

## Información sobre desabastecimiento en algunas referencias de Equipos Tecnológicos y Periféricos

Colombia Compra Eficiente ha recibido información por parte de fabricantes y proveedores en relación con situaciones de desabastecimiento de elementos que hacen parte de los equipos que integran el catálogo del Acuerdo Marco de Precios Compra o Alquiler de Equipos Tecnológicos y Periféricos - CCE- 925-AMP-2019.

En la información entregada a Colombia Compra Eficiente, los proveedores del Acuerdo Marco y los fabricantes de los equipos que estos comercializan manifiestan que a raíz de la pandemia de SARS-Cov2 y las medidas preventivas derivadas de ella tales como cuarentenas, aislamientos, cierres parciales, entre otros, las cadenas de suministro y distribución se han visto afectadas. Que en consecuencia de (i) la situación de desabastecimiento de partes y (ii) el incremento en la demanda, los tiempos de entrega de los equipos a los compradores están extendiéndose en ocasiones, por un plazo mayor establecido en el Acuerdo Marco. Cabe anotar que no todos los elementos están siendo afectados, ni los retrasos son iguales para todos los equipos y órdenes de compra. Será el proveedor quien en cada caso deberá acreditar con el material probatorio que cumpla todos los requisitos de ley, las circunstancias que afecten el cumplimiento de la orden de compra.

Colombia Compra Eficiente publica esta información como insumo para que las Entidades Compradoras tomen las decisiones pertinentes dentro de sus procesos de contratación, particularmente en las etapas de planeación (nuevas adquisiciones) y ejecución (en la supervisión del cumplimiento de las obligaciones contractuales). Cada entidad debe decidir de manera autónoma cuál es el mejor curso de acción teniendo en cuenta el contexto particular de sus órdenes de compra, dado que ni la situación ni las medidas de contingencia son iguales en todos los casos.

No obstante, lo anterior, se recuerda a las entidades estatales que el acuerdo marco de precios les faculta expresamente para iniciar las actuaciones administrativas sancionatorias correspondientes. En este contexto, adjunto a este comunicado los usuarios de la TVEC podrán encontrar la línea conceptual de la Agencia en materia de recepción de bienes y servicios con posterioridad al vencimiento del plazo de ejecución del contrato estatal.

Finalmente, teniendo en cuenta que las condiciones generales del mercado no han cambiado, y que la afectación en materia de tiempos varía de acuerdo con cada orden de compra, las condiciones del Acuerdo Marco se mantienen intactas. Colombia Compra Eficiente continua con el monitoreo constante del mercado y las órdenes de compra, buscando tomar las medidas necesarias para que las Entidades Compradoras puedan satisfacer sus necesidades.

Elaboró: Juan Manuel Arango (Administrador)  
Jessica Alejandra Araujo (Abogada)

Revisó: Sergio Andrés Peña A  
(Gestor AM)

Aprobó: Andrés Ricardo Mancipe González  
(Subdirector de Negocios)

Anexos: PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO Y VIGENCIA



## PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO Y VIGENCIA

La noción de *plazo del contrato* analizada en los párrafos precedentes equivale al concepto jurisprudencial de *plazo de ejecución*, pues ambos aluden al tiempo dispuesto para que el contratista cumpla sus obligaciones. No obstante, del vencimiento del *plazo del contrato* o del *plazo de ejecución* no se infiere la extinción de las obligaciones, pues –siempre que sea suspensivo– es posible la recepción de pagos extemporáneos porque la vigencia del contrato solo cesa con la liquidación.

En cuando a la incidencia del plazo de ejecución y el de vigencia del contrato en materia de incumplimiento, lo dicho demuestra que, sin perjuicio de la responsabilidad contractual, el vencimiento del *plazo de ejecución* en los contratos, verbigracia el de obra, no impide que la entidad reciba las tareas realizadas fuera de este término ni equivale a la imposibilidad de que el contratista realice prestaciones extemporáneas.

## INHABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO REITERADO

Dentro del conjunto de medidas administrativas, fiscales y penales adoptadas por la Ley 1474 de 2011, conocida como Estatuto Anticorrupción, se incluyó la creación de una inhabilidad para contratar en razón del incumplimiento reiterado de los oferentes en la ejecución de otros contratos estatales. Conforme a esto, el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 estableció la inhabilidad de 3 años. De conformidad con lo expuesto, la configuración de la inhabilidad de que trata la norma que precede, coexiste con los postulados del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, siendo consecuencia de la activación de la facultad de la entidad en materia sancionatoria contractual, de manera que el incumplimiento al que la norma se refiere, es al derivado de las relaciones contractuales, indistintamente del tipo de contrato que se ejecute o de la condición del contratista.

## MULTA Y CLÁUSULA PENAL – Competencia temporal

Si al vencimiento del contrato el contratista faltó a sus obligaciones, la administración podrá adelantar un proceso sancionatorio con miras a la declaratoria de incumplimiento y a la efectividad de la cláusula penal pecuniaria prevista en el contrato, como quiera que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 frente a las multas subraya su objeto de conminar al contratista al cumplimiento y no tienen el carácter indemnizatorio que si reviste a la cláusula penal pecuniaria, en armonía con la jurisprudencia mencionada, el cumplimiento incluye el plazo pactado que ya fue superado, sin perjuicio de la exigencia de las obligaciones incumplidas.



CCE-DES-FM-17

Bogotá, D. C

Señor  
**Miguel Cruz Ramírez**  
**Miguelc18@hotmail.com**

### **Concepto C – 113 de 2021**

**Temas:** COMPETENCIA CONSULTIVA – Normatividad Asociaciones Público Privadas / PLAZO DE EJECUCION Y VIGENCIA PLAZO DE EJECUCIÓN – Exigibilidad de las obligaciones / MULTA Y CLÁUSULA PENAL – Competencia temporal / RÉGIMEN SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Cesación de procedimiento / INHABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO REITERADO

**Radicación:** Respuesta a consulta # P20210215001227

Estimado señor:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 15 de febrero de 2021.

#### **1. Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas:

- i) «Para aplicar los Acuerdos de Niveles de Servicios -ANS- que se acuerdan en los contratos estatales [...] como medida para garantizar la calidad de los servicios [...] y descontar en los pagos si no se alcanzan los ANS, ¿Se debe aplicar el procedimiento sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?»;
- ii) «Respecto a la inhabilidad del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 [...] ¿A qué incumplimientos se refiere la norma? ¿El legislador se refiere a los



incumplimientos por los que la Administración no declara la caducidad, impone multas o inhabilita al interventor? [...]»;

iii) «¿Se puede declarar únicamente el incumplimiento sin la imposición de una potestad excepcional o contractual? [...]»;

iv) «[E]n caso que la cláusula permita cobrar la cláusula penal y los perjuicios que se prueben, conforme al Código Civil, ¿Los perjuicios adicionales que sobrepasen la cláusula penal se realizan unilateralmente mediante el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o acudir ante el juez del contrato? [sic] »;

Citando un segmento del concepto C - 646 de 2020, emitido por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente -, referente a la posibilidad de recibir prestaciones realizadas vencido el plazo de ejecución del contrato no liquidado, sin perjuicio de su exigencia mediante la imposición de sanciones, usted preguntó:

v) «¿cuál es la diferencia entre plazo y vigencia del contrato?»;

vi) «¿La administración puede recibir los bienes y servicios después de finalizado el plazo de ejecución, pero antes de la liquidación?»;

vii) «¿Finalizado el plazo de ejecución y la Administración se encuentra adelantando un proceso administrativo sancionador –art. 86 Ley 1474 de 2011-, el Contratista podría cumplir sus obligaciones y la Administración dar por terminado el procedimiento?[sic]»;

viii)« ¿Finalizado el plazo de ejecución, la Administración podría adelantar un proceso administrativo sancionador –art. 86 Ley 1474 de 2011-, para la imposición de multas?»

## 2. Consideraciones

Los numerales 5 del artículo 3 y 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, coinciden en señalar entre las funciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente –, la de «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». En virtud de esto, se advierte que la primera pregunta formulada por el peticionario no se deriva de aplicación de una norma en específico, por el contrario se estima que responder a la misma supone pronunciarse sobre un caso particular, labor que excede la función consultiva de esta entidad, razón por la que no se acometerá su estudio en el presente concepto.

Para atender esta consulta, se analizarán los siguientes temas: ii) Inhabilidad por incumplimiento reiterado; iii) plazo de ejecución y vigencia del contrato estatal; iv) régimen



sancionatorio contractual; v) Competencia temporal para la imposición de sanciones las contractuales.

La Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en los contratos estatales, en los conceptos con radicados Nos. 4201912000003368 del 21 de mayo de 2019, 4201912000003592 del 28 de agosto de 2019, 4201913000005649 del 17 de septiembre de 2019, 4201913000006917 del 7 de octubre de 2019, 4201912000006692 del 12 de noviembre de 2019. De igual forma, en los conceptos C - 90 del 24 de febrero de 2020, C - 125 del 3 de marzo de 2020, C - 085 del 4 de marzo de 2020, C - 246 del 3 de abril de 2020, C - 273 del 21 de mayo de 2020, C - 402 de 22 de junio de 2020, C-585 y C-592 del 14 de septiembre de 2020 y C – 580 del 21 de septiembre de 2020, entre otros.

Asimismo, en lo concerniente a la inhabilidad por incumplimiento reiterado, en los conceptos con radicados Nos. 4201913000005694 del 3 de octubre de 2019, 4201912000006259 del 13 de noviembre de 2019, 4201912000007281 del 5 de diciembre de 2019, 4201912000007060 del 11 de diciembre de 2019 y C-709 del 7 de diciembre de 2020, a la luz del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, modificada por la Ley 1955 de 2019. Algunos de los argumentos entonces expuestos se reiteran a continuación.

## **2.1 El régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública: la inhabilidad por incumplimiento reiterado**

En la contratación estatal, la *capacidad* es un requisito de validez de los contratos, tanto en el régimen de las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública<sup>1</sup> como en el de las exceptuadas de aquel<sup>2</sup>. En relación con la capacidad jurídica, se destaca el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como un conjunto de enunciados normativos que imponen restricciones para los sujetos que,

---

<sup>1</sup> El artículo 6 de la Ley 80 de 1993 expresa: «Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

»Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más».

<sup>2</sup> El artículo 1502 del Código Civil prevé la capacidad legal como requisito para obligarse contractualmente, en los siguientes términos: «Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

»1o.) que sea legalmente capaz.

[...]

»La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra».

eventualmente, pretendan participar en los procedimientos de selección o celebrar contratos con las entidades estatales<sup>3</sup>.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública responde a la tendencia, vigente desde hace varias décadas en nuestro país, pero que se ha reforzado en los últimos años, de asegurar que la actividad de provisión de los bienes y servicios por parte de las entidades estatales se efectúe cumpliendo con los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, especialmente con probidad y transparencia. Es por eso que, como lo ha destacado la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades se han convertido en herramientas en la lucha contra la corrupción, adoptando paulatinamente un cariz sancionatorio o «neopunitivo»<sup>4</sup>. Si bien no todas las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son consecuencia de una medida de reproche ni de una sanción previa, es indiscutible que en los años más recientes los lamentables hechos de corrupción han generado, como respuesta del legislador, un incremento de las restricciones a la capacidad contractual, dirigidas a prevenir este tipo de situaciones o a sancionar tales conductas.

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades –como ya se dijo– al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley –o sea, deben satisfacer el principio de legalidad– y su interpretación debe ser *restrictiva*<sup>5</sup> y apegada al texto normativo. Si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal ha sido la postura jurisprudencial, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado que, al tratar de precisar el sentido de este tipo de normas, «[...] el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales

---

<sup>3</sup> En tal sentido, José Luis Benavides comenta que «Aunque la mayoría de las reglas limitativas de la responsabilidad contractual se aplican a la administración, existen también algunas restricciones importantes a la capacidad de los contratistas: *el régimen de inhabilidades e incompatibilidades (1)* y la obligación de ciertos proponentes de inscribirse en el *registro único (2)*» (BENAVIDES, José Luis. *El contrato estatal. Entre el Derecho público y el Derecho privado*. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 278).

<sup>4</sup> BARRETO ROZO, Antonio Alejandro. *Inhabilidades de la contratación estatal, efectos y neopunitivismo en el Estatuto Anticorrupción*. En: ALVIAR GARCÍA, Helena (Coordinadora). *Nuevas tendencias del Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad de los Andes; Temis, 2016. pp. 63-99.

<sup>5</sup> *Ibíd.*, p. 69.

legalmente fijadas»<sup>6</sup>. Por su parte, el Consejo de Estado ha acogido también este criterio, considerando –como expresa la Sala de Consulta y Servicio Civil–, que «La interpretación restrictiva de las normas que establecen inhabilidades constituye una aplicación del principio del Estado de Derecho previsto en el artículo 6º de la Constitución, según el cual “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes” lo que se traduce en que pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido»<sup>7</sup>. En tal sentido, la Sección Tercera ha señalado que:

[...] de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, la aplicación de las normas que contemplan inhabilidades e incompatibilidades, como en general de todas aquellas que comportan prohibiciones o limitaciones, deben responder a una interpretación restrictiva que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento<sup>8</sup>.

También ha dicho que:

[...] la aplicación de estos preceptos exige una interpretación restrictiva, dado que según el principio hermenéutico *pro libertate*, entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula una inhabilidad, debe preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas; en otros términos, se encuentra prohibida constitucionalmente la interpretación extensiva de las causales de inhabilidad, toda vez que las palabras de la ley son la frontera que no se puede traspasar en el ejercicio hermenéutico de las mismas, pues de hacerlo se vulnerarían los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 CN) y a la igualdad (art. 13 Ibid.); [...] <sup>9</sup>.

Como se aprecia, el principio *pro libertate* es el que debe dirigir la interpretación de las disposiciones normativas que consagran restricciones de derechos, como sucede con las causales de inhabilidad e incompatibilidad en la contratación estatal.

En conclusión, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades está concebido como un conjunto de restricciones a la capacidad para presentar ofertas y contratar con el Estado, por lo que ninguna persona natural o jurídica que se encuentre incurso en alguna

---

<sup>6</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1039 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto. La Corte ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras.

<sup>7</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Expediente: 2251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas.

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E).

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Exp. 24.057. C.P. Olga Melida Valle De De La Hoz.



causal estará en la posibilidad de suscribir contratos con alguna entidad estatal. No obstante, al estar estas causales sometidas a interpretación y aplicación restrictiva, deberá analizarse en el caso concreto si efectivamente la respectiva persona se encuentra incurso en el supuesto de hecho que da lugar a la configuración de la inhabilidad o incompatibilidad, en virtud de la que opera la restricción a la capacidad para contratar.

### **2.1.1. Inhabilidad por incumplimiento reiterado consagrada en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011**

Las multas y la declaratoria de incumplimiento son sanciones administrativas impuestas por la entidad en cada contrato, frente al incumplimiento, parcial o definitivo, de las obligaciones pactadas. En principio, las consecuencias de estas sanciones no se proyectan más allá del marco del contrato en el que fueron impuestas. No obstante, en aras de hacer prevalecer los principios de probidad, transparencia y eficiencia, en el marco de la respuesta al fenómeno de la corrupción en la contratación estatal, el legislador determinó que la declaratoria reiterada de estas sanciones, bien sea por la misma entidad o por varias, en uno o varios contratos, tuviera consecuencias negativas para el contratista más allá de las que se desprenden de los incumplimientos contractuales que las generaron.

En ese sentido, dentro del conjunto de medidas administrativas, fiscales y penales adoptadas por la Ley 1474 de 2011, conocida como Estatuto Anticorrupción, se incluyó la creación de una inhabilidad para contratar en razón del incumplimiento reiterado de los oferentes en la ejecución de otros contratos estatales. Conforme a esto, el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 estableció la inhabilidad de 3 años, que se configura bajo las siguientes tres causales:

Artículo 90. Inhabilidad por incumplimiento reiterado. Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:

- a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;
- b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales;
- c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.

La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado.

Parágrafo. La inhabilidad a que se refiere el presente artículo se extenderá a los





socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

De conformidad con lo expuesto, la configuración de la inhabilidad de que trata la norma que precede, coexiste con los postulados del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, siendo consecuencia de la activación de la facultad de la entidad en materia sancionatoria contractual, de manera que el incumplimiento al que la norma se refiere, es el derivado de las relaciones contractuales, indistintamente del tipo de contrato que se ejecute o de la condición del contratista.

## 2.2. Plazo de ejecución y vigencia del contrato estatal

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se refirió al plazo del contrato estatal en los Conceptos C-432 del 27 de julio de 2020, C-646 del 9 de noviembre de 2020 y C-751 del 21 de diciembre de 2020, los cuales se reiteran en lo pertinente y se complementan a continuación:

El artículo 1551 del Código Civil define el «plazo» como la época para cumplir una obligación. El plazo puede ser i) expreso o ii) tácito<sup>10</sup>. La doctrina define el «plazo» como un hecho futuro y cierto para el nacimiento o la extinción de un derecho, y elabora una clasificación de los plazos de la cual se destacan el plazo expreso y tácito, que complementa lo señalado en el Código Civil. Respecto del plazo expreso indica que es el señalado en términos explícitos, y el plazo tácito «[...] tiene lugar cuando no existe plazo expreso y la obligación no es susceptible de cumplirse inmediatamente [...]»<sup>11</sup>.

Particularmente, el plazo es una de las modalidades por las cuales las obligaciones dejan de ser puras y simples. De hecho, la regla general es que el nacimiento del derecho sea concomitante con su exigibilidad, lo que repercute en el cumplimiento inmediato de la prestación debida. Sin embargo, con las cláusulas relativas al plazo, las partes modulan cualquiera de estos dos (2) elementos haciendo que las obligaciones sean exigibles o que los derechos se extingan con el vencimiento de un período determinado en el contrato.

Al respecto, es necesario tener en cuenta la diferencia entre los efectos de los plazos suspensivos y resolutorios. Los primeros tienen por objeto suspender la exigibilidad de las

---

<sup>10</sup> Código Civil: «Artículo 1551. Definición de plazo. El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo.

»No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designe, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación; solo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes».

<sup>11</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis S.A., reimpresión de la octava edición, Bogotá, 2008. p. 218 y 219.

obligaciones, por lo que una vez vencido pasan a ser puras y simples de forma tal que el acreedor puede reclamar el cumplimiento inmediato de las prestaciones. En esta medida, «Cuando hay plazo suspensivo pendiente, el derecho respectivo ya ha nacido, tiene existencia real y útil. Lo que falta es solo la llegada del instante en que ese derecho puede ejercitarse, y consecuentemente, obligar al deudor»<sup>12</sup>. En contraste, los segundos tiene por efecto extinguir los derechos y las obligaciones nacidas del contrato, por lo que estando pendiente el vencimiento, la exigibilidad de las prestaciones es inmediata y el acreedor puede solicitar su cumplimiento, pero una vez se agota el plazo, el contrato pierde sus efectos<sup>13</sup>. Sobre el particular, el Consejo de Estado explica que:

Algunas obligaciones se contraen para ser cumplidas durante un plazo o en un día cierto, son las denominadas por la doctrina como *ex die* o *sub die* y otras se contraen para producir efectos hasta una época o día que se fija, las cuales se denominan *ad diem*, por tal razón, el plazo puede concebirse en función de la exigibilidad del pago o cumplimiento, o de la extinción del vínculo jurídico, diferenciándose así de las obligaciones puras y simples, las cuales no están sujetas a ninguna modalidad para su exigibilidad, es decir, nacen y se hacen exigibles en el mismo instante.

[...]

El plazo *ex die* o *sub die*, que la doctrina ha denominado término suspensivo, primordial o inicial, tiene como finalidad suspender la exigibilidad de las obligaciones en el tiempo hasta el acaecimiento del momento dispuesto, por ende su incumplimiento durante el interregno comprendido entre el surgimiento del vínculo jurídico y hasta antes del vencimiento del plazo, no conlleva consecuencias jurídicas, es decir, hasta antes de la llegada del plazo el derecho no puede exigirse<sup>14</sup>.

Ahora bien, los plazos tienen naturaleza suspensiva tratándose de los contratos de elaboración de estudios y diseños, porque la exigibilidad de las obligaciones está

---

<sup>12</sup> FUEYO LANERI, Fernando. Derecho civil: de las obligaciones. Tomo IV. Volumen I. Santiago de Chile: Roberts y Cía. Ltda., 1958. p. 152.

<sup>13</sup> La doctrina explica lo siguiente: «Cuando se da un plazo para que se extinga un derecho, es claro que la obligación nace pura y simple frente al acreedor, pero al llegar el plazo se le extingue su derecho, que es el que en verdad está modalizado. Así, si alguien se obliga a entregar en arrendamiento un animal hasta el día treinta de cierto mes, su obligación es pura y simple. La fecha estará determinando la extinción del derecho del arrendatario. Pero, igualmente, el plazo extintivo, correlativamente, extingue la obligación, que para el caso es la que contrajo el arrendador de entregar la cosa y permitir el goce por parte del arrendatario. Y así como se extingue el derecho al goce del arrendatario y la obligación del arrendador de concederlo, también se extingue la obligación de pagar y derecho del arrendador a cobrar. Tomo ello como consecuencia de la extinción del contrato (art. 2008-2), lo que indica que el plazo extintivo es también una causal de extinción de los contratos [...]» (VELÁSQUEZ GOMÉZ, Hernán Darío. Estudio sobre las obligaciones. Bogotá: Temis, 2010. p. 137).

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de febrero de 2015. Exp. 26.938 C.P. Olga Mélida Valle De De la Hoz (E).



suspendida mientras el término esté pendiente: la Administración solo podrá exigir el cumplimiento cuando venza el plazo de entrega, pues solo a partir de ese momento las obligaciones son puras y simples. De hecho, el plazo no extingue el contrato, ya que requiere la ejecución del objeto contractual. Lo contrario equivale a afirmar que, si las obligaciones no se cumplen oportunamente, la entidad pierde el derecho a obtener el pago de la prestación debida. Esta conclusión no sólo sería contraria al interés público como fin de la contratación estatal, sino que desconoce la normas sobre el pago de los artículos 1626 y siguientes del Código Civil, razón por la cual, sin perjuicio de la responsabilidad del contratista por cumplimiento extemporáneo, la entidad puede recibir lo que ejecute el contratista después de vencido el plazo del contrato, lo que se extiende a la exigibilidad de lo que está pendiente por cumplir.

De esta manera se concluye que el plazo no siempre tiene efectos extintivos en todas las tipologías contractuales. En efecto, en la medida que suspenda la exigibilidad de las obligaciones, el «plazo» expreso es aquel estipulado en el contrato, en el cual las partes disponen un término específico para su cumplimiento. Esto significa que –antes del vencimiento– el contrato se encuentra en ejecución, y el contratista tiene ese tiempo para ejecutar las prestaciones a las cuales se comprometió en virtud de la suscripción del negocio jurídico. En este «plazo» el contratista puede cumplir sus obligaciones anticipadamente<sup>15</sup>, pero el bien, obra o servicio solo le será exigible cuando venza el plazo. De acuerdo con la doctrina:

[...] Vencido el plazo, la obligación se hace exigible, es decir, se transforma en obligación pura y simple, de donde se colige: 1) el acreedor puede ejercer todas las acciones que le competen; 2) el término de la prescripción del crédito comienza a contarse (art. 2535); 3) la obligación puede entrar en compensación (art.1715, ord. 3); 4) y, por regla general, el deudor queda constituido en mora (art. 1608, ord 1)<sup>16</sup>.

Es necesario aclarar que el plazo del contrato es el período requerido en este para que se cumpla su objeto, a cargo del contratista como deudor del bien, obra o servicio para satisfacer la necesidad de la entidad, y que esta última recibe como acreedora. Esta definición no cambia respecto del marco normativo citado, ya que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no contiene normas especiales sobre el «plazo», por lo que, en virtud del artículo 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, es posible remitirse a las normas civiles y comerciales aplicables.

Una vez dilucidada la definición del plazo en el contrato estatal, es necesario analizar la diferencia entre este y la vigencia del mismo. Al respecto, la jurisprudencia define

---

<sup>15</sup> Código Civil: Artículo 1552.

<sup>16</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Op. Cit., p. 220 y 221.

el *plazo de ejecución* como el establecido para la realización de las prestaciones contractuales, y de igual forma, considera que mientras subsista la obligación para las partes de liquidar el contrato, el *plazo de vigencia* de este no ha finalizado<sup>17</sup>. De esta idea se infiere que la noción de *plazo del contrato* analizada en los párrafos precedentes equivale al concepto jurisprudencial de *plazo de ejecución*, pues ambos aluden al tiempo dispuesto para que el contratista cumpla sus obligaciones. No obstante, del vencimiento del *plazo del contrato* o del *plazo de ejecución* no se infiere la extinción de las obligaciones, pues – siempre que sea suspensivo– es posible la recepción de pagos extemporáneos porque la vigencia del contrato solo cesa con la liquidación. A este punto se refiere el Consejo de Estado cuando explica que:

[...] si bien es cierto en la mayoría de los casos el plazo del contrato coincide con el de ejecución de la obra, con la entrega del suministro, con la prestación del servicio, también lo es, que este plazo no constituye propiamente hablando el periodo de ejecución del contrato porque al finalizar el plazo que se ha destinado para el cumplimiento de la obligación principal por parte del contratista las partes no quedan liberadas de pleno derecho mientras no se extingan todas las obligaciones adquiridas, lo cual se cumple necesariamente en la etapa de liquidación del contrato en la cual es donde la administración puede valorar el cumplimiento total de las obligaciones a cargo del contratista y es la que le pone término a la vinculación de las partes.

[...]

En este orden de ideas, debe precisarse que dentro de los plazos para la ejecución del contrato existe uno y con seguridad el de mayor importancia y es aquél que corresponde a la terminación definitiva de la obra, o a la entrega del último suministro o del estudio o diseño que se ha confiado, momento en el cual la administración podrá igualmente, como lo venía haciendo durante la ejecución del contrato, evaluar el cumplimiento del contratista para poderle recibir a satisfacción, puesto que es una exigencia del interés público que el colaborador privado cumpla sus prestaciones conforme al ritmo previsto en el programa y con sujeción a las especificaciones técnicas establecidas en el contrato. En el evento de que el contratista no haya cumplido cabalmente, vale decir, porque entrega la obra inconclusa o se presentan faltantes o se requiere de reparaciones, la administración podrá hacer valer sus poderes sancionatorios de acuerdo con la magnitud del incumplimiento<sup>18</sup>.

Así las cosas, el plazo del contrato estatal o plazo de ejecución, coincide con el límite, en principio establecido para la realización de las obligaciones del contrato, entre

---

<sup>17</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 29 de julio de 2015. Exp. 42.494. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>18</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 1999. Exp. 10.264. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

tanto, la vigencia del contrato excede el término del primero y se extingue con la liquidación del contrato.

En cuanto a la incidencia del plazo de ejecución y el de vigencia del contrato en materia de incumplimiento, lo dicho demuestra que, sin perjuicio de la responsabilidad contractual, el vencimiento del *plazo de ejecución* en los contratos, verbigracia el de obra, no impide que la entidad reciba las tareas realizadas fuera de este término ni equivale a la imposibilidad de que el contratista realice prestaciones extemporáneas. Esta tesis se sustenta en dos (2) argumentos: por un lado, el artículo 1625 del Código Civil no dispone que el vencimiento del plazo sea una forma de extinción de las obligaciones<sup>19</sup> y, por otro, en las obligaciones de dar o hacer es posible conceder *plazos de gracia*.

En primer lugar, el principal modo de extinción de las obligaciones es el pago efectivo, el cual define el artículo 1626 del Código Civil como «la prestación de lo que se debe». Este pago puede ser oportuno o extemporáneo. En este último caso, ni el contrato se extingue ni la entidad pierde la oportunidad para recibir el objeto contratado, pues al cumplimiento *in natura* se suma la responsabilidad contractual por «no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento» –art. 1613 *ibidem*–. Para estos efectos el vencimiento del término produce la mora *ex re*, caso en el cual se exceptúa la obligación de reconvenir en la medida que el plazo interpela por sí mismo –art. 1608.1 *ibidem*–. Además, aunque la doctrina considera que la enumeración del artículo 1625 *ibidem* no es completa, el único plazo que elimina la fuerza obligatoria del contrato es el extintivo<sup>20</sup>. Esto significa que ante el vencimiento de un plazo suspensivo –como se pacta usualmente en los contratos para la elaboración de estudios y diseños– las obligaciones del contratista subsisten mientras no se extingan por el cumplimiento de la prestación adeudada.

---

<sup>19</sup> El artículo 1625 del Código Civil dispone las formas de extinción de las obligaciones en los siguientes términos: «Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

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

- »1o.) Por la solución o pago efectivo.
- »2o.) Por la novación.
- »3o.) Por la transacción.
- »4o.) Por la remisión.
- »5o.) Por la compensación.
- »6o.) Por la confusión.
- »7o.) Por la pérdida de la cosa que se debe.
- »8o.) Por la declaración de nulidad o por la rescisión.
- »9o.) Por el evento de la condición resolutoria.
- »10.) Por la prescripción

»De la transacción y la prescripción se tratará al fin de este libro; de la condición resolutoria se ha tratado en el título De las obligaciones condicionales».

<sup>20</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Op. Cit., p. 312.

En segundo lugar, el ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de conceder *plazos de gracia*. A esto se refiere el artículo 1715, inciso final, del Código Civil cuando dispone que «Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor». En efecto, «las esperas» impiden la compensación porque son convenios entre las partes para prorrogar un plazo. Esta naturaleza convencional se desprende del verbo «conceder», el cual define la RAE como «Dar, otorgar, hacer merced y gracia de algo».

En contraste, «El plazo de gracia es aquel que, fuera del contrato y sin formar parte de él, obtiene buenamente el deudor de su acreedor que no le exige el cumplimiento inmediato de la obligación teniendo derecho a ello [...]»<sup>21</sup>, por lo que nace en una conducta omisiva y unilateral del acreedor, especialmente, cuando no interviene la voluntad del deudor. Esta explicación es relevante en la medida que, si el plazo suspensivo impidiera el cumplimiento posterior de las obligaciones, el *plazo de gracia* estaría prohibido en el derecho colombiano por estar fuera del término de ejecución inicialmente pactado. No obstante, de la definición del término contenido en el artículo 1715 del Código Civil se infiere todo lo contrario, es decir, que con la inactividad del acreedor respecto a la exigibilidad de las obligaciones se habilita un tiempo adicional para el cumplimiento, aunque sea extemporáneo.

De esta manera, el vencimiento del *plazo de ejecución* en los contratos de obra o para la elaboración de estudios y diseños no impide que la entidad reciba las tareas realizadas fuera de este término ni equivale a la imposibilidad de que el contratista realice prestaciones extemporáneas. De hecho, mientras el contrato esté vigente la entidad puede emplear los medios necesarios para exigir su cumplimiento. Para explicar lo anterior, el profesor. Fernando Hinestrosa ofrece un apoyo conceptual relevante relacionado con la obligación, que tiene como elemento a la prestación –dar, hacer o no hacer– cuya ejecución se denomina pago; y sobre la oportunidad para este, el autor se refiere al tiempo y al espacio para que el deudor ejecute la prestación, de lo cual se enfatiza en el tiempo porque toda obligación está sometida a este<sup>22</sup>.

Este término, cuando la prestación es positiva, se refiere al plazo para terminar y entregar el objeto contractual, esto es, la fecha fijada que tiene el contratista para cumplir con sus obligaciones, o el día en que termina la prestación. Esto en contraposición a la prestación negativa que es la fecha desde la cual el deudor debe abstenerse de hacer algo. Por ello, la oportunidad para el pago se refiere al período preciso o tiempo necesario para

---

<sup>21</sup> CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Tomo X. Volumen I. Santiago de Chile: Imprenta Nascimento, 1936. p. 265.

<sup>22</sup> HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones. Tomo I: Concepto, estructura, vicisitudes. Editorial Universidad Externado de Colombia, tercera edición, Bogotá, 2007. p. 596 a 602.





ejecutar la prestación o el que toma la ejecución de la obra o los estudios y diseños<sup>23</sup>. Sin embargo, conforme a lo explicado *ut supra*, mientras existan obligaciones pendientes no puede entenderse que estas dejan de producir efectos, ya que el contrato continúa vigente para efectos de su exigibilidad, de acuerdo con lo citado anteriormente sobre el plazo de vigencia definido por el Consejo de Estado, y teniendo en cuenta que el artículo 1625 del Código Civil no enlista el vencimiento del plazo como uno de los modos de extinción de las obligaciones.

### 2.3 Potestades excepcionales y régimen sancionatorio en la contratación pública

Mediante conceptos del 16 de octubre de 2019 –rad. 2201913000007661–, del 5 de diciembre de 2019 –rad. 2201913000008964–, C-219 del 29 de abril de 2020 y C-434 del 29 de septiembre de 2020, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció en relación con el régimen sancionatorio contractual. A continuación, se reiteran algunos aspectos y se amplía la tesis expuesta.

Durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales generalmente cuentan con distintas potestades exorbitantes o excepcionales con base en las cuales ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de vigilancia y control, entre las que se cuentan: i) las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, donde se encuentran la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión, las cuales se desarrollan en los artículos 15 a 19 *ibidem*; ii) en otras disposiciones también se encuentran establecidas otras potestades exorbitantes, como la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro; y iii) por sus características, que se enunciarán en este concepto, se tratan en un grupo distinto las cláusulas excepcionales de *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas; aclarando que su exorbitancia se refiere a su imposición unilateral; no a su pacto, que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

Las primeras, esto es, las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, son denominadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado y por la doctrina como estipulaciones virtuales en los contratos de concesión, obra, prestación de servicios públicos y aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, pues en ellos, sin importar si se incorporaron o no dentro del instrumento negocial, se entienden incluidas por el ministerio de la ley, como lo dispone el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

En relación con dichas cláusulas, al analizarse el régimen sancionatorio contractual, procede destacar la cláusula excepcional de caducidad, pues es la sanción más severa que existe en la contratación estatal, y se impone al contratista cuando incurre en un incumplimiento de sus obligaciones, que afecte de manera grave y directa la

---

<sup>23</sup> *Ibidem*.



ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. Su propósito consiste en sancionar al contratista y, a su vez, permitirle a la entidad continuar con la ejecución por otros medios, señalados en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. En cuanto a la oportunidad para su imposición, el Consejo de Estado ha precisado<sup>24</sup>:

[... ] al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico –que aquí claramente coinciden–, constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que “la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista...” y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado.

Las consecuencias jurídicas que se generan con la caducidad son: i) terminación del contrato; ii) iniciación del trámite de liquidación bilateral; iii) inhabilidad sobreviniente por cinco años; iv) efectividad de la garantía única de cumplimiento; y, v) reporte al SECOP, Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio donde el contratista esté inscrito con el propósito de incluir la anotación en el Registro Único de Proponentes.

El último grupo de potestades excepcionales –*imposición unilateral* de la multa o la cláusula penal–, por el contrario, cuentan con una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato<sup>25</sup>. No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al EGCAP, por ministerio de la ley –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, se entienden investidas de la prerrogativa de imposición unilateral. Se reitera que la exorbitancia de las dos cláusulas transcritas –cláusula penal y multas– se refiere a su imposición unilateral; no a su pacto, que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

En efecto, tratándose de las multas, en cumplimiento del principio de tipicidad, las partes deben determinar pormenorizadamente las acciones u omisiones objeto de sanción y el monto de la sanción a imponer, el cual, en todo caso, debe atender los criterios de

---

<sup>24</sup> Sección Tercera, Sentencia del 12 de julio de 2012, expediente 15.024 y ponencia de Danilo Rojas Betancourth.

<sup>25</sup> Motivo por el cual son típicas cláusulas accidentales dentro de los contratos estatales, en los términos del artículo 1501 del Código Civil.

proporcionalidad y razonabilidad. En esa sentido se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la Sentencia del 15 de noviembre de 2011, expediente 20.916, con ponencia de la Dra. Olga Mélida Valle de De La Hoz:

De otro lado, según se ha expuesto, otras sanciones contractuales, como la multa y la cláusula penal, mantienen la libertad de pacto, es decir, que la ley no determina las conductas que las originan, y las partes pueden hacerlo con gran libertad -pero tampoco arbitrariamente-. Pese a este relajamiento del principio de legalidad fuerte, en todo caso se conserva el principio de tipicidad, según el cual las partes del negocio deben describir la conducta prohibida en la cláusula contractual. Además, también se mantiene el principio que impone que la conducta reprochable se establezca de manera previa a su realización –lex previa–, para evitar la arbitrariedad y el abuso de poder.

De igual forma, en la sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 16.367, la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó que «el núcleo mínimo de este derecho exige que una norma –legal o contractual– contemple la falta y la sanción. Si ni siquiera lo hace el contrato, la administración no puede imponer sanciones, so pena de violar el debido proceso». Así mismo, frente al tema *sub examine*, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 13 de noviembre de 2008<sup>26</sup>, indicó *in extenso* lo siguiente:

La otra, la débil, donde se enmarcan la mayoría de las sanciones contractuales, hace relación a que lo determinante no es que una Ley sea quien contemple las faltas y las sanciones, sino que sea una norma –por ejemplo, un reglamento– quien en forma previa y clara las estipule. A este grupo pertenecen buena parte de las sanciones administrativas, como las educativas, las cuales no están consagradas en una ley expedida por el legislador o por el ejecutivo al amparo de facultades extraordinarias, sino en simples reglamentos administrativos internos.

Algunas de las sanciones contractuales podrían enmarcarse en esta clasificación, pues es claro que la ley –bien la que expide el Congreso o bien los decretos con fuerza de ley– no las contempla de manera directa –salvo excepciones–. Tal es el caso de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, que están autorizadas por la ley, pero no previstas en ella, sino en cada contrato, en caso de que las partes las pacten.

Obsérvese cómo el «principio de legalidad» –es decir, la predeterminación de las conductas en la Ley–, en materia contractual se reduce a la simple «tipicidad» de la conducta –es decir, a la descripción y especificación normativa del comportamiento prohibido–, pues lo determinante no es que la Ley contemple la falta y la sanción, sino que estén previamente definidas en cualquier norma, sin que importe que sea o no una ley quien lo haga.

---

<sup>26</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Exp. 17.009. C.P. Enrique Gil Botero.

Por tanto, en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes –no la ley; pero autorizadas por ella– quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de *ius puniendi sui generis* al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad.

De otro lado, la Corte Constitucional<sup>27</sup> precisó que la tipicidad hacía referencia a «la exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras».

Por su parte, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, además de autorizar la imposición unilateral de multas, también precisa que la declaración de incumplimiento tiene como propósito «hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato».

En este punto, conviene resaltar lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>28</sup>, en relación con las diferencias entre las multas y la cláusula penal, esto es: «[a]unque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común –en lo sustancial–, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato».

Así mismo, debe precisarse que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública<sup>29</sup>. De ahí que las entidades de *régimen especial*<sup>30</sup> 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.

---

<sup>27</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-827 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>28</sup> Sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17.009, C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>29</sup> 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 [...]».

<sup>30</sup> 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.

Si bien en los últimos años se ha presentado un intenso debate al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado, acerca de la posibilidad de las entidades con régimen especial de contratación de ejercer autotutela declarativa, imponiendo las sanciones pactadas en el contrato<sup>31</sup>, esta Subdirección ha considerado que la potestad sancionatoria debe consagrarse expresamente en la ley, para que sea viable su ejercicio. Además, es necesario que se regule previamente y a nivel legal el procedimiento aplicable para la imposición de las sanciones. Ambas condiciones son la materialización de los principios de competencia y de legalidad de las formas propias de cada juicio, contenidas en el derecho fundamental al debido proceso, que rige también en las actuaciones administrativas, según lo indica el primer inciso del artículo 29 de la Constitución<sup>32</sup> y el artículo 3, numeral 1 de la Ley 1437 de 2011<sup>33</sup>.

Por tanto, las entidades de *régimen especial* pueden pactar en el contrato que, ante el incumplimiento del contratista, se activará el derecho al pago de sanciones, como la multa

---

<sup>31</sup> Providencias que avalaron dicha tesis fueron las siguientes: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 20 de febrero de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expedientes: 56939 y 56562. En cambio, la consideración de que las entidades de régimen especial, por regla general, no pueden ejercer esta potestad sancionatoria, se plantea en las sentencias del Consejo de Estado. Sección Tercera. 1 de agosto de 2018. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo. Expediente: 39277 y del 14 de febrero de 2019. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 38937.

<sup>32</sup> «Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

»Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

»En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

»Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

»Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso».

<sup>33</sup> «Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

»Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

»1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

»En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no *reformatio in pejus* y *non bis in ídem*

[...].».

o la cláusula penal pecuniaria, pero para hacerlas efectivas deben acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, que, como lo ha indicado la jurisprudencia, es un medio de control «pluripretensional»<sup>34</sup>, pues admite canalizar múltiples pretensiones, como la solicitud de declaratoria de incumplimiento y consecuentemente la imposición de las sanciones estipuladas en el contrato. En efecto, dicho artículo establece que en la demanda se puede pedir «[...] que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas [...]».

No considera entonces esta Subdirección que las entidades de régimen especial, que se exceptúan de la aplicación del EGCAP, tengan competencia para imponer unilateralmente sanciones contractuales<sup>35</sup>. Pero si en gracia de discusión gozaran de ella, el procedimiento administrativo que deberían adelantar para imponerlas no sería el del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, porque, como se explicó, el primer inciso de dicha norma establece que rige para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Por ello, si se admitiera que estas entidades pueden declarar el incumplimiento mediante acto administrativo, para hacer efectivas las sanciones contractuales, al no existir un procedimiento especial tendrían que cumplir con el procedimiento administrativo regulado en los artículos 47 al 52 de la Ley 1437 de 2011, pues la primera de las referidas disposiciones establece, en armonía con el artículo 2 dicho Código –consagratorio del principio de subsidiariedad–, que «Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes». Sin embargo, se reitera que esto solo sería en el evento de aceptarse que dichos órganos del Estado tienen competencia para imponer sanciones contractuales, lo que en realidad no sucede.

Sin perjuicio de lo anterior, hay entidades de régimen especial que tienen la competencia para declarar la caducidad del contrato, pues la ley las sujeta a las normas de derecho privado, pero les permite ejercer tales exorbitancias. Tal es el caso de las empresas

---

<sup>34</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 12 de diciembre de 2017. Exp. 60.477. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

<sup>35</sup> Como se ha señalado en distintos conceptos de esta Subdirección, como el C-219 del 29 de abril de 2020 y el C-280 del 6 de julio de 2020.



prestadoras de servicios públicos domiciliarios<sup>36</sup> y de las empresas sociales del Estado<sup>37</sup>. En tales eventos, las entidades de régimen especial deben aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ya que en el pacto e imposición de la caducidad se consideran entidades sometidas al EGCAP. Sin embargo, una posibilidad como la anterior se restringe a los supuestos donde, pese a tratarse de entidades de régimen especial, existe una atribución particular de potestades excepcionales, cuya regulación las remita particularmente al EGCAP.

En relación con la *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas, en relación con la graduación de las sanciones en los procedimientos administrativos sancionatorios contractuales, cabe destacar el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 –en adelante, también, CPACA–, norma que contiene «criterios de graduación de las sanciones». Sin embargo, se debe precisar que solo se puede acudir a los criterios allí establecidos «cuando resultaren aplicables», lo cual, a nuestro juicio, deriva en la inaplicación de dichos criterios en estos procedimientos contractuales, porque se debe acudir a los criterios establecidos en las disposiciones civiles y comerciales, por disposición de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Lo anterior, se sustenta en el párrafo del artículo 47 del CPACA que establece, en relación con el procedimiento administrativo sancionatorio general, que: «Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia». De modo que en relación con este aspecto concreto, al

---

<sup>36</sup> El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, establece: «Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

» Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

» PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993».

<sup>37</sup> El artículo 195, numeral 6 de la Ley 100 de 1993 establece que las empresas sociales del Estado: «En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública».



existir regulación especial en otras leyes, se deben aplicar dichos criterios de proporcionalidad<sup>38</sup>.

En efecto, en el procedimiento sancionatorio contractual las entidades estatales deben actuar de acuerdo con el principio de proporcionalidad para «graduar las sanciones». En tal sentido, primero se deben atender las circunstancias de cada caso en particular y revisar cuidadosamente la forma como se pactaron las penalidades asociadas al incumplimiento en el contrato. Sin perjuicio de lo anterior, también se deben tener en cuenta las normas de derecho privado a las que remite la Ley 80 de 1993 –art. 32, 40 y 13, particularmente<sup>39</sup>– y que complementan dicho estatuto contractual; de manera que, en relación con el principio de proporcionalidad y la graduación de las sanciones, resulta especialmente relevante destacar los artículos 1596 del Código Civil<sup>40</sup> y 867 del Código de Comercio<sup>41</sup>. Dichos artículos contienen los parámetros para tasar el monto de las *penas* a imponer pactadas en el contrato; disposiciones que deben ser observadas por las entidades estatales en los procedimientos sancionatorios, so pena de que, en caso de demandarse su nulidad, el juez declare la nulidad parcial de los actos administrativos que aplican dichas cláusulas contractuales<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Esta misma interpretación se expuso en el concepto C-211 del 21 de abril de 2020 y conforme a las líneas anteriores se deben entender las consideraciones realizadas en dicho concepto.

<sup>39</sup> El inciso primero del último artículo establece: «Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley».

<sup>40</sup> «Artículo 1596. Rebaja de pena por cumplimiento parcial. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal».

<sup>41</sup> «Artículo 867. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

»Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

»Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte» (Cursiva fuera del original).

<sup>42</sup> Así lo ha señalado la jurisdicción de lo contencioso administrativo: «Conforme a lo anterior, se debe tener presente que el decreto-ley 222 de 1983 -al igual que hoy acontece con la Ley 1.150 de 2007-, facultaron a las entidades públicas para que -previo pacto- impusieran y ejecutaran la cláusula penal pecuniaria frente a sus contratistas -al verificar un incumplimiento contractual-. Pero es necesario considerar, igualmente, que la normatividad -arts. 1596 del CC y 867 Co de Co.-, la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, han dispuesto y analizado la posibilidad de graduar -disminuyendo y aumentando- dicha cláusula.

»De allí que, si el contratista afectado con la imposición de la cláusula penal considera que el monto establecido por tal concepto es excesivo, injusto o desproporcionado, puede acudir al juez para



En tal sentido, las disposiciones anteriores constituyen los parámetros que deben observar las entidades estatales al imponer unilateralmente una multa o al ejercer unilateralmente la cláusula penal, pues las normas citadas aplican a ambos supuestos. Ahora bien, la regla general es que las partes estipulen lo relacionado con la tipificación de la multa y la cláusula penal pecuniaria, incluido lo referente a sus montos, sin exceder los límites legales y sin incurrir en abuso del derecho. Además, en su pacto y aplicación se deben observar las normas del derecho privado estudiadas previamente.

### 2.3.1. Cuantificación de perjuicios

La Ley 1474 de 2011 contempla la posibilidad de declarar el incumplimiento cuantificando los perjuicios del mismo, previa citación del contratista y respetando el debido proceso. Al respecto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las etapas del procedimiento que se deben seguir: i) citación a audiencia. Es necesario mencionar expresa y detalladamente los hechos que la soportan, así como, también, adjuntar el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación, enunciar las normas o cláusulas posiblemente violadas y referir las consecuencias que podrían recaer sobre el contratista en el desarrollo de la actuación. ii) Audiencia. En la diligencia intervendrá el jefe de la entidad o su delegado y, posteriormente, se le concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente y al garante, en caso de ser necesario, para que estos presenten sus descargos, aporten y controviertan pruebas y rindan las explicaciones del caso; y iii) Decisión. Debe estar contenida en resolución motivada donde se consigne, por un lado, lo ocurrido en el desarrollo de la diligencia y, por el otro, lo relativo a la imposición o no de multas y sanciones o la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal. Contra la decisión únicamente procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma diligencia. Ambas decisiones se entenderán notificadas en audiencia. Lo anterior, por supuesto, sin perjuicio del control judicial que podría llegar a efectuarse.

En este sentido, la entidad está facultada para cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista, previa declaración del mismo y luego de haberse surtido el trámite antes referido. Esta facultad, en palabras de la Corte Constitucional, «[...] está reglada y se ejerce conforme a un procedimiento administrativo, del que debe darse cuenta en un acto administrativo motivado, de tal suerte que la cuantificación de los perjuicios no obedece a la mera discrecionalidad de la entidad estatal, ni es fruto de su capricho [...]»<sup>43</sup>.

---

que revise la decisión administrativa». CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Exp: 17.009. C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>43</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-499 del 5 de agosto de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.



Tratándose de la celebración de la audiencia a la que se refiere el referido artículo 86 *ibidem* para hacer efectiva la cláusula penal, la cuantificación de los perjuicios a realizarse por la entidad a título de pena, está determinada por los términos en los que haya sido estipulado la cláusula. Sobre la naturaleza y la función de la cláusula penal en el derecho civil colombiano es mucho lo que se ha debatido, debate en el que además del carácter de garantía y su cariz punitivo, se le ha atribuido la calidad de mecanismo de apremio o coacción, lo cual depende de cómo haya sido concebida por las partes al momento de su estipulación<sup>44</sup>.

Muchas veces la cláusula penal es pactada como una «[...] estimación anticipada del perjuicio que puede sufrir una de las partes por el incumplimiento o retardo de la obligación»<sup>45</sup>. Conforme a esto, las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden pactar en la cláusula penal una suma determinada o determinable, equivalente a una tasación anticipada de los perjuicios que pudiera generar el incumplimiento de una obligación o la mora en el cumplimiento, lo cual releva al acreedor de probar el perjuicio, tal como se desprende del artículo 1599 del Código Civil<sup>46</sup>. De acuerdo con esto, en principio, el artículo 1600 *ejusdem*, establece como regla general la imposibilidad de que se exijan de manera concurrente la pena y la indemnización de perjuicios, estando al arbitrio del acreedor la exigencia de una u otra. Sin embargo, dicha regla general deviene en supletiva en la medida que este último artículo, permite que se solicite el pago de indemnización y cláusula penal, cuando las partes expresamente así lo estipulen.

Conforme a lo anterior, en principio, la posibilidad de cobrar perjuicios adicionales a la cláusula penal no es admisible conforme al artículo 1600 *ibidem*, por lo que no resultaría válido que en el marco del procedimiento reglado por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se realice la tasación de estos, así como tampoco estaría destinada a prosperar una reclamación ante una autoridad judicial tendiente a solicitar el pago de tales perjuicios. Sin embargo, las partes pueden convenir la posibilidad de que concurran el reclamo de la pena y la indemnización, estipulación en el marco de la cual, el ejercicio de la autonomía de la voluntad les permite determinar que pueda concurrir el reclamo de indemnización y pena.

La tasación de los perjuicios que exceden el monto de la cláusula penal es un asunto que tiene como presupuesto su prueba, labor que excede la facultad exorbitante que tiene la entidad contratante para declarar el incumplimiento y cuantificar los perjuicios

---

<sup>44</sup> Cfr. VELÁSQUEZ GÓMEZ, op. cit. p. 915-945;

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> Código Civil: «Artículo 1599. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inexecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio».



a efectos de imponer multas o hacer efectiva la cláusula penal<sup>47</sup>. En ese sentido, la reclamación de perjuicios por encima del monto de la cláusula penal es un asunto que implica controvertir la tasación anticipada establecida al momento de su estipulación, por lo que ello implica acudir al juez del contrato a efectos de demostrar que el daño infligido al acreedor por el incumplimiento merece una mejor reparación a la garantizada por el importe de la pena.

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que «[...] si la administración estima que los perjuicios son superiores al valor de la aludida cláusula tendrá que exigirlos y demostrarlos ante el juez del contrato mediante una acción de responsabilidad contractual y no establecerlos en forma unilateral»<sup>48</sup>. El alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo además ha determinado que debe acudirse al juez del contrato cuando el valor de la pena se estima superior al valor de los perjuicios irrogados, como puede suceder en los eventos que existe un cumplimiento parcial desestimado por la entidad contratante al momento de imponer la pena. Al respecto manifestó:

La Sala resalta que, pese a que la cláusula penal es una tasación anticipada y definitiva de perjuicios, pueden presentarse dos situaciones: una, que el monto estipulado no cubra todos los perjuicios irrogados por el incumplimiento, es decir, que estos superan la sanción acordada; y otra hipótesis se constituye en el evento de que la entidad imponga al contratista incumplido el monto total de la cláusula, la cual puede ser considerada por el contratista como excesiva, en consideración a la ejecución parcial que haya hecho del objeto del contrato.

En ambos casos -por defecto o por exceso-, las partes deben solicitar al juez que determine el valor definitivo que una parte le debe pagar a la otra. Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta -para imponerla y cobrarla- de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad -este último como criterio auxiliar de la actividad judicial-, así se lo exigen.

No obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal -es decir, un mayor perjuicio-, ya no es el principio de proporcionalidad el que

---

<sup>47</sup> Al respecto, «[...] es útil advertir que una cosa es la causación del daño y otra distinta el quantum del perjuicio irrogado. Sin embargo, lo cierto es que el daño antijurídico debe demostrarse en el proceso para que pueda abrirse paso su reconocimiento y la liquidación del perjuicio. Por otra parte, la tasación o liquidación del perjuicio depende en cada caso del daño demostrado». CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 27 de mayo de 2015. Exp. 38.600. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E).

<sup>48</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 1989. Exp. No. 5253. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. En el mismo sentido las providencias: Sentencia del 1 de octubre de 1992, Exp. 6631 C.P. Carlos Betancur Jaramillo; Auto del 4 de noviembre de 2004, Exp. 24275; Sentencia del 27 de julio de 2005, Exp. 12394, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Sentencia del 30 de noviembre de 2017, Exp. 39285, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; y Sentencia del 28 de noviembre 2019. Exp. 36.600. C. P. María Adriana Marín.

actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena.

La primera potestad ha sido otorgada al juez por los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio. [...] Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan una doble naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un “derecho” en favor de las partes, se establece como una obligación a cargo del juez, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad<sup>49</sup>.

En ese sentido, la posibilidad de acudir al juez del contrato para controvertir la tasación de perjuicios realizada en la estipulación de la cláusula penal no solo es procedente ante los supuestos de perjuicios superiores al valor de la cláusula, sino también en los casos en los que estos son menores. En estos eventos, el juez, tras efectuar el juicio de proporcionalidad está habilitado para declarar la reducción de la pena impuesta. En todo caso, ya sea que el acreedor estime que la pena excede o los perjuicios generados por el incumplimiento, o que esta es inferior a estos, deberá acudir al juez del contrato para que lo determine, en el marco de la aplicación del principio de proporcionalidad y el discurrir de la actividad probatoria.

### **2.3.2. Terminación del procedimiento sancionatorio contractual por cesación del incumplimiento.**

El literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece la posibilidad de terminar el procedimiento administrativo sancionatorio contractual en caso de cesar la situación de incumplimiento. Literalmente establece:

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.* (Cursiva fuera del original).

En relación con este literal, es necesario realizar algunas precisiones: *i)* esta norma regula la forma como debe actuar la entidad cuando cesa la situación de incumplimiento

---

<sup>49</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Exp. 17009. C.P. Enrique Gil Botero.

*durante el trámite del procedimiento administrativo sancionatorio*, esto es, una vez iniciado; de manera que es ajeno a la norma anterior la definición de cómo debe actuar la entidad cuando la cesación de la situación de incumplimiento se da con anterioridad, es decir, cuando pese a un incumplimiento previo, el contratista cumple sus obligaciones, dejando de quedar pendiente el cumplimiento antes de que se inicie el procedimiento sancionatorio; en dicho caso la entidad no podrá iniciarlo, toda vez que como lo establece el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, este procedimiento, tendiente a la imposición unilateral de cláusulas penales o de multas procede «[...] sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista [...]».

Sin perjuicio de lo anterior, y como se desarrollará más adelante, iniciado el procedimiento sancionatorio, por estar el contratista incumpliendo las obligaciones, si esta situación cesa durante el trámite, esto es, después de iniciado, la entidad, discrecionalmente, puede terminarlo o continuarlo, como lo dispone el literal d) artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

*ii)* Aclarado que la norma se refiere a la cesación del incumplimiento una vez iniciado el procedimiento sancionatorio, se debe destacar que la potestad otorgada a la entidad para terminarlo, con fundamento en dicha circunstancia, es *una decisión discrecional*<sup>50</sup>. Esto es evidente en la norma, toda vez que utiliza el término común con el que se otorgan potestades discrecionales: *podrá*. En tal sentido, se puede decidir sobre la conveniencia o no de terminar el procedimiento, al advertirse que cesa la situación de incumplimiento, de manera que no es un deber hacerlo.

*iii)* El presupuesto para que se active la potestad discrecional consiste en que la entidad conozca la «*cesación de la situación de incumplimiento*». Esta circunstancia también debe valorarla la entidad; pues solo en tal caso se activa la potestad conferida. Además, la cesación del incumplimiento podría ser frente a algunos de los incumplimientos por los cuales se adelanta el procedimiento sancionatorio; en tal caso, la entidad podrá terminarlo *parcialmente*, esto es, frente a algunos de los supuestos de incumplimiento, pudiendo continuar con los demás. En todo caso, las posibilidades anteriores siguen siendo facultades discrecionales.

También cabe resaltar que la posibilidad de terminar el procedimiento aplica en los casos en que efectivamente cese la situación de incumplimiento, pues, atendiendo a las prestaciones de ciertos contratos, existen obligaciones que deben cumplirse en determinado momento, atendiendo a la finalidad con que se haya celebrado el negocio jurídico, pues la ejecución de prestaciones tardías, en ciertos contratos, podría no

---

<sup>50</sup> «La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.) no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración». (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Séptima edición, Madrid: ed. Civitas, 1995. P. 447).

reportarle utilidad a la entidad, por lo que dichos «cumplimientos» tardíos en realidad no implicarían que el contratista cese en la situación de incumplimiento. Esto sucedería, por ejemplo, si un contratista se compromete a entregar algunos refrigerios para un evento que se realizará el 30 de agosto, incumpliendo dicha obligación, por lo cual la entidad inicia un procedimiento sancionatorio y, durante su trámite, el contratista entrega los refrigerios, por ejemplo, el 2 de septiembre, cuando la entidad ya no los necesita.

iv) Finalmente, la potestad discrecional comentada aplica en los supuestos en que la entidad, *por cualquier medio*, tenga conocimiento de la cesación de la situación de incumplimiento; conocimiento al que puede llegar por sus actuaciones oficiosas o por advertencia de cualquier interesado.

### 2.3.3. Competencia temporal para la imposición de sanciones contractuales

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se refirió a la competencia para imponer sanciones contractuales en conceptos C-001 del 23 de abril de 2020, C-432 del 27 de julio de 2020, C-646 del 9 de noviembre de 2020 y C- 751 del 21 de diciembre de 2020. La tesis desarrollada en estos conceptos se expone y se complementa a continuación:

La Ley 1150 de 2007 determinó de manera expresa que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública pueden imponer las multas pactadas en el contrato, así como declarar su incumplimiento con la finalidad de hacer efectiva la cláusula penal, siempre que se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. En lo pertinente, el artículo 17 prescribe lo siguiente:

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. (Énfasis fuera de texto).

Lo anterior quiere decir que la entidad puede imponer la multa o hacer efectiva la cláusula penal, mientras esté pendiente la ejecución de las obligaciones del contratista, lo que define el límite temporal para hacerlo.

Si vencido el plazo de ejecución el contratista no cumple, la obligación no se extingue, pues de acuerdo con el artículo 1625 del Código Civil el vencimiento del plazo





contractual no es un modo de extinguir las obligaciones, salvo pacto en ese sentido, por lo que la obligación continuará pendiente y el contratista estará en mora de cumplir por no haberlo hecho en el plazo acordado. Esto indica que lo que terminó fue el plazo de ejecución, pero la obligación todavía está pendiente de cumplimiento y el contratista podría hacerlo tardíamente con las consecuencias gravosas que esto conlleva<sup>51</sup>. No obstante, la entidad determina si, inclusive, con el cumplimiento tardío aún se satisface el interés público.

Específicamente, sobre la declaratoria de caducidad, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación jurisprudencial, indicó que dicha sanción solo puede declararse durante el plazo de ejecución, porque de acuerdo con la naturaleza de esta potestad exorbitante, el incumplimiento al que se refiere debe valorarse durante este término<sup>52</sup>. Adicionalmente, se precisa que, si el contrato fue liquidado, la Administración ya no podrá imponer sanciones pecuniarias al contratista incumplido, toda vez que –encontrándose las partes a paz y salvo– finaliza la relación contractual y, por tanto, las entidades pierden competencia para ejercer sus prerrogativas. Conforme a la anterior postura es posible que la entidad pública reciba las prestaciones adeudadas pese a la mora del contratista en el cumplimiento de las obligaciones. Esto sin perjuicio de la competencia que –en razón de la exigibilidad de las obligaciones derivadas del vencimiento del plazo de ejecución– tienen las entidades públicas para sancionar, por ejemplo, con la efectividad de la cláusula penal.

Sin embargo, el Consejo de Estado recientemente se ha pronunciado específicamente sobre la competencia temporal para imponer multas asumiendo una postura en relación con el plazo de ejecución. Al respecto, la Sección Tercera, Subsección A mediante sentencia del 1 de febrero de 2018, retomando posición sostenida en torno al

---

<sup>51</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 13 de septiembre de 1999. Rad. 10.264. C.P. Ricardo Hoyos Duque. No en vano, explica lo siguiente: «[...] cuando el contratista de la administración no cumple dentro del plazo establecido en el contrato, es precisamente el vencimiento del plazo el que pone en evidencia su incumplimiento y es este el momento en el que la administración debe calificar la responsabilidad que le incumbe al contratista, de manera que si lo fue por motivos únicamente imputables a él que no encuentran justificación, debe sancionar su incumplimiento».

<sup>52</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 12 de julio de 2012. Rad. 15.024. C.P. Danilo Rojas Betancourth. En esta medida, «[...] la Sala concluye que las entidades estatales no deben esperar a que se venza el plazo de ejecución del contrato para comprobar si hubo un incumplimiento total del mismo y decretar la caducidad; todo lo contrario: las normas que consagran la facultad de declarar la caducidad exigen que el plazo no haya expirado para declararla, puesto que el incumplimiento que esas normas requieren para decretar la caducidad es el de las obligaciones que se deben ir cumpliendo continuamente para llegar al cumplimiento del contrato en su totalidad. Así, en la medida en que se acredite el incumplimiento de obligaciones que son fundamentales para la realización del objeto contratado, la entidad estatal, con un proceder diligente, advertirá que la prestación principal, el objeto del contrato, no será satisfecho dentro del plazo de ejecución y, por tal motivo, decretará la caducidad».



competencia temporal para imponer multas en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983<sup>53</sup>, acoge una posición según la cual la imposición de las multas debe hacerse dentro del plazo de contractual, admitiendo que este no ha sido un tema pacífico, así:

A propósito de esta cuestión, conviene reiterar que, en observancia de la tesis jurisprudencial dominante sobre la materia, la medida analizada, cuya finalidad, en esencia, es fungir como herramienta de apremio o acoso dirigida a compeler al contratista para el cumplimiento del objeto contractual en la forma y tiempo acordados, debe instrumentarse dentro del plazo contractual y a condición de que no se hubiera superado la situación constitutiva de incumplimiento.

Solo de esa manera resultaría posible materializar correlativamente y de forma legítima el poder de autotutela del ente estatal contratante, traducido en la eficiente y efectiva labor de supervisión y control que se le impone ejercer durante la ejecución en su calidad de director del contrato, gestión que al tiempo procura obtener la satisfacción de las actividades encomendadas al colaborador particular. En efecto, el recto ejercicio del poder conminatorio, que por naturaleza entraña la multa, necesariamente supone su adopción en un plano temporal dentro del cual resulte posible lograr el cabal y oportuno cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, según las condiciones pactadas tanto al inicio como a lo largo de la dinámica contractual.

En contraposición, si se avalara la utilización de esta herramienta conminatoria vencido el plazo contractual, simultáneamente se estaría convalidando la conducta tardía, desdeñosa y deficiente del deber de vigilancia y control que se demanda al ente público en función del interés colectivo que se pretende satisfacer con la celebración del negocio jurídico y que por esta precisa circunstancia se le impone adelantar con apego a los principios de celeridad,

---

<sup>53</sup> El Consejo de Estado en diferentes pronunciamientos referidos a contratos celebrados al amparo del Decreto-ley 222 de 1983, determinó que la competencia temporal para imponer multas debía ser ejercida durante el plazo de ejecución del contrato. Por un lado, en sentencia del 28 de abril de 2005, en relación a las multas manifestó: «[...] las mismas deben aplicarse antes del vencimiento del plazo contractual, lo que permite inferir que el incumplimiento objeto de sanción, se puede configurar aun cuando no se hayan cumplido los correspondientes plazos contractuales». Exp. 14393, C.P. German Rodríguez Villamizar. En el mismo sentido, en la sentencia del 20 de febrero de 2014: «[...] la potestad temporal para imponer multas, en vigencia del Decreto 222 de 1983, de ninguna manera era posible después del vencimiento del plazo o de liquidado el contrato». Subsección B. Exp. 28206. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Por otro lado, en sentencia del 10 de septiembre de 2014 señaló «[...] para declarar el incumplimiento parcial del contrato e imponer multas como una medida coercitiva para constreñir al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando no hubiera vencido el plazo de ejecución del objeto contractual» Subsección C. Exp. 28875. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Asimismo, en sentencia del 2 de noviembre de 2016 «[...] la cláusula de multas sólo puede imponerse dentro del plazo contractual y siempre que se honre la finalidad de esa cláusula, que no es otra que la de apremiar al contratista para que cumpla. Si esta finalidad no se satisface, la administración perderá la competencia para su imposición». Subsección B. Exp. 36396. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

eficiencia, eficacia inherentes a la función administrativa envuelta en el tráfico negocial de la Administración<sup>54</sup>.

Conforme a la providencia transcrita, la competencia temporal para imponer multas está circunscrita al plazo de ejecución del contrato, en el entendido de que solo dentro de ese ámbito temporal es viable que se cumpla la naturaleza conminatoria de la multa<sup>55</sup>. La posición expuesta en esta providencia, si bien no ha sido objeto de unificación por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado respecto de contratos celebrados al amparo de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, constituye el precedente más reciente de dicha Corporación en torno al tema de competencia temporal para imponer multas, por lo que resulta relevante para último interrogante planteado por el peticionario. Sin embargo, no debe perderse de vista que la propia providencia a la que se alude reconoce que el tema no ha sido pacífico en la jurisprudencia contenciosa administrativa.

### 3. Respuestas

i) «Para Aplicar los Acuerdos de Niveles de Servicios -ANS- que se acuerdan en los contratos estatales [...] si no se alcanzan los ANS, ¿Se debe aplicar el procedimiento sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?»;

La pregunta planteada por el peticionario exige un estudio de un tema concreto no referido a una norma de carácter general en particular, por lo que debe tenerse en cuenta que la competencia de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente está atribuida en el Decreto 4170 de 2011, particularmente en los artículos 3, numeral 5 y 11, numeral 8, que la habilitan para absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En esta medida, la Agencia no tiene la competencia para resolver la pregunta en los términos planteados por el peticionario.

ii) «Respecto a la inhabilidad del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 [...] ¿A qué incumplimientos se refiere la norma? ¿El legislador se refiere a los incumplimientos por los que la Administración no declara la caducidad, impone multas o inhabilita al interventor? [...]»;

Conforme a lo expuesto, la interpretación restrictiva que procede respecto de las

---

<sup>54</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 1 de febrero de 2018. Exp. 52.549. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>55</sup> Esta providencia, si bien es expedida respecto de un contrato celebrado en vigencia de la Ley 80 de 1993, reitera una posición sostenida por el propio Consejo de Estado en decisiones sobre contratos celebrado conforme al Decreto-ley 222 de 1983, en el que la atribución de la competencia para imponer multas tenía una formulación diferente a la del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

disposiciones del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, indica que estas deben ser entendidas conforme a su tenor literal. En virtud de esto, los incumplimientos que sancionan al contratista con la *inhabilidad por incumplimiento reiterado* son los que se atienen a los supuestos de hecho de los literales a, b y c del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, esto es: «a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales; b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales; c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales».

Los incumplimientos a los que se refieren los literal b) y c), son distintos de los que devienen en la declaratoria de caducidad, en la medida que tales supuestos ya se encuentran sancionados con la inhabilidad del literal c) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. Esto comoquiera que, la referida interpretación restrictiva permite colegir que al no haberse referido la caducidad a los supuestos de hecho de la norma *sub-examine*, la voluntad del legislador fue la de no sancionar a quienes dan lugar a la declaratoria de caducidad con esta inhabilidad, máxime cuando existe una inhabilidad específicamente concebida para este supuesto, por lo que incluir la caducidad en el ámbito de aplicación del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 constituiría una vulneración al principio del *non bis in idem*.

iii) «¿Se puede declarar únicamente el incumplimiento sin la imposición de una potestad excepcional o contractual? [...]»

La sola facultad de declarar el incumplimiento de un contrato constituye una potestad excepcional. Dependiendo de las particularidades del incumplimiento, la entidad contratante podrá determinar si: i) en virtud del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, ejerce las cláusulas excepcionales de terminación unilateral o caducidad, las cuales se desarrollan en los artículos 17 y 18 de la Ley 80 de 1993; ii) Asimismo, podrá decretar la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro; o iii) de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en caso de que se hayan pactado multa y/o cláusula penal, podrá imponerlas unilateralmente. En todo caso, la declaratoria de incumplimiento, en ejercicio de las anteriores facultades exorbitantes, deberá efectuarse previa realización de la audiencia a la que se refiere el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

iv) «¿Los perjuicios adicionales que sobrepasen la cláusula penal se realizan unilateralmente mediante el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o acudir ante el juez del contrato?»

De conformidad con el artículo 1600 del Código Civil no es posible reclamar indemnización de perjuicios junto con el importe de la cláusula penal, salvo que las partes así lo estipulen. En todo caso, si las partes acuerdan la posibilidad de que concurran el reclamo de los perjuicios y la cláusula penal, el acreedor podrá reclamar perjuicios adicionales a la tasación anticipada de los mismos realizada en la cláusula penal, para lo que necesariamente deberá acudir al juez del contrato.

v) «¿cuál es la diferencia entre plazo y vigencia del contrato?»

vi) «¿La administración puede recibir los bienes y servicios después de finalizado el plazo de ejecución, pero antes de la liquidación?»;

El *plazo del contrato* alude al tiempo con el que cuenta el contratista para dar cumplimiento a sus obligaciones conforme a lo pactado; mientras que el *plazo de vigencia* contiene el de ejecución, pero concluye con la liquidación del contrato estatal. De acuerdo con lo expuesto en este concepto, en el caso de obligaciones sometidas a plazos suspensivos, es posible que la entidad contratante reciba prestaciones ya habiendo vencido el plazo de ejecución del contrato, siempre que no haya concluido el término de vigencia del contrato, sin perjuicio de las consecuencias derivadas del incumplimiento. Esto en la medida que el vencimiento del plazo de ejecución no extingue la obligación, por lo que esta sigue siendo exigible.

vii) «¿Finalizado el plazo de ejecución y la Administración se encuentra adelantando un proceso administrativo sancionador –art. 86 Ley 1474 de 2011-, el Contratista podría cumplir sus obligaciones y la Administración dar por terminado el procedimiento? [sic]»;

De conformidad con el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la entidad tiene la facultad de dar por terminado el procedimiento al que dicho artículo se refiere en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento. No obstante, esta facultad es discrecional, por lo que la entidad, valorando la situación conforme a los principios de adecuación y proporcionalidad, podrá optar por dar por terminado el procedimiento o continuar con el mismo.

«viii) ¿Finalizado el plazo de ejecución, la Administración podría adelantar un proceso administrativo sancionador –art. 86 Ley 1474 de 2011-, ¿para la imposición de multas?»

En virtud del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales tienen la facultad de imponer multas por incumplimiento «[...] mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista». En principio, ello supone que la facultad se extiende durante el lapso en el que es exigible la obligación cuyo incumplimiento deviene en la necesidad de imponer una multa.

Al respecto, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha tenido diferentes posturas, unas tendientes a que la competencia temporal se extienda durante el plazo de vigencia del contrato y otras que la limitan al plazo de ejecución. Sin embargo, conforme a la posición asumida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo Estado en la sentencia del 1 de febrero de 2018—expedida dentro del expediente No. 52.549—, la competencia temporal para imponer multas se circunscribe al plazo de ejecución del contrato. Dicha posición se sustenta en que el transcurso de dicho plazo es donde la multa cumple su función conminatoria, la cual carece de sentido en los eventos en los que el contratista no cumplió con la obligación durante el plazo para ello pactado.

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

Atentamente,

Original Firmado  
Jorge Augusto Tirado Navarro

**JORGE AUGUSTO TIRADO NAVARRO**  
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Alfredo Benavides Zarate  
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo  
Gestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro  
Subdirector de Gestión Contractual ANCP-CCE

