰; pactada la cláusula penal no es necesario acreditar dichos perjuicios por parte del acreedor, por lo que solo deberá probarse la infracción a las obligaciones contractuales por el deudor (art. 1599 C.C.81), sin perjuicio del derecho a la proporcionalidad en su imposición, según el cual la pena es susceptible de reducción cuando el incumplimiento de la obligación por el deudor resulta parcial y así lo ha aceptado el acreedor (artículos 1596 C.C. y 867 C. Co.). Por consiguiente, la pena consiste, precisamente, en que de antemano se han fijado por las partes los perjuicios por la inejecución o la ejecución tardía o defectuosa de los deberes contractuales, lo que significa que ante la violación del contrato se releva al acreedor de la carga de probar la existencia del daño y el monto del resarcimiento del mismo (...).”¹⁶*
- **CADUCIDAD:** *“ARTÍCULO 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. (...).”*
- **MULTA:** *Tiene “una finalidad de constreñimiento, coerción o coacción para presionar, compeler o apremiar en forma legítima al contratista a dar cumplimiento al contrato, cuando quiera que se verifique la inobservancia por parte de este en el desarrollo de las obligaciones a su cargo, o esté en mora o retardo en su ejecución conforme a los plazos convenidos. (...) se trata de un mecanismo coercitivo ante la tardanza o el incumplimiento parcial del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual”¹⁷. “La multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria (...) las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo.”¹⁸*

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D. C., noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008) Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009) Actor: CLAVIJO DELGADO INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS LTDA. Demandado: AREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA. Referencia: APELACION SENTENCIA – CONTRACTUAL.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciséis (2016) Radicación interna: 2257 Número Único: 11001-03-06-000-2015-00102-00

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: ALVARO NAMEN VARGAS. Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013) Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157)

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014). Radicación número: 68001-23-15-000-1994-09826-01(28875) Actor: INGENIERIA CIVIL VIAS Y ALCANTARILLADOS - INCIVIAL S.A. Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS. Referencia: Instituto Distrital de las Artes - Idartes
Carrera 8 No. 15-46, Bogotá, D.C. Colombia
Teléfono: 3795750
www.idartes.gov.co
e-Mail: contactenos@idartes.gov.co



4. CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA.

Ahora, si bien la normatividad colombiana no prevé expresamente un lapso en el cual la administración deba adelantar el procedimiento sancionatorio contractual, en virtud de lo establecido en el artículo 77¹⁹ de la Ley 80 de 1993 sobre integración normativa, la caducidad de la potestad sancionatoria contractual se regirá por lo señalado en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, que reza:

*“ARTÍCULO 52. CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, **la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones 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. (...)**” (Subrayas fuera de texto original)*

Aunque debe tenerse en cuenta que el desarrollo de la actuación sancionatoria contractual también se encuentra delimitado por el término de prescripción de las garantías contractuales, señalado en el artículo 1081 del Código de Comercio, que precisa:

“ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. 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.”

En esta línea lo ha planteado Colombia Compra Eficiente en concepto reciente al indicar:

“(…) 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. 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. (...)²⁰

ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

¹⁹ *“ARTÍCULO 77. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. (...)*”

²⁰ Concepto C-140 de 2023.

Instituto Distrital de las Artes - Idartes
Carrera 8 No. 15-46, Bogotá, D.C. Colombia
Teléfono: 3795750
www.idartes.gov.co
e-Mail: contactenos@idartes.gov.co



Y en síntesis ha afirmado:

“(...) 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. (...)”²¹

5. PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL

El artículo 86 Ley 1474 de 2011 regula los hitos mínimos de esta actuación administrativa que, sin embargo, se recomienda equiparar en lo no precisado conforme lo disponga la Ley 1437 de 2011 para el trámite sancionatorio general. Así pues, el artículo invocado prevé el siguiente procedimiento:

“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 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;

²¹ Concepto C-227 de 2023. Ver también conceptos C-140 de 2023 y C-708 de 2021.

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.

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.”

Así las cosas, la actuación sancionatoria contractual tendría, como todo procedimiento sancionatorio, una etapa preliminar que estaría íntimamente relacionada con las actividades de supervisión e interventoría y donde se buscaría identificar los elementos mínimos que configuran el incumplimiento contractual, y culminaría con la presentación del informe de incumplimiento por parte de la interventoría-supervisión, para dar lugar al inicio de la siguiente etapa, que respondería a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1437 de 2011.

5.1. Etapa preliminar del procedimiento sancionatorio contractual

El literal a) del artículo 86 da cuenta de la existencia de un momento anterior al de la audiencia y lo hace al precisar que la citación requiere de la evidencia de un posible incumplimiento a las obligaciones a cargo del contratista. Ello implica, como se ha planteado, que existe una suerte de etapa previa a la audiencia, donde la supervisión-interventoría están llamados a identificar y determinar la existencia de un incumplimiento.

Esta etapa preliminar estaría compuesta por las actividades de seguimiento y control propias de la supervisión-interventoría del contrato, los requerimientos que en procura del cumplimiento al objeto contractual sean realizados por aquella y la Elaboración y presentación del informe de incumplimiento (recuérdese que este será el insumo principal de la citación a audiencia). Dicho esto, de manera enunciativa, la siguiente sería la estructura de la etapa preliminar:

**ETAPA
PRELIMINAR**

**Seguimiento y vigilancia
del contrato**

Actividades de supervisión

Manual de interventoría y supervisión y normas concordantes

Identificación del presunto incumplimiento	Hechos generadores	Requerimientos previos
	Obligaciones incumplidas	Oportunidad Ejecución
	Normas incumplidas	Leyes 80, 1474.
Identificación de consecuencias por incumplimiento	Tipicidad de la sanción	Multa, cláusula penal, caducidad, etc
	Cuantificación y perjuicios	
	Anotaciones en registros públicos	RUES, SIRI, etc
Elaboración y presentación del informe de incumplimiento	Información del contratista	
	Hecho generador	
	Obligaciones/Normas incumplidas	
	Sanción, cuantificación y consecuencias	
	Consecuencias	

5.1.1. Seguimiento y vigilancia del contrato: Identificar un incumplimiento exige del supervisor realizar un adecuado seguimiento a la ejecución del contrato. Para ello, es menester que se dé aplicación al manual de interventoría y supervisión del instituto, y que se conozcan su totalidad el componente obligacional del contrato, tanto obligaciones generales como específicas, e incluso aquellas de origen normativo que no necesariamente estarán dispuestas en el contrato.

5.1.2. Identificación del presunto incumplimiento: El incumplimiento de las obligaciones demanda tener precisión sobre el tipo de prestación exigible al contratista (obligación de dar, de hacer o de no hacer contenida en el contrato o en la norma), lo que conlleva a tener certeza sobre:

- Especificaciones técnicas exigidas
- Condiciones de calidad exigidas
- Oportunidad para el cumplimiento de la obligación

De modo que la no ejecución de la obligación o su ejecución imperfecta, o que no se sujete a las especificaciones técnicas o de calidad exigidas por la entidad, así como el retardo en el cumplimiento, son elementos que dan cuenta de una situación de incumplimiento por la no ejecución o la ejecución imperfecta o tardía de la prestación.

Empero, el hecho de que se evidencie un posible incumplimiento no es óbice para que la administración no realice los requerimientos que correspondan, dirigidos al contratista con el propósito de conminarle a cumplir con las obligaciones y el objeto contractual. Sobre el particular, se invita a atender lo señalado en el manual de supervisión e interventoría de la entidad.

5.1.3. Identificación de consecuencias por incumplimiento: Identificado el tipo de prestación esperada por la entidad estatal y la no ejecución de la misma por parte del contratista, corresponde a la supervisión identificar las consecuencias del incumplimiento, teniendo

presente la naturaleza de la obligación incumplida y la afectación que ello pueda llegarle a causar a la entidad estatal.

Sobre lo primero se tendría lo siguiente:

SITUACIÓN	CONSECUENCIA
Mora en la ejecución de la prestación	Multa
Incumplimiento a especificaciones técnicas o de calidad que no genere afectación grave y directa a la ejecución del contrato y que no conlleve a su paralización	Cláusula penal
Incumplimiento total <u>del contrato</u> que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y que puede conducir a la paralización del contrato	Caducidad

Frente a lo segundo, esto es, la afectación que el incumplimiento pueda llegar a causar a la entidad, se debe recordar que, para que la caducidad sea procedente, esta deberá obedecer a la "(...) *lo que dará lugar a decretar la caducidad será la imposibilidad o la afectación grave y directa de su ejecución, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones. (...)*"²²

5.1.4. Elaboración y presentación del informe de incumplimiento: Si del proceso de identificación del presunto incumplimiento y a pesar de los llamados que sean realizado para su superación, la supervisión-interventoría evidencia que las circunstancias de incumplimiento persisten, deberá proceder con la elaboración del informe correspondiente en el que se dé cuenta, al menos, de lo siguiente:

1. Información general del contrato
 - 1.1. Identificación del Contratista
 - 1.2. Información del Contrato o Convenio
 - 1.3. Modificaciones
 - 1.4. Información de Garantías
 - 1.5. Resumen Financiero
 - 1.6. Pagos, pago anticipado, anticipo
2. Información del posible incumplimiento
 - 2.1. Hechos que generan el presunto incumplimiento
 - 2.2. Requerimientos efectuados al contratista
 - 2.3. Soportes del presunto incumplimiento
3. Cláusulas y/o normas presuntamente incumplidas
4. Consecuencias jurídicas - proceso administrativo sancionatorio que se pretende adelantar
 - 4.1. Tipicidad de la sanción (multa, cláusula penal, caducidad)
 - 4.2. Cuantificación y perjuicios
 - 4.3. Mecanismo de compensación o afectación de garantías

²² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SALA PLENA. Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH. Bogotá D.C., doce (12) de julio de dos mil doce (2012) Radicación número: 85001-23-31-000-1995-00174-01(15024) Actor: NIMROD MIR LTDA. Demandado: MUNICIPIO DE CHAMEZA-CASANARE- Referencia: CONTROVERSIA CONTRACTUALES; APELACION SENTENCIA Instituto Distrital de las Artes - Idartes Carrera 8 No. 15-46, Bogotá, D.C. Colombia Teléfono: 3795750 www.idartes.gov.co e-Mail: contactenos@idartes.gov.co



5. Anexos
 - 5.1. Certificaciones de cumplimiento expedidas por el supervisor a la fecha.
 - 5.2. Requerimientos realizados al contratista, acciones correctivas y de mejoramiento.
 - 5.3. Comunicaciones dirigidas a la aseguradora sobre los presuntos incumplimientos del contratista.
6. Identificación de los contratistas incumplidos
 - 6.1. Datos del contratista
 - 6.2. Datos de la compañía aseguradora
7. Datos del supervisor-interventor

Dicho informe será presentado a la ordenación del gasto, que deberá revisar sus contenidos conforme a lo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y solicitar a la Oficina Asesora Jurídica o a la dependencia que haga sus veces, la verificación de contenidos sobre lo remitido y con base en ello si no hay observaciones o aspectos que precisar, se designará el profesional o profesionales que deban efectuar la proyección y envío de la citación al contratista.

5.2. Etapa de audiencia en el procedimiento sancionatorio contractual

Identificado un presunto incumplimiento a las obligaciones contractuales, corresponde al jefe de la entidad o su delegado, iniciar y adelantar la actuación administrativa sancionatoria contractual, mediante el envío de la citación a audiencia y el agotamiento de la audiencia, conforme lo prevé el artículo 86 de la Ley ya tantas veces referida. *Grosso modo*, la siguiente sería la estructura de la audiencia, según la norma citada:



5.2.1. Citación: Técnicamente, este documento constituye el inicio de la actuación administrativa sancionatoria contractual, de modo que su elaboración debe atender expresamente a lo exigido por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y, en consecuencia, guardar correspondencia con los contenidos del informe de supervisión-interventoría presentado a la ordenación del gasto.

Como mínimo, la citación debe:

- Contener una mención expresa y detallada de los hechos que la soportan;
- Enunciar las normas o cláusulas posiblemente violadas;
- Indicar las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación;
- Establecer 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;
- Citar al garante, en caso de que el cumplimiento del contrato esté respaldado con garantías.
- Acompañarse del informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación;
- Acompañarse de los anexos invocados en informe de interventoría o de supervisión.

Si bien el artículo 86 no lo señala, se recomienda que el plazo entre el envío de la citación y la fecha de audiencia sea de al menos 15 días hábiles, a efectos de que el contratista se documente con suficiencia de tiempo y proceda ejercer el derecho de contradicción. Sin embargo, cada caso en particular dará cuenta de la posibilidad de que este término sea reducido, atendiendo a la facultad contenida en la norma citada que, respecto de la fecha de celebración de la audiencia, señala 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”*.

Como se dice anteriormente, una vez generado el documento de citación el mismo con el mismo será remitido a través de la cuenta de notificaciones judiciales de la entidad.

Instalación: El día fijado para la realización de la audiencia, la ordenación del gasto tomará el uso de la palabra para la respectiva instalación. Esta actividad corresponde a una breve presentación de la convocatoria, seguido de la presentación de los intervinientes y los asistentes²³, donde se solicitará acreditar la condición en que participa y los respectivos mandatos, en caso de apoderados²⁴; acreditadas tales condiciones, ordenación del gasto deberá reconocer personería jurídica para actuar en la diligencia.

Seguidamente, la ordenación del gasto deberá dar lectura al orden del día que, como mínimo, deberá abordar las etapas enunciadas en el punto 5.2. de este documento.

Leído el orden del día, la ordenación del gasto deberá inquirir al contratista si conoce el porqué de la citación, los contenidos de la misma, así como del informe de interventoría-supervisión. En caso afirmativo, se continuará con el siguiente punto del orden del día; no obstante, se recomienda realizar una síntesis de los hechos, las obligaciones presuntamente incumplidas y

²³ Se recomienda tomar asistencia en el formato respectivo en caso de que la sesión se adelante de manera presencial. Si se hace uso de herramientas sincrónicas y de manera virtual, igualmente se recomienda utilizar un registro de asistencia virtual (Google Forms sería una buena opción).

²⁴ Sin embargo, es de recordar que para este tipo de actuaciones no es menester contar con *defensa técnica*, de modo que la actuación puede desarrollarse sin la presentación de abogado.

las consecuencias correspondientes. En caso negativo, será necesario que la ordenación del gasto dé lectura en su totalidad a la citación.

5.2.2. Derecho de contradicción. Realizada la lectura de la citación, se concederá el uso de la palabra al contratista o su apoderado, para:

- ✓ Presentar descargos,
- ✓ Rendir las explicaciones,
- ✓ Aportar pruebas o solicitar la práctica de ellas
- ✓ Controvertir las pruebas presentadas por la entidad;

Esta oportunidad también debe ser concedida al representante o al apoderado de la garante.

Los descargos podrán ser presentados mediante escrito o de manera verbal durante la audiencia.

5.2.3. Pruebas: Presentados los descargos del contratista y la garante, corresponde a la ordenación del gasto proceder con el decreto de pruebas, dentro de las cuales podrá incluir de oficio aquellas que considere faltantes o necesarias. Sobre el particular, se recomienda tener en cuenta los medios de prueba contenidos en el Código General del Proceso:

“ARTÍCULO 165. MEDIOS DE PRUEBA. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.”

Respecto de la práctica de pruebas, la ordenación del gasto determinará las fechas en que las mismas deberán agotarse.

5.2.4. Alegaciones finales: Si bien el artículo 86 no establece esta etapa, a efectos de garantizar que la ordenación del gasto tenga un pleno convencimiento de las situaciones de incumplimiento, se recomienda otorgar un espacio para que el contratista y su garante, realicen los pronunciamientos finales sobre las pruebas practicadas por la entidad. El agotamiento de esta etapa es sugerido para aquellos contratos cuya complejidad lo demanden.

5.2.5. Decisión: Mediante acto administrativo motivado, la ordenación del gasto deberá resolver la actuación que, según cada caso, deberá incluir:

1. Los elementos básicos del acto administrativo.
2. Recuento de cada uno de los puntos abordados dentro las sesiones adelantadas en desarrollo de la audiencia;
3. Análisis a los descargos
4. Análisis fáctico y probatorio;

5. Análisis a las alegaciones finales;
6. Análisis sobre la tasación del monto a afectar los amparos (si aplica)
7. Declaración del siniestro - Llamamiento en garantía (si aplica)
8. Decisión: la resolutive del acto administrativa deberá contener, como mínimo, lo siguiente:
 - Declara incumplimiento (total o parcial) o absuelve
 - Declara ocurrencia del siniestro
 - Impone sanción (multa, cláusula penal)
 - Ordena el pago de la sanción por parte del contratista
 - Declara el siniestro
 - Ordena subsidiariamente el pago de la sanción por la garante (si aplica)
 - Se notifica en Audiencia
 - Indicación de la procedencia del recurso de reposición en la misma audiencia. según lo señalado en el literal c) del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
 - Ordena la publicación del acto administrativo

El contenido citado es el mínimo que debe contener la parte resolutive del acto administrativo, sin que ello sea impedimento para las demás decisiones que en cada caso correspondan.

Esta decisión deberá ser leída en audiencia, para lo cual, y a efectos de dar celeridad a la actuación, la ordenación del gasto podrá preguntar al contratista y la garante si están de acuerdo con la lectura total o si consideran suficiente proceder con la lectura de la parte resolutive del acto. En cualquier caso, se recomienda remitir copia del acto administrativo a las partes, a través del canal de notificaciones del Instituto.

5.2.6. Recurso en audiencia: Tanto contratista como garante tienen derecho a presentar, si así lo consideran, recurso de reposición en contra del acto administrativo que resuelve la actuación sancionatoria contractual.

Sobre este particular se debe tener en cuenta que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, prevé que al contratista y su garante le acarrearán dos deberes respecto del recurso: interponerlo y sustentarlo.

Para la **interposición del recurso**, una vez leída la decisión, contratista y garante o sus apoderados, deberán manifestar expresamente que desean interponer recurso de reposición, para ello, se sugiere a la ordenación del gasto que, una vez finalizada la lectura del acto, se cuestione a los participantes si desean interponer recursos.

Interpuesto el recurso en audiencia, para la **sustentación** del mismo, contratista y garante o sus apoderados podrán efectuarla en la misma sesión o solicitar a la ordenación del gasto el otorgamiento de un lapso adicional para lo pertinente. Corresponderá a la ordenación del gasto decidir tal solicitud, aunque se sugiere otorgar un término razonable según la complejidad de cada caso en particular. No es de olvidar que esta sustentación bien puede surtirse de manera verbal o por escrito.

5.2.7. Resolución de recurso: Interpuesto y sustentado el recurso de reposición, mediante acto administrativo se deberá resolver el mismo confirmando totalmente, revocando o revocando

parcialmente. Esta decisión deberá ser notificada en audiencia.

5.3. Actividades posteriores a la decisión definitiva

5.3.1. Constancia de firmeza y ejecutoria

Finalizada la actuación administrativa sancionatoria contra cual y declarada la ocurrencia del siniestro, compete a la ordenación del gasto, con apoyo de la Oficina Asesora Jurídica, dejar **constancia sobre la firmeza y ejecutoria** del acto administrativo en los términos del artículo 87 de la Ley 1437 de 2011.

5.3.2. Publicación en SECOP y remisión a Cámara de Comercio y SIRI, en caso de que la decisión imponga sanciones

Una vez se cuente con la constancia de firmeza y ejecutoria, ordenación del gasto deberá solicitar la publicación del acto administrativo en la página del contrato. Asimismo, deberá solicitarse a la Cámara de Comercio del domicilio que corresponda al contratista, el registro de la misma, así como a la Procuraduría en el Sistema de Información de Registro de Sanciones y Causas de Inhabilidad – **SIRI**.

5.3.3. Verificación del pago, en caso de que la decisión imponga sanciones

Hechas las constancias respectivas, corresponderá a la ordenación del gasto indagar con el área de tesorería de la entidad si el contratista realizó el pago de la sanción en los términos establecidos en el acto administrativo. De ser así, se solicitará con destino al expediente del contrato la certificación correspondiente.

Cuando el contratista no haya realizado el pago en el término ordenado por la resolución, la ordenación del gasto deberá solicitar a la Oficina Asesora Jurídica o la dependencia que haga sus veces, iniciar el trámite de la reclamación ante la compañía aseguradora.

5.3.4. Renuencia al pago, en caso de que la decisión imponga sanciones

Si contratista y garante se rehúsan a realizar el pago en los términos ordenados en acto administrativo, deberá darse trámite a la gestión de cobro coactivo o, en su defecto, al cobro de las sumas adeudadas a través del proceso ejecutivo contencioso.

6. RECOMENDACIONES PARA SUPERVISORES Y ORDENADORES DEL GASTO

Realizado el anterior acercamiento conceptual, a continuación, se presentan una serie de recomendaciones atendiendo una figura dialéctica que facilite su acercamiento mediante la presentación y resolución de preguntas:

i. ¿Cuándo se está ante un incumplimiento contractual?

Cuando el contratista no ejecuta la prestación debida, esto es, no cumple la obligación (de dar, de hacer o de no hacer) en los términos y condiciones pactados en el contrato, o cuando se encuentra en mora de hacerlo en los plazos previamente fijados.

ii. ¿Qué se debe hacer ante un incumplimiento contractual?

Ante un incumplimiento, la entidad debe hacer uso de las potestades excepcionales contenidas en la normatividad colombiana, en particular la que corresponde a la imposición de multas y sanciones, atendiendo lo estipulado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Es de recordar que el ejercicio de la facultad sancionatoria contractual pretende lograr el cumplimiento del objeto contractual o el resarcimiento de los daños causados a la administración, con ocasión del incumplimiento contractual.

iii. ¿Quién está facultado para adelantar y decidir el trámite sancionatorio contractual?

En principio, por cuanto está facultado para contratar y para ejercer la ordenación del gasto, el trámite sancionatorio contractual debe ser adelantado por el jefe de la entidad. No obstante, por cuanto dicha facultad puede ser delegada en cargos de nivel directivo o asesor, también podrán adelantar la actuación administrativa sancionatoria contractual aquellos cargos en los que se haya delegado la función bajo los términos del artículo 9 de la Ley 489 de 1998 y que ostenten, en consecuencia, la condición de ordenadores del gasto. Sin embargo, no se debe olvidar que la delegación de la función no exime del deber de dirección y vigilancia que compete al jefe de la entidad.

iv. ¿Qué le compete a la Oficina Asesora Jurídica o a la dependencia que haga sus veces, o según se defina en línea funcional, dentro del trámite sancionatorio contractual?

Teniendo en cuenta la estructura actual del Instituto, a la OAJ le compete brindar asesoría a la ordenación del gasto durante el desarrollo de la actuación administrativa. No obstante, por cuanto no ostenta la calidad de ordenador del gasto, el jefe de la OAJ no podrá tomar decisiones.

En particular, dentro de la actuación sancionatoria contractual, corresponde a la OAJ realizar una revisión del informe por presunto incumplimiento, a efectos de determinar su sometimiento a lo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, así como la proyección y envío de la citación correspondiente. Asimismo, corresponderá a la OAJ apoyar la proyección del acto administrativo que resuelva la actuación y adelantar los trámites necesarios para su notificación, así como la proyección de la constancia de firmeza y fuerza ejecutoria.

v. ¿Cuánto tiempo tiene el jefe de la entidad o su delegado para iniciar y resolver el trámite sancionatorio contractual?

Teniendo en cuenta los términos en materia de prescripción de la reclamación ante la aseguradora que se encuentran estipuladas en el Código de Comercio, para que la sanción pueda ser exigible a la garante, el acto administrativo que impone multas y sanciones deberá ser expedido antes del vencimiento del término caducidad de la acción sancionatoria contractual, es decir dentro de los dos años (empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción).

vi. ¿Es necesario realizar requerimientos al contratista antes de iniciar el trámite sancionatorio contractual?

Si bien no es un requisito previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se recomienda que la supervisión-interventoría del contrato realice sendos requerimientos al contratista en los que se alerte del posible incumplimiento y se exija con ellos los correctivos del caso. Ello por cuanto tales requerimientos servirán como elemento de prueba durante el trámite sancionatorio contractual.