

# EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CONTRACTUAL, REFLEXIONES DESDE EL ESCENARIO PROBATORIO

Julián Andrés Pava<sup>1</sup>  
Juan Esteban Pinzón Vega<sup>2</sup>

## RESUMEN

El presente artículo de investigación, es un análisis que busca realizar una crítica desde la evolución y desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio contractual, estipulado en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, a razón de ello, se busca entablar que una serie de situaciones particulares bajo las cuales se genera una crítica al procedimiento y a la posible vulneración de los derechos fundamentales del contratista. A lo largo de la historia, ha evolucionado la potestad sancionatoria del Estado, sentando sus bases en el “*IUS PUNIENDI*” en el derecho penal principalmente, a su vez y con el paso del tiempo el Derecho Administrativo, hasta recalar en el derecho coercitivo del Estado. El procedimiento administrativo sancionatorio contractual surgió en el Estado Colombiano como un instrumento auxiliar, dando cumplimiento a los fines del Estado Social de Derecho, los postulados constitucionales y las obligaciones contractuales acarreadas por las partes. Además, surge como una herramienta creada para garantizar la lucha del estado contra la corrupción buscando declarar multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.

## PALABRAS CLAVES

Compra pública, Derecho Administrativo Sancionatorio, Debido Proceso, Potestad Sancionatoria, incumplimiento, celeridad, oportunidad.

## ABSTRACT

This research article is an analysis that seeks to make a criticism from the evolution and development of the contractual Sanctioning Administrative Procedure stipulated in article 86 of Law 1474 of 2011, because of this, it is sought to establish that a

---

<sup>1</sup> Abogado, Universidad Santo Tomás Tunja (Col), Especialización en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomas- Tunja E-mail: [julianpavaa7@outlook.com](mailto:julianpavaa7@outlook.com)

<sup>2</sup> Abogado, Universidad Santo Tomás Tunja (Col), Especialización en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomas- Tunja -mail: [juanestebanpinzonvega@gmail.com](mailto:juanestebanpinzonvega@gmail.com)

series of particular situations under which a criticism of the procedure and the possible violation of the fundamental rights of the contractor is generated. Throughout history, the Sanctioning Power of the State has evolved, laying its foundations in the "IUS PUNIENDI" mainly in criminal law, in turn and over time in administrative law, until reaching the coercive law of the condition. The contractual Sanctioning Administrative Procedure arose in the Colombian state as an auxiliary instrument, fulfilling the purposes of the Social State of Law, the constitutional postulates and the contractual obligations carried by the parties. In addition, it emerges as a tool created to guarantee the state's fight against corruption, seeking to declare fines, sanctions and declarations of non-compliance.

## KEY WORDS

Public Procurement, Sanctioning Administrative Law, Due Process, Sanctioning Power, non-compliance, speed, opportunity.

## INTRODUCCIÓN

El presente artículo expone una serie de planteamientos que conllevan a indicar sobre si; ¿existen vulneraciones al contratista que puedan llegar afectar derechos fundamentales que surgen a raíz del artículo 29 de la Constitución Política en la aplicación del procedimiento administrativo sancionatorio contractual?

El presente artículo pretende exponer posibles situaciones que pudiesen desencadenar en violaciones de lo expuesto en el artículo 29 de la Constitución Política; afirmación que nace del estudio del proceso sancionatorio contractual y sus orígenes, observando su funcionalidad desde la óptica de los principios del debido proceso, legalidad, contradicción y demás garantías.

La exposición del análisis de los antecedentes de la potestad sancionatoria del Estado, enmarcado en diferentes legislaciones, que pudiesen servir de influencia para la materialización de la norma, con esta comparación se indicara una breve y sucinta recopilación de los antecedentes de otros países, que pueden ser posibles pautas de observación que el legislador tuvo en cuenta en la creación del procedimiento; como segundo punto, recopilado lo anterior es necesario realizar un análisis del procedimiento para indicar si la potestad sancionatoria es un instrumento de coerción por parte del Estado y si en su práctica carece de estamentos básicos del derecho procesal, en manera la obtención y práctica de la prueba; por último se busca aducir que si la falencia probatoria podría conllevar a generar deficiencias a la hora de edificar la sanción haciendo efectivas pólizas, multas, cláusulas penales y la edificación del acto administrativo.

Este estudio obtiene su preludio de lo reglado en la ley 1474 de 2011 en su artículo 86, la cual emana la creación de un mecanismo que el legislador denominó como una garantía para el Estado frente al contratista. Procedimiento que está ligado a las facultades propias del régimen de contratación de la Ley 80 de 1993, a manera que ejerciera control y vigilancia sobre los procesos contractuales.

## **1. ANTECEDENTES DE LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN.**

La potestad sancionatoria, tiene unos antecedentes, que en su momento sufrieron de gran variación por corrientes doctrinarias principalmente en Europa, es importante remontarse a lo ocurrido en normas y doctrina de otros países, en sus orígenes los cuales se exaltan a principios de la Edad Media compartiendo antecedente del derecho disciplinario en especial con el desarrollo del Derecho Germano.

Para este estudio es importante denotar el pensamiento de España, Italia y Alemania, puesto que aquí se materializó en norma jurídica, por ende se busca comprender la influencia que puede aportar el continente de Europa, al ordenamiento jurídico colombiano, realizando un ejercicio de derecho comparado, además de ello es importante observar la doctrina y su eventual denotación en la norma jurídica del Estado de Chile, donde se generaron normas con efectos similares, razón que lleva a proponer que las legislaciones observadas, pudieron ser determinantes a la hora de edificar una norma que introdujera el procedimiento sancionador.

En cuanto a la doctrina sobre la sanción posee una creciente interpretación en el marco europeo y latinoamericano, como todas las áreas del derecho posee sin número de interpretaciones y teorías, que fueron llevadas a la positivación por diferentes estados, es importante denotar algunas que a criterio propio fueron relevantes para la materialización en la ley que se conoce ahora. Estos criterios enunciados serán abordados de manera breve y sucinta en la exploración que se realizara en diferentes Naciones como lo es España, Italia, Alemania y Chile.

### **1.1 Breve análisis de la evolución histórica de la potestad sancionatoria en España**

El marco regulador español fue uno de los primeros en asumir las tendencias que provenían del derecho alemán y austriaco. En primera medida, la emisión normativa en Europa generó un impacto en las necesidades del Estado, buscando la creación

de un ente estatal más simple, que llegara a todas las necesidades de la sociedad, esto llevo a que materializara la reglamentación de la potestad sancionatoria.

En los diferentes cuerpos supremos españoles se evidenció una línea del tiempo que va desde la creación **de normas primarias con aparentes carencias reguladoras del derecho sancionador hasta un cuerpo normativo consolidado, sobre su génesis,** según (Mejía, 2008) la facultad sancionatoria de la administración en el país europeo sufrió distintas transiciones donde llevaron a consolidar la facultad sancionadora del Estado; como una forma de impartir sanciones a quienes cometieron faltas a las normas vigentes de esta Nación. Es por ello que parte desde la Constitución de Cádiz de 1812 en la cual se pretendió **hacer una separación de competencias judiciales y administrativas,** pretensión que no fue posible, más sin embargo se indica que en esa constitución se pretendió prohibir al rey el mando de imponer **penas policiales diferentes a la ley,** es aquí donde se puede interpretar un primer punto de partida que revela que hace dos siglos **se buscaba generar una ruptura de la pena y la sanción.**

Ahora bien la Constitución de Cádiz se fundamenta en los postulados del Estado moderno, pero demarca una condición diferente a otros cuerpos supremos de la época, pues en su corporación normativa ya contemplaba funciones **sancionadoras a la administración,** a diferencia del Estado colombiano que por la misma escala de tiempo, se centraba en otras áreas, esta influencia se encuadra efectivamente en el Estado colombiano hasta la Constitución de 1886, donde su artículo 23, da un claro ejemplo del poder ejecutivo que se encargó **de las primeras normas policiales las cuales entablaban una sanción,** siendo este uno de los primeros marcos del derecho administrativo sancionador en Colombia, funciones que estaban íntegramente relacionadas a los primeros estamentos policiales, a las jurisdicciones de imposición de multas por parte de la administración, como lo estructura el artículo 27 ibidem, el cual expresa la **imposición de multas y al arresto por parte de la administración.**

El segundo momento determinante del margen español lo enuncia Mejía (2008) “que con la concepción transitoria que situó en España a principios del siglo XX, **con la dictadura de Primo de Rivera o con el modelo de Estado intervencionista,** significa la intensificación de las potestades sancionadoras de la administración”. (p. 289). En si el proceso de separación de funciones del órgano judicial en España, conlleva a que el ejecutivo gozara de funciones alejadas de su naturaleza, pero esta condición se ve materializada en la ampliación de la potestad sancionadora del Estado del derecho penal, **que se ve constituida por compartir núcleos similares,** pero finalidades distintas, también partiendo de que el Estado no sería el encargado

de imponer sanciones o penas mediante el juez, ahora también mediante a la administración, estas facultades se encontraron en España en decretos reglamentarios como el Decreto ley del 18 de mayo de 1926, esto no solo influencio a nivel mundial sobre la imposición de multas y sanciones por parte de la administración, sino también enmarco que el Código penal se establece en cuanto a que **la administración tenía la prohibición de imponer penas privativas de la libertad.**

Si bien es cierto, la evolución normativa española puede indicar que existió la creación de una definición de criterios, que buscaban separación del derecho **penal y la construcción de funciones jurisdiccionales con características diferentes**, dicha atribución no es del todo congruente y cierta, porque esta separación solo le dio la potestad a la administración de imponer sanciones, con un procedimiento independiente como lo es el Derecho administrativo sancionador.

**De esta manera dentro del marco español se puede extraer los primeros esfuerzos para construir funciones autónomas**, división de poderes y establecerlas en normas.

## **1.2 Breve análisis de la evolución histórica de la potestad sancionatoria Italia.**

Ahora bien, la influencia de la evolución que tuvo a lugar la potestad sancionatoria en Italia es importante, debido a que encuadra varios momentos determinantes en la concepción del derecho administrativo sancionatorio, ya que la doctrina italiana en su historia tiene una serie de disposiciones que contextualizan la esencia del derecho sancionador. El pensamiento tuvo una **serie de variaciones doctrinales que aportaron mucho a la construcción de los mandatos normativos**, dándose la interpretación a corrientes con los cuales se enmarcaron diferencias entre pena y sanción, como lo expresa (Quinzacara, 2012) el pensamiento alemán de la sanción administrativa o el derecho penal administrativo, jurídicamente enmarcó **la diferenciación en establecer que en el evento del derecho penal, la pena estaba ligada a un bien jurídico y el derecho sancionador a un bien común, esto hace parte de una tesis naciente de la revolución industrial que tuvo serias variaciones al acoplarse al inclinación social y económica de cada nación, o tesis formalistas que planteaban la imposibilidad de generar un distinción entre sanción y multa.**

Es importante mencionar que esta dualidad no fue el único acontecimiento que se puede asemejar como importante dentro del marco europeo, según Mejía (2008) a la mitad del siglo XX, existió una tendencia despenalizadora la cual no estaba presente en la ley, puesto que la norma italiana estaba íntegramente ligada a que los únicos que **imponían sanciones eran los jueces y tribunales**, todo esto cambio

con la emisión de la ley del 3 de mayo de 1967, en la cual se encontraba dispuesto, la sustitución de penas por sanciones de multa que estaban en cabeza de la administración. Lo anteriormente descrito muestra una **transición normativa que se atribuyó que en la facultad de imponer una sanción no debía estar estrictamente ligada a los jueces**, la potestad sancionatoria en el continente europeo se puede asemejar al naciente Estado moderno de la Constitución de 1991 de Colombia, a manera que entrega funciones al poder ejecutivo que en su momento, **fueron propias del derecho de los jueces, es de tener en cuenta que la construcción histórica que tuvo el derecho sancionador sostuvo una influencia en donde compartía postulados del derecho penal; pero su materialización en la norma jurídica tomo sentidos diferentes.**

Esta separación es benéfica ya que el derecho sancionador de la administración está regida por algunos principios del derecho penal, pero su finalidad es distinta, por cuanto esta responde a criterios **como la "Subsidiariedad"** no son aplicables en el derecho sancionador, dado en que la potestad sancionatoria no es última instancia, esto quiere decir que no es exageradamente fuerte con el administrado, con ella se busca castigar a quien infringió una norma que determina una sanción; tal como lo afirma Orellana (2017) en cuanto a que "el ejercicio del Derecho Penal se encuentra también regido por el principio de intervención mínima del Estado. A partir de este debemos entender que la acción penal del Estado se justifica solo si es necesaria y no existe otra alternativa" (p.124).

**En si el derecho sancionador está presente para proteger los fines del Estado y su ejecución es condicional a la norma**, por ello la Constitución mediante la materialización del Estado social de derecho dio tanto a la administración y a el contratante una serie de herramientas bajo las cuales puede acudir para satisfacer sus controversias; desde acudir a la vía contenciosa administrativa o la vía judicial. Según este análisis, los estados ya no necesitan crear sanciones grotescas asociadas a un largo proceso judicial.

Así las cosas para Mejía (2008) en Italia ocurrió un fenómeno similar al contexto español, que pretendió que la potestad sancionadora de la administración mediante la llegada de la ley 681 del 1981 determinara una clara imposición de sanciones por parte de la administración, siendo una norma que se promulgo rezando una mejor estructuración del sistema sancionatorio, es necesario referir que según el autor anteriormente mencionado, la norma sancionatoria de la administración comprendía tendencias sólidos y similares al derecho penal, en estamentos como culpabilidad, imputabilidad, y demás postulados de la ley. Esta concepción revela que la

tendencia europea no solo buscaba crear un derecho independiente, sino en crear un sistema sancionatorio de la administración, que brindara garantías, en pro de la salvaguarda de los intereses del Estado y castigar algunas conductas no tan severas pero sí que merecieran un castigo. Hay que destacar el papel de la ley, como parte culminante del proceso desjudicializado italiano, que significó un avance en materia sancionadora administrativa en los aspectos sustanciales y procesales. (p.270)

Se acredita que la potestad de sanción brinda sus bases del derecho penal, pero que por necesidad y materialización sus bases han sido tomadas por el diseño del Estado moderno, por lo que con el tiempo y la redacción de la legislación llevaría a compartir sus bases con demás disciplinas del derecho como lo es el derecho disciplinario y/o el derecho policivo, motivo de estudio de este artículo.

Por ejemplo, según determinación de la honorable Corte Constitucional (1993) expone el Tribunal que el principio de legalidad en el derecho sancionador, indica una serie de diferencias sustanciales en los elementos de la sanción y del tipo penal, ya que, si bien su génesis es la misma, posee un sin número de variaciones como lo es cuando el tribunal determina que la tipicidad posee una diferencia entre sanción y pena.

De la misma manera la Corte Constitucional (2009) afirma que el derecho sancionador se aparta del derecho penal en su práctica, ya que el derecho sancionador no conlleva a la tipicidad estricta, una connotación propia del derecho penal, puesto que en el derecho penal es más riguroso, los tipos penales tienen estructura autónoma y los tipos sancionatorios no, bajo este postulado se determina que las tipologías sancionadoras son expresas a otra norma, como en este caso están inmersos en el contrato, mientras que el derecho penal es literal a la norma penal.

Todo lo anterior, determina que la concepción de Estado moderno planteada por autores como (Montesquieu, 1972, p. 171) quien realizó una delimitación de la atribución de los poderes, esto llevando a ser aporte significativo a la concepción de Estado de derecho, creando una clara delimitación de los factores bajos los cuales se actuaba en cada momento, pero esta condición no ha sido perpetua, como lo demuestra la evolución italiana que enmarca la creación de leyes enfocadas a la imposición de penas por parte de la rama ejecutiva, facultad la cual no es propia de su naturaleza.

### 1.3 Breve análisis de la evolución histórica de la potestad sancionatoria en Alemania.

Con este breve recorrido se busca establecer factores o sucesos históricos del Derecho alemán que pudiesen servir de influencia a otras legislaciones, por cuanto ha influido en una serie de criterios enmarcados, como la aplicación de principios de extrema legalidad en el derecho penal, además una serie de juicios los cuales han sido influencia para demás legislaciones en materia sancionatoria, por ejemplo, la doctrina de James Goldschmidt según (Quinzacara, 2012) **quien estructuró una teoría del derecho penal administrativo, la cual surgía de una fuerte intervención del Estado, y que por factores sociales era inminente la estructuración de normas penales aplicadas por la administración; este modelo planteado enmarca que la administración debe intervenir en el diario vivir de las personas, ya que los ciudadanos se deben adaptar a las normas por el hecho de vivir en comunidad.**

Según Mejía (2008) el Estado Alemán, manejaba criterios y tendencias de creación de normas que establecieran pautas de conducta que les ayudara a establecer un **castigo leve al incumplir estas normas, derivándose en un sistema sancionatorio de tipo administrativo, como el ejercicio del ius puniendi del Estado a sus administrados con sanciones pequeñas que buscaban crear un orden, específicamente las normas policiales que marcaron un hito;** siendo una alternativa a los conflictos de carácter penal, pero esta materialización no se enmarcó solo en Alemania, sino se proliferó por más lugares del mundo como se mencionó en tendencias aceptadas en España, al igual marcaron pautas en países como Chile y Colombia, donde autores como los citados con anterioridad han referido su influencia. (p. 272 )

También importante demarcar que Alemania tuvo un gobierno diferente al Estado moderno ya que contuvo un sistema ideológico que buscaba concentrar el mando **en una sola cabeza, legado marcado por tendencias autoritarias conforme a (Mejía, 2008, p. 272)** fue hasta 1949 en época de la posterior segunda guerra mundial cuando los alemanes incluyeron en su legislación, la ley llamada "Wistg" del 26 de julio del mismo año, de simplificación del derecho penal económico, que introdujo figuras importantes, como los tipos mixtos que podían constituir tanto delitos como infracciones económicas, si bien es cierto la tendencia del Partido Nacional Socialista era de carácter supremo, la influencia nacionalista no estaba solo presente en lo militar, sino era un pensamiento autoritario que conllevó a la creación de normas sancionadoras, que guardaron un aire común a la norma actual, expresado anteriormente.

Una vez decantada una característica principal ceñida a algunos pensamientos y eventos que pudiesen influir en la materialización del derecho sancionador en los diferentes países del Continente europeo, se enmarca que el análisis de los tres países estudiados comparte patrones, en la medida en que las tres nacionalidades tuvieron que pasar por distintas etapas que ayudaron a la consolidación de una estructura administrativa sancionatoria que sirviera como eje auxiliar del derecho penal en materia sancionatoria.

Como característica principal del Estado alemán se puede inferir que se retiró ciertas sanciones **atribuidas al togado**, que para principios del siglo XX, se constituyó como una nueva función para la administración, esta influencia despenalizadora es autónoma, criterio que se comparte en la anterior Constitución Nacional de 1886.

#### **1.4 Breve análisis de la evolución histórica de la potestad sancionatoria en Chile**

El estudio del Estado chileno enmarca países donde autores han buscado explicar que influencia adoptó o **como nació la norma sancionadora**, el país austral entregó a la policía una serie de funciones administrativas dispuestas, “Así, desde la policía **general, destinada a reprimir ilícitos y faltas bagatelarias o de menor cuantía, se transitó a una potestad más acorde con el sistema social, político, económico, imperante**”. (Gómez, 2019, p. 367), evidenciando un fenómeno de separación que conllevó a la administración a entregar jurisdicción al ejecutivo.

Con este extracto, se afirma que la influencia europea no solo abarcó el derecho colombiano sino en demás países del hemisferio, creando una serie de legislaciones paralelas, las cuales están regidas por postulados de Estado moderno. De igual manera también indica que eso sobrellevó a la ejecución de una cantidad de normas, situación similar paso en Colombia donde se entregó al ejecutivo una serie de cuerpos normativos que no generaban una sanción seria, trasladado al campo del proceso de compra pública, se puede establecer, que el trámite legislativo ha tenido una serie de adecuaciones que carecen de sentido, ya que no existe un precepto normativo sólido que evidencia los postulados del Estado social de derecho, ni mucho menos de los fines constitucionales.

**De la misma manera, es importante señalar que uno de los pilares fundamentales de la potestad de la administración fue la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, que trajo consigo un Estado social de derecho, que a su vez acarreo la**

creación de nuevas funciones que persiguieran sus fines esenciales plasmados en la Norma Superior.

Para (Ramírez y Anibal, 2015) este poder de la administración se origina básicamente en el incremento de las funciones del estatales, ya que se pasa de un modelo no intervencionista a uno intervencionista: Estado social de derecho, en el que es necesario que la administración esté revestida de una serie de poderes para alcanzar los fines que persigue en su nuevo rol (p.113)

Ahora bien, y siguiendo con la misma idea, es menester resaltar que desde allí, en aquel momento que se empezó a forjar el derecho sancionatorio en la administración, surgió una nueva teoría en la cual se rompía el esquema que netamente entregaba la función sancionadora a la Rama Judicial; por el contrario, con el surgimiento de la potestad sancionadora de la administración, se le fue encomendado esta medida a algunas entidades del poder ejecutivo.

Según (Parada-Vázquez, 1993) en principio la teoría moderna de poder, estructuraba el gobierno en tres poderes los cuáles poseen su naturaleza singular y autónoma; con el pasar del tiempo y la necesidad de la sociedad, esta tendencia con el trasegar de los años ha evolucionado con la codificación de nuevas normas y principios aplicables a una nueva actividad administrativa.

De lo anterior, se puede extraer que la influencia y tendencia, no es propia de una legislación sino es una tendencia de los estados a evolucionar su normatividad, común a sus necesidades, por lo tanto en materia colombiana, se deduce que, la jurisprudencia de nuestro país viene siguiendo la línea traída desde el viejo continente ya que la Corte Constitucional, ha estipulado que:

El derecho administrativo sancionador, en términos de la doctrina y la jurisprudencia constitucional, supone una ruptura del principio clásico de la redivisión de poderes, en la medida en que la represión de los ilícitos ya no corresponde de manera exclusiva al poder judicial, y más concretamente a la justicia penal (Corte Constitucional, 2005).

La interpretación de que la Corte Constitucional esta ceñida a la concepción de Estado moderno; pero generando una contravención en la materialización de la ley, ahora en materia sancionatoria, existen unos antecedentes importantes anteriores al Estatuto anticorrupción, como por ejemplo las normas de policía y los mismos impulsados en la ley 1437 de 2011.

La Corte señaló en primera medida que la facultad sancionadora del Estado es la **fractura sustancial de la tri-división del poder, bajo el postulado de que el ejercicio de imposición de penas y sanciones, ya no es netamente del jurisdiccional**, a este fenómeno se ha referido la Corte Constitucional como la aprehensión de que ya no existe un límite de imposición, de este anómalo se extiende a varias aristas, la primera es demostrar **que la norma sancionadora no está supeditada solo al togado**, segundamente, **también esta íntegramente relacionada al poder sancionador de la policía**, que en su momento gozó de un poder autónomo y que ahora en mención del Código de policía u norma de convivencia, vuelve de manera recíproca a la administración, de última manera se encuentra el **poder sancionador y coactivo que da acotaciones similares al derecho penal pero en ámbitos diferentes como los son los reflejos en la condicionalidad adecuada y los esquemas de la culpa.**

Ahora bien, resulta justificado este interrogante, como ya fue referenciado, el ordenamiento jurídico colombiano, la potestad de la administración de sancionar a quien contravenga las leyes vigentes, pudo tener su génesis en la Constitución de 1886 en sus artículos 26,27,28 tal y como lo resalta la Corte Constitucional (1992) así:

La imposición de penas de multa o arresto por parte de la administración tenía sustento bajo la Carta de 1886. El artículo 23 de la antigua Constitución no precisaba la autoridad competente en virtud de cuyo mandamiento escrito una persona podía ser detenida o arrestada. A su vez, el artículo 27 de la misma consagraba excepciones al principio *nemo poena sine legale iudicium* al permitir, entre otros casos, a los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción "penar con multas o arrestos a cualquiera que los injurie o les falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo". Finalmente, el artículo 28 de ese Estatuto fundamental contemplaba la aprehensión y retención administrativas por parte del Gobierno nacional de personas contra quienes pesaran graves indicios de que atentaban contra la paz pública.

En la citada decisión, se fija un antecedente claro de dónde viene la facultad sancionadora, que no se estancó directamente en la Constitución.

Una vez vistos los antecedentes del poder sancionatorio de la administración, aunado al fundamento extraído, se aduce que el derecho administrativo sancionador nace por la necesidad y transición del Estado, de ser un Estado no intervencionista a uno intervencionista, pauta que se ve materializada en la Constitución de 1991,

en la que el Estado empieza a intervenir en márgenes sociales, políticos, empresariales, etc. Esto trasladado al campo del derecho administrativo sancionatorio del Estado **sufraga la necesidad de imponer sanciones a quienes obran en contra de sus intereses, surge como una herramienta encaminada a castigar la corrupción,** mas no como un instrumento de presión sobre los contratistas. Puesto dicha norma esta ceñida al Estatuto general de contratación pública y al Estado social de derecho que desde su promulgación ha velado por el cumplimiento de la Constitución y las finalidades de Estado; este poder de coerción sobre los particulares lo ha enmarcado en el poder conferido a ciertas dependencias o entidades territoriales del poder ejecutivo estatal, también se desprenden autoridades con autonomía de sus funciones que ejercen funciones de control, vigilancia y sanción sobre los particulares, los agentes del Estado, ejemplo de ello son: la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación o el Consejo Superior de la Judicatura.

En posturas como la que expresa el Consejo de Estado (2012), soporta una tesis en la que el Estado de derecho está supeditado a la existencia de norma, pero como la vigencia expresa de la Constitución, se busca aducir que el control fiscal y potestad sancionatoria son apartes materiales de la Constitución como por ejemplo la cláusula general de responsabilidad fiscal.

**Es importante resaltar que anteriormente, no se contaba con un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a la parte contratista,** puesto que la norma general estaba establecida en la ley 1150 de 2007, sin regular el derecho fundamental del debido proceso, el cuál debe estar sujeto a la Constitución Política (1991), en el artículo segundo, en donde el ordenamiento jurídico colombiano al ser un Estado social de derecho, tiene el deber de otorgar garantías de carácter fundamental hacia los servidores públicos, fundamentado de igual forma en el artículo 29 superior, ahora con el Estatuto anticorrupción (2011), se propende velar por estos derechos, con la finalidad de velar por el cumplimiento de los deberes de los particulares. (Londoño, 2021)

Así las cosas el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, según Londoño (2021), tiene el **interés de salvaguardar los derechos de seguridad jurídica y defensa del contratista,** sin embargo presenta un vacío normativo, por tanto no cuenta con unas etapas de procedimiento de carácter probatorio, frente a la forma en como se debe llevar a cabo la práctica de pruebas, **limitando de cierta manera el ejercicio del derecho en razón de la contradicción, defensa y la prueba.**

Ahora bien con respecto al escenario de la potestad sancionadora conforme al rango constitucional y a los fines del Estado, tiene como función que:

“El derecho administrativo sancionador reconoce que los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de sus fines (artículo 113 superior). De esta manera, la represión de los ilícitos que correspondía exclusivamente a la Rama Judicial y más concretamente a la Jurisdicción Penal, se muestra hoy insuficiente frente al aumento del repertorio de infracciones producto de la mayor complejidad de las relaciones sociales en el Estado moderno que, como se señaló, ha incrementado sus funciones”. (Corte Constitucional, 2005)

Es por ello que se crea dicho Estatuto por la necesidad del Estado de tener un procedimiento que de manera anticipada y de manera coercitiva castigara al contratista frente a su incumplimiento, de tal manera lo expuesto en este capítulo en primera medida se busca denotar aspectos históricos importantes para llegar al derecho que se conoce ahora como norma sustancial, ahora este texto debe conducirse a la norma actual su desarrollo procesal y la construcción de la sanción.

## **2. LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA LEY 1474 DE 2011, COMO ESTRATEGIA DE COERCIÓN AL CONTRATISTA POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN**

El artículo 86 de la ley 1474 de 2011 es la referencia procesal del proceso administrativo sancionatorio contractual, una labor administrativa creado por el legislador, procedimiento edificado a la luz normas preexistentes del ordenamiento jurídico colombiano partiendo de antecedentes como la ley 1159 de 2007, el cuál aplica normas de derecho procesal, esta íntegramente relacionado a los principios rectores de la Constitución, de los cuáles se encuentra en la función administrativa como el norte de los procesos de compra pública, en el artículo 23 de ley 80 de 1993; principios tales como lo “legalidad”, “debido proceso”, “responsabilidad”, etc. Preceptos que están íntegramente afín con las disposiciones del artículo 209 de la norma superior, ya que estos demarcan la actividad del ejecutivo. Este procedimiento es la expedición de voluntad administrativa, cuando existe una conducta contraria a la ley, la cual se configura a criterio del ente sancionador por la existencia de una violación directa al contrato, esto conlleva a la imposición de una sanción.

Frente a la finalidad es importante distinguir, que el legislador en la creación del Estatuto anticorrupción se centró en postulados importantes a la hora de imponer

sanciones y multas a manera que, (i) la “intervención” está estrictamente ligada al ejercicio del Estado de Derecho, ya que está actuando en un marco legal que busca proteger los intereses estatales basado en normas preexistentes; (ii) la liquidación unilateral del contrato buscando la edificación de un perjuicio; (iii) perjuicio civil, dando aplicación a la cláusula penal, cláusulas exorbitantes, tasación de perjuicios declaratorias de incumplimiento; siendo esta la finalidad establecer una sanción eficaz.

Una vez identificado el origen legal y la finalidad del proceso administrativo sancionatorio es importante entablar su fase procesal. El legislador, a la hora de crear el denominado Estatuto anticorrupción se centró la emisión de una norma que le diera la potestad de sancionar el incumplimiento, siendo la moderación entre infringir una norma que sea del ordenamiento legal y además de quebrantar una manifestación de voluntad contractual emanada en las cláusulas del contrato. Este procedimiento no es nuevo, deriva un antecedente que es la ley 1150 de 2007, la cual establece que el “debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria” Congreso de Colombia (2007), en el artículo 17, se puede inferir que el legislador tenía la obligación de crear la norma en base a las leyes preexistentes, no se realiza esta adecuación, ya que el procedimiento puede establecer ciertas falencias al momento de su ejecución.

“El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, les otorgó a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación la posibilidad de declarar el incumplimiento e imponer las sanciones a los administrados que incumplan las obligaciones contraídas, en aras de garantizar los fines del Estado” (Osorio, 2019)

Se refiere este procedimiento, como el mecanismo idóneo, ya que el sentido de la ley está orientado a la creación de una facultad que se entrega a la administración para sancionar el incumplimiento, este precepto legal desencadena en un acto administrativo, que posteriormente puede ser objeto de nulidad en el plano judicial. A razón de ello, el procedimiento debe de otorgar garantías en su ejecución puesto que la ley misma ha predispuesto la ausencia de juez natural, pero no la ausencia de estamentos procesales básico, por ejemplo, en procedimientos administrativo similares pero con finalidades diferentes se hacen ejercicios probatorios más serios y el acto administrativo esta edificado sobre una justificación probatoria, frente a ello el Consejo de Estado se ha referido así:

La potestad sancionadora se halla sometida al principio de legalidad en los siguientes aspectos: 1.Su atribución; 2.El carácter discrecional o reglado de su ejercicio; 3.El espacio temporal en que puede utilizarse, y 4. Las formalidades procedimentales exigidas para imponer una sanción”. (Consejo de Estado, 2012)

Así las cosas, estableciendo aspectos bajo los cuales se encuentra ligada la potestad sancionatoria del Estado con el principio de legalidad, dando un parámetro, cuando establece, que está en cabeza del Estado, el control mediante la potestad sancionatoria, se evidencia que la administración posee la facultad de regular, pero no dando cumplimiento simplemente a ley, sino controlando las facultades expresadas por el legislador, el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 se debió demarcar con estos criterios ya que sería la carta de navegación por la que se desenvolvería en debida forma el proceso administrativo sancionatorio contractual.

## **2.1 Posibles falencias en la citación del procedimiento**

De acuerdo a la ley 1474, Congreso de Colombia (2011), con respecto al artículo 86, en primera medida determina quien está investido con la competencia para asumir el rol de ente sancionador por ello; frente a la competencia, está supeditada al jefe de la entidad o su delegado. Es decir la ley determina la competencia, en este estricto sentido, seguido a la delimitación de competencia la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. Una vez surta la citación de la administración, encuentra unas circunstancias de modo y lugar que generar un incumplimiento o perjuicio que conlleva a hacer uso de su facultad, por ello expide una citación, donde hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, identificando los supuestos, además anexa informes de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación.

De igual forma del aporte de la interventoría surge la duda si su uso está condicionado a ser un elemento probatorio sumario o simplemente es un anexo al escrito, dado que la norma no lo establece, en si existiría un vacío legal, lo cual sería una clara violación al principio constitucional del *indubio pro administrado*, puesto que de primera medida obliga a la administración a entregar un reporte que no está llamado a ser evaluado por la sana crítica y las ritualidades procesales, según (Mateus, 2020) los informes de los interventores están anteceditos de pruebas, que no son objeto de discusión en el desarrollo de la potestad sancionadora, esto enmarca un pensamiento que conlleva a especular dos cosas; i) la citación al ser

un evento de carácter informativo, omite la obligación de hacer traslado de las pruebas que sustentan en informe; ii) no da la oportunidad de recusar la competencia.

Después del sustento del informe la administración anunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación, en este escenario, en la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia. Acá la ley se centra en realizar un informe detallado que se asimila a una actuación similar a la indagación preliminar, se realiza una recolección probatoria, la cual es precaria, ya que el procedimiento debería centrarse en dos aspectos fundamentales los hechos y las pruebas, puesto que estas son el sustento de la sanción.

## **2.2 POSIBLES FALENCIAS EN LA PRÁCTICA DE LA AUDIENCIA**

Así las cosas, el Estatuto anticorrupción, Congreso de Colombia (2011), dispone: en el artículo 86, numeral (b), la forma en que se debe llevar a cabo la audiencia pública, en la cual el jefe de la entidad, deberá presentar las circunstancias de hecho y de derecho que motivan la actuación, enunciando de forma expresa las normas posiblemente vulneradas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En este espacio no se hace alusión al informe expresado por la interventoría.

En el transcurso de la diligencia, se procede a realizar la primera intervención por parte del contratista o a quien lo represente, y al garante, con la finalidad de que presenten sus respectivos descargos, en este desarrollo podrán rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad; siendo esta la primera oportunidad de defensa.

Posteriormente prosigue la actuación dando uso de la palabra al representante legal, para que presenten descargos, momento en el cual la administración, en violación al principio de legalidad no supeditada a imponer la sanción en pruebas puesto que el mismo artículo 86 de la ley 1474, numeral D, establece que “podrá aportar pruebas”, de esta manera existe una aparente vulneración al “principio de legalidad”, de “necesidad de la prueba” (Corte Constitucional, 2005), la cual es sustentada como la necesidad de respaldar el hecho jurídico en pruebas, si bien es cierto no existe el escenario de un proceso judicial, por cuanto no se decanta la presencia del juez natural, pero si en frente del marco Constitucional, como un procedimiento especial, en el cual se da una ejecución legal, cuando en el pasado se estableció que la potestad administrativa sustituyó el concepto de juez natural y

evolucionó en una autoridad propia de la administración, no lo hizo en el sentido que la administración deba sustituir la Constitución. Por ende, es sujeto de un error principal; el cual es que la decisión de la administración debe facultarse en pruebas, que dichas pruebas deben ser objeto de contradicción.

Ahora bien si el proceso cumple con algunos de los supuestos enmarcados en el artículo 29 de la Constitución Política, no los cumple a cabalidad. El procedimiento termina con la edificación de la sanción la cual se contempla en un acto administrativo, el cual se notifica en arista pública y solo es objeto de recurso de reposición. Surge un interrogante, si la teoría general del acto administrativo, indica que el acto administrativo debe de cumplir una serie de condiciones y requisitos para que tenga pleno vínculo legal y no sea objeto de nulidad. La falta de práctica probatoria en la edificación de una sanción puede llegar a establecerse como la falta de motivación del acto administrativo.

De lo anteriormente descrito, es carente de las disposiciones propias de la ley 80 de 1993, puesto que la creación de la ley 1474 de 2011, esta ceñida a esta norma y disposiciones propias de la Constitución, el principio de legalidad descrito en el artículo 6, 121 y 122 de la Constitución Política, la honorable Corte Constitucional ha edificado este principio en base a cuando se imponga una sanción debe existir un debate probatorio (Corte Constitucional, 2001).

Para los autores de esta investigación, se observa una carencia de carácter probatorio en el actual proceso sancionatorio, por cuanto la norma no establece expresamente un debate en torno a los hechos y su sustento de pruebas; como lo menciona la Corte Constitucional anteriormente citada, por cuanto se asumen que las pruebas que se allegan al proceso ya fueron practicadas, como por ejemplo los informes de interventoría son sustentos periciales que enmarcan un informe, pero este informe no es sujeto a contradicción, el presupuesto normativo se queda muy corto, toda vez que debería establecer la oportunidad de refutar el informe bajo su veracidad o legalidad, garantizando como tal los derechos de debido proceso, pruebas y contradicción.

Además de ello no se expresa una garantía el debido proceso administrativo el cual está contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política, en materia que la misma no garantiza la doble instancia y la contradicción en materia probatoria, ya que no existe un control de legalidad de la prueba y no se determina si la carga probatoria aplica en los postulados de la sana crítica o las reglas técnicas. Es

importante recordar que este principio es la principal garantía que tienen los administrados y en este caso el sujeto pasivo que puede ser objeto de la sanción.

### **3. POSIBLES VIOLACIONES AL DEBIDO PROCESO EN LA OMISIÓN LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE OPORTUNIDAD PROBATORIA Y CONTRADICCIÓN; REFLEXIÓN SOBRE LA EDIFICACIÓN DE LA SANCIÓN.**

De acuerdo con el esquema planteado en el procedimiento, a criterio de (Letelier, 2017) el marco sancionador no es una controversia judicial, puede tener alcances similares pero no es más que el uso de la facultad sancionatoria del Estado de manera inquisitiva; el proceso sancionador contractual está regido por derecho procesal pero de manera limitada ya que en primera medida no se marca una discusión frente a los hechos, sino establece el incumplimiento, esta premisa ya es identificada por la administración, no existe un momento en la audiencia donde el contratista pueda atacar el hecho sujeto de acción sancionatoria, se resalta que el sistema legal colombiano está basado en principios constitucionales entre ellos el debido proceso, según (Mateus, 2020) el procedimiento probatorio y las garantías en materia de la práctica de la prueba no existen en materia sancionatoria contractual, ya que se enmarca la ausencia de ritualidades procesales en materia probatoria.

Si bien es cierto, mediante la reglamentación de este procedimiento, aparentemente se buscó garantizar los derechos fundamentales del contratista, creando un proceso abreviado, el cual pretendía ser garante de celeridad y debido proceso, el legislador omitió una serie de condiciones importantes que podrían en su aplicación llegar a ser un menoscabo al contratista, aparentemente el artículo 86 del Estatuto anticorrupción muestra notable ausencia de garantías procedimentales y constitucionales, cuando se establece que la potestad a grosso modo es un procedimiento netamente inquisitivo, que por su brevedad no busca una salida más allá de la sanción, toda vez que la norma no establece criterios que puedan llevar a un acuerdo, como la conciliación o la transacción. Así las cosas otro escenario de análisis indica que la norma presenta un marco carente de contradicción siendo este uno de los principios bajo los cuales se debía de orientar el procedimiento, su ausencia puede ser objeto de violación por parte de la administración, al no garantizarse que el Estado estaría incurriendo en consecuencias que pudiesen llegar al escenario contencioso administrativo.

Es importante referenciar como ya se expuso en su momento, el proceso administrativo sancionatorio es una actuación administrativa por lo cual, debe de

guardar recelo de los principios de la función administrativa, toda vez que la sanción que concluye el procedimiento es un acto administrativo, su motivación debe de ser la valoración de hechos y pruebas aportadas por ambas partes al proceso, en el desarrollo del lecho probatorio, el legislador no creó una obligación de enmarcar su decisión o expedición del acto administrativo en pruebas, en controversias donde no existe material probatorio, simplemente se procede a hacer una valoración de los hechos, siendo esto también una violación, puesto que el acto administrativo podría carecer de motivación ya que su única finalidad es expresar una garantía al cumplimiento del objeto contratado, frente esto la Corte Constitucional (2015), dispone que toda actuación surtida está supeditada a la valoración probatoria y a su interpretación puesto que este es el sustento de los hechos.

Teniendo en cuenta que lo reglado está subordinado a la normatividad del Estatuto General de Contratación, está se puede suplir de manera gradual con la aplicación de los postulados de la norma procesal general y la disposición del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

En materia probatoria se evidencia que el legislador omitió establecer postulados en donde se pueda determinar que la pruebas aportas por la administración han sido obtenidas de una manera ilícita o en contra de los derechos fundamentales del contratista (Corte Constitucional, 2006). Cuando se edificó la norma se prescindió de establecer criterios que lleven a identificar que hacer en sucesos como la obtención y la práctica de la prueba, no existe un escenario bajo el cual se exprese pertinencia, conducencia y utilidad, siendo estos argumentos necesarios para que la administración realice una valoración objetiva de la prueba.

Otro criterio indicador de la falta de garantías procesales es que el legislador no hace referencia a la exclusión en materia probatoria y mucho menos del uso de la sana crítica, por parte de la administración para la construcción del hecho que puede ser objeto de sanción, ya que puede existir un escenario en el cual la decisión se base en pruebas ilegales o ilícitas, criterios que son importantes y están íntegramente ligados al debido proceso.

Así las cosas, el debate probatorio debe integrarse de manera que constituya una realidad del mal obrar de la parte sancionadora, puesto que el hecho debe estar plenamente demostrado y no basta solamente con la inclusión del contrato estatal el cuál expone las cláusulas, por ende debería ir más allá de la realidad y probar que existió un grado de responsabilidad por el incumplimiento; grado que el legislador tampoco determina en la ley.

Si bien, otra falencia que se puede asimilar como carente del procedimiento administrativo sancionador contractual, desconoció el principio de contradicción en materia que la creación de la norma no está supeditada a la oportunidad donde el contratista pueda interponer los recursos de ley más allá del recurso de reposición, olvidando el recurso de apelación, suplica o queja, escenario que debe ser resuelto por un superior, que en caso de no existir el legislador pudo haber determinado, quién sería el competente, de esta manera aparentemente ha quebrantado la doble instancia, a la cual no es más que un superior funcional o jerárquico que exprese un control sobre lo decidido. Debido a que el proceso carece, por cuanto contempla la imposibilidad de presentar recursos de ley, es decir el “numeral c del artículo 86” plantea que la decisión debe ser plasmada en la misma audiencia, solo dejando la oportunidad de reponer la decisión, es esta una clara contravención, a las garantías procesales del contratista, expresadas en la Constitución Política y Estatuto General de Contratación, surgiendo así la duda si se establece la imposibilidad de solicitar la nulidad del procedimiento.

### **3.1 Edificación de la multa, sanción y declaratoria de incumplimiento**

En primera medida hay que identificar la consecuencia que trae el artículo 86 ibidem, la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento se torna en aquella potestad unilateral del Estado, tiene su fundamento en la ley 1150 de 2007, que fue creada como disposición contractual en cabeza de la administración pública para realizar vigilancia y control encaminado a la ejecución del contrato estatal, siendo estas disposiciones que buscan evitar el incumplimiento de las obligaciones encomendadas al contratista en el momento de celebrar los negocios jurídicos con la administración, es necesario determinar cuáles son las sanciones a imponer por parte de dicho ente. Antes de la vigencia de la ley 1150 de 2007, existían vacíos normativos, que permiten pactar al arbitrio de la gestión administrativa sobre la imposición de sanciones en materia contractual, dejando posteriormente al Juez administrativo su imposición.

Hecha la precisión anterior, se evidencia de forma notoria la íntima relación que quiso traer el legislador, el principio de legalidad, creando un entredicho cuando se ve inmerso en un incumplimiento de las obligaciones pactadas con la administración, para el Consejo de Estado, cumplen una tarea meramente coercitiva, obligando al contratista que haya incumplido sus obligaciones, a que llegue a fin lo encomendado. En tal sentido, manifestó la sala:

En el ejercicio genérico de ese poder sancionatorio en materia contractual se han identificado varios tipos de sanciones a saber: (i) Pecuniarias, como la efectividad de las cláusulas penales; (ii) Rescisorias, que le permiten a la administración sancionar a su contratista y poner fin al contrato en razón del incumplimiento total y grave de las obligaciones a cargo de este último, como el decreto de la caducidad del contrato y (iii) Coercitivas o compulsorias, que tienen por objeto que el contrato se pueda cumplir dentro del término y en las condiciones pactadas, como la imposición de multas (Consejo de Estado, 2157, 2013)

La citada decisión, indica varias cosas las cuales es importante manifestar, primero existe una serie de castigos que se imponen al contratista por su incumplimiento que pueden llegar a la terminación del contrato o a la simple imposición de multas, es por ello que este trabajo debe de orientar y reflexionar sobre estas; en primera medida se identificará la consecuencia civil, la cual es la materialización de la cláusula penal, que está regida por la norma civil cuando indica que es la presión que lleva imponer sobre la voluntad de la otra parte del contrato, buscando la ejecución de la cláusula penal; no es más que castigar a quien genera un incumplimiento, es una potestad excepcional atribuida a la administración que de manera unilateral ejerza en sus facultades excepcionales con la finalidad de presionar al contratista su cumplimiento.

El Consejo de Estado (2019) establece que para que exista la ejecución de la cláusula penal, esta debe estar ceñida a la declaratoria de incumplimiento toda vez que de esta manera la administración ya identificó la violación de las obligaciones del contratista y lleva a la aplicación de mecanismos necesarios para obtener el pago como lo es el cobro de la garantía, por ende la administración actúa bajo la garantía de preservar el patrimonio de las entidades públicas, toda vez que este se ve afectado por el incumplimiento, este precepto legal nace del artículo 1496 del Código Civil.

En el marco de la multa, debemos diferir que existe una serie de diferencias con la cláusula penal, toda vez que ambas son potestades brindadas por la ley pero con finalidades diferentes, ya que como se indico con anterioridad la cláusula penal es un instrumento coercitivo bajo el cuál la administración pretende castigar el incumplimiento; mientras que la multa pretende dar cumplimiento al contrato, de este precepto el Consejo de Estado ha dicho:

Por regla general las multas tienen una finalidad de constreñimiento, coerción o coacción para presionar, compeler o apremiar en forma legítima al contratista a dar cumplimiento al contrato, cuando quiera que se verifique la inobservancia por parte de este en el desarrollo de las obligaciones a su cargo, o esté en mora o retardo en su ejecución conforme a los plazos convenidos. No tienen por objeto indemnizar o reparar con su imposición un daño, razón por la cual para su aplicación no se exige la demostración del mismo, sino simplemente se trata de un mecanismo coercitivo ante la tardanza o el incumplimiento parcial del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual (Consejo de Estado, 2013)

De tal manera precisa que las finalidades son distintas, cuando el Estado creó estas dos normas de las cuáles pueda hacer uso cuando establezca que el rubro público y los intereses estatales se vean afectados, pueda hacer uso de sus facultades extraordinarias para sancionar al contratista, este mecanismo es la materialización de la ley 1474 de 2011, toda vez que estas acciones están encaminadas a ser una lucha eficiente contra la corrupción, creó una alternativa rápida a la terminación del contrato e imposición de sanciones.

Ahora bien, el presente texto también debe enfocar en conceptualizar que es una cláusula exorbitante en la contratación estatal, pues bien, de manera sucinta se traerá a colación una definición de acuerdo con la Ley 80 de 1993, conforme a la interpretación unilateral de los documentos contractuales y de las estipulaciones en ellos convenidas, la introducción de modificaciones a lo pactado, la terminación unilateral, la caducidad administrativa, la reversión y el sometimiento a las leyes nacionales.

“En lo atinente a la terminación unilateral del contrato, si bien la ley otorga a las entidades públicas la potestad de actuar en ejercicio de una facultad exorbitante, les impone el cumplimiento de presupuestos de forzosa aplicación y a la vez restringe la medida a los eventos previstos en la misma. Efectivamente, para declarar la terminación unilateral se requiere i) que la manifestación de la voluntad de la administración se materialice en un acto administrativo, ii) que dicho acto debe ser el resultado de un análisis soportado en la realidad del contrato, es decir, debe estar debidamente motivado y iii) que la causal que se alegue en la decisión se encuentre enmarcada en los eventos que la ley ha dispuesto.” (Consejo de Estado, 2009)

En este evento el Consejo de Estado, precisa que las cláusulas exorbitantes tienen por meta darle fin al contrato, donde la administración mediante acto administrativo ponga fin al contrato, edifique la terminación y el perjuicio; a diferencia de la cláusula penal y de la multa, se edifica una sanción cosa que no sucede en la cláusula penal toda vez que esta ya está estipulada en el contrato, mientras que con la imposición de multas la finalidad es diferente puesto que la cláusula exorbitante si termina el contrato.

Si bien la jurisprudencia y la ley han determinado, cual es el escenario que conlleva el procedimiento administrativo sancionador contractual y este es la ejecución, la imposición de multas y cláusulas, cuando el Estado no observa la satisfacción de los fines contractuales, por ello hace uso del procedimiento y edifica la sanción, de igual manera la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido práctica en determinar las sanciones y sus usos, el procedimiento previo puede estar fundado en violaciones a derechos del contratista.

### **Conclusiones**

La historia del procedimiento administrativo puede tener su génesis en los antecedentes del derecho administrativo sancionador, toda vez que Europa pudo generar una influencia en la edificación de la sanción, el estudio de estos antecedentes es importante toda vez expresa que las facultades entregadas a la administración no nacen por imposición del legislador sino por el cumplimiento de los fines constitucionales del Estado de derecho y el Estado social de derecho.

El procedimiento administrativo sancionatorio contractual, es una norma que nace en el Estado colombiano como una facultad extraordinaria dada a la administración para preponderar sus intereses, toda vez que estos se vean afectados por el actuar del contratista, dando herramientas como la imposición de multas, sanciones y declaración de incumplimiento. La finalidad de este puede ser edificar un perjuicio o sancionar un incumplimiento para que mediante este se genere un cumplimiento tardío.

El procedimiento realizado por el legislador si bien es cierto busca proteger a la administración de manera anticipada, pero su parte procesal carece de estamentos básicos del derecho procesal; ya que no enmarca la contradicción de manera absoluta, y la edificación del acto administrativo se puede ver viciada por ello.

La práctica de la prueba en el procedimiento sancionador contractual, es menesterosa ya que la norma no enmarca como se debe realizar una debida valoración probatoria de los elementos, no enmarca como se puede atacar su

obtención y tampoco obliga a la administración demarcar en debida forma el sustento del proceso, solo basta con la individualización de la conducta endilgada por el contratista con sustento en informes de interventoría que no son sometidos a contradicción.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Consejo de Estado (2012, 16 de abril). Sentencia 11001-03-06-000-2012-00015-00(C). *Conflicto de competencias*.  
[http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/100/SC/11001-03-06-000-2012-00015-00\(C\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/100/SC/11001-03-06-000-2012-00015-00(C).pdf)
- Consejo de Estado (2012, 22 de octubre). Sentencia 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738). *Acción de controversias contractuales*.  
[http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/117/S3/05001-23-24-000-1996-00680-01\(20738\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/117/S3/05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).pdf)
- Consejo de Estado (2013, 09 de septiembre). Sentencia 52001-23-31-000-2000-21279-01(25681) *Acción de controversias contractuales*.  
[http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/134/S4/52001-23-31-000-2000-21279-01\(25681\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/134/S4/52001-23-31-000-2000-21279-01(25681).pdf)
- Consejo de Estado (2013, 10 de octubre). Sentencia 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157). *Multas en la contratación estatal. Procedimiento para la imposición de multas. Contratos celebrados antes de la vigencia de la ley 1150 de 2007*. Vlex <https://vlex.com.co/vid/556676998>
- Consejo de Estado (2015, 28 de enero). Sentencia 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912). *Acción de reparación directa*.  
<http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/05001233100020020348701.pdf>
- Consejo de Estado (2019, 28 de noviembre) Sentencia 11001-03-26-000-2009-00034-00. *Acción de nulidad*. Vlex <https://vlex.com.co/vid/843877892>
- Consejo de Estado (2019, 28 de noviembre) Sentencia 110010326000200900034 00. *Acción de nulidad*.  
[https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/11001-03-26-000-2009-00034-00\(36600\).htm](https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/11001-03-26-000-2009-00034-00(36600).htm)
- Cordero, E. (2012). El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. *Revista de Derecho Vol. XXV N° 2* , 131-157.  
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v25n2/art06.pdf>
- Corte Constitucional (1992, 13 de agosto). Sentencia T-490/92. *Acción de tutela*.  
Corte Constitucional de Colombia  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-490-92.htm>
- Corte Constitucional (1993, 04 de octubre). Sentencia C 417/93. *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 51 del Decreto 1888 de 1989*. Corte Constitucional de Colombia  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-417-93.htm>

- Corte Constitucional (1996, 06 de noviembre). Sentencia C-597/96. *El debido proceso y la potestad sancionadora de la administración. La tipicidad de las conductas punibles en materia administrativa* Corte Constitucional de Colombia.
- Corte Constitucional (2001, 05 de julio). Sentencia C-710/01. *Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 3 del artículo 85 de la Ley 99 de 1993.* Corte Constitucional de Colombia <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-710-01.htm#:~:text=Sentencia%20C%2D710%2F01&text=Como%20principio%20rector%20del%20ejercicio,y%20precisa%20en%20la%20ley.>
- Corte Constitucional (2005, 08 de marzo). Sentencia C-202/05. *Demanda de inconstitucionalidad contra el Art. 216 (parcial) del Código de Procedimiento Civil (Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970).* Corte Constitucional de Colombia <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-202-05.htm>
- Corte Constitucional (2005, 09 de agosto). Sentencia C-818/05. *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002.* Corte Constitucional de Colombia <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-818-05.htm>
- Corte Constitucional (2005, 09 de agosto). Sentencia C-818/05. *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002.* Corte Constitucional de Colombia <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-818-05.htm>
- Corte Constitucional (2006, 21 de septiembre). Sentencia T-796/06. *Acción de tutela instaurada por las Sociedades Castro Tcherassi S.A. y Equipo Universal S.A. contra el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS.* Corte Constitucional de Colombia <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-796-06.htm>
- Corte Constitucional (2009, 14 de octubre). Sentencia C-726/09. *Demanda de inconstitucionalidad contra el literal e) (parcial) del artículo 5° y el literal h) (parcial) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995.* Corte Constitucional de Colombia <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-726-09.htm>
- Corte Constitucional (2012, 18 de septiembre). Sentencia C-718/12. *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5 (parcial) del Decreto 2272 de 1989.* Corte Constitucional de Colombia <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-718-12.htm>
- Corte Constitucional (2015, 05 de agosto). Sentencia C-495/15. *Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 2° del artículo 277 de la Ley 906 de 2004.* Corte Constitucional de Colombia <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-496-15.htm>
- Gómez, R. F. (2019). Antecedentes históricos de la potestad sancionatoria de la administración de Justicia. *Revista Derecho del Estado* n44,, 361-384. <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n44/0122-9893-rdes-44-361.pdf>
- Letelier, W. R. (2017) Garantías penales y sanciones administrativas. *SCIELO CHILE.* (12), <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200622>
- Lous de Secondat, C., Brede y Montesquieu, B (1972). *Espíritu de las Leyes.* 151.

- Mateus, D. L. (2020). Debido proceso probatorio en el proceso sancionatorio contractual en Colombia. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 185. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/6658>
- Mejía, O. A. (2008). Reseña Historica del Derecho Administrativo. *NOVUM JUS*, VOL. 2 N° 1, 2008, 259-284.
- Osorio, M. (2019). Potestad sancionadora del Estado en materia contractual. *Asuntos legales*. <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/potestad-sancionatoria-del-estado-en-materia-contractual-2842171>
- Parada, J. R. (1993). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común: estudio, comentarios y texto*.
- Rámirez Torrado , M y Anibal Bendek, H. (2015). Sanción administrativa en Colombia. 131 *Vniversitas* 107-148.